

Manuel de droit administratif

Thierry Tanquerel

Frédéric Bernard

3^e édition

§ 10 Les décisions

I. La notion de décision

A. La définition

Dans le sens courant, la décision consiste en la résolution de faire ou de ne pas faire une chose. Une autorité peut ainsi « décider », par exemple, d'adresser une lettre à une autre autorité, d'engager une dépense pour confier un mandat d'expertise, d'enquêter sur des abus qui lui ont été rapportés dans un domaine de sa compétence, de réduire le nombre de personnes affectées au nettoyage d'un quartier, de refuser à une personne une autorisation exigée par la loi. Dans cette acception courante, le terme de décision recouvre une palette de déterminations aussi large que variée. 783

La notion juridique de décision administrative est plus étroite. La jurisprudence la définit en substance comme un acte de souveraineté individuel, qui s'adresse à une personne et qui règle de façon impérative et contraignante une situation concrète soumise au droit administratif, soit en créant des droits et des obligations, soit en constatant l'existence (ATF 149 V 250, 262; 147 II 300, 305; 141 II 233, 235; 139 V 143, 144-145; 101 Ia 73, 74). Dans une formulation un peu différente, mais dont le sens est exactement le même, on dira que la notion de décision vise, d'une manière générale, toute mesure que prend une autorité, dans un cas individuel et concret, en vue de produire un certain effet juridique – soit créer, modifier ou supprimer un droit ou une obligation, respectivement rejeter ou déclarer irrecevable une demande en ce sens – ou de constater l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'une obligation (SJ 2010 I 516, 518, TF 21.4.2010; voir aussi ATF 135 II 328, 331). 784

Cette définition correspond matériellement à celle qui est donnée par l'article 5 alinéa 1 PA, selon lequel sont des décisions les mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou obligations (let. c). L'article 5 alinéa 2 PA précise que les mesures en matière d'exécution, les décisions incidentes, les décisions sur opposition et sur recours, ainsi que les décisions en matière de révision ou d'interprétation sont aussi des décisions. 785

Certes, l'article 5 PA ne vaut que pour les décisions fondées sur le droit fédéral – y compris en droit des assurances sociales, en l'absence de concrétisation plus précise dans la LPGA (ATF 146 V 265, 267; 132 V 376, 378; 130 V 388, 391). Les principes qui y sont exprimés peuvent néanmoins servir à l'interprétation du droit cantonal (ATF 104 la 26, 27-28; ATF/np 2C_330/2013 du 10.9.2013 consid. 3.4.2), ce d'autant que, selon le Tribunal fédéral, la LTF impose que la notion de décision de droit cantonal soit interprétée au moins aussi largement que celle de droit fédéral (SI 2024 597, 598, TF 4.4.2024). Au demeurant, le droit cantonal s'est largement aligné sur la notion fédérale de la décision. Ainsi, en droit genevois, l'article 4 alinéa 1 LPA/GE ne comporte que des différences rédactionnelles de détail avec l'article 5 PA, sa définition de la notion de décision étant la même que celle du droit fédéral (voir ATA/1239/2024 consid. 1.3, CJA/GE 22.10.2024), à l'exception du fondement légal de la décision: l'article 4 LPA/GE ne limite évidemment pas ce fondement au droit fédéral, mais se réfère au droit public fédéral, cantonal et communal (voir aussi, notamment, l'art. 4 al. 1 CPIA/ER, ATF 135 II 328, 331).

L'importance de la définition de la notion de décision, qui permet de la distinguer d'autres actes juridiques comme les normes et les contrats, réside dans le fait que les principes régissant la création, la modification et la contestation de ces actes sont différents. La décision ne peut être prise qu'après une procédure garantissant notamment le droit d'être entendu des personnes intéressées, procédure qui n'est pas applicable aux normes et aux contrats. Elle est plus stable que les normes, mais moins que les contrats, qui créent des droits acquis. Elle doit être attaquée directement par les personnes ou entités qui disposent d'un moyen de droit contentieux à son encontre: une décision entrée formellement en force – contre laquelle il n'existe plus de recours ordinaire – ne peut plus être contestée à l'occasion de l'examen d'une décision subséquente l'exécutant, sous réserve de la violation d'un droit fondamental et imprescriptible, de la nullité et du contrôle préjudiciel par le tribunal pénal lorsqu'il est admissible (*supra* n° 640-641). En revanche, la validité des normes peut aussi être remise en cause par voie d'exception à l'occasion d'un acte d'application.

B. Les éléments constitutifs de la décision

1. Le caractère souverain unilatéral

Cet aspect de la décision est caractéristique de l'inégalité des parties à la relation administrative. La possibilité de fixer une situation juridique par un acte unilatéral est le privilège essentiel que la loi confère à l'autorité compétente en droit administratif. L'activité de droit public de l'administration se distingue en

cela de son activité fondée sur le droit privé, qui présuppose une égalité de parties consentantes. Mais cette activité de prescription unilatérale est évidemment soumise au principe de la légalité. Pour qu'une autorité ou un organisme chargé d'une tâche de droit public puisse agir au moyen de décisions unilatérales, il faut qu'il y ait lieu d'appliquer des prescriptions obligatoires de droit administratif:

Des personnes privées ont contesté en vain devant le Tribunal administratif du canton de Schwyz la décision par laquelle la société anonyme privée chargée de leur fournir l'eau courante leur réclamait une redevance pour les années 1989 à 1991. Le Tribunal fédéral a admis le recours de droit public interjeté contre l'arrêt du Tribunal administratif. Il a notamment considéré qu'une société chargée de fournir l'eau courante à la population ne pouvait émettre ses factures sous forme de décisions si, faute d'être concessionnaire, elle ne disposait pas du droit d'édicter un tarif relevant de la souveraineté étatique. La question de savoir si la société en question était soumise à une obligation de fourniture même avant d'avoir obtenu une concession et si, dans un tel cas, ses rapports avec sa clientèle étaient régis par le droit public pouvait rester ouverte. En effet, même dans une telle hypothèse, le droit de prononcer des décisions exigerait une base légale expresse. (ZBI 1996 567, TF 96.1995)

Il peut arriver qu'un rapport de droit public ne soit pas destiné à être réglé par voie de décision. Cela peut notamment se produire lorsque des personnes privées ou des entités étatiques autonomes sont chargées de mettre en œuvre une législation de droit public. Ainsi, en matière de prévoyance professionnelle selon la LPP, les institutions de prévoyance ne sont pas habilitées à rendre des décisions, elles ne sont « pas investies de la puissance publique » (ATF 142 V 20, 23; 134 I 166, 170). Lorsqu'un litige surgit au sujet de prétentions qu'elles font valoir envers des personnes assurées ou qu'elles leur refusent, ce litige doit se résoudre par la voie d'une action devant le tribunal compétent, de façon analogue à un litige privé (art. 73 LPP; ATF/np 9C_325/2024 du 24.10.2024 consid. 6.3; ATF 122 IV 270, 277), même s'il s'agit d'une institution de prévoyance de droit public (ATF 134 I 166, 170; 115 V 224, 229 ss). Il ne s'agit pas là d'une caractéristique intrinsèque du droit des assurances sociales, mais d'un choix du législateur. Les caisses-maladie au sens de l'article 2 LSAMal, ainsi que les compagnies d'assurance, y compris privées, pratiquant l'assurance-accidents obligatoire selon la LAA disposent quant à elles du droit de rendre des décisions administratives (art. 49 LPGA, en liaison avec les art. 2 LPGA, 1^{er} LAMal et 1^{er} LAA).

Tant l'article 5 alinéa 3 PA que l'article 4 alinéa 3 LPA/GE précisent que lorsqu'une autorité rejette ou invoque des prétentions à faire valoir par voie d'action judiciaire, sa déclaration n'est pas considérée comme une décision. Or, ce n'est pas la nature d'une prétention, mais le choix du législateur qui indique s'il faut faire valoir une prétention par voie d'action. On remarque, par exemple, que les prétentions fondées sur la responsabilité de l'Etat donnent lieu à une action sur le

plan cantonal genevois (art. 7 al. 1 LREC/GE), mais en principe à une décision sujette à recours sur le plan fédéral (art. 10 al. 1 LRCF). Lorsque, comme dans les deux exemples précités, la loi est claire, l'application des articles 5 alinéa 3 PA et 4 alinéa 3 LPA/GE ne pose pas de problème. En revanche, dans des cas où la voie de l'action n'est pas clairement indiquée, le risque d'un raisonnement circulaire est présent : l'action est-elle fondée parce qu'il n'y a pas de décision attaquable ou l'absence de décision est-elle fondée sur l'ouverture de l'action ? Ces cas étant peu nombreux, le problème n'a qu'une portée pratique restreinte (pour un exemple, où le Tribunal administratif genevois admet la recevabilité d'une action pécuniaire devant lui, au sens de l'art. 56G LOI/GE de l'époque, sans analyser en tant que telle la nature de l'acte contesté, voir SJ 2002 I 427, TA/GE 9.10.2001).

La détermination du caractère unilatéral d'un acte peut poser des problèmes lorsqu'une décision est soumise à requête ou à acceptation de la personne qui en est destinataire. Il n'est ainsi pas toujours aisé de distinguer entre une telle décision et un contrat de droit administratif (*infra* n° 827 et 972).

2. Le prononcé par une autorité

Les décisions administratives sont le plus souvent prononcées par les autorités administratives dépendant du pouvoir exécutif, conformément aux compétences définies par la loi. Mais, dans la mesure où la loi le prévoit, les organes d'une entité administrative décentralisée ou d'une personne privée chargée d'une tâche de droit public peuvent aussi avoir la compétence de rendre des décisions, comme nous l'avons vu pour les compagnies d'assurance LAA (*supra* n° 789 *in fine*). Cela ressort des articles 1^{er} alinéa 2 lettre e PA et 5 lettre g LPA/GE, sur la notion d'autorité administrative, même si ces deux dispositions ne mentionnent pas expressément les personnes de droit privé.

Pour qu'une personne privée dispose de la compétence de rendre des décisions administratives, il faut évidemment qu'elle soit véritablement chargée d'une tâche publique qui lui a été déléguée par la loi (cf. pour le droit fédéral, art. 178 al. 3 Cst.). Si elle ne fait qu'exercer une activité que la collectivité publique pourrait certes aussi assumer, mais sans qu'il s'agisse d'une tâche nécessairement étatique, alors elle est régie par le droit privé et ses actes ne sont pas des actes de souveraineté (SJ 2001 I 557, 560-561, TF 8.6.2001, concernant l'organisation d'une braderie sur le domaine public; ATF 126 I 250, 254, concernant l'organisation de la foire internationale ART de Bâle). Il faut aussi, en principe, que la compétence spécifique de rendre des décisions repose sur une base légale formelle (ATF 138 I 196, 201; 137 II 409, 411-412).

Les entités administratives décentralisées peuvent aussi se voir conférer un pouvoir de décision pour exercer leurs tâches. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé, après examen minutieux des bases légales et réglementaires applicables, que l'Aéroport International de Genève disposait de la compétence décisionnelle de retirer les cartes d'identité aéroportuaires permettant l'accès aux zones sécurisées situées sur son site (ATF 144 II 376, 385). Cela étant, la délégation de tâches publiques à un organisme extérieur à l'administration peut comprendre implicitement un pouvoir décisionnel indispensable à l'accomplissement de ces tâches, si la loi spéciale ne l'exclut pas :

« 6.2 La délégation de tâches publiques à un organisme extérieur à l'administration peut comprendre implicitement le pouvoir décisionnel nécessaire à l'accomplissement des dites tâches (cf. arrêt 2C_715/2008 du 15 avril 2009 consid. 3.2. in RDAF 2010 I p. 425), pour autant qu'une loi spéciale ne l'exclue pas (cf. ATF 129 II 331 consid. 2.3.1 p. 338 s.; arrêt 2C_715/2008 précité, consid. 3.2).

Il y a toutefois lieu de préciser que la délégation de tâches publiques à un organisme extérieur à l'administration n'inclut pas automatiquement le transfert implicite d'une compétence décisionnelle. Encore faut-il que l'exercice d'un pouvoir décisionnel s'avère indispensable pour permettre à l'organisme délégataire de tâches publiques d'accomplir celles-ci. Le plus souvent, la question de savoir si la délégation d'une tâche d'intérêt public englobe celle d'une compétence décisionnelle ne pourra pas trouver de réponse évidente dans le texte légal, de sorte qu'il conviendra de déterminer, par la voie de l'interprétation, l'éventuelle existence et, le cas échéant, l'étendue et le champ d'application précis d'un tel pouvoir (cf. arrêt 2C_715/2008 précité, consid. 3.2). Si, à l'issue d'une telle analyse, l'existence d'un pouvoir décisionnel dérivant de la délégation de tâches publiques demeurerait ambiguë, seule une délégation distincte et explicite dudit pouvoir décisionnel pourra être admise. Cela se justifie au regard des enjeux en présence, soit la délégation d'une parcelle de puissance publique en faveur d'un organisme, souvent de droit privé, extérieur à l'administration ainsi que la sécurité du droit pour les administrés.

6.3 En tout état, qu'une compétence décisionnelle soit expressément déléguée à un organisme extérieur à l'administration ou qu'elle lui soit implicitement conférée à la faveur de la délégation d'une tâche publique dont l'exécution requerra nécessairement le transfert d'un pouvoir décisionnel audit organisme, cette clause de délégation devra s'appuyer sur une base légale suffisante émanant du législateur au sens formel (cf. art. 178 al. 3 Cst. et art. 2 al. 4 LOGA; voir aussi l'art. 1 al. 2 let. e PA; [références omises]). » (ATF 137 II 409, 412)

Les organes législatifs fédéraux, cantonaux ou communaux peuvent aussi être chargés par la loi d'adopter des actes qui constituent des décisions administratives (voir les exemples cités *supra* n° 7). Il en va de même des tribunaux civils et pénaux dans l'exercice de leurs compétences de gestion : par exemple, la nomination de fonctionnaires au service d'un tribunal. Les prononcés sur recours des

tribunaux administratifs sont, quant à eux, par définition, des décisions, conformément à l'article 5 alinéa 2 PA (sur le plan cantonal, voir notamment art. 4 al. 2 LPA/GE).

3. Le caractère individuel et concret

Le caractère individuel et concret est ce qui distingue la décision de la norme ou, en d'autres termes, de la loi au sens matériel, qui est générale et abstraite.

Un acte est individuel lorsqu'il s'adresse à une personne déterminée ou à un nombre déterminé de personnes (ATF 147 II 300, 305; 125 I 313, 316); à cet égard, c'est le cercle des personnes dont la situation juridique est touchée qui est pertinent. Un acte est concret lorsqu'il régit une situation donnée et non un nombre indéterminé de cas. Ne sont pas des décisions, même s'ils sont intitulés ainsi (comme c'est l'usage dans le canton de Vaud), les actes par lesquels des autorités communales fixent d'une manière générale les horaires d'ouverture d'établissements publics: ces actes s'adressent en effet à un nombre indéterminé de destinataires – toutes les personnes exploitant actuellement et à l'avenir des établissements publics dans la commune – et régissent un nombre indéterminé de situations. Constituera, en revanche, une décision l'acte par lequel un établissement donné reçoit l'autorisation de rester ouvert plus longtemps à l'occasion d'une fête. Le Tribunal fédéral a considéré comme une décision la prise de position d'un département fédéral rendant opposable à une personne déterminée un blocage de fonds ordonné par le Conseil fédéral sur la base de l'article 184 alinéa 3 Cst. (ATF 132 I 229, 234 ss). A l'inverse, ne constitue pas une décision, faute d'individualisation, la « décision de principe » prise par l'Office fédéral de l'adjudance constatant que les membres d'une association ne peuvent plus être considérés comme des religieux faisant partie de l'Eglise catholique et être ainsi dispensés du service militaire (JAAC 1993/57 n° 19, DMF). En application du même critère, la déclaration cantonale d'extension d'une convention collective n'a pas été considérée comme une décision:

« Dans un arrêt du 3 octobre 1972, le Tribunal fédéral a jugé que la déclaration d'extension est un acte administratif qui appartient au droit public et qu'elle est en quelque sorte « une manière particulière de légiférer » [...]. [...] il y a décision lorsque, par l'objet même du régime juridique sur lequel porte l'acte, le nombre de destinataires ou le nombre de situations ou les deux à la fois, sont déterminés ou déterminables (P. Moor, Droit administratif, Berne 1991, vol. II, p. 116). Or, tel n'est pas le cas de la déclaration d'extension à l'endroit de tiers à la convention, puisque par définition, elle étend la validité de la convention collective de travail à un nombre indéterminé d'employeurs et de travailleurs. » (ATF 128 II 13, 17-18)

Il se peut évidemment que seul le caractère individuel ou le caractère concret de l'acte soit présent. Ainsi, la nomination d'une personne en qualité de fonctionnaire, l'octroi d'une autorisation d'exploiter, la décision d'affiliation à une assurance sociale ont des effets sur une personne déterminée, mais régissent un nombre indéterminé de situations. Ces actes peuvent donc être considérés comme individuels et abstraits. Traditionnellement, le critère de l'individualité est privilégié, de sorte que ces actes sont assimilés à des décisions. Le Tribunal fédéral estime que « la catégorie des mesures individuelles et abstraites est mal connue en droit suisse et son régime peu clair », tout en prenant note de la doctrine qui rattache ces mesures aux décisions (ATF 139 II 384, 388). A l'inverse, certaines décisions régissant une situation concrète ont un nombre indéterminé de destinataires. Nous reviendrons plus loin sur ces « décisions générales » (*infra* n° 809 ss).

4. Le fondement de droit public

Comme nous l'avons déjà relevé, le pouvoir de rendre une décision doit être prévu par la loi. C'est précisément une caractéristique du droit public que de connaître ce type de pouvoir. Souligner que la décision administrative repose sur le droit public permet de la distinguer de l'acte formateur qu'accomplirait l'administration dans une relation de droit privé – comme la résiliation d'un bail. On rappellera également qu'une personne privée ou un tribunal civil peuvent se voir confier la compétence d'appliquer une règle de droit administratif au moyen d'une décision (*supra* n° 792 ss).

5. La portée sur les droits et obligations

Une décision doit avoir pour objet des droits et obligations, que ce soit pour les créer, les modifier, les annuler, les constater ou pour en rejeter la création ou la constatation. En général, une décision touchera les droits et obligations de personnes privées en leur qualité de sujettes de droit extérieures à l'administration (ATF/mp 1C_547/2023 du 21.3.2024 consid. 2.1). Il arrive cependant aussi que la destinataire d'une décision soit une entité étatique, par exemple lorsqu'un canton ou une commune sollicite et obtient une autorisation de construire auprès du service compétent, cantonal ou communal. On ne saurait en effet nier le caractère de décision à un acte par lequel l'administration se prononce sur l'application à elle-même d'une règle juridique (voir, dans ce sens, MOOR/POLTIER p. 192 ss).

La décision se distingue ainsi d'actes administratifs internes, qui ont certes des effets juridiques au sein de l'appareil étatique, mais ne touchent pas directement des droits et des obligations, comme le budget (ATF 145 I 121, 125; SJ 2015 376,

377, TF 19.9.2924; 1998 296, 298, TF 27.10.1997; *supra* n° 624) ou un préavis (ATF 116 Ib 260, 264-265). Elle se distingue également des mesures d'organisation de l'administration, telles celles qui fixent les modalités d'un service public (*supra* n° 666; voir aussi l'ATF 128 II 156, 163 ss, cité en extraits *supra* n° 694). Elle se distingue enfin des actes matériels, y compris les modalités de ceux-ci, qui peuvent, le cas échéant, être accomplis en exécution d'une décision: par exemple la démolition d'office d'une construction illégale après une condamnation non suivie d'effet ou encore la fixation d'un délai de départ, respectivement le refus de prolonger un tel délai, après une décision de renvoi d'un requérant d'asile entrée en force (JAAC 2003/67 n° 1, CF). N'est pas non plus une décision, selon le Conseil fédéral, l'ouverture d'une enquête administrative suite à des allégations de graves irrégularités en relation avec une procédure pénale (JAAC 2005/69 n° 54, CF).

Déterminer si l'on se trouve en présence d'une décision, le cas échéant « tacite », peut s'avérer difficile lorsqu'une autorité laisse passer sans réagir un délai dans lequel elle peut prendre une mesure restrictive: le Tribunal fédéral a ainsi laissé ouverte la question de savoir comment qualifier le comportement de la COMCO qui laisse passer le délai de quatre mois relatif à l'examen d'une concentration d'entreprises sans s'opposer à celle-ci (ATF 131 II 497, 502 ss, question à nouveau laissée ouverte dans l'ATF/np 2C_874/2020 du 19.10.2021 consid. 3.2.4).

La distinction entre acte administratif interne et décision peut s'avérer particulièrement délicate en ce qui concerne les fonctionnaires. Devront être considérées comme des décisions les mesures qui touchent la situation juridique de la personne concernée vis-à-vis de l'Etat en sa qualité d'employeur: la nomination, le licenciement, la constatation de la fin des rapports de travail (JAAC 2006/70 n° 35, CRP), les sanctions, comme l'avertissement disciplinaire (*Verwarnung*) prévu notamment par l'article 25 alinéa 2 lettre b LPers (JAAC 2005/69 n° 33, CRP). Ces mesures ne s'adressent en effet pas à la personne concernée en tant qu'organe ou agent de la collectivité, mais en tant que personne indépendante ayant une relation particulière avec la collectivité (JAAC 2000/64 n° 66 consid. 2a, CRP). Le cas des changements d'affectation a donné lieu à une jurisprudence nuancée: selon le Tribunal fédéral, un tel changement ne constitue une décision attaquable que s'il est susceptible de porter atteinte aux droits de la personnalité de la personne employée, s'il est de nature à porter atteinte à la considération à laquelle elle peut prétendre au regard notamment de ses aptitudes ou s'il représente une sanction déguisée (ATF/np 1C_547/2023 du 21.3.2024 consid. 2.1). Ainsi, la mutation d'un chef de brigade de la police judiciaire genevoise au commissariat de la police sans modification de salaire, mais avec un nouveau cahier des charges sans véri-

table adéquation avec ses aptitudes et sans charge de commandement, constitue bien une décision (ATF 136 I 323, 327 ss).

Constituent des actes certes juridiques, mais internes, un simple changement du lieu de travail dans la même fonction qui ne représente ni une sanction déguisée ni une atteinte à la personnalité (SJ 2017 I 321, TF 23 I 2017), la définition d'un cahier des charges, des instructions ponctuelles sur la manière de trancher une affaire (ATF/np 1C_447/2023 du 19.2.2024 consid. 2.3.1; ATF 131 IV 32, 34; 121 II 473, 478-479) ou encore la clôture d'une procédure d'ouverture de poste universitaire sans nomination (SJ 2006 I 342, 343, Commission de recours de l'Université de Genève 8.II.2005).

« La définition de la décision au sens de l'art. 292 CP est la même que celle qui a été développée en droit administratif (RIEDO, Basler Kommentar II, n. 36 ad art. 292). Il doit donc s'agir d'une décision concrète de l'autorité, prise dans un cas particulier et à l'égard d'une personne déterminée et qui a pour objet de régler une situation juridique de manière contraignante (voir Riedo, op. cit., n. 37; Häfelin/Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., p. 178 n. 854). La décision a pour objet de régler la situation d'administrés en tant que sujets de droit et donc, à ce titre, distincts de la personne étatique ou, en d'autres termes extérieurs à l'administration. On oppose dans ce contexte la décision à l'acte interne, ou d'organisation, qui vise des situations à l'intérieur de l'administration (Moore, *Droit administratif* II, 2^e éd., n. 2.1.2.3, p. 164). Deux critères permettent de déterminer si on a affaire à une décision ou à un acte interne. D'une part l'acte interne n'a pas pour objet de régler la situation juridique d'un sujet de droit en tant que tel et d'autre part le destinataire en est l'administration elle-même, dans l'exercice de ses tâches. Ainsi, un acte qui affecte les droits et obligations d'un fonctionnaire en tant que sujet de droit, par exemple la fixation de son salaire, d'indemnités diverses ou encore de sanctions disciplinaires, est une décision. En revanche, un acte qui a pour objet l'exécution même des tâches qui lui incombent en déterminant les devoirs attachés au service, tel que la définition du cahier des charges ou des instructions relatives à la manière de trancher une affaire, est un acte interne juridique (voir ATF 121 II 473, p. 478 s.; Moore, op. cit., loc. cit.; Häfelin/Müller, op. cit., p. 181 n. 867 et les références citées). » (ATF 131 IV 32, 33-34)

La décision doit aussi se distinguer des simples renseignements, recommandations ou admonestations de l'administration. Toute indication donnée par l'administration sur une situation juridique ou de fait ne constitue pas une décision constatatoire. Ainsi, un renseignement donné par l'administration fiscale sur l'application de dispositions légales (« *ruling* », *supra* n° 579a) ne constitue pas une décision (ATF 141 I 161, 164; 121 II 473, 479). Il en est également ainsi d'une lettre exprimant l'avis d'une autorité sur la nature juridique d'une enquête administrative (JAAC 2005/69 n° 54, CF). Le courriel dans lequel l'autorité réserve une décision définitive en fonction du résultat d'une enquête administrative, sans trancher définitivement la question soulevée, ne constitue pas une

décision (SJ 2024 597, 598, TF 4.4.2024). Ne constituent pas non plus des décisions des avertissements « informels », comme le simple rappel des conséquences légales d'une décision (JAAC 1991/55 n° 18, CF), la menace d'une dénonciation à l'autorité compétente pour infliger une sanction (ATF 125 I 119, 121), l'invitation à améliorer son comportement ou son travail adressée à une personne membre du personnel de l'Etat ou encore l'évaluation résultant d'un entretien personnel qui n'est pas suivie d'une mesure susceptible d'affecter la situation juridique de la personne employée (ATF/np 8D_5/2017 du 29.8.2018 consid. 7.2).

Est en revanche une décision, le prononcé d'un avertissement formel, que celui-ci constitue explicitement une sanction disciplinaire, qu'il soit une étape obligatoire précédant une éventuelle mesure préjudiciable à la personne concernée ou encore qu'il favorise ou prépare une mesure ultérieure qui, autrement, pourrait être jugée contraire au principe de la proportionnalité (ATF/np 2C_660/2022 du 11.1.2023 consid. 3.4; ATF 125 I 119, 121; 103 Ia 426, 428 ss); il n'en résulte cependant pas, à notre sens, que tout rappel à l'ordre adressé à une personne, même sous forme écrite, doive être considéré comme un avertissement formel au motif qu'il pourrait être appelé, comme élément de fait, dans une procédure ultérieure. Constitue aussi une décision une déclaration d'intention claire adressée à une personne déterminée relative au refus futur d'autorisations dans des situations précises (ATF 114 Ib 190, 191, relatif à la décision par laquelle l'autorité compétente avait informé une entreprise qu'elle ne lui délivrerait plus d'autorisations de faire circuler des convois routiers dépassant certaines limites de poids et de dimensions). Il en va de même de la « prise de position » d'un département fédéral qui a pour effet de préciser qu'une mesure de blocage relative aux avoirs d'un dictateur déchu porte sur des biens spécifiés revendiqués par une personne déterminée (ATF 132 I 229, 237).

La formalisation de la relation administrative, qui a pour but de garantir les droits procéduraux des parties et de permettre la contestation de l'action de l'administration est, en Suisse, centrée sur le prononcé de décisions (*supra* n° 688 ss). Il en résulte une tendance de la jurisprudence à définir les contours de la décision en fonction des besoins de la protection juridique. En d'autres termes, les tribunaux admettront d'autant plus facilement l'existence d'une décision qu'ils considèrent que l'accès à la justice doit être garanti dans le cas d'espèce.

« 4.5 Les premiers juges ont retenu que la mesure dont le recourant avait fait l'objet avait été prise en vertu de l'art. 30 al. 3 de la loi cantonale genevoise du 26 octobre 1957 sur la police (LPol; RSG F I 05). Selon cette disposition, le commandant de la gendarmerie, le chef de la police judiciaire et le chef de la police de la sécurité internationale décident de l'affectation de leurs collaborateurs selon leurs aptitudes et les besoins. La durée de l'affectation à un poste de travail dépend des exigences du service. [...] L'agent

n'est pas tenu, en particulier, d'accepter une activité fondamentalement différente et qui soit sans rapport avec celles-ci. Il en résulte qu'une mutation qui intervient en application de l'art. 30 al. 3 LPol, quand bien même elle n'a pas de conséquences financières pour l'intéressé, relève non seulement de l'organisation des services de police, mais est également susceptible d'affecter la situation juridique du fonctionnaire de police en tant que titulaire de droits et d'obligations à l'égard de l'Etat. Son objet va au-delà de l'exécution des tâches qui incombent au fonctionnaire dans sa sphère d'activité habituelle ou des instructions qui lui sont données dans l'exercice de ces tâches. La contestation à laquelle elle peut donner lieu est une contestation juridique qui bénéficie de la garantie de l'accès au juge de l'art. 29a Cst.

4.6 On ajoutera que le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de juger que le déplacement (non disciplinaire) d'un fonctionnaire décidé sur la base de l'art. 9 de l'ancienne loi sur le statut des fonctionnaires (LSF/GE), en corrélation avec l'art. 11 de l'ancien règlement des employés, était une décision en principe attaquant. [...]

4.7 En l'espèce, le recourant exerçait avant son déplacement la fonction de chef de la brigade X. [...] Son nouveau cahier des charges, pour autant que l'on puisse en juger à ce stade, avait un contenu totalement différent de celui d'un chef de brigade. Le recourant était fondé à invoquer de manière plausible l'art. 30 al. 3 LPol pour s'opposer à son déplacement. C'est à tort, par conséquent, que les premiers juges ont déclaré son recours irrecevable au motif que le transfert ne constituait pas une sanction disciplinaire déguisée et qu'il représentait pour le reste une mesure d'organisation interne.» (ATF 136 I 323, 330-331)

Il faut encore mentionner le système particulier prévu par l'article 51 alinéa 1 LPGA, qui prévoit que les prestations, créances et injonctions qui ne sont pas importantes ou avec lesquelles l'intéressé est d'accord (art. 49 al. 1 LPGA *a contrario*) peuvent être traitées selon une procédure simplifiée, à savoir sans décision formelle. L'intéressé peut toutefois exiger qu'une décision soit rendue (art. 51 al. 2 LPGA), ce qu'il doit faire, selon le Tribunal fédéral, en principe dans le délai d'une année (ATF 134 V 145, 151 ss).

6. Le caractère obligatoire

Dès lors qu'elle règle une situation de façon contraignante et impérative, une décision s'impose à ses destinataires. Il s'ensuit que son non-respect peut être sanctionné et que des mesures d'exécution forcée peuvent être prises pour assurer le respect des obligations qu'elle prévoit (*infra* § 16).

C. Les décisions générales

Les décisions générales (*Allgemeinverfügungen*) se caractérisent par le fait qu'elles concernent certes une situation déterminée – il s'agit donc d'actes concrets – mais qu'elles s'adressent à un nombre indéterminé de personnes – il s'agit donc d'actes généraux (ATF 147 II 300, 305; 139 V 143, 145; 139 V 72, 77; 134 II 272, 280;

SJ 2017 I 138, 138-139, TF 8.8.2016). Elles sont parfois désignées comme « décisions de portée générale » (ZEN-RUFFINEN n° 522) ou comme « décisions collectives » (DUBEY/ZUFFEREY n° 1230; MOOR/POLTIER p. 200 ss), mais la notion est exactement la même. Le critère de l'indétermination du cercle des personnes visées est parfois exprimé de façon un peu floue: le Tribunal fédéral parle ainsi de cercle « relativement » indéterminé (ATF 139 V 143, 145; 139 V 72, 77) ou indique que la décision générale s'adresse « à un nombre important de personnes qui ne sont individuellement pas déterminées » (SJ 2017 I 138, 138-139, TF 8.8.2016). Il serait préférable de s'en tenir à une règle simple: soit les destinataires, quel que soit leur nombre, sont déterminables (on peut en établir la liste) et la mesure est individuelle, soit ils ne le sont pas et la mesure est générale.

Sont considérées comme des décisions générales, par exemple, l'interdiction d'une manifestation (MOOR/POLTIER p. 201; ZEN-RUFFINEN n° 522) ou les réglementations locales du trafic (ATF 126 IV 48, 51; 101 Ia 73, 74-75; DUBEY/ZUFFEREY n° 1230; MOOR/POLTIER p. 201; ZEN-RUFFINEN n° 522; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN n° 686). S'agissant de ces dernières, on peut se demander si leur nature locale leur confère bien un caractère concret, car elles visent en réalité un nombre indéterminé de situations: tous les cas où une personne emprunte la route en question et leur est confrontée; la jurisprudence et la doctrine sont cependant unanimes à les considérer comme des décisions générales. Ont également été considérées comme des décisions générales un arrêté suspendant l'augmentation de traitement du personnel enseignant d'un canton pendant une année scolaire déterminée (ATF 125 I 313, 316), des directives municipales réglant le bruit du tir lors de la fête du « *Baumtag* » de 1996 à Liestal (ATF 126 II 300, 302) ou encore l'adaptation de la structure de l'espace aérien autour de l'aéroport de Zurich selon la législation sur l'aviation (ATAF 2008/18 consid. 1; JAAC 2005/69 n° 45, CRINEN). Le Tribunal fédéral a en revanche jugé que constituait une norme un cahier des charges relatif à une appelation d'origine contrôlée (ATF 134 II 272, 280), de même qu'un arrêté cantonal fixant les taxes journalières maximales pour des résidences pour personnes âgées (ATF 135 V 309, 312-313). Il a laissé ouverte la question de savoir si la suppression de certains avantages accordés au personnel à la retraite d'un établissement de droit public constituait une norme ou une décision générale (SJ 2017 I 138, TF 8.8.2016), mais a considéré comme une décision générale une mesure concernant le nombre d'heures qui devaient être effectuées par le personnel d'un service municipal (SJ 2015 I 293, 294, TF 22.1.2015).

Il arrive régulièrement que les lois ou les ordonnances législatives (en particulier fédérales) prévoient expressément que l'autorité doit adopter une certaine mesure sous la forme de décision générale. Tel est le cas, par exemple, dans le domaine phytosanitaire (voir art. 33 al. 2 et art. 40 al. 4 OPPh), pour l'autorisation

810a

de mise sur le marché de nouvelles sortes de denrées alimentaires (art. 17 al. 3 ODAIOUs), en matière d'obligation des entreprises de transport aérien de communiquer des données personnelles (art. 104 al. 5 LEI).

Le régime des décisions générales emprunte à la fois à celui de la décision et à celui de la norme. Elles sont assimilées aux décisions administratives quant à la possibilité d'interjeter un recours direct contre elles (ATF 147 II 300, 305; 126 II 300, 302; 125 I 313, 316-317; 101 Ia 73; art. 3 al. 4 LCR; voir aussi ATF 113 Ia 426, 428 ss, où le Tribunal fédéral, s'agissant de la qualité pour recourir, traite de la question en assimilant manifestement une décision générale à une décision administrative et non à une norme; dans ce sens MOOR/POLTIER p. 202; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN n° 944; KÖLZ/HÄNER/BERTSCH/BUNDI n° 880; *contra*: KNAPP n° 885, qui estime que la décision générale doit être à cet égard soumise au régime de la norme).

Les décisions générales ne peuvent logiquement être notifiées individuellement à l'ensemble de leurs destinataires puisque le cercle des personnes concernées est indéterminé. Elles feront donc normalement l'objet d'une publication (art. 36 let. c et d PA; pour une réglementation spéciale, voir art. 107 al. 1 OSR). Cela étant, certaines décisions générales, comme les autorisations de manifester, doivent être au moins notifiées aux personnes qui les ont requises.

Quant à l'exercice du droit d'être entendu, une partie de la doctrine le juge en principe inconcevable (MOOR/POLTIER p. 201-202, qui réservent cependant le cas où certaines personnes déterminées sont nécessairement destinataires de la décision, comme celles qui ont demandé une autorisation de manifester; KNAPP n° 885). Le Tribunal fédéral a pourtant reconnu, à juste titre, un droit d'être entendu, en matière de décisions générales, aux personnes qui sont touchées de façon substantielle davantage que le reste des destinataires de ces décisions (ATF 121 I 230, 233; 119 Ia 141, 150; voir aussi ATF 138 I 171, 178-179).

Enfin, la question se pose de savoir si une décision générale peut être contrôlée, comme une norme, à l'occasion d'un acte d'application. La doctrine y est favorable (DUBEY/ZUFFEREY n° 1231; MOOR/POLTIER p. 202; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN n° 946; KÖLZ/HÄNER/BERTSCH/BUNDI n° 880; KNAPP n° 885; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN n° 819, qui limitent toutefois cette possibilité aux cas où il n'était pas possible d'exiger que les personnes intéressées recourent directement). La jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas totalement univoque sur ce point. Plusieurs arrêts sont favorables au contrôle préjudiciel (ATF 147 II 300, 305; 134 II 272, 280; 125 I 313, 317; 112 Ib 249, 552). En revanche, dans un arrêt de 1987 (ATF 113 IV 123, 124 ss), le Tribunal fédéral a limité la possibilité de contester une limitation de vitesse à l'occasion d'une sanction pour une viola-

tion de celle-ci au cas où ladite limitation serait nulle et non pas seulement annulable, alors que, dans des cas antérieurs, la possibilité d'un contrôle a été ouverte dans la mesure où un recours auprès d'un tribunal n'avait pas été possible contre la première décision (ATF 104 IV 24, 25-26). Par la suite, le Tribunal fédéral a précisé sa jurisprudence en matière de limitations de vitesse : le contrôle préjudiciel de la validité d'une telle limitation n'est pas exclu par principe, mais, pour des raisons de sécurité, la limitation doit être respectée lorsqu'elle est annoncée – même si elle est illégale, sans toutefois être nulle – si, à défaut, un danger pourrait en résulter pour les autres personnes utilisant la route (ATF 128 IV 184). Dans un récent arrêt, le Tribunal fédéral, après avoir récapitulé sa jurisprudence rendue depuis lors et exposé les différentes positions défendues par la doctrine, a renforcé sa position en jugeant qu'une limitation de vitesse devait toujours être respectée, indépendamment de la création d'un danger concret (ATF 150 II 505, 507 ss). Cette jurisprudence tient compte de façon équilibrée, d'une part, de la nature de la décision générale et, d'autre part, des conséquences pratiques de l'admissibilité d'un contrôle préjudiciel.

II. La forme des décisions

La question de la forme et de la notification des décisions est essentiellement une question de procédure administrative (*infra* n° 1565 ss), mais quelques indications de base doivent être données ici. On précisera d'emblée qu'un acte d'une autorité sera considéré comme une décision s'il possède les caractéristiques matérielles de celle-ci, même s'il n'est pas désigné comme tel et ne respecte pas les exigences de forme applicables en l'espèce (ATF 143 II 162, 164-165; SJ 2025 379, 380, TF 19.8.2024; dans le même sens, insistant sur la distinction entre la notion de décision et la forme de celle-ci, ATAF 2009/43 consid. 1.1.4 et 1.1.6). Cela étant, pour qu'une décision matérielle soit opposable à la personne à laquelle elle s'adresse, il faut que cette dernière puisse reconnaître son caractère décisionnel, ce qui se juge à l'aune du principe de la bonne foi (SJ 2025 379, 380, TF 19.8.2024). On ne saurait ainsi exiger d'une personne qui avait réclamé une décision en constatation sujette à recours qu'elle reconnaisse le caractère décisionnel d'un courrier qui, tout en expliquant que l'autorité n'entendait pas statuer en constatation, n'était pas désigné comme une décision de non-entrée en matière et ne comportait pas d'indication des voies de droit (SJ 2025 379, 381-382, TF 19.8.2024).

La forme des décisions est en général écrite (art. 34 al. 1 PA; sur le plan cantonal, notamment art. 46 al. 2 LPA/GE, 68 al. 1 CPJA/FR), la transmission pouvant, à certaines conditions, se faire par voie électronique (art. 34 al. 1^{bis} PA). Le prononcé d'une décision peut toutefois, suivant les circonstances, intervenir d'une

autre manière : orale (art. 34 al. 2 PA pour les décisions incidentes), voire par signe (art. 66 OSR sur les injonctions données par la police en matière de circulation). La forme de la décision est évidemment liée à la notification de celle-ci, c'est-à-dire à sa communication à ses destinataires et aux personnes ou entités qui disposent d'une voie de recours. La notification des décisions est la condition de leur opposabilité aux personnes auxquelles elles imposent des obligations. La notification aux personnes disposant d'un droit d'opposition ou de recours apparaît aussi comme indispensable à la jouissance effective de ce droit et c'est elle qui fait partir les délais pour l'exercer.

Les décisions doivent être motivées, afin de permettre aux personnes concernées d'en comprendre le sens et, le cas échéant, de faire valoir leurs moyens de droit. La décision se compose donc, d'une part, d'un *dispositif*, à savoir la description des droits et obligations créés, modifiés ou constatés, et, d'autre part, d'une *motivation*, qui explique le fondement légal du dispositif (cf. p.ex. art. 66 al. 1 let. c et d CPJA/FR). S'il est évidemment possible de contester une décision pour motivation insuffisante, il est exclu de mettre en cause la seule motivation de la décision sans en contester le dispositif (ATF 147 II 227, 240), sauf si un élément de la motivation constate un fait déterminant pour un autre rapport de droit (ATF 115 V 416, 417 ss; voir aussi ATF 140 I 114, 120).

S'agissant de l'interprétation des décisions, à savoir de leur dispositif, il convient, selon la jurisprudence, d'en dégager le sens véritable, conformément à leur signification juridique concrète, en s'écartant au besoin du sens littéral; le principe de la confiance limite toutefois cette interprétation : une décision doit être comprise dans le sens que son destinataire pouvait et devait lui attribuer selon les règles de la bonne foi, compte tenu de l'ensemble des circonstances qu'il connaissait ou qu'il aurait dû connaître (ATF 149 II 320, 328).

III. Les différents types de décisions

A. Les décisions formatives, constatatoires et négatives

I. Les décisions formatives

Les décisions formatives sont celles qui ont pour objet la création, la modification ou l'annulation de droits ou d'obligations (art. 5 al. 1 let. a PA, 4 al. 1 let. a LPA/GE; SJ 2010 I 516, 518, TF 21.4.2010). Ces décisions peuvent être favorables, imposer des devoirs ou encore conférer à la fois des devoirs et des obligations. Sont des décisions formatives aussi bien celles qui créent véritablement des droits et obligations nouvelles que celles qui concrétisent et individualisent des

droits et obligations préexistant en vertu de la loi, comme les décisions de taxation fiscale ou les autorisations de police (*infra* n° 858). On y assimilera les décisions qui affectent la situation juridique de leurs destinataires non par la création ou la modification de droits ou obligations spécifiques, mais plutôt par un effet de stigmatisation officielle: on pensera ici aux sanctions administratives consistant en un blâme ou un avertissement formel (p.ex. art. 25 al. 2 let. b LPers).

2. Les décisions constatatoires

818 Les décisions constatatoires ou déclaratives, ou encore de constatation, ont pour objet de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (art. 5 al. 1 let. b PA, cf. ATF 130 V 388, 390, qui précise que la décision constatatoire fédérale a toujours pour objet des droits ou obligations individuels et concrets; art. 4 al. 1 let. b LPA/GE; voir aussi SJ 2010 I 516, 518, TF 21.4.2010). L'article 4 alinéa 1 lettre b LPA/GE prévoit qu'une décision constatatoire peut aussi porter sur des faits. La portée pratique de cette disposition est pour le moins peu évidente: si les « faits » ici visés sont uniquement ceux auxquels des effets juridiques sont attachés (cf. Moor/Poltier p. 184), il n'y a en définitive pas de différence avec l'article 5 alinéa 1 lettre b PA.

819 Les décisions de constatation ne servent donc pas à modifier la situation juridique, mais uniquement à la clarifier de façon obligatoire. Les personnes concernées peuvent ainsi être fixées de façon certaine sur leurs droits et obligations. On appellera qu'une décision de constatation visant à faire constater l'illicéité d'actes matériels de l'administration peut constituer un moyen d'ouvrir, sur recours, un contrôle judiciaire indirect de tels actes (ATF 128 II 156, 165; 121 I 87, 91-92; la question est aujourd'hui réglée par l'art. 25a PA, *supra* n° 693 et 695 ss).

820 L'autorité compétente peut rendre d'office une décision constatatoire (art. 25 al. 1 PA, art. 49 al. 1 LPA/GE), le Tribunal fédéral considérant à cet égard que la constatation doit répondre à un intérêt public digne de protection (ATF 137 II 199, 219). Elle devra aussi rendre une telle décision lorsqu'une loi spéciale le prévoit dans certaines circonstances (p.ex. art. 84 LDFR, cf. ATF 139 III 327, 329 ss; 132 III 515, 519 ss).

821 Se pose, au surplus, la question de savoir dans quelle mesure il existe, d'une manière générale, un droit à ce qu'une décision constatatoire soit rendue. L'article 25 alinéa 2 PA prévoit que l'autorité doit donner suite à une demande en constatation si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection (l'art. 84 LDFR parle d'intérêt « légitime »). Cet intérêt peut être juridique ou de simple fait et aucun intérêt public ou privé prépondérant ne doit s'y opposer (ATF 142 V 2, 4; 130 V 388, 391-392; 126 II 300, 303). Il doit aussi être présent en cas de

demande de constatation de droit négative, portant par exemple sur la constatation de l'inexistence d'une obligation (ATF 132 V 18, 21 ss). Par ailleurs, la décision constatatoire doit se rapporter à une situation concrète et non à des questions abstraites et théoriques: une personne peut ainsi demander que soit constaté le taux de TVA applicable à sa propre activité, mais non celui concernant toute une profession (ATF 123 II 16, 21; voir aussi, dans d'autres domaines, ATF 137 II 199, 218; 126 II 300, 303).

822 Le prononcé d'une décision constatatoire est subsidiaire à celui d'une décision formatrice. Une décision en constatation ne sera rendue que si l'intérêt digne de protection de la personne concernée ne peut pas être préservé au moyen d'une décision formatrice (ATF 149 II 147, 153; 142 V 2, 4; 130 V 388, 391; 126 II 300, 303). Dans le même ordre d'idée, une requête de décision constatatoire ne saurait permettre de faire valoir des griefs qui auraient pu être invoqués dans un recours pour lequel le délai est échu (JAAC 2001/65 n° 7 consid. 2c, CRA). Le droit d'obtenir une décision constatatoire a ainsi été reconnu, faute d'autre moyen de protection, aux locataires dans une procédure de contrôle des loyers selon l'article 45 LCAP (ATF 129 II 125, 133). Il a été dénié dans la procédure prévue par l'article 49a alinéa 3 lettre a LCart lorsque cela conduit à préjuger de la décision à prendre en vertu de l'article 30 LCart (ATF 135 II 60, 68 ss). Mais il a été admis pour une assurée qui souhaitait savoir si les prestations d'assurance sociale qui lui étaient allouées continueraient à être versées en cas de départ à l'étranger (ATF 140 V 2, 4 ss).

« 1.1 [...] Il est cependant admis qu'une autorité puisse rendre une décision en constatation si le requérant a un intérêt digne de protection à la constatation immédiate d'un rapport de droit litigieux (art. 49 al. 2 LPGA [RS 830.1]; voir également l'art. 25 al. 2 PA [RS 172.021] en corrélation avec l'art. 5 al. 1 let. b PA). Selon la jurisprudence, un tel intérêt n'existe que lorsque le requérant a un intérêt actuel, de droit ou de fait, à la constatation immédiate d'un droit, sans que s'y opposent de notables intérêts publics ou privés, et à condition que cet intérêt digne de protection ne puisse pas être préservé au moyen d'une décision formatrice, c'est-à-dire constitutive de droits et d'obligations (ATF 132 V 257 consid. 1 p. 259 et les références). Le juge retiendra un intérêt pour agir lorsqu'une incertitude plane sur les relations juridiques des parties et qu'une constatation judiciaire sur l'existence de l'objet du rapport pourrait l'éliminer. Une incertitude quelconque ne suffit cependant pas. Il faut bien plus qu'en se prolongeant, elle empêche le demandeur de prendre ses décisions et qu'elle lui soit, de ce fait, insupportable (ATF 122 III 279 consid. 3a p. 282; ATF 120 II 20 consid. 3 p. 22).

1.2 Il n'est pas contestable que la recourante a, au travers des démarches qu'elle a entreprises auprès de la Caisse de compensation du canton du Valais, cherché à clarifier une question de droit avant de prendre une décision pouvant être pour elle lourde de conséquences sur le plan financier. Il convient d'admettre que la recourante disposait d'un intérêt digne de protection à procéder de la sorte. En effet, le maintien de l'incertitude sur la poursuite du versement des prestations dont elle est actuellement la bénéficiaire

ne pouvait que l'entraver dans sa liberté de décision, singulièrement dans son choix de quitter ou non la Suisse. Il semble par ailleurs difficilement concevable d'exiger de sa part qu'elle quitte la Suisse, pour provoquer la suppression de ses prestations et, par conséquent, lui permettre de contester le bien-fondé de la suppression devant le juge. [...]» (ATF 140 V 2, 4)

823 L'article 25 alinéa 2 PA ne réserve pas *a priori* le droit de demander une décision constatatoire aux personnes dont les droits et obligations doivent être constatés. On peut cependant penser qu'une tierce personne aura quelque difficulté à faire admettre le caractère digne de protection d'un intérêt qu'elle alléguerait à faire constater des droits et obligations d'autrui sans que les siens soient également en cause.

824 En droit genevois, la qualité pour requérir une décision constatatoire est, à rigueur de texte, plus étroite, puisque l'intérêt invoqué doit être non seulement digne de protection, mais également juridique (art. 49 al. 2 LPA/GE). Il s'ensuit que seules les personnes titulaires des droits et obligations à constater peuvent requérir une décision en constatation, si elles ont en outre un intérêt digne de protection à ce qu'une telle décision soit rendue. Il est cependant douteux qu'une interprétation stricte de l'article 49 alinéa 2 LPA/GE soit encore compatible avec le principe de l'unité de la procédure découlant de l'article 111 LTF et de la jurisprudence y relative (*infra* n° 1493). Au vu de ce qui a été exposé au paragraphe précédent, cette question n'a sans doute guère de portée pratique.

3. Les décisions négatives

825 Les décisions négatives sont celles par lesquelles l'autorité rejette ou déclare irrecevable une demande tendant au prononcé d'une décision formatrice ou constatatoire (art. 5 al. 1 let. c PA, 4 al. 1 let. c LPA/GE). La décision négative peut donc soit se prononcer négativement sur le fond, lorsque la création d'un droit est rejetée, soit refuser de se prononcer, lorsqu'une requête de décision formatrice est déclarée irrecevable ou lorsque l'autorité n'entre pas en matière sur une demande de décision constatatoire. Le Tribunal fédéral classe les deux premières hypothèses – rejet sur le fond et refus de statuer sur une demande de décision formatrice – parmi les décisions formatrices (SJ 2010 I 516, 518, TF 21.4.2010).

B. Les décisions d'office et les décisions sur requête

826 Dans de nombreux cas, l'autorité compétente agit d'office lorsque la loi l'y oblige ou l'y autorise : il en est ainsi, notamment, pour les décisions de taxation fiscale, pour les mesures de police, pour les sanctions administratives ou pour les ordres de rétablir une situation conforme au droit.

827 Mais il existe maintes situations dans lesquelles la loi permet, à certaines conditions, de faire usage d'une faculté ou d'obtenir une prestation, sans y obliger quiconque. Une décision administrative ne pourra alors intervenir que sur requête de la personne concernée : autorisations de construire, octroi de bourses ou d'aides sociales diverses, permis de conduire, etc. Il existe également des cas où des décisions ne peuvent déployer leurs effets que si leurs destinataires les acceptent, comme la nomination des fonctionnaires. Dans tous ces cas, les décisions administratives requièrent, pour être effectives, la participation de leurs destinataires. Cette participation ne transforme toutefois pas la relation administrative en relation contractuelle. Si la participation de la personne concernée est la condition de l'avènement de la décision, elle n'est pas partie intégrante de l'acte juridique en cause, qui reste unilatéral. Cette précision a toute son importance en ce qui concerne la modification de la décision : celle-ci peut intervenir unilatéralement, aucun droit acquis n'ayant été créé.

C. Les décisions incidentes et les décisions finales

828 Une décision est dite incidente lorsqu'elle est prise dans le cours d'une procédure administrative, contentieuse ou non contentieuse, sans mettre fin à celle-ci (ATF 150 I 174, 177; 142 II 20, 23-24; 141 V 330, 332; 133 V 477, 481). Les décisions incidentes ne font donc que régler une question formelle ou matérielle en tant qu'étape vers la décision finale (ATF 139 V 42, 45; 136 V 131, 134). Il s'agit d'abord des décisions portant sur la conduite de la procédure : convocation de témoins, demande d'expertise, octroi de délais pour déposer des pièces ou des écritures, définition de la portée d'une étude d'impact (ATF 142 II 20, 23-24), suspension de la procédure (ATF 122 II 211, 213, suspension d'une procédure d'indemnisation selon la LAVI). Sont également des décisions incidentes, les décisions de nature provisionnelle liées à une procédure principale (ATF 134 II 349, 351; 134 I 83, 86 ss), comme l'octroi ou le refus de l'effet suspensif d'un recours (ATF 134 II 192, 196; 129 II 286, 288), l'ordre de procéder à une investigation préalable selon l'article 7 OSites (ATF 136 II 370, 372-373), l'ordre de requérir une autorisation de construire de régularisation (SJ 2018 I 211, 211-212, TF 10.10.2017) ou encore, en matière de personnel de l'Etat, l'ouverture d'une procédure de reclassement précédant un éventuel licenciement (ATF 143 I 344, 348). Le Tribunal fédéral a également jugé qu'une autorisation de construire contenant des dispositions accessoires accordant une marge de manœuvre constituait une décision incidente (ATF 149 II 170, 173-174). Il en est de même des décisions sur des demandes de récusation (ATF 126 I 203, 205) ou des décisions portant à titre préalable sur des questions de droit matériel (ATF 122 I 39, 41-42).

(« *Vorentscheide* », terme traduit par « décisions judiciaires » dans la version française des art. 92 et 93 LTF), comme en matière de droit de la construction (ATF 135 II 30, 33 ss).

« La décision déferée au Tribunal fédéral des assurances, par laquelle les premiers juges ordonnent au recourant de faire traduire en français, à ses frais, le rapport d'expertise établi par le COMAI en italien, ne tranche pas définitivement une question de droit matériel. Elle ne statue pas davantage sur les droits des parties, mais porte sur un point de procédure, de sorte qu'il s'agit d'une décision incidente. » (ATF 128 V 34, 36)

829 Le Tribunal fédéral des assurances avait jugé que la mise en œuvre d'une expertise par une caisse d'assurance sociale ne constituait pas, au vu de l'article 49 LPGa, une décision incidente, mais un simple acte matériel (ATF 132 V 93, 100 ss). Cette jurisprudence a été par la suite, à juste titre, renversée (ATF 137 V 210, 256), le Tribunal fédéral ayant encore précisé que le refus ou l'acceptation partielle de questions que la personne assurée entend voir posées dans le cadre de cette expertise doit intervenir par voie de décision incidente (ATF 141 V 330, 335 ss).

830 Est finale la décision par laquelle l'autorité saisie d'une requête, d'un recours ou d'une opposition tranche la question de fond posée par la requête, le recours ou l'opposition, ou déclare ceux-ci irrecevables, mettant ainsi fin à la procédure (sous réserve d'un recours à une instance supérieure) et par conséquent à sa saisine (ATF 133 V 477, 480; 122 I 39, 41-42). Une décision d'irrecevabilité qui sanctionne un refus de collaborer de la partie requérante est bien une décision finale (ATF 131 V 42, 47). Est également finale la décision qui annule une adjudication et renvoie l'affaire à l'entité adjudicatrice pour reprendre la procédure *ab ovo* (ATF 141 II 353, 360). La qualification de décision finale peut dépendre de la possibilité ou non de faire encore valoir certains arguments dans la suite de la procédure: ainsi, l'ouverture d'une procédure de plan de quartier est une décision finale si le droit cantonal prévoit que certaines objections peuvent être soulevées uniquement dans un recours contre la décision d'ouverture et pas dans la procédure ultérieure (ATF 142 II 20, 24; 140 II 25, 28-29). La jurisprudence n'est à cet égard pas toujours cohérente: les autorisations de construire préalables du droit genevois sont ainsi, curieusement, considérées comme des décisions incidentes, quand bien même, selon le droit cantonal (art. 146 al. 1 LCI/GE), elles ne peuvent plus être ultérieurement remises en cause sur les points qu'elles ont expressément tranchés (SJ 2018 I 186, 186-187, TF 1.11.2017, avec note critique de BELLANGER; voir aussi la critique de DÉFAGO-GAUDIN/GRODECKI in RDAF 2018 I p. 10; jurisprudence confirmée dans l'ATF/np 1C_539/2019 du 10.12.2019 consid. 2.3, qui précise que la condition de préjudice irréparable ouvrant la voie d'un recours direct peut être réalisée dans certains cas, par exemple lorsque le projet devrait être profondément remanié en cas d'admission du recours).

Une décision finale peut être partielle, c'est-à-dire ne mettre fin à la procédure que sur certains des points de fond qui y étaient soulevés. La LTF a consacré la notion de décision partielle à son article 91: sont des décisions partielles – contre lesquelles le recours en matière de droit public et le recours constitutionnel subsidiaire sont recevables – les décisions qui statuent sur un objet dont le sort est indépendant de celui qui reste en cause (art. 91 let. a LTF) ou qui mettent fin à la procédure à l'égard d'une partie des consorts (art. 91 let. b LTF) (ATF 150 I 174, 176; 133 V 477, 480-481). Le Tribunal fédéral a précisé qu'une décision qui tranche une question matérielle de principe, mais renvoie la cause à l'autorité inférieure pour complément d'instruction sur un autre point, en laissant à celle-ci une marge de manœuvre propre, et donc en ne mettant pas fin au litige, est une décision incidente et non une décision partielle (ATF 142 II 20, 24; 136 II 165, 170; 134 II 137, 140; 133 V 477, 481 ss). En revanche, une décision de renvoi doit être considérée comme finale, lorsque l'autorité inférieure n'a plus aucune marge de manœuvre (ATF 134 II 124, 127; RDAF 2008 II 390, 394-395 = SJ 2009 I 85, 86, TF 24.6.2008). Le Tribunal fédéral a aussi jugé qu'une décision par laquelle une autorité de recours statue définitivement sur le droit à une rente pour une période déterminée et renvoie la cause à l'administration pour la période suivante constitue pour sa partie relative au droit à la rente, une décision partielle, mais qu'une décision qui statue sur le droit à la rente pour une certaine période tout en renvoyant la cause à l'administration pour la période précédente constitue dans son ensemble une décision incidente (ATF 135 V 141, 144 ss; 135 V 148, 150 ss). Une décision qui statue sur le principe d'une expropriation formelle, la question de l'indemnisation ne devant être tranchée qu'une fois cette première décision en force, est une décision finale (ATF 135 II 310, 312); mais une décision qui admet l'existence de principe d'une expropriation matérielle sans statuer sur l'indemnisation est une décision incidente (ATF 149 II 368, 371; ZBl 2010 289, TF 7.4.2009).

L'intérêt pratique de la distinction entre décisions finales (ou partielles) et décisions incidentes réside surtout dans le fait que si les premières peuvent sans autre faire l'objet d'un recours lorsque une telle procédure est prévue, la possibilité de recourir séparément contre les secondes est soumise à des restrictions.

Selon le droit fédéral en vigueur jusqu'à fin 2006, les décisions incidentes ne pouvaient fondamentalement être attaquées par un recours séparément (c'est-à-dire immédiatement et non pas avec la décision finale) que si elles étaient susceptibles de causer à l'intéressé un préjudice irréparable (art. 45 PA ancienne teneur, 87 al. 2 aO), cette notion étant interprétée différemment suivant la voie de droit ouverte devant le Tribunal fédéral.

834

La LTF, la LTAF et la PA révisée ont fait disparaître, pour ce qui est du contentieux de droit public, les différences de traitement des décisions incidentes en fonction des diverses voies de droit fédérales. Elles ont aussi élargi quelque peu les possibilités de recours séparé contre ces décisions.

835

L'article 92 LTF, qui s'applique au recours en matière de droit public et au recours constitutionnel subsidiaire (par renvoi de l'art. 117 LTF), prévoit que les décisions préjudicielles et incidentes qui sont notifiées séparément et qui portent sur la compétence ou sur une demande de récusation peuvent faire l'objet d'un recours (al. 1), en précisant qu'elles ne peuvent plus être attaquées ultérieurement (al. 2). Pour les autres décisions préjudicielles et incidentes, le recours séparé est possible, comme dans l'ancien droit, si elles peuvent causer un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF) ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93 al. 1 let. b LTF; pour des exemples, ATF 134 II 142, constatation de la nature polluée d'une eau de ruissellement; ZBl 2010 289, TF 7.4.2009, décision de principe sur l'existence d'une expropriation matérielle). D'une manière générale, le Tribunal fédéral considère que, sous l'angle de l'économie de la procédure, la possibilité d'attaquer directement une décision incidente constitue une exception au principe selon lequel il ne devrait avoir à traiter une question qu'une seule fois; une telle exception ne doit être admise que restrictivement (ATF 149 II 476, 479; 149 II 170, 172). Si le recours séparé est irrecevable ou n'est pas utilisé, il sera toujours possible d'attaquer la décision incidente en même temps que la décision finale si elle influe sur le contenu de cette dernière (art. 93 al. 3 LTF; ATF 149 II 170, 172; sur la voie de recours, voir aussi *infra* n° 1309a).

836

La PA, applicable notamment devant le Tribunal administratif fédéral (art. 37 LTAF), connaît une réglementation analogue (art. 45 et 46 PA). A Genève, la formulation de l'article 57 lettre c LPA/GE est calquée sur la réglementation fédérale.

837

L'existence d'un préjudice irréparable au sens de l'article 93 alinéa 1 lettre a LTF – ou d'une disposition cantonale analogue – se détermine par rapport aux effets de la décision incidente sur la cause principale, respectivement la procédure principale (ATF 143 I 344, 349). La jurisprudence n'est pas très claire quant à la nature de ce préjudice. Certains arrêts affirment qu'il doit nécessairement être juridique (ATF 149 II 170, 172; 141 III 80, 80; 137 V 314, 317). Mais la jurisprudence a aussi admis, en tout cas dans le contentieux de droit public, un préjudice irréparable économique, de pur fait, pour autant qu'il ne s'agisse pas simplement d'éviter l'allongement ou le renchérissement de la procédure (ATF 147 III 159, 165; 143 I 344, 349; 135 II 30, 35 ss; 134 II 137, 140). La casuistique est variée. La jurisprudence considère que l'administration qui est obligée, en vertu d'une décision

cantonale de renvoi, de rendre une décision qu'elle considère comme contraire au droit subit un préjudice irréparable au sens de l'article 93 alinéa 1 lettre a LTF (ATF 141 V 330, 332; 133 V 477, 484-485; RDAF 2008 II 390, 395 = SJ 2009 I 85, 86, TF 24.6.2008). Elle a admis qu'une décision par laquelle une avance de frais est réclamée sous peine d'irrecevabilité du recours est susceptible de causer un tel préjudice (ATF 133 V 402, 403). Un refus d'effet suspensif peut aussi constituer un préjudice irréparable (ATF 134 II 192, 196). Il en est de même du refus d'autoriser un défendeur de choix de procéder en raison d'un conflit d'intérêts (ATF 135 I 261, 264) ou de l'ordre de procéder à une investigation préalable d'un site contaminé dans la mesure où le coût de celle-ci pourrait entraîner la faillite de l'intéressée (ATF 136 II 370, 374). Le Tribunal fédéral considère qu'il convient en principe de renoncer à l'exigence de préjudice irréparable lorsqu'un recours porte sur la question de l'existence même d'un recours cantonal ou de la recevabilité d'un tel recours, (ATF/np 1B_682/2021 du 30.6.2022 consid. 1.2; ATF 143 I 344, 346). En revanche, une décision de renvoi à une autorité inférieure ne cause pas un préjudice irréparable en tant qu'elle porte sur l'assistance judiciaire et les dépens (ATF 133 V 645, 647-648). Tel n'est pas le cas non plus d'un refus d'assistance judiciaire pour une procédure administrative terminée, car l'intéressé ne risque pas de ne pas pouvoir faire valoir ses droits en raison de ce refus (ATF 139 V 600, 603).

838

Le délai de recours peut aussi être plus court pour les décisions incidentes: ainsi, à Genève, l'article 62 alinéa 1 lettre b LPA/GE prévoit un délai de dix jours, alors que ce délai est de trente jours pour les décisions finales et les décisions en matière de compétence (art. 62 al. 1 let. a). La réforme de la justice fédérale a supprimé la différence de même type qui figurait dans l'aO et la PA: le délai de recours est aussi de 30 jours pour les décisions incidentes (art. 100 LTF, 50 al. 1 PA). On peut se demander dans quelle mesure, pour cette question, les cantons s'alignent à terme sur la solution fédérale. Le canton de Genève a, pour sa part, choisi de conserver le délai de 10 jours pour le recours contre les décisions incidentes.

D. La classification des décisions selon leurs effets

839

On peut classer les décisions en fonction de leurs effets, selon l'inscription de ces effets dans le temps: décisions à effet ponctuel (interdiction ou autorisation d'une manifestation; octroi d'une subvention unique), décisions à effet de durée limitée (permission d'utilisation du domaine public, qui est donnée pour une durée déterminée; mesures provisionnelles), décisions à effet durable (autorisation de construire, qui, lorsqu'elle est utilisée, a pour effet durable de légitimer la

construction ; octroi du permis de conduire ; autorisation de pratiquer une profession), décisions à effets périodiques (octroi d'une rente).

840 Lorsqu'une décision a un effet de durée limitée, parce qu'elle prévoit elle-même un terme pour les droits et obligations qu'elle crée, la survenance du terme rétablit le *statu quo ante* sans qu'une nouvelle décision ne soit nécessaire : ainsi, si une permission d'établir une terrasse sur le domaine public est donnée pour six mois, à l'échéance de ces six mois, le droit d'établir la terrasse s'éteint de lui-même sans que l'autorité n'ait à prendre une quelconque mesure.

841 On peut aussi distinguer selon qu'une décision indique elle-même tous ses effets ou qu'elle implique la référence à un statut légal, dans lequel il faudra rechercher les droits et obligations créés (typiquement : la nomination d'une personne en qualité de fonctionnaire). Dans le second cas, les droits et obligations pourront même changer postérieurement à la décision, sans modification de celle-ci, si les règles régissant le statut sont amendées. On constate donc que certains droits et obligations dépendant d'une décision, notamment des créances pécuniaires, peuvent naître postérieurement à celle-ci, sans être expressément prévus par ladite décision.

E. Les mesures provisionnelles

842 Lorsqu'une décision doit être prise, ou du moins envisagée, dans des circonstances données, il peut arriver que le temps nécessaire pour instruire correctement la cause soit susceptible de provoquer une atteinte irréparable à l'intérêt public ou à des intérêts privés protégés par la loi. Il peut se révéler dès lors nécessaire de statuer provisoirement, pour maintenir une situation donnée, pour faire cesser une atteinte ou pour autoriser immédiatement une certaine activité. La décision prise à cet égard constitue une mesure provisionnelle. Il s'agit bien d'une décision, car elle règle une situation concrète en statuant sur des droits et obligations. L'octroi ou le retrait de l'effet suspensif d'un recours par l'autorité saisie est la forme la plus connue de mesure provisionnelle.

843 La décision ordonnant une mesure provisionnelle est une décision finale lorsqu'elle est prise dans une procédure autonome et une décision incidente lorsqu'elle est prononcée au cours d'une procédure conduisant à une décision finale ultérieure (ATF 144 III 475, 477 ; 136 V 131, 134-135 ; 134 II 349, 351 ; 134 I 83, 86-87).

844 Les mesures provisionnelles sont prévues expressément, en cas de recours, par les articles 55 et 56 PA, ainsi que 103 et 104 LTF. A Genève, la LPA/GE les autorise dans une disposition générale (art. 21 LPA/GE), applicable aussi bien en pro-

cédure non contentieuse qu'en procédure de recours (en sus de l'art. 66 LPA/GE, qui traite de l'effet suspensif). De nombreuses lois spéciales prévoient également des mesures provisionnelles spécifiques, comme l'article 30 OAC sur le retrait préventif du permis de conduire, les articles 32 alinéa 2 et 33 alinéa 2 LCart sur l'autorisation de réalisation provisoire des concentrations d'entreprises, l'article 16 alinéa 4 LPE sur l'assainissement à titre préventif.

845 Cela étant, la jurisprudence admet que des mesures provisionnelles sont possibles, si les conditions en sont remplies, même sans base légale expresse, dans la mesure évidemment où l'autorité est compétente pour prendre une mesure sur le fond (ATF 130 II 149, 154 ss ; DPC 1997/4 618, 621, TF 3.11.1997 ; voir aussi ATF 121 V 112, 115-116).

846 Pour que des mesures provisionnelles puissent être ordonnées, par l'autorité compétente pour statuer sur le fond, il faut qu'une décision sur le fond, dont le bien-fondé n'apparaît pas d'emblée exclu, ne puisse être rendue immédiatement, que les mesures provisionnelles en question constituent un moyen proportionnel d'éviter un dommage irréparable vraisemblable et qu'elles présentent un caractère d'urgence ; la mesure provisionnelle ne doit ni préjuger de la décision finale ni la rendre impossible (ATF/np 1C_406/2023 du 9.11.2023 consid. 4.2 ; ATF 130 II 149, 155 ; 127 II 132, 137-138 ; 121 V 112, 116 ss ; DPC 1997/4 621-622, TF 3.11.1997 ; 1998/2 209-210, COMCO 4.5.1998 ; JAAC 2001/65 n° 27 consid. 2, ComCom). La décision sur mesures provisionnelles elle-même sera, bien souvent, susceptible de causer un dommage irréparable, et, dès lors, sujette à recours immédiat même si elle est incidente (*supra* n° 835 ; pour des exemples, cf. ATF/np 2C_1161/2013 du 27.2.2014 consid. 1.2).

847 Les mesures provisionnelles étant des décisions, les règles de procédure administrative s'y appliquent, notamment le droit d'être entendu (*infra* n° 1526 ss). Cette dernière exigence a cependant une portée atténuée en matière de mesures provisionnelles vu leur contexte d'urgence ; tel est par exemple le cas pour le droit à la réplique (ATF/np 2C_576/2023 du 18.1.2024 consid. 5.1 ; ATF 139 I 189, 192-193). Il est même des situations où l'urgence est telle que l'autorité peut prendre des mesures sans attendre préalablement les parties (art. 30 al. 2 let. e PA, *infra* n° 1534), voire sans procéder à une notification formelle (voir p.ex. art. 133 al. 2 LCI/GE). Ces mesures, que l'on peut qualifier de « superprovisionnelles », devront, en tout cas si elles ont des effets durables, être régularisées par une décision en bonne et due forme, avec respect du droit d'être entendu, dès que possible (ATF 126 II 111, 123 ; Moor/POLTIER p. 306).

F. Les décisions avec clauses accessoires

848 Une décision peut comporter, outre la définition des droits et obligations sur lesquels elle porte principalement, des clauses accessoires. Ces dernières font partie intégrante de la décision et partagent sa nature de prescription étatique unilatérale (ATF 133 II 104, 113).

848a Par rapport au dispositif principal de la décision, la clause accessoire se caractérise par deux éléments : premièrement, elle n'est pas indispensable, en ce sens que le dispositif principal peut logiquement se comprendre sans elle ; deuxièmement, elle n'a pas de sens prise isolément, mais uniquement en relation avec le dispositif principal. Du premier élément, il découle que la validité de la clause accessoire est indépendante de celle du dispositif principal. Elle peut donc être contestée pour elle-même, par les moyens du contentieux administratif (ATF 129 II 361, 370 ; JAAC 1987/51 n° 19 consid. 1, CF).

849 Ces clauses peuvent porter d'abord sur l'exigibilité des droits et obligations que la décision crée : ainsi, si un délai ou une condition suspensive est prévu pour qu'une décision déploie ses effets. Les droits ne seront invocables et les obligations exigibles qu'à l'expiration du délai prévu par la décision (p.ex. un délai pour évacuer un dépôt illégal) ou dès la survenance de la condition suspensive (p.ex. si une autorisation de construire est accordée sous condition suspensive de l'octroi d'une autorisation connexe, comme une autorisation d'abattage d'arbres ou une autorisation d'exploitation de l'installation à construire).

850 Elles peuvent aussi porter sur l'extinction des effets de la décision. Ce sera le cas si un terme est fixé à la validité de celle-ci ou si une condition résolutoire, entraînant la fin de ces effets, est prévue. La condition résolutoire figurant comme clause accessoire d'une décision ne doit pas être confondue avec les exigences légales autorisant le prononcé de la décision en question. La survenance de la condition résolutoire provoque d'office la fin des effets de la décision, alors que le fait que les exigences légales ne sont plus remplies n'est qu'un motif de révocation de la décision (*infra* n° 950).

851 Les clauses accessoires peuvent aussi constituer des charges, c'est-à-dire des devoirs qui sont imposés à la personne bénéficiant d'une décision, sans conditionner la validité de celle-ci (ATF 129 II 361, 370) : par exemple, des devoirs relatifs à l'usage d'une subvention, l'obligation de démolir une ancienne construction lors de l'octroi d'une nouvelle autorisation de construire, l'obligation de compensations écologiques en cas d'octroi d'une autorisation de construire dérogatoire.

852 Le non-respect d'une charge peut entraîner une procédure d'exécution forcée spécifique à cette charge et constituer, en outre, un motif de révocation de la décision principale, évidemment dans le respect des principes constitutionnels, dont la proportionnalité ; mais il n'entraîne pas *ipso facto* la caducité de la décision principale (ATF 129 II 361, 370 ; ATF/np 1C_333/2017 du 22.9.2017 consid. 2.5). Il arrive qu'une charge soit qualifiée de condition dans le texte de la décision, ce qui peut faire hésiter sur les conséquences de son non-respect (voir p.ex. ATF 117 V 136, 138 ss, où est examinée la validité d'une révocation pour cause de non-respect d'une « condition potestative résolutoire » ; il aurait fallu parler de charge, cf. MOOR/POLTER p. 92 note 346). Il conviendra alors de déterminer sa véritable nature par voie d'interprétation, eu égard notamment au principe de la légalité et au principe de proportionnalité (cf. ATF/np 1C_333/2017 du 22.9.2017 consid. 2.5, qui indique que, en droit des constructions, en cas de doute, il faut conclure à une charge ; jurisprudence confirmée notamment dans l'ATF/np 1C_118/2020 du 17.3.2021 consid. 2.1).

853 Une clause accessoire ne peut être inscrite dans une décision que si la loi le permet. Lorsque le prononcé d'une décision ne laisse à l'autorité aucun pouvoir d'appréciation et que la loi ne prévoit pas la clause accessoire envisagée, celle-ci ne saurait être adoptée. Le Tribunal fédéral a jugé que la restitution d'un permis de conduire à l'échéance d'un retrait d'admonestation ne peut être assortie de conditions, tout en précisant que le droit de conduire en tant que tel peut être soumis à des conditions respectant le principe de proportionnalité si des circonstances particulières le justifient (ATF 131 II 248, 250 ; 130 II 25, 27 ss). Toutefois, les clauses accessoires qui ne font que reprendre des exigences générales posées par la loi doivent être considérées comme implicitement admises par celle-ci. Il n'est donc pas nécessaire que le procédé de la clause accessoire soit explicitement prévu par la loi. Les autorisations de construire sont ainsi usuellement accompagnées d'une longue série de charges, qui ne font que rappeler des obligations légales et réglementaires.

853a La jurisprudence va parfois plus loin en admettant que la possibilité d'assortir une décision de conditions ou de charges peut résulter du but de la loi et de l'intérêt public qu'elle poursuit ; de telles clauses accessoires ne seront évidemment admissibles que si elles servent effectivement le but légal et l'intérêt public en cause (ATF 148 V 128, 136 ; 140 II 233, 237-238). Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que l'octroi d'une aide d'urgence au sens de l'article 12 Cst. pouvait être assorti de conditions ou de charges, pour autant que celles-ci soient en lien avec le but de la disposition, et que tel n'était pas le cas lorsque l'aide d'urgence à des personnes requérantes d'asile était liée à une obligation de collaborer à l'exécution de leur renvoi (ATF 131 I 166, 175 ss).

854

Si une autorisation ou une prestation étatique peut – mais ne doit pas nécessairement – être refusée, l'autorité doit pouvoir aussi assortir son octroi d'une charge ou d'une condition, même si celle-ci n'est pas prévue, au moins implicitement, par la loi. Dans l'exercice d'un pouvoir d'appréciation, l'autorité peut donc créer des charges sans base légale, mais elle doit respecter les autres principes constitutionnels, particulièrement l'intérêt public et la proportionnalité (ATF/np 2C_855/2008 du 12.12.2009 consid. 4). On tire de ce dernier principe l'exigence que la charge soit dans une relation pertinente avec l'objet principal de la décision. Une proposition de subordonner une aide de l'Etat aux entreprises à la conclusion par celles-ci d'une convention collective de travail a ainsi été jugée contraire au principe de proportionnalité (ATF 124 I 107, 113 ss; voir aussi ATF 109 Ib 238, 241 ss). On soulignera que, dans la perspective inverse, la proportionnalité peut aussi impliquer qu'une autorisation ou l'octroi d'une prestation soit accordée avec des conditions ou des charges plutôt que d'être purement et simplement refusée (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN n° 907).

G. Les autorisations

1. Les autorisations ordinaires

a. En général

855

Une autorisation est une décision qui permet à la personne qui en bénéficie d'exercer une activité qui, sans cette décision, serait interdite. L'interdiction sous réserve d'autorisation ne vise normalement pas à empêcher par principe l'exercice de l'activité soumise à ce régime, mais à la contrôler. Dans le régime de l'autorisation de police, le contrôle se limitera à vérifier si les conditions posées par la loi sont remplies. Pour les autres autorisations, le contrôle peut s'étendre notamment au nombre de bénéficiaires admissible au vu de l'intérêt public poursuivi par la loi, le cas échéant à la sélection de ces bénéficiaires. Dans quelques cas, le but de la loi est bien d'éviter l'exercice de l'activité en cause : seules des autorisations dérogatoires sont alors envisageables (*infra* n° 861 *in fine*).

856

Soumettre une certaine activité – personnelle, idéale ou économique – à un régime d'autorisation constitue souvent une restriction à des libertés fondamentales, notamment la liberté personnelle, la liberté économique, la garantie de la propriété, ou même la liberté d'expression (pour le régime d'autorisation des manifestations). L'institution du régime, ainsi que les conditions de l'autorisation, doivent alors respecter les conditions de restriction des droits fondamentaux fixées à l'article 36 Cst. (pour un exemple : ATF/np 1C_92/2023 du 12.2.2024 consid. 4.5). Elles nécessitent donc une base légale – sous réserve de la clause

générale de police (*supra* n° 460 ss; voir aussi ATF 133 I 172, 176-177, sur l'admissibilité de l'instauration d'un régime d'autorisation pour l'acquisition et la détention de chiens dangereux par voie réglementaire) et du cas de l'usage accru du domaine public (*supra* n° 213-214 et 466). Elles doivent aussi poursuivre un intérêt public et respecter le principe de proportionnalité (ATF 135 I 302, 311-312; 132 II 449, 462 ss).

b. Les autorisations de police

857

Les autorisations de police représentent un des types les plus connus de décisions favorisantes pour leurs destinataires. Elles ne créent pas à proprement parler de droits nouveaux, car elles ont pour but de vérifier que les conditions prévues par la loi pour pouvoir entreprendre une activité que le législateur a soumise à autorisation pour des motifs tenant à la sauvegarde de l'ordre public sont bien remplies (ATF 110 Ib 364, 365-366). Lorsque tel est le cas, la personne concernée a un droit à l'obtention de l'autorisation de police sollicitée (ATF/np 1C_33/2021 du 16.4.2021 consid. 5.2). Appartiennent à ces catégories, par exemple, les autorisations de construire, les permis de conduire, les autorisations de pratique dans le domaine médical, les brevets d'avocats et d'avocats, les patentes d'aubergiste, etc.

858

Ces autorisations ne constituent cependant pas des décisions constatatoires, mais des décisions formatrices, car elles ouvrent formellement le droit d'exercer l'activité en cause (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN n° 2654; TSCHANEN/MÜLLER/KERN n° 1206; rappelant, tout en s'en distançant, la théorie contraire aujourd'hui dépassée, MOOR/POLTER p. 185). Le fait d'exercer cette activité sans autorisation constitue bien une violation de la loi. Le droit créé par la loi n'est donc que virtuel tant qu'une autorisation n'a pas été obtenue. A cela s'ajoute que, même lorsque les conditions de délivrance d'une autorisation sont fixées précisément par la loi, il n'est pas rare que des notions juridiques indéterminées donnent à l'autorité une latitude de jugement significative.

c. Les autres autorisations

859

Le droit administratif connaît d'autres types d'autorisations : autorisations d'usage accru du domaine public, autorisations d'exploiter une auberge fondée sur la clause du besoin, ainsi que d'autres autorisations qui lèvent une interdiction (parfois sous forme de contingentement) posée dans un but de politique sociale (p.ex. les autorisations fondées sur l'art. 9 LDTR/GE à Genève) ou, lorsque la Constitution le permet (art. 94 al. 4 Cst.), un but de politique économique (art. 101 al. 2, 103 et 104 al. 2 Cst.). Les autorisations de séjour au sens de l'article 11 LEI entrent aussi dans cette catégorie et non dans celle des autorisations

326

327

de police, car il n'existe en principe pas de droit à les obtenir, sauf cas particuliers (ATF 127 II 60, 62-63).

860 L'autorité dispose en général d'une plus grande marge de manœuvre dans l'octroi de ces autorisations que pour les autorisations de police. Ce pouvoir d'appréciation découle souvent d'une véritable liberté d'appréciation, mais aussi parfois d'une latitude de jugement dans l'application de notions juridiques indéterminées ou d'une combinaison de ces deux techniques.

2. Les autorisations dérogatoires

861 Les autorisations dérogatoires se caractérisent par le fait qu'elles entrent en considération lorsque les conditions normales d'octroi d'une autorisation ne sont pas remplies, mais que le refus de toute autorisation n'apparaît pas souhaitable en raison de circonstances exceptionnelles. La dérogation sera la seule forme d'autorisation envisageable lorsque le but de la loi est fondamentalement d'éviter l'activité en cause (voir par exemple les art. 6 et 8 LDTR/GE).

862 En raison de leur nature, les autorisations dérogatoires impliquent un pouvoir d'appréciation de l'autorité (cf. p.ex. art. 24 LAT). L'autorité ne doit pas, en faisant un usage trop laxiste de ce pouvoir, vider de son sens la notion d'autorisation exceptionnelle ou dérogatoire (ATF/np 1C_159/2007 du 14.9.2007 consid. 3.3; RDAF 1993 120, 124, TA/GE 1.12.1992). A l'inverse, l'octroi d'une dérogation peut s'imposer, suite à une pesée de tous les intérêts pertinents, en vertu du principe de proportionnalité (ATF 118 Ia 410, 412, à propos de l'obligation de résidence des fonctionnaires en rapport avec leur liberté d'établissement), notamment pour éviter des cas de rigueur (voir p.ex. ATF 119 Ib 33, 40, sur les exceptions aux mesures de limitation des personnes étrangères pour « cas personnel d'extrême gravité »), ou en vertu du principe d'égalité de traitement, ce dernier ne devant pas non plus conduire à transformer l'exception en règle (ATF 100 Ia 47, 49 ss).

IV. Le statut de la décision dans le contentieux administratif

A. L'enjeu

863 Le système suisse de contentieux de droit administratif est fondé sur la figure de l'opposition ou du recours formés contre une décision par la personne qui n'est pas satisfaite de celle-ci. L'opposition, adressée dans les cas où la loi la prévoit à l'autorité qui a rendu la décision, ou le recours, adressé à une autre autorité, doivent être déposés dans un certain délai. Tel est le cas en tout cas pour les

moyens de droit – opposition ou recours – dits ordinaires, à savoir ceux qui sont en principe ouverts contre une décision sans être limités à des griefs spécifiques, réservés à des circonstances spéciales ou soumis à des exigences de recevabilité particulières (*infra* n° 1272).

864 Les décisions n'ont donc pas la même stabilité, ni la même portée juridique, suivant qu'elles peuvent encore être contestées par un moyen de droit ordinaire ou non et suivant que le moyen de droit éventuellement à disposition paralyse ou non leurs effets.

B. La force de chose jugée

865 Lorsqu'une décision ne peut plus être attaquée par un moyen de droit ordinaire, elle est dite *définitive* ou *entrée en force*. On parle usuellement de force formelle de chose jugée (*formelle Rechtskraft*). On distingue parfois, suivant que la décision a été rendue par une autorité administrative de première instance ou par une autorité juridictionnelle ou de recours, entre force de chose *décidée* et force de chose *jugée*, mais cette terminologie différenciée ne s'est pas imposée universellement. La décision entrée en force sera réputée valable et produira ses effets, même si elle est viciée, à moins d'être annulée ou modifiée suite à l'usage d'un moyen de droit extraordinaire, d'être affectée d'un vice tellement grave qu'elle est nulle, ou d'être révoquée, étant rappelé que les décisions ne peuvent en principe pas être revues par voie d'exception à l'occasion d'un acte subséquent les appliquant.

866 Une décision devient définitive – ou entre en force – lorsque le dernier moyen de droit ordinaire interjeté contre elle est rejeté, lorsque le délai pour utiliser un moyen de droit ordinaire vient à échéance sans avoir été utilisé, ou encore dès son prononcé, lorsqu'il n'existe aucun moyen de droit ordinaire ouvert contre elle. Le fait de déclarer certaines décisions définitives, dans une disposition légale spéciale, revient à soustraire ces décisions à une voie de recours qui aurait été sans cela ouverte en vertu d'une clause générale (cf. art. 59 let. d LPA/GE).

C. L'autorité de chose jugée

867 L'autorité de chose jugée ou force matérielle de chose jugée (*materielle Rechtskraft*) se rapporte à la stabilité du contenu d'une décision (voir, de manière générale, les développements figurant dans l'ATF 150 I 195, 201). On peut également distinguer ici entre autorité de chose *décidée*, qui se rapporte à la stabilité d'une décision de première instance entrée en force, et autorité de chose *jugée*, qui se rapporte à celle d'une décision prise sur recours ou par une juridiction administrative saisie d'une action.

868

Dans le premier cas, la question est simplement celle de la modification d'une décision administrative. On indiquera seulement ici que la révocation partielle ou totale d'une décision exige une pesée de l'intérêt à une application correcte du droit objectif, qui plaiderait par hypothèse pour une modification de la décision, et de l'intérêt à la sauvegarde de la sécurité du droit, qui favorise le maintien de la décision (*infra* n° 944-945).

869

Dans le second cas, l'examen approfondi de l'affaire qui a dû être effectué sur recours ou par la juridiction saisie d'une action justifie de reconnaître une plus grande portée à l'autorité de chose jugée: les points tranchés sur recours ou par une juridiction ne pourront être revus, en ce qui concerne les mêmes parties, les mêmes faits et les mêmes conclusions, que si des motifs de révision (*infra* n° 1290) sont présents. A cet égard, il faut souligner que l'autorité de chose jugée ne se rapporte qu'aux points effectivement tranchés par l'autorité de recours; il y aura donc lieu de se référer aux motifs de sa décision pour définir la portée de l'autorité de la chose jugée (ZBI 1996 467, 468, TF 12.12.1995).

D. Le caractère exécutoire

870

Une décision constitue un titre exécutoire, permettant à l'autorité de mettre en œuvre des moyens d'exécution forcée pour les obligations exigibles qu'elle comporte et permettant à ses bénéficiaires d'utiliser les droits ou facultés qu'elle confère, en principe lorsqu'elle est notifiée régulièrement, sous réserve de l'existence d'un moyen de droit comportant un effet suspensif (*infra* n° 1391 ss).

871

Dès lors, on doit admettre qu'une décision est exécutoire dans les hypothèses suivantes (cf. art. 39 PA et 53 al. 1 LPA/GE):

- a) lorsqu'elle ne peut plus être attaquée par un moyen de droit ordinaire, en d'autres termes lorsqu'elle est définitive (*supra* n° 865-866);
- b) lorsqu'elle peut être attaquée par un moyen de droit, mais que celui-ci n'a pas d'effet suspensif automatique et que cet effet n'a pas été accordé par l'autorité de recours;
- c) lorsque l'effet suspensif d'un éventuel moyen de droit a été retiré par l'autorité qui a pris la décision sans avoir été restitué par l'autorité de recours ou lorsque cette dernière a elle-même retiré l'effet suspensif.

330

872

Il résulte *a contrario* de ce qui précède que lorsqu'une décision est susceptible d'un recours ayant effet suspensif automatique, elle ne saurait devenir exécutoire avant la fin du délai de recours, même si aucun recours n'est effectivement interjeté. Ce défaut de caractère exécutoire s'étend non seulement au droit de l'administration de prendre des mesures d'exécution forcée (cf. art. 39 PA *a contrario*), mais également au droit des personnes bénéficiaires d'une décision, en particulier une autorisation, de faire usage des facultés que leur confère la décision en cause. A défaut, dans de nombreuses situations (p.ex. autorisation d'abattage d'arbres ou de démolition d'immeuble), il serait possible à la personne bénéficiant d'une décision de créer un fait accompli qui viderait de son sens la norme prévoyant, par hypothèse, un recours avec effet suspensif automatique. Le Tribunal fédéral a, il y a plus de cinquante ans, jugé à juste titre qu'une telle situation serait choquante (ATF 96 I 502, 511). On ne saurait donc suivre l'avis d'une partie de la doctrine, qui estime que, même lorsque la loi prévoit un effet suspensif d'office du recours, cet effet n'existe pas envers les personnes bénéficiaires d'une décision entre le moment où celle-ci est notifiée et celui où un recours est déposé (WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, *ad art.* 5, n° 9). Un tel résultat, qui n'est nullement imposé par la jurisprudence du Tribunal fédéral invoquée par la doctrine citée, ne correspondrait pas à l'esprit de la loi.

873

Le caractère exécutoire d'une décision ne doit pas être confondu avec l'exigibilité des obligations que cette décision comporte (*infra* n° 1166 ss). L'exigibilité concerne en effet le moment où, en vertu de la loi ou de la décision elle-même, l'exécution volontaire de l'obligation doit normalement intervenir. L'exigibilité peut ainsi intervenir avant que la décision ne soit exécutoire (par exemple, dans le cas d'une taxation fiscale frappée de recours: la date d'exigibilité de la créance fiscale, qui fait courir les intérêts moratoires, n'est pas repoussée par le recours, quand bien même aucune poursuite ne pourrait être engagée avant que la décision ne devienne exécutoire), ou postérieurement (par exemple, lorsqu'une décision accorde un délai pour l'exécution d'une obligation).

874

Le caractère exécutoire ne doit pas non plus être confondu avec l'exécutabilité des devoirs posés par la décision, qui se rapporte au moment où son exécution doit être acceptée. Ce moment dépend de la nature du devoir: s'il s'agit d'une dette pécuniaire, il intervient normalement à la notification de la décision; pour les obligations en nature, il faut examiner si l'exécution de l'obligation en cause doit intervenir à un moment déterminé (p.ex. convocation à une certaine date pour le service militaire).

331

§ 19 La procédure administrative

I. Introduction

L'administration doit, d'une manière générale, respecter le principe de la légalité et les autres principes constitutionnels régissant le droit administratif dans l'ensemble de ses activités. Ses actes doivent être conformes au droit quant à leur contenu (« matériellement »). Mais l'administration doit également respecter un certain nombre de règles dans la manière dont elle traite les affaires et en particulier dans la façon dont elle prépare ses décisions. Ces règles constituent ce que l'on appelle la procédure administrative. Lorsqu'elles s'appliquent à la préparation de décisions originaires de première instance, on parlera de procédure non contentieuse, alors que s'il s'agit de décisions prises sur opposition, sur recours ou suite à une action judiciaire, on parlera de procédure contentieuse (*supra* n° 1341). En tout état de cause, l'application des règles de procédure administrative suppose que l'acte que l'administration prépare soit une décision (ou un plan d'affectation, dans la mesure où celui-ci est traité comme une décision, *supra* n° 1119 ss).

La plupart des règles de procédure s'appliquent à toute prise de décision. Ce sont ces règles qui seront examinées ici. Certaines règles sont spécifiques à la procédure contentieuse. Les principales d'entre elles ont été évoquées dans le chapitre sur le contentieux administratif (*supra* n° 1344 ss).

Les règles de procédure administrative visent d'abord à protéger les droits et intérêts des personnes destinataires de la décision à prendre ou susceptibles d'être particulièrement touchées par cette décision. Ces personnes, qui disposent ainsi de certains droits dans la procédure, ont la qualité de partie. La définition de la qualité de partie peut, théoriquement, varier suivant la législation applicable et suivant que l'on se trouve en procédure non contentieuse ou contentieuse. Elle s'est cependant désormais largement unifiée sur le modèle de la qualité de partie du droit fédéral (*infra* n° 1487 ss).

La procédure administrative a également pour but d'assurer une prise de décision aussi objective et fondée que possible, en garantissant que tous les éléments pertinents pour l'application de la loi ont été pris en considération. C'est l'objectif des règles autorisant tout un chacun à donner son avis sur un projet de décision ou prévoyant que certaines autorités ou organismes doivent être consultés.

1456

La procédure administrative contient donc les règles relatives à la validité formelle des décisions administratives: compétence et composition de l'autorité, actes préparatoires que celle-ci doit effectuer, modalités d'instruction des affaires, forme de la décision finale à prendre. Si ces règles ne sont pas respectées, la décision est viciée formellement (sur les conséquences de ces vices, *supra* n° 895 ss; en particulier pour la violation du droit d'être entendu, *infra* n° 1553 ss).

1457

Les règles de procédure sont souvent mises en œuvre, dans le cours du processus menant à une décision finale, par des décisions incidentes. Celles-ci pourront faire l'objet d'un recours immédiat dans la mesure où elles peuvent causer un préjudice irréparable ou que le principe d'économie de procédure le justifie (*supra* n° 832 ss).

1458

Certaines règles de procédure imposent des devoirs aux parties: exigences de forme pour une requête ou pour un moyen de droit contentieux, obligation de collaborer à l'établissement des faits, respect de délais. La violation des règles qui sont strictement impératives, comme les délais posés par la loi (art. 22 PA, 16 al. 1 LPA/GE), entraîne la péremption du droit auquel elles se rattachent. S'il s'agit, en revanche, de prescriptions d'ordre, il appartiendra à l'autorité d'apprécier, en application du principe de proportionnalité (qui se traduit notamment par l'interdiction du formalisme excessif), la conséquence de leur violation. Suivant les cas, un délai devra être imparti à la personne concernée pour lui permettre de réparer cette violation (art. 52 al. 2 PA, 65 al. 2 LPA/GE).

II. Les sources des règles de procédure administrative

A. Les règles constitutionnelles et conventionnelles

1459

Le Tribunal fédéral avait tiré de l'article 4 aCst. une série de droits de nature procédurale, qui constituent des garanties constitutionnelles minimales en deçà desquelles la législation fédérale ou cantonale ne peut descendre. Ces droits portent sur l'interdiction du déni de justice formel (obligation de statuer) et du formalisme excessif, le droit d'être entendu, sous ses différents aspects, et le droit à l'assistance judiciaire gratuite. Ils ont été repris expressément, aujourd'hui, à l'article 29 Cst.

1460

Le Tribunal fédéral ne peut refuser d'appliquer une loi fédérale qui ne respecterait pas les règles constitutionnelles minimales (art. 190 Cst.), mais il imposera l'application de ces dernières dans le silence de la loi. En ce qui concerne les règles cantonales, le Tribunal fédéral vérifie librement si leur contenu et leur applica-

tion respectent les garanties minimales découlant de la Constitution (ATF/np 2C_254/2024 du 19.8.2024 consid. 3.1; ATF 135 I 279, 281; 125 I 257, 259; 122 II 464, 469). Là également, les règles constitutionnelles s'appliqueront si le droit cantonal est muet sur un point qu'elles régissent.

1461

Il convient de mentionner aussi les règles supralégislatives, y compris conventionnelles, qui concernent spécifiquement la procédure contentieuse, sous l'angle du droit à un procès équitable (*supra* n° 1344 let. a). On trouve également des règles spécifiques à la procédure pénale (sur le rôle de celle-ci en matière administrative, *supra* n° 1221 *in fine* et 1240) à l'article 32 Cst.

B. Les règles légales

1462

Les règles de procédure administrative ont été codifiées, sur le plan fédéral, par la PA et, sur le plan cantonal, par les lois de procédure des différents cantons. La procédure devant le Tribunal fédéral est toutefois régie non par la PA, mais par la LTF. Ces lois concrétisent dans une large mesure les garanties constitutionnelles évoquées plus haut.

1463

Par ailleurs, certaines lois fédérales couvrant un domaine spécifique du droit comportent, outre des règles de fond qui ne nous intéressent pas ici, des règles de procédure applicables dans le domaine considéré. C'est le cas de la LHID, dont les articles 38b à 54 posent des règles de procédure qui s'imposent à tous les cantons en matière d'impôts directs. C'est également le cas de la LPGA, dont le chapitre 4 (art. 27 à 62) est consacré à la procédure.

1464

La LPGA ne s'applique que dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances sociales le prévoient. A l'exception de la LPP, ces lois – notamment la LAMal, la LAA, la LAVS et la LAI – ont toutes été modifiées en ce sens, avec parfois des nuances dérogatoires. Dans la mesure où la LPGA est applicable, la PA ne s'applique pas (art. 3 let. d^{bis} PA), sauf si la loi spéciale y renvoie. Ce principe est précisé par l'article 55 alinéa 1 LPGA, qui prévoit que les points de procédure qui ne sont pas réglés exhaustivement par les articles 27 à 54 LPGA ou par les dispositions des lois spéciales sont régis par la PA.

1465

On trouve encore, dans de nombreux cas, des règles de procédure particulières contenues dans des lois spéciales. L'article 3 LPA/GE réserve ainsi, de façon déclaratoire, le principe de la primauté de la loi spéciale. L'article 4 PA semble en revanche l'écarter puisqu'il prévoit que les dispositions du droit fédéral qui régissent une procédure plus en détail sont applicables en tant qu'elles ne dérogent pas à la PA. Mais cette disposition vise en réalité les normes édictées avant l'entrée

en vigueur de la PA et ne s'oppose pas à la primauté des lois spéciales postérieures (MAYHALL-MANNHART *in* WALDMANN/KRAUSOPF, *ad* art. 4, n° 4), en particulier évidemment lorsque celles-ci le prévoient expressément (p.ex. art. 55 LMP).

Pour avoir une idée exacte de la procédure applicable à une prise de décision, il ne suffit donc pas de déterminer si la PA ou la loi générale de procédure du canton est applicable; il est indispensable de vérifier si une législation sectorielle, en particulier procédurale, est éventuellement applicable et si la législation spéciale ne comporte pas aussi des règles de procédure spécifiques. Cela étant, si la détermination du droit applicable est, de ce fait, relativement compliquée, les règles contenues dans les différents textes convergent la plupart du temps et sont parfois simplement redondantes, ce qui s'explique aisément par le cadre assez strict posé par les exigences constitutionnelles.

III. Le champ d'application de la PA et de la LPA/GE

A. Le champ d'application de la PA

1. Les principes

L'applicabilité de la PA est définie, à ses articles 1 à 5, selon trois critères, à savoir la nature de l'affaire, l'autorité compétente et le droit applicable au fond, à savoir le droit fédéral.

La PA ne s'applique tout d'abord qu'aux affaires administratives – par opposition aux affaires civiles ou pénales – qui doivent être réglées par des décisions (art. 1 al. 1 PA). Lorsque l'administration n'agit pas au moyen d'une décision, telle qu'elle est définie à l'article 5 PA (*supra* n° 785), la PA n'est pas applicable (ATF 146 V 38, 39). La PA ne s'applique donc pas, dans les rares cas où une pré-tention doit faire l'objet d'une action judiciaire, à la procédure précédant cette action, mais elle s'applique bien à la procédure d'action devant le Tribunal administratif fédéral (art. 37 LTAF). Elle ne s'applique pas non plus lorsque l'on est en présence d'un acte matériel, d'un acte administratif au sens étroit (p.ex. s'agissant de simples recommandations, ATF 117 Ib 481, 484 ss, ou s'agissant de l'activité non décisionnaire d'un observateur selon la LB, ATF 130 II 351, 358-359), d'un acte normatif ou d'un contrat de droit public, sous réserve bien entendu, pour les actes matériels, de la procédure spécifiquement relative aux décisions qui devraient être rendues en vertu de l'article 25a PA (*supra* n° 695 ss).

Deuxièmement, la décision à prendre doit tomber dans la compétence d'une des autorités visées à l'article 1 alinéa 2 PA. Il s'agit du Conseil fédéral, des départements et de toute l'administration centrale de la Confédération (let. a), des établis-

sements fédéraux autonomes (let. c), du Tribunal administratif fédéral (let. c^{bis}), des commissions fédérales (let. d) et des autres autorités indépendantes de l'administration fédérale, en tant qu'elles statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public à elles confiées par la Confédération (let. e).

Sont visées, dans le dernier cas, des entités de droit public ou privé auxquelles a été délégué, avec l'exécution d'une tâche publique, le pouvoir de rendre des décisions administratives, comme la SSR (ATF 123 II 402, 406; voir aussi, concernant les CFE, qui depuis leur transformation en SA de droit public ne tombent plus sous le coup de l'art. 1 al. 2 let. c, mais peuvent relever de l'art. 1 al. 2 let. e PA, ATF 126 II 54, 62 et JAAC 2001/65 n° 63, Commission de recours DETEC). Encore faut-il, en vertu de l'article 3 lettre a PA, qu'un recours direct à une autorité fédérale soit ouvert contre les décisions de ces entités.

S'agissant du Tribunal fédéral, ses décisions ne sont soumises à la PA que dans la mesure où elles concernent ses rapports avec ses fonctionnaires (art. 1 al. 2 let. b PA), c'est-à-dire lorsqu'il agit en tant qu'autorité administrative et non comme juridiction.

Enfin, troisièmement, l'application de la PA dépend, dans une certaine mesure, du droit applicable au fond ou plus exactement du niveau normatif de ce droit. En effet, une décision au sens de l'article 5 alinéa 1 PA doit être fondée sur le droit public fédéral. Pour les autorités mentionnées à l'article 1 alinéa 1 PA, la chose va de soi: ces autorités fédérales sont ne sont chargées d'appliquer que le droit fédéral. Quant aux autorités cantonales, elles ne sont pas mentionnées à l'article 1 alinéa 1 PA. Mais certaines dispositions de la PA sont néanmoins applicables à la procédure devant les autorités cantonales de dernière instance qui ne statuent pas définitivement en vertu du droit public fédéral (art. 1 al. 3 PA). Cette clause, mise en relation avec l'article 5 PA, fait donc intervenir le critère du droit de fond applicable. Ce n'est que si une autorité cantonale est amenée à prendre une décision fondée sur le droit fédéral qu'elle peut devoir respecter certaines dispositions de la PA (sur la portée de cette obligation, *infra* n° 1475 ss).

Dans certains domaines, la PA ne s'applique que partiellement: en procédure fiscale (art. 2 al. 1 PA), les articles 12 à 19 et 30 à 33 ne sont pas applicables; en procédure d'exams professionnels, de maîtrise ou de capacité (art. 2 al. 2 PA), seuls les articles 4 à 6, 10, 34, 35, 37 et 38 s'appliquent; devant les commissions d'estimation en matière d'expropriation (art. 2 al. 3 PA), la PA est intégralement applicable depuis 2021, pour autant que la LEx n'en dispose pas autrement.

L'article 3 PA exclut l'application de cette loi dans des cas qui rempliraient par ailleurs les critères énoncés plus haut. Outre les exceptions de l'article 3 lettres

a et d^{bis} PA déjà évoquées (*supra* n° 1464 et 1469), ne sont pas soumises à la PA diverses procédures en matière de personnel fédéral, notamment quant à la création initiale des rapports de service et à la promotion (let. b), la procédure pénale administrative de première instance et celle des recherches de la police judiciaire (let. c), les procédures en matière de justice et de commandement militaires (let. d), la procédure de taxation douanière (let. e).

L'article 3 lettre f PA exclut également l'application de la PA dans les affaires administratives « dont la nature exige qu'elles soient tranchées sur-le-champ par décision immédiatement exécutoire ». Sont visées ici des situations d'une urgence telle que les possibilités offertes par la PA d'écarter le droit d'être entendu (art. 30 al. 2 let. e PA ; *infra* n° 1534 ss) et de déclarer une décision exécutoire nonobstant recours (art. 55 al. 2 PA) s'avèrent insuffisantes. On peut se demander si l'article 3 lettre f PA ne vise pas en définitive les cas où, en raison de la nature de l'action étatique en cause, il n'est pas nécessaire de rendre une décision (auquel cas, l'exclusion de l'application de la PA résulterait aussi directement de son art. 1 al. 1 a *contrario*). Le Tribunal fédéral l'a laissé entendre s'agissant de la procédure applicable pour la gestion des centres d'enregistrement pour requérants d'asile.

« D'après l'organisation prévue par l'Ordonnance et le Règlement, une autorisation de sortie est nécessaire chaque jour. Dans ces circonstances, une véritable procédure de décision pour chaque sortie en particulier ne paraît ni indiquée ni praticable ; l'opinion du Département fédéral, selon laquelle les dispositions de la loi fédérale sur la procédure administrative ne sont pas applicables en raison de l'art. 3 let. f PA, part de cette idée. » (ATF 128 II 156, 164 ; voir aussi *supra* n° 694)

2. L'applicabilité de règles de la PA à des décisions cantonales

D'une manière générale, les cantons sont compétents, en vertu de l'article 3 Cst., en ce qui concerne l'organisation de leur administration, y compris la procédure. La jurisprudence considère cependant que les cantons sont tenus de mettre sur pied un droit procédural qui garantisse l'application du droit matériel fédéral (ATF 122 I 18, 21 ; 116 II 215, 218). Dans cette optique, lorsque les cantons sont chargés de l'exécution du droit fédéral, ce dernier peut intervenir dans le droit cantonal de procédure si cela est nécessaire pour assurer l'application correcte et uniforme des règles fédérales sur l'ensemble du territoire et le respect des principes constitutionnels (ATF 128 I 254, 264-265 ; 111 Ib 201, 203). Cette intervention du droit fédéral résulte de dispositions légales expresses – de la PA, de la LTF ou de législations sectorielles comme la LHID et la LPGA – mais aussi de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Selon l'article 1 alinéa 3 PA, seules les dispositions de cette loi concernant la notification des décisions et le retrait de l'effet suspensif s'appliquent à la procédure devant les autorités cantonales de dernière instance qui ne statuent pas définitivement en vertu du droit fédéral, c'est-à-dire des autorités cantonales dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours ordinaire (recours en matière de droit public ou, très exceptionnellement, recours au Tribunal administratif fédéral) devant une instance fédérale. Le Tribunal fédéral a jugé que la liste figurant à l'article 1 alinéa 3 PA n'était pas exhaustive et qu'étaient aussi applicables aux décisions visées les articles 5 (définition de la décision), 45 (possibilité de recourir contre des décisions incidentes), 55 alinéa 3 (restitution de l'effet suspensif) et 56 (autres mesures provisionnelles) (ATF 117 V 185, 188-190 ; 111 Ib 201, 203 ; 108 Ib 465, 469-470 ; 106 Ib 115, 116).

Pris à la lettre, l'article 1 alinéa 3 PA porte sur « la procédure devant les autorités cantonales de dernière instance ». Mais toutes les règles qu'il vise concernent en réalité la façon dont l'autorité fédérale de recours doit analyser ou traiter les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui sont portées ou susceptibles d'être portées devant elle. Puisque cette autorité est fédérale, il est normal que les critères qu'elle applique soient fixés par le droit fédéral et ne varient pas suivant d'éventuelles spécificités cantonales, quand bien même les décisions en cause sont cantonales.

L'évolution relativement récente confirme une intervention du droit fédéral dans la procédure cantonale qui ne se contente pas de sauvegarder la bonne application du droit fédéral matériel, mais qui vise au fonctionnement harmonieux d'un système de contentieux au sommet duquel trône le Tribunal fédéral. Sont très représentatives de ce phénomène les exigences découlant pour les cantons des articles 110 et 111 LTF (*supra* n° 1323 ss et 1360 *in fine*). Parmi celles-ci, la plus significative est sans doute l'unification de la qualité de partie, sur le modèle défini par l'article 6 PA (*infra* n° 1492 ss).

B. Le champ d'application de la LPA/GE

Le champ d'application de la LPA/GE est défini, à ses articles 1 à 6, en fonction des critères de la nature de l'affaire et de l'autorité compétente.

La LPA/GE est applicable à la prise de décisions par les autorités (art. 1 al. 1 LPA/GE), la notion de décision étant définie à son article 4. Comme la PA, elle ne s'applique donc pas en matière de normes, d'actes matériels, de contrats de droit public et lorsqu'une prétention doit faire l'objet d'une action judiciaire. Elle ne s'applique que par analogie à la phase contentieuse des actions pécuniaires devant

la chambre administrative de la Cour de justice (art. 132 al. 3 *in fine* LOJ/GE). Pour le reste, elle s'applique aussi bien aux décisions de première instance qu'aux décisions prises en procédure contentieuse (art. 4 al. 1 et 2 LPA/GE).

1481 Les autorités visées à l'article 1 alinéa 1 LPA/GE sont, selon l'article 1 alinéa 2 LPA/GE, les autorités administratives, qui sont énumérées à l'article 5 LPA/GE, et les juridictions administratives, qui sont définies à l'article 6 LPA/GE.

1482 Le critère d'applicabilité de la LPA/GE est donc la prise d'une décision par une autorité cantonale genevoise. La question du droit applicable au fond ne joue de rôle que dans la mesure où sont susceptibles d'entrer en considération des dispositions spéciales de procédure liées à la réglementation de fond. La réserve – déclarative – des règles fédérales est en outre expressément prévue à l'article 3 LPA/GE.

1483 L'article 2 LPA/GE prévoit des exceptions, totales ou partielles, à l'application de la LPA/GE pour certains types d'actes (let. a) ou de décisions (let. b à f). Certaines de ces exceptions sont analogues à celles prévues par l'article 3 PA (art. 2 let. b à e LPA/GE). L'exception visant les « actes de portée purement interne à l'administration » (art. 2 let. a LPA/GE) est inutile: en effet de tels actes ne sont pas des décisions et l'application de la LPA/GE est déjà exclue par son article 1 alinéa 1. Quant à l'exception visant les subventions auxquelles la loi ne donne aucun droit (art. 2 let. f LPA/GE), elle est aujourd'hui injustifiée. Les décisions en la matière sont sujettes à recours et il n'y a aucune raison que la procédure qui les précède soit différente de celle relative à toute autre décision pour laquelle l'autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation.

IV. La qualité de partie à la procédure

A. Notion

1484 La qualité de partie à la procédure permet de distinguer, au sein de la population, les personnes qui ont un lien suffisamment étroit et particulier avec la prise d'une décision pour que certains droits dans la préparation de cette décision leur soient reconnus. C'est également la qualité de partie à la procédure qui emporte le droit d'obtenir une décision de l'autorité.

1485 Il va de soi que la qualité de partie ne peut revenir qu'à une entité disposant de la capacité d'être partie, à savoir d'être titulaire de droits ou d'obligations (voir p.ex. JAAC 2003/67 n° 94, CORE PT). Cette capacité résultera en principe de la personnalité juridique, mais, pour les autorités, elle peut aussi découler de la loi fixant les compétences de celles-ci, notamment lorsqu'elle leur accorde la qualité

pour recourir. Le Tribunal fédéral a bien rappelé à cet égard qu'une autorité fédérale habilitée à recourir bénéficie, dans la procédure menant à la décision sujette à recours, de tous les droits accordés aux parties (ATF 148 II 369, 374; 135 II 338, 344-345).

1486 La reconnaissance de la qualité de partie et la mise en œuvre des droits y relatifs implique par définition qu'une procédure susceptible de conduire à une décision soit ouverte. Cet aspect est particulièrement important dans les procédures pouvant mener à des mesures administratives ou des sanctions, qui sont en général précédées d'une phase dans laquelle l'autorité examine informellement s'il y a matière à une intervention quelconque de sa part. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que les droits de partie devaient être reconnus devant la FINMA dès que celle-ci avait formellement ouvert une procédure fondée sur la LBVM – aujourd'hui abrogée et remplacée par la LEFin – mais non dans le cadre des investigations préliminaires à cette procédure (ATF 136 II 304, 319 ss).

B. La qualité de partie selon la PA

1487 Selon l'article 6 PA, qui ne fait pas de différence entre la procédure contentieuse et la procédure non contentieuse, ont qualité de parties les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision.

1488 L'article 6 PA reconnaît donc la qualité de partie d'abord aux personnes qui sont susceptibles d'être touchées par la décision à prendre dans un intérêt juridiquement protégé. Il s'agira des personnes destinataires directes de la décision – celles dont les droits ou obligations sont l'objet même de la décision – ainsi que des personnes tierces dont un droit constitutionnel ou conféré par la loi pourrait être atteint par la décision (sur la qualité pour agir fondée sur le même critère, *supra* n° 1373).

1489 La deuxième partie de l'article 6 PA renvoie, quant à elle, aux dispositions définissant la qualité pour recourir contre les décisions soumises à la PA, à savoir les articles 48 PA et 89 LTF. Nous avons vu que ces dispositions, qui s'interprètent de la même façon, confèrent la qualité pour agir, d'une manière générale, à quiconque est spécialement (ou « particulièrement ») atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification (art. 48 al. 1 PA, 89 al. 1 LTF). La jurisprudence a interprété cette notion comme exigeant que la personne concernée soit touchée dans une mesure et avec une intensité plus grande que le reste de la population. L'intérêt invoqué – qui n'est pas

nécessairement un intérêt juridiquement protégé, mais peut être un intérêt de fait – doit se trouver avec l'objet de la contestation dans un rapport étroit spécial et digne d'être pris en considération (*supra* n° 1363 ss). A côté de celles qui sont touchées dans un intérêt juridique, qui remplissent à l'évidence ces conditions, d'autres personnes, atteintes dans un simple intérêt de fait, peuvent donc également avoir la qualité pour agir. Par ailleurs, la qualité pour agir appartient aussi à toutes les personnes, organisations ou autorités auxquelles elle est spécialement conférée par la loi (art. 48 al. 2 PA, 89 al. 2 let. d LTF; *supra* n° 1376 ss et 1379 ss), ainsi que, à certaines conditions, aux associations qui défendent les intérêts de leurs membres (*supra* n° 1384 ss).

Toute personne ou entité qui a la qualité pour recourir contre la décision en cause en vertu des articles 48 PA et 89 LTF, ou de la jurisprudence sur le recours associatif, a donc également, selon l'article 6 PA, la qualité de partie en procédure non contentieuse ou contentieuse. Comme le cercle des personnes disposant de la qualité pour agir inclut le cercle plus étroit de celles qui pourraient être touchées dans leurs droits ou obligations, la formulation de l'article 6 PA est partiellement redondante. Il faut retenir, en définitive, que la qualité de partie est conférée aux personnes susceptibles d'être touchées plus que quiconque dans un intérêt juridique ou de fait, digne de protection, par la décision en cause, ainsi qu'à celles qui bénéficieraient d'un droit de recourir spécial contre cette décision. La qualité de partie peut donc aussi revenir à des autorités ou des collectivités publiques. En particulier, l'autorité qui a pris une décision se trouvera partie intimée dans la procédure contentieuse ouverte suite à un recours contre sa décision.

Il se peut en outre que des dispositions spéciales réglementent certains aspects de la qualité de partie dans des procédures déterminées. Ainsi en est-il, par exemple, en matière d'entraide pénale internationale (art. 80b EIMP; ATF 127 II 104) ou en matière de concentrations d'entreprises (art. 43 al. 4 LCart).

C. La qualité de partie en droit cantonal

I. Les exigences du droit fédéral

Sous l'empire du droit en vigueur avant 2007, la jurisprudence du Tribunal fédéral interdisait aux cantons, lorsqu'une décision cantonale pouvait faire l'objet d'un recours de droit administratif ou administratif auprès d'une instance fédérale, de soumettre à des exigences plus fortes que celles prévues par le droit fédéral la qualité pour recourir devant les instances cantonales et la qualité de partie à la procédure cantonale (voir, par exemple, ATF 118 Ib 381, 395). Sans ces exigences, le

risque aurait existé que des personnes soient empêchées d'utiliser leur droit de recours fédéral, faute d'avoir pu épuiser les voies de droit cantonales préalables. Aujourd'hui, la question est réglée, dans le même sens, de façon claire et générale, par l'article 111 alinéa 1 LTF, qui prévoit que la qualité de partie à la procédure devant toute autorité cantonale précédente doit être reconnue à quiconque a la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral. Diverses dispositions spéciales posent le même principe (art. 33 al. 3 let. a LAT, 55 al. 1 LPE, 12 al. 1 LPN).

Comme le recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral est très largement ouvert contre les décisions cantonales de dernière instance, le standard minimum de qualité de partie résultant de la qualité pour agir devant le Tribunal fédéral, soit en définitive le standard posé par l'article 6 PA, s'impose pour l'immense majorité des décisions cantonales. Les dispositions cantonales qui définissent plus étroitement la qualité de partie – comme l'article 11 CPJA/FR, qui s'en tient au critère de l'intérêt juridique – doivent s'effacer devant l'exigence de l'article 111 LTF et n'ont plus qu'une portée résiduelle dans les rares cas où le recours en matière de droit public est exclu.

2. La qualité de partie selon la LPA/GE

Jusqu'à fin 2008, la LPA/GE distinguait, à son article 7, entre la qualité de partie à la procédure non contentieuse et la qualité de partie en procédure contentieuse. Dans le premier cas, la qualité de partie était réservée aux personnes dont les droits et obligations pouvaient être directement touchés par la décision à prendre par l'autorité administrative, en d'autres termes, à celles qui étaient atteintes dans un intérêt juridiquement protégé. Le champ d'application de ce critère strict était devenu tellement réduit au vu des exigences du droit fédéral, le droit genevois a repris la formule de l'article 6 PA dès le 1^{er} janvier 2009.

L'article 7 LPA/GE définit ainsi la qualité de partie, en procédure non contentieuse et contentieuse, par référence à la qualité pour recourir. Celle-ci est elle-même définie, à l'article 60 LPA/GE, notamment aux lettres b et e, de la même manière qu'en droit fédéral (RDAF 1991 34, 37, TA/GE 10.1.1990). La qualité de partie est donc conférée aux personnes qui sont susceptibles d'être touchées plus que quiconque dans un intérêt digne de protection par la décision attaquée ou qui bénéficieraient d'un droit de recours spécial contre cette décision. Elle revient aussi aux associations qui remplissent les conditions pour agir dans l'intérêt de leurs membres.

V. Les principes généraux de la procédure administrative

A. L'obligation de statuer

1497 Nous avons vu que le droit d'obtenir une décision formatrice ou constatatoire, suite à une requête en ce sens, dépend de la qualité de partie à la procédure non contentieuse menant à cette décision (*supra* n° 1407-1408). A ainsi droit au prononcé d'une décision la personne qui est susceptible d'être touchée dans un intérêt digne de protection par cette décision (*supra* n° 1490 et 1496). Le droit au prononcé d'une décision doit aussi, logiquement, être conféré aux personnes qui disposent d'un droit de recours spécial contre la décision à prendre, puisqu'elles ont alors la qualité de partie selon l'article 6 PA et les dispositions cantonales analogues. Après en avoir initialement jugé autrement (ATF 110 Ib 160, 162), le Tribunal fédéral a considéré, à juste titre, en s'appuyant notamment sur la Convention d'Aarhus, que le droit d'obtenir une décision appartenait également aux organisations de protection de l'environnement (ATF/np IC_555/2020 consid. 5.3.2).

1498 Lorsque la prise d'une décision est réclamée par une personne disposant de la qualité de partie, l'autorité compétente a l'obligation de statuer. Si la question a déjà été tranchée par une décision, ce sont cependant les conditions du droit à une reconsidération qui déterminent l'obligation de statuer de l'autorité (*supra* n° 1421 ss). On rappellera encore qu'en cas de simple dénonciation ou de plainte à l'autorité de surveillance, il n'y a pas d'obligation de statuer pour l'autorité saisie (*supra* n° 1442 et 1448).

1499 L'autorité qui refuse expressément de statuer, alors qu'elle en a l'obligation, commet un déni de justice formel (*Rechtsverweigerung*) (ATF 142 II 154, 157; 135 I 6, 9), qui constitue une violation de l'article 29 alinéa 1 Cst. Il en est de même de l'autorité qui ne statue que partiellement (RDAF 2011 II 163, 165, TF 21.12.2010), notamment si elle ne traite pas d'un grief relevant de sa compétence, motivé de façon suffisante et pertinent pour l'issue du litige (SJ 2007 I 472, 472-473, TF 12.3.2007).

1500 L'autorité compétente commet aussi un déni de justice formel lorsqu'elle tarde sans droit à statuer (*Rechtsverzögerung*) ou décide à tort de suspendre la procédure (ATF 130 V 90, 92; ZBI 1981 553, 554, TF 13.3.1981), ce que l'article 29 alinéa 1 Cst. vise d'ailleurs expressément en mentionnant le droit à ce que la cause de toute personne soit traitée et jugée « dans un délai raisonnable » (ATF 135 I 265, 277; 130 I 312, 332, qui précise que, à cet égard, l'art. 6 par. 1 CEDH n'offre pas une protection plus étendue).

1501 Sauf dans les rares cas où la loi fixe à l'autorité un délai impératif, et non un simple délai d'ordre, pour se prononcer, il n'existe pas de droit à ce que l'autorité compétente statue dans un délai déterminé abstraitement. Le délai au-delà duquel l'inaction de l'autorité contrevient à son obligation de statuer dépend des circonstances, de la nature de l'affaire, de sa complexité, de la difficulté éventuelle d'élucider les questions de fait (ATF 144 I 318, 333; 135 I 265, 277; 129 V 411, 416 ss; 117 la 193, 197; 107 Ib 160, 165; 101 Ia 492, 494).

1502 Lorsque l'autorité tarde à statuer, il n'y a pas, à proprement parler, de décision. Il est néanmoins possible de recourir. L'article 46a PA prévoit en effet que le recours est recevable si, sans en avoir le droit, l'autorité saisie s'abstient de rendre une décision sujette à recours ou tarde à le faire (ATAF/np A-847/2018 du 12.4.2018 consid. 3.1; ATAF 2009/I consid. 3, sur le droit de personnes privées de demander une décision d'application de la législation sur la protection de l'air). Lorsque la voie de droit prévue est l'opposition, le recours pour déni de justice formel est directement ouvert sans qu'il soit nécessaire de former une opposition ou réclamation préalable (ATAF 2008/15 consid. 3.1, rés. in RDAF 2008 II 550). L'article 94 LTF comporte, pour le recours en matière de droit public, la même règle que l'article 46a PA. L'article 56 alinéa 2 LPGA prévoit que le recours peut aussi être formé lorsque l'assureur, malgré la demande de l'intéressé, ne rend pas de décision ou de décision sur opposition; ce recours pour déni de justice est porté devant le Tribunal cantonal des assurances (ATF 130 V 90, 92). Pour sa part, l'article 4 alinéa 4 LPA/GE indique que lorsqu'une autorité mise en demeure refuse sans droit de statuer ou tarde à se prononcer, son silence est assimilé à une décision; le recours est alors ouvert en tout temps, selon l'article 62 alinéa 6 LPA/GE.

1503 En droit genevois, l'autorité saisie d'un recours pour déni de justice formel ne statuera en principe pas elle-même sur le fond, mais renverra la cause à l'autorité compétente avec des instructions impératives (art. 69 al. 4 LPA/GE). Le droit fédéral ne comporte plus de disposition analogue, l'article 70 alinéa 2 PA ayant été abrogé le 1^{er} janvier 2007.

B. L'interdiction du formalisme excessif

1504 D'une manière générale, la procédure administrative est relativement souple. Il convient, d'une part, de ne pas imposer des contraintes formelles exagérées aux personnes privées, qui, pour la plupart, n'ont pas de formation juridique et ne se font pas assister dans leurs relations avec l'administration. Il faut aussi, d'autre part, permettre à l'administration de fonctionner et de remplir ses tâches dans des délais raisonnables.

1505

Cette souplesse des règles de procédure administrative se traduit de plusieurs façons. Certaines règles sont dites d'ordre : leur violation n'entraîne pas l'invalidité de la démarche de la personne concernée ou de la décision en cause. D'autres, qui imposent des devoirs, ouvrent la voie à une réparation dans un délai raisonnable : ainsi en cas de recours insuffisamment motivé, un délai doit être accordé à la personne recourante pour compléter sa motivation (*supra* n° 1357). La réparation de vices de procédure peut aussi être effectuée par une autorité de recours disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité intimée (*supra* n° 900 ss et *infra* n° 1553 ss).

1506

Il existe évidemment aussi des règles de procédure essentielles, dont la violation ne peut être réparée et entraîne soit la péremption du droit dont elles régissent l'usage soit l'annulation, voire la nullité, de la décision qu'elles visent. Tel est le cas des délais qui sont fixés par la loi (art. 22 al. 1 PA, 16 al. 1 LPA/GE) ou des exigences minimales de recevabilité d'un mémoire de recours (*supra* n° 1357).

1507

En tout état de cause, dans l'interprétation et l'application des règles de procédure, l'autorité ne saurait, sans commettre un déni de justice formel prohibé par l'article 29 alinéa 1 Cst., faire preuve d'un formalisme excessif. Il y a formalisme excessif lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi et complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès à la justice (ATF 145 I 201, 204; 142 I 10, 11; 142 V 152, 158; 135 I 6, 9; 132 I 249, 253).

1508

L'existence d'un formalisme excessif n'est donc pas facilement reconnue. Ainsi, il est admis qu'un courrier recommandé qui n'a pu être distribué et qui n'a pas été retiré est considéré comme notifié à la fin du délai de garde de 7 jours (qui résulte aujourd'hui des conditions générales de la poste); ce n'est pas faire preuve de formalisme excessif que de considérer que le délai de recours commence à courir 7 jours après la tentative infructueuse de notification par la poste, même si celle-ci a, de sa propre initiative, consenti à un délai de retrait plus long et que le courrier a été retiré le dernier jour de ce délai (ATF 127 I 31, 34 ss). Ne commet pas non plus un formalisme excessif la caisse d'assurance qui déclare une opposition irrecevable faute d'avoir reçu une procuration écrite du mandataire après l'avoir dûment demandée au sens de l'article 37 alinéa 2 LPGA, alors même qu'elle a directement évoqué la procédure d'opposition avec le mandant lors d'une conversation téléphonique (ATF/mp 8C_290/2024 du 31.1.2025 consid. 5.3.1). Le principe, consacré par les lois de procédure, selon lequel un délai convenable doit être accordé pour compléter un acte de recours ne remplissant pas les conditions

550

de forme légales (*supra* n° 1357) découle de l'interdiction du formalisme excessif (ATF 143 V 249, 252, à propos de l'art. 61 let. b LGPA); le Tribunal fédéral a néanmoins jugé que n'accorder la possibilité de compléter un mémoire de recours que si celui-ci répond à des exigences de forme minimales ne constitue nullement du formalisme excessif :

« De même, le Tribunal administratif n'a pas davantage porté atteinte au droit d'être entendu du recourant en ne permettant pas à son avocat de compléter son recours. Selon le texte clair de l'art. 65 al. 3 LPA gen., une telle possibilité n'est accordée que si le recours répond aux exigences de forme minimales posées à l'art. 65 al. 1 et 2 LPA gen. Tel n'était pas le cas de l'acte déposé le 18 novembre 2003, qui ne comportait ni motivation ni conclusions. Il n'est par ailleurs nullement formaliste à l'excès de n'octroyer la possibilité de compléter le recours que si celui-ci contient un début de motivation. Cette condition est d'ailleurs conforme à la pratique du Tribunal fédéral développée en application de l'art. 93 al. 2 OJ, qui n'autorise le recourant à déposer un mémoire completif que dans le cas où la motivation de la décision attaquée apparaît la première fois dans la réponse au recours de l'autorité intimée; toute autre interprétation aurait pour effet de prolonger le délai de recours légal, au gré du recourant, ce qui n'est pas admissible (ATF 119 la 123 consid. 34 in fine p. 131; 118 la 305 consid. 1c p. 308). [...] L'irrecevabilité sanctionnant le recours qui ne comporte ni motivation ni conclusions ne consacre aucun formalisme excessif, s'agissant d'éléments indispensables pour que l'autorité de recours puisse savoir ce que le recourant reproche à la décision attaquée et ce qu'il veut [...] » (RDAF 2005 I 58, 59-60, TF 10.5.2004)

1509

L'excès de formalisme peut résider soit dans la règle de comportement imposée aux justiciables, soit dans la sanction qui lui est attachée (ATF 132 I 249, 253; 125 I 166, 170; 121 I 177, 179; 113 la 84, 87 ss et les exemples cités p. 92). Autrement dit, il y a formalisme excessif si une procédure est soumise à des conditions de forme rigoureuses sans que cette rigueur soit objectivement justifiée, ou lorsqu'une autorité applique des prescriptions formelles avec une rigueur exagérée ou pose des exigences excessives en ce qui concerne la forme d'actes juridiques et empêche ainsi de façon inadmissible l'utilisation des voies de droit (ATF 142 I 10, 11; 142 V 152, 158; 130 V 177, 183).

1510

On ne saurait, par exemple, déclarer irrecevable un acte dont le défaut est découvert suffisamment tôt par l'autorité pour qu'elle invite la personne concernée à le corriger dans le délai prescrit pour déposer l'acte (ATF 124 II 265, 270; 111 la 169, 174-175, concernant le défaut de signature sur un acte d'opposition; voir aussi JAAC 70/2006 n° 33, CRM), voire un peu après (ATF 142 I 10, 13-14; voir aussi *supra* n° 1357 in fine). Il y a également excès de formalisme à s'en tenir à la lettre d'un acte de procédure, au lieu de l'interpréter raisonnablement, lorsqu'il est évident qu'elle procède d'une inadvertance :

551

« Le Tribunal fédéral a déjà jugé qu'il y a un excès de formalisme à s'en tenir à la lettre d'un acte de procédure, au lieu de l'interpréter raisonnablement selon son sens, lorsqu'il est évident que la déclaration du plaideur ou de son avocat procède d'une inadvertance indéniable. L'excès de formalisme est réalisé lorsqu'on n'interprète pas une déclaration d'opposition comme un appel, seule voie de droit ouverte (ATF 93 I 209), lorsqu'un tribunal refuse d'entrer en matière sur un recours qui est adressé par mégarde au greffe plutôt qu'au tribunal, l'un et l'autre étant des organes d'une seule unité (ATF 87 I 5), ou qui est adressé par mégarde également à une section d'un tribunal, alors qu'il aurait dû l'être à une autre section du même tribunal, les deux sections n'étant que des subdivisions d'une seule autorité (ATF 101 la 324). Une telle situation est aussi réalisée en l'espèce. Le Tribunal d'accusation et la Chambre des recours sont tous deux des sections de la même autorité, le Tribunal cantonal. Dès lors, il y a eu excès de formalisme à considérer que la procuration adressée par mégarde à la Chambre des recours ne valait pas dans le cadre du recours adressé au Tribunal d'accusation. Il faut en tout cas l'admettre dans les circonstances du cas particulier, où l'employé qui a reçu la lettre et la procuration de Me A. pouvait et devait se rendre compte qu'elles ne concernaient pas la Chambre des recours, mais le Tribunal d'accusation, ce qu'il ne lui était pas difficile de vérifier. En méconnaissant que la procuration demandée avait été remise à temps et en prononçant de ce fait l'irrecevabilité du recours, le Tribunal d'accusation a commis un excès de formalisme constitutif de déni de justice formel. » (ATF 113 la 94, 96)

Ce dernier exemple montre le lien étroit entre l'interdiction du formalisme excessif et le principe de la bonne foi, qui poursuivent le même but (ATF 121 I 177, 179-180; ZBl 2010 339, 341, TF 21.4.2008).

C. La compétence et la composition régulière de l'autorité

1. L'examen d'office de la compétence

Une autorité ne peut évidemment rendre une décision que si la loi lui en attribue la compétence. Saisie d'une requête ou d'un moyen de droit, une autorité doit examiner d'office sa compétence (art. 7 al. 1 PA, 29 al. 1 LTF; 11 al. 2 LPA/GE).

Signe de la souplesse de la procédure administrative, il est fait obligation à l'autorité saisie qui se considère non compétente de transmettre l'affaire à l'autorité compétente (art. 8 al. 1 PA, 11 al. 3 LPA/GE), ce qui vaut aussi en matière contentieuse (*supra* n° 1300). Il faut entendre par autorité incompétente, soumise à l'obligation de transmission, toute autorité fédérale, cantonale ou communale, indépendamment du point de savoir si celle à qui l'on s'adresse se trouve dans un rapport direct avec l'affaire en cause (SJ 2010 I 488, 490, TF 1.2.2010; ATF 97 I 852, 857 ss), sous réserve de l'application du principe de la bonne foi (ATF 140 III 636, 641; *supra* n° 571).

2. La composition régulière de l'autorité

La question de la composition correcte de l'autorité peut se poser sous deux aspects: d'une part, celui des autorités collégiales, qui doivent être composées comme la loi le prévoit, notamment pour les questions relatives aux qualités des membres ou au quorum (p.ex. ATF 142 I 172, 173 ss; 140 II 141, 144 ss; 129 V 335, 337 ss; 127 I 128, 129 ss), et, d'autre part, celui de l'impartialité de l'autorité appelée à prendre une décision, qui peut justifier une demande de récusation. Naguère, le droit d'une personne à ce que l'affaire pour laquelle elle a la qualité de partie soit traitée par une autorité impartiale était garanti, d'une façon générale, par l'article 4 aCst. (ATF 125 I 209, 217-218; 125 I 119, 122-123; 120 IV 226, 236), et, en procédure contentieuse seulement, également par les articles 58 aCst. et 6 CEDH (ATF 125 I 209, 217; 125 I 119, 122; 119 la 221, 226).

Aujourd'hui, il faut rattacher ce droit respectivement aux articles 29 alinéa 1 Cst. (ATF 142 I 172, 173; 140 I 326, 329) et 30 alinéa 1 Cst. Ce dernier, qui a repris matériellement le contenu de l'article 58 aCst (ATF 126 I 68, 73) a, de ce point de vue, la même portée que l'article 6 paragraphe 1 CEDH (ATF 148 V 225, 230-231; 139 III 120, 124; 138 I 1, 3; 136 I 207, 210; 128 V 82, 84).

La garantie constitutionnelle d'impartialité de l'autorité ou du tribunal a été concrétisée par les règles de récusation de la PA (art. 10), de la LTF (art. 34) et des lois de procédure cantonales (p.ex. art. 15 et 15A LPA/GE, 9 LPJA/BE, 21 CPIA/ER, 39 CPA/JU, 11 LPJA/NE, 9 LPA/VD, 10 LPJA/VS).

En ce qui concerne le contentieux, la problématique de l'impartialité du tribunal relève du droit à un procès équitable (voir, p.ex. ATF 144 I 37, 38 ss, admissibilité des règles sur la composition des cours du Tribunal fédéral; 136 II 383, 389 ss, un juge auquel l'admission du recours procure un avantage indirect aurait dû se récusier, mais ce vice n'entraîne pas la nullité de l'arrêt; 134 I 20, 21 ss, récusation d'un juge qui avait, dans un autre contexte, déposé plainte pour atteinte à la personnalité contre une partie; 134 I 238, 240, récusation d'un juge rapporteur qui a communiqué à l'avocat d'une partie son opinion provisoire; 128 V 82, 84 ss, récusation d'un membre d'une commission de recours qui plaide une cause similaire comme avocat; voir aussi SJ 2009 I 233, 235 ss, TF 7.1.2009; SJ 2007 I 526 ss, TF 7.12.2006).

« 4.2 La garantie d'un tribunal indépendant et impartial instituée par les art. 30 al. 1 Cst. et 6 par. 1 CEDH – qui ont, de ce point de vue, la même portée – permet, indépendamment du droit de procédure cantonal, de demander la récusation d'un juge dont la situation ou le comportement est de nature à susciter des doutes quant à son impartialité; elle vise à éviter que des circonstances extérieures à l'affaire puissent influencer le

soit menée inutilement, dès lors qu'elle devrait être reprise intégralement en cas de reconnaissance de l'existence d'un motif de récusation seulement au moment d'un recours contre la décision finale.

D. La maxime de disposition et la maxime d'office

1523 Dans les procédures régies par la maxime de disposition, ce sont les parties qui décident, en déposant une requête ou un moyen de droit, de l'ouverture d'une procédure. Elles peuvent également mettre fin à la procédure en retirant leur requête. Ce sont également elles qui déterminent, par leurs conclusions, l'objet de cette procédure. L'autorité ne saurait accorder plus que les parties ne demandent (statuer *ultra petita*) ni réformer une décision attaquée en défaveur de la partie recourante (*reformatio in pejus*).

1524 En revanche, dans les procédures soumises à la maxime d'office, c'est l'autorité qui décide de l'ouverture, de l'objet et de la clôture d'une procédure, sans être liée par les conclusions ou les motifs des parties. L'autorité n'est alors limitée que par le droit matériel qu'elle doit appliquer.

1525 En ce qui concerne la procédure non contentieuse, l'application de la maxime d'office ou de la maxime de disposition dépend de la nature de la décision à prendre. Les décisions relevant d'abord de la protection de l'ordre ou de l'intérêt public, les décisions en matière fiscale ou disciplinaire seront soumises à la maxime d'office. Quant aux décisions prises dans les cas où la loi permet de faire usage d'une faculté sans y obliger, décisions prises sur requête, elles seront régies par la maxime de disposition. En procédure contentieuse, où une combinaison des deux maximes n'est pas exclue, la maxime de disposition prévaut avec des nuances pour les recours, mais pas pour les oppositions (*supra* n° 1402).

E. Le droit d'être entendu

1. Le principe

1526 Le droit d'être entendu est garanti aux parties par l'article 29 alinéa 2 Cst., qui consacre expressément un principe longtemps déduit de l'article 4 aCst. (ATF 124 I 49, 51; 122 I 109, 112; 121 I 54, 56-57). Il est confirmé par les lois générales de procédure (art. 29 PA, 41 LPA/GE, 21 al. 1 LPJA/BE, 57 al. 1 CPJA/FR, 73 al. 1 CPA/JU, 21 al. 1 LPJA/NE, 33 al. 1 LPA/VD, 19 al. 1 LPJA/VS), et son étendue est précisée, le cas échéant, par des dispositions légales qui peuvent aller plus loin que le minimum garanti par l'article 29 alinéa 2 Cst. (ATF 135 I 279, 281; 134 I 140, 148).

1527 Le droit des parties d'être entendues vise à la fois une instruction complète de l'état de fait et leur protection en tant que personnes touchées dans leur situation juridique (ATF 150 I 174, 180; 144 I 11, 17; 142 I 86, 89; 135 I 187, 190; 135 II 286, 293; 124 I 49, 51). L'étendue du droit d'être entendu dépend de l'intensité de l'atteinte susceptible d'être portée aux parties par la décision à prendre: plus celle-ci est importante, plus large sera le droit d'être entendu.

1528 Le droit des parties d'être entendues comprend avant tout le droit de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise (art. 30 al. 1 PA, 41 LPA/GE). La personne concernée doit notamment avoir la possibilité de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de prendre connaissance des pièces du dossier, de faire administrer des preuves sur des faits importants pour la décision envisagée, de participer à l'administration de l'ensemble des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 145 I 167, 170-171; 144 I 11, 17; 143 V 71, 72; 142 II 218, 222; 135 I 187, 190; 135 II 286, 293).

1529 La garantie du droit d'être entendu implique que la personne concernée soit orientée sur l'objet de la procédure, sur ses étapes et sur les éléments essentiels de la décision qui pourrait être prise à son égard (ATF 144 I 11, 17; 141 I 60, 64); l'étendue de ce droit ne se déterminant pas dans l'abstrait, mais au vu des circonstances concrètes du cas (ATF 144 I 11, 17-18; 111 la 273, 274). Le droit d'être entendu se rapporte avant tout à la constatation des faits (ATF 145 I 167, 171). Mais il implique également la possibilité de se prononcer sur l'appréciation juridique des faits et l'argumentation juridique lorsque l'autorité envisage de fonder sa décision sur une norme ou un motif qu'aucune des parties à la procédure n'a invoqué jusque-là ou dont elles ne pouvaient supputer la pertinence (*Überraschungsverbot*; ATF 150 I 174, 180; 148 II 73, 87; 145 I 167, 171; 125 V 368, 370). Le droit d'être entendu ne va pas jusqu'à inclure le droit de se prononcer sur le préavis établi par une autorité d'instruction à l'intention de l'autorité décisionnelle (ATF 131 II 13, 21; SJ 2013 I 547, 548-549, TF 7.5.2013), mais la loi le prévoit parfois (p.ex. art. 38 al. 3 LPol/GE).

1530 Dans une procédure initiée sur requête, la personne qui la dépose est censée la motiver en apportant tous les éléments pertinents; elle n'a donc pas un droit à être encore entendue par l'autorité avant que celle-ci ne prenne sa décision, afin de pouvoir présenter des observations complémentaires (JAAC 2003/67 n° 11, CRER). Reste réservée bien sûr, l'hypothèse où l'autorité entendrait fonder sa décision sur des éléments auxquels la personne concernée ne pouvait s'attendre.

1531 Devant un tribunal, le droit d'être entendu comprend celui de prendre connaissance des écritures et pièces nouvelles déposées par une partie adverse et de s'ex-

primer à leur sujet, documents qui doivent donc être communiqués aux parties (ATF 139 I 189, 192; 133 I 98, 99). Cela implique notamment le droit pour la personnes recourante de prendre position sur la réponse au recours déposée par l'autorité inférieure et les autres parties intimées (ATF 133 I 100, 104). Ce droit à la réplique existe que les observations déposées contiennent ou non de nouveaux arguments et qu'elles soient ou non concrètement susceptibles d'influencer le jugement (ATF 139 I 189, 191-192; 133 I 100, 102). Il doit cependant être exercé sans délai après que la partie intéressée a reçu la prise de position sur laquelle elle entend s'exprimer (ATF 133 I 100, 105; 132 I 42, 47), le Tribunal fédéral ayant précisé qu'il n'est pas nécessaire que le tribunal fixe expressément un délai pour la réplique, la communication des écritures ou des pièces en cause suffisant à permettre à la partie concernée de décider si elle souhaite répliquer (ATF 138 I 484, 486). En matière de mesures provisionnelles, en particulier d'effet suspensif, l'urgence permet de renoncer à la communication d'une écriture en vue de réplique, dès lors qu'il est de toute façon possible à l'autre partie de déposer une requête tendant à modifier la mesure en cause (ATF 139 I 189, 192 ss).

Il n'y a en principe pas de droit d'être entendu en procédure législative (ATF 145 I 167, 171; 144 I 318, 334; 134 I 269, 274; 131 I 91, 95; 123 I 63, 66; SJ 2018 I 1, 6, TF 8.3.2017). Le Tribunal fédéral a réservé la possibilité d'une exception lorsque certaines personnes (« destinataires spéciaux ») peuvent être plus particulièrement touchées par un acte normatif (ATF 145 I 167, 171; 134 I 269, 274; SJ 2018 I 1, 6-7, TF 8.3.2017 qui applique cette exception de manière très restrictive), tout en précisant que les principes valant pour les décisions ne pourraient en tout cas pas être transposés tels quels (ATF 121 I 230, 232-233).

Un droit d'être entendu est reconnu pour les décisions générales aux personnes qui sont touchées davantage que le reste de la population par ces actes (*supra* n° 812) et, pour les plans d'affectation, aux propriétaires des biens-fonds inclus dans leur périmètre (RDAF 2004 I 121, 127 ss, TF 9.1.2004). Dans ce dernier cas, le Tribunal fédéral considère toutefois, regrettablement, que le droit d'être entendu peut encore s'exercer dans le cadre d'un recours (*supra* n° 1120).

2. Les exceptions

L'autorité n'est pas tenue d'entendre les parties avant de rendre des décisions incidentes qui ne sont pas séparément susceptibles de recours (art. 30 al. 2 let. a PA, 43 let. c LPA/GE), des décisions dans lesquelles elle fait entièrement droit aux conclusions des parties (art. 30 al. 2 let. c PA, 43 let. a LPA/GE), des mesures d'exécution (art. 30 al. 2 let. d PA, 43 let. b LPA/GE) ou d'autres décisions lorsqu'il y a péril en la demeure (art. 30 al. 2 let. e PA, 43 let. d LPA/GE). En ce qui concerne

les cas d'urgence, l'article 30 alinéa 2 lettre e PA ne permet de renoncer au droit d'être entendu que si un recours est ouvert auprès d'une autorité de recours ayant plein pouvoir de cognition (ATF 126 II 111, 123) et qu'aucune disposition de droit fédéral n'accorde aux parties le droit d'être entendu préalablement. D'une manière générale, pour appliquer la clause de péril en la demeure, il faut non seulement que la mesure à prendre soit temporellement urgente, mais aussi qu'un intérêt public ou privé important la justifie. L'autorité doit mettre en balance l'intérêt au prononcé immédiat de la mesure et celui des parties au respect de leur droit d'être entendues (ATF 99 la 22, 25-26). Lorsque c'est possible, le prononcé d'une mesure superprovisionnelle (*supra* n° 847), suivie de la mise en œuvre rapide du droit d'être entendu, devra être préféré au prononcé immédiat d'une décision finale (ATF 126 II 111, 123; voir aussi ATF 137 II 284, 288).

L'article 30 alinéa 2 lettre b PA, de même que l'article 42 *in fine* LPGA, prévoient encore qu'il n'est pas nécessaire d'entendre les parties avant de prendre une décision susceptible d'être frappée d'opposition (ATF 132 V 368, 372 ss). Le même principe est ancré dans certaines lois cantonales (p.ex. art. 21 al. 2 let. d LPJA/BE, 58 let. b CPJA/FR, 21 al. 2 let. b LPJA/NE, 21 let. d LPJA/VS) et vaut, en pratique, en procédure genevoise, pour les décisions sujettes à réclamation, comme les bords d'impôts. Il se justifie par le fait que l'opposition est utilisée dans la prise de décisions en masse et permet à la personne concernée d'obtenir un réexamen obligatoire et complet de la décision par l'autorité qui a prononcé celle-ci.

Le droit des parties d'être entendues peut également être écarté si son exercice risquerait de vider de toute portée une mesure prise dans l'intérêt public, en permettant à la personne concernée d'éluder à l'avance cette mesure (ATF 121 V 150, 153; ATF np 2C_603/2011 du 16.1.2012 consid. 2.2).

Pour qu'elles puissent atteindre leur but, des inspections de l'autorité compétente en matière de gestion des déchets doivent être effectuées à l'improviste et il suffit, pour assurer le respect du droit d'être entendu, que les parties puissent se prononcer après coup sur le résultat de cette administration des preuves. (ATF 125 II 508, 510)

3. Le mode d'exercice du droit d'être entendu

Comme l'indiquent expressément certaines lois de procédure (p.ex. art. 41 *in fine* LPA/GE, 57 al. 2 CPJA/FR, 73 al. 2 CPA/JU, 33 al. 2 LPA/VD) le droit d'être entendu ne comporte pas le droit à une audition orale (ATF 140 I 68, 76; 130 II 425, 428; 122 II 464, 469-470), sauf disposition légale spéciale (pour un cas de disposition spéciale genevoise, garantissant le droit à une audition orale, RDAF 2005 I 55 ss, TF 2.11.2004; pour un autre exemple en droit zurichois, ATF 134 I 140, 148 ss) ou situation tout à fait particulière.

1538 Dans le cas d'une procédure contentieuse devant un tribunal le droit à une audition orale peut cependant se déduire du droit à une audience publique fondé sur l'article 6 paragraphe 1 CEDH (ATF 147 I 153, 157 ss) lorsque cette disposition est applicable (*supra* n° 1254 ss).

1539 Le droit des parties d'être entendues s'exerce donc généralement par écrit. L'autorité peut fixer à cette fin un délai à la personne concernée sans être obligée de préciser que la réponse sera écartée si elle est tardive (ATF 133 V 196, 198).

1540 Lorsque le nombre de parties est très important, l'exercice du droit d'être entendu peut être organisé sous la forme de la publication de la requête de décision ou du projet de décision, accompagnée de la possibilité de consulter la motivation de celle-ci (art. 30a PA). Cette procédure, dite d'enquête publique, peut être réservée aux parties, comme c'est le cas de la plupart des procédures d'opposition préalables aux décisions (*supra* n° 1281). Mais elle peut aussi être ouverte à l'ensemble de la population et prend alors une dimension participative qui dépasse l'exercice du droit d'être entendu au sens strict (*supra* n° 768 let. b).

4. Le droit d'accès au dossier

1541 Le droit de consulter le dossier sur la base duquel une décision va être rendue fait partie du droit d'être entendu garanti par l'article 29 alinéa 2 Cst. (voir les références citées *supra* n° 1528 *in fine*). En procédure contentieuse judiciaire, il résulte aussi du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 paragraphe 1 CEDH (JAAC 69/2005 n° 131, ACEDH du 12.7.2005, *Contardi c. Suisse*). Il est précisé par l'article 26 PA et les lois de procédure cantonales (p.ex. 44 LPA/GE), qui prévoient la consultation du dossier par les parties au siège de l'autorité, voire par voie de communication électronique (art. 26 al. 1^{bis} PA). Il comprend le droit de lever copie du dossier s'il n'en résulte pas une charge excessive pour l'administration (ATF 117 Ia 424, 429).

1542 Il résulte également de ce droit que l'autorité qui verse au dossier de nouvelles pièces dont elle entend se prévaloir dans son jugement est tenue d'en aviser les parties (ATF 124 II 132, 137). Lorsque les parties sont très nombreuses, par exemple dans le cadre d'une procédure d'opposition préalable à une décision, l'autorité peut se limiter à informer chacune d'entre elles de l'apport au dossier des pièces qui sont en rapport avec leur motif d'opposition (JAAC 2003/67 n° 131, Commission de recours DETEC).

1543 Par ailleurs, le droit de consulter le dossier implique pour l'administration un devoir de constituer celui-ci. Ce devoir comporte l'obligation de consigner par écrit les éléments essentiels des auditions menées dans le cadre de la procédure,

mais l'étendue précise de cette obligation dépend des circonstances de chaque espèce (ATF 138 V 218, 223; 130 II 473, 477 ss; voir aussi ATF 141 I 60, 66-67, où une commune a violé son devoir d'établir un dossier suffisant dans une procédure de naturalisation; 131 II 670, 678 ss, où l'absence de protocole écrit d'une audition orale a été jugée, dans le cas d'espèce, contraire au droit d'être entendu, et RDAF 2005 I 345 ss, TF 3.1.2005, où cela n'a pas été le cas).

1544 Le droit de consulter le dossier n'est pas sans limite. Il ne s'étend pas aux documents internes à l'administration, tels que les avis personnels donnés par un fonctionnaire à un autre, les projets de décision, les avis de droit (RDAF 2009 II 516, 518, TF 2.6.2009), de même que les préavis d'autorités d'instruction à l'intention de l'autorité de décision (SJ 2013 I 547, 548-549; voir aussi *supra* n° 1529 *in fine*). Mais alors ces documents ne doivent pas constituer le fondement essentiel de la décision prise, cette dernière s'y référant; sinon ils doivent pouvoir être consultés ou au moins être communiqués dans leur essence (ATF 115 V 297, 304; voir aussi, en faveur d'une pesée des intérêts pour déterminer si l'accès à des documents internes peut être refusé, JAAC 1998/62 n° 4 consid. 5a, CRA). Si l'autorité demande un avis de droit sur l'application de dispositions légales ou réglementaires relativement indéterminées et s'appuie sur cet avis dans sa décision, elle doit alors le communiquer préalablement aux parties et leur permettre de se prononcer, ce qui n'est en principe pas nécessaire si les considérants d'une expertise juridique sont expressément énoncés dans la motivation d'une décision (ATF 128 V 272, 278 ss; voir aussi ATF 124 I 49, 51). Le droit d'accès au dossier ne s'étend pas non plus aux notes manuscrites prises par les personnes faisant passer des examens oraux, mais l'essentiel de leur contenu doit être exprimé dans les déterminations qui doivent, le cas échéant, être remises à l'autorité de recours (ATAF 2008/14 consid. 6.2).

1545 Par ailleurs, l'accès à tout ou partie du dossier peut être restreint si des intérêts publics ou privés prépondérants l'exigent (art. 27 al. 1 PA, 45 al. 1 LPA/GE). La restriction ne peut porter que sur les pièces qu'il y a lieu de garder secrètes et ne peut concerner les mémoires et documents produits par les parties, les procès-verbaux de leur déclarations et les décisions qui leur ont été notifiées (art. 27 al. 2 et 3 PA, 45 al. 2 LPA/GE). En droit fédéral, la consultation des procès-verbaux peut cependant être refusée jusqu'à la clôture de l'enquête (art. 27 al. 3 *in fine* PA).

1546 Une pièce dont la consultation a été refusée à une partie ne peut être utilisée à son désavantage que si le contenu essentiel lui en a été communiqué et que la possibilité de s'exprimer et de fournir des contre-preuves lui a été offerte (art. 28 PA, 45 al. 3 LPA/GE). La décision de refuser l'accès au dossier doit en tout état de cause résulter d'une soigneuse pesée des intérêts (ATF 122 I 153, 161). Le droit valai-

san prévoyait l'éventualité que le contenu d'un document ainsi tenu secret à l'égard d'une partie soit porté confidentiellement à la connaissance du mandataire de celle-ci (art. 26 al. 1 LPIA/VS).

1547 En dehors d'une procédure, c'est-à-dire lorsqu'aucune décision n'est en préparation ou envisagée ou lorsqu'une affaire est close, le droit de consulter un dossier en mains de l'administration dépend du régime auquel cette dernière est soumise. Si la collectivité publique concernée prévoit le régime de transparence de l'administration, l'accès aux dossiers de l'administration sera en principe large (*supra* n° 772-773). Dans le cas contraire, la consultation ne sera possible qu'en cas d'un intérêt digne de protection et spécifique à cette consultation et d'absence d'intérêt public ou privé contraire (ATF 129 I 249, 253; 125 I 257, 260; 122 I 153, 161; 113 la 1, 4; 113 la 257, 261-262; ATF/mp 1C_441/2015 du 18.11.2015 consid. 2.5, où il est précisé qu'en matière de plans d'affectation les exigences d'accès ne sont pas élevées). Dans une certaine mesure, un droit à la consultation de données personnelles peut alors aussi être déduit de l'article 8 CEDH (ATF 125 I 257, 260-261).

1548 Un droit d'accès des personnes privées aux données personnelles les concernant résulte également des articles 25 à 29 LPD (voir ATF 125 II 321, 323 ss. sur le droit de l'assuré de recevoir copie de son dossier). L'exercice de ce droit peut cependant être soumis à des restrictions fondées sur une pesée des intérêts (art. 26 al. 1 et 2 LPD). Le droit genevois connaît une réglementation analogue (art. 44 à 46 LIPAD/GE).

Enlevés en avril 1995 à Sarajevo, deux citoyens suisses ont été libérés un mois plus tard, suite à des interventions du Département fédéral des affaires étrangères. Après une première procédure concernant les émoluments qui avaient été mis à leur charge, les intéressés ont demandé à consulter le dossier de l'affaire auprès de la direction fédérale compétente. En dernier ressort, le Tribunal fédéral a confirmé le refus qui leur a été opposé. Il a considéré que le fait qu'ils aient déjà consulté le dossier dans le cadre d'une procédure ne justifiait pas automatiquement une nouvelle consultation fondée sur les art. 8 ss al. LPD. Dans ce cadre, il était important de tenir compte de la liberté d'action du Département fédéral des affaires étrangères en matière de protection diplomatique des personnes se trouvant à l'étranger. Certains éléments du dossier contenaient des indications sur les contacts diplomatiques dans ce type de situations de crise, sur les méthodes du département pour obtenir la libération de personnes enlevées. De telles informations devaient rester secrètes et justifiaient une limitation de l'accès au dossier en raison d'un intérêt public prépondérant évident. (ATF 125 II 225, 227 ss. rés. in RDAF 2000 I 705-706)

1549 Comme l'a relevé le Tribunal fédéral, le droit d'accès fondé sur la LPD est plus étroit que celui qui résulte des garanties générales de procédure, car il ne vise que les données concernant la personne intéressée et non toutes les pièces essentielles

de la procédure. Mais il est aussi plus large dans la mesure où il peut être invoqué sans qu'il faille se prévaloir d'un intérêt particulier même en dehors d'une procédure administrative (ATF 127 V 219, 222). Ce droit peut aussi compléter le droit d'accès au dossier tiré du droit d'être entendu en imposant une interprétation large de celui-ci (par exemple en ce qui concerne le droit de recevoir copie écrite de données personnelles dans une procédure concernant les assurances sociales, ATF 127 V 219, 223-224).

5. La participation à l'administration des preuves

1550 Le droit d'être entendu implique encore le droit d'être informé des actes d'instruction que l'autorité entend accomplir, d'y participer (pour les auditions de témoins, cf. art. 18 al. 1 PA et 42 al. 1 LPA/GE) et de se prononcer sur les procès-verbaux y relatifs (ATF 142 I 86, 90 ss, concernant une inspection locale par une juridiction administrative). Des restrictions analogues à celles valant pour l'accès au dossier sont prévues (art. 18 al. 2 et 3 PA, 42 al. 5 et 6 LPA/GE; voir p.ex. ATF 130 II 169, 174-175, admettant l'audition d'une ex-épouse à titre de renseignement hors la présence de son ex-époux, partie à la procédure, pour protéger celle-ci).

1551 Les parties ont également le droit de se prononcer sur le choix de la personne devant mener une expertise et la mission qui doit lui être confiée (art. 19 PA, renvoyant sur ce point aux art. 57 ss PCF, 42 al. 4 LPA/GE). En matière d'assurances sociales, ce droit est cependant limité par l'article 44 LPGA, qui règle la question de manière exhaustive (la PA n'entrant dès lors pas en considération): cet article donne aux parties le droit de se prononcer sur le choix des experts (art. 44 al. 2 LPGA), mais non sur les questions qui leur sont posées par l'assureur, les parties ayant cependant le droit de poser des questions supplémentaires (art. 44 al. 3 LPGA; il s'agit d'une codification de la pratique antérieure, cf. ATF 136 V 113, 116; 133 V 446, 447 ss). La loi prévoit pour ce faire un délai de dix jours et précise que si, malgré une demande de récusation, l'assureur maintient son choix du ou des experts pressentis, il doit en aviser les parties par une décision incidente (art. 44 al. 4 LPGA).

1552 Les parties ont enfin le droit à ce qu'il soit donné suite à leurs offres de preuves pertinentes, l'autorité pouvant cependant, par une appréciation anticipée des preuves, écarter une offre, en considérant que le résultat de celle-ci ne saurait modifier son opinion (ATF 141 I 60, 64; 136 I 229, 236; 134 I 140, 148; 131 I 153, 157 ss).

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

1553 Il résulte de la nature formelle du droit des parties d'être entendues que sa violation doit permettre à celles-ci de réclamer, sur recours, l'annulation de la décision en cause, indépendamment des chances du recours sur le fond (ATF 149 I 91, 100; 142 II 218, 226; 135 I 187, 190; 135 I 279, 285; 127 V 431, 437).

1554 Cependant, la jurisprudence admet que la violation du droit d'être entendu peut être réparée devant une instance de recours disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité intimée (ATF/np 1C_678/2023 du 9.12.2024 consid. 4.1; ATF 142 II 218, 226; 135 I 279, 285; 133 I 201, 204; 132 V 387, 390; voir aussi *supra* n° 900). Une réparation devrait être exclue lorsque l'autorité de recours ne peut contrôler l'opportunité d'une décision et que l'autorité intimée disposait d'un pouvoir d'appréciation, notamment dans les procédures disciplinaires. Les tribunaux s'écartent cependant parfois, regrettamment, de ce principe, ce qui ne peut être toléré, dans une perspective strictement pragmatique, que si le recours est finalement admis sur le fond (pour un exemple où cette dernière condition n'était pas remplie, mais où la réparation n'était évoquée que dans un *obiter dictum*: SJ 2013 I 547, 549, TF 14.3.2013; voir aussi ATF/np 8C_615/2016 du 15.7.2017 consid. 4).

1555 Le Tribunal fédéral a souligné qu'une réparation devant l'autorité de recours devait rester l'exception (ATF 142 II 218, 226; 135 I 279, 285), et n'entrerait pas en ligne de compte en présence d'une violation grave du droit d'être entendu (ATF 142 II 218, 226; 126 I 68, 72; 125 V 368, 371). Cependant, même en cas de violation grave, la réparation pourra être admise lorsque l'annulation de la décision et le renvoi à l'autorité inférieure entraîneraient une procédure purement formelle et un retard inutile incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à un traitement rapide de la cause (ATF/np 1C_678/2023 du 9.12.2024 consid. 4.1; ATF 142 II 218, 226; 137 I 195, 197-198; 133 I 201, 204-205; 132 V 387, 390).

1556 Une réparation est exclue lorsque l'autorité de première instance est composée de spécialistes devant lesquels les garanties de procédure doivent avoir été respectées (cf. SJ 1994 524, n° 9, TA/GE 12.10.1993). L'autorité de recours peut en outre renoncer à réparer la violation du droit d'être entendu et annuler la décision attaquée afin d'inciter l'autorité intimée à mieux respecter les droits procéduraux des parties (JAAC 2005/69 n° 28, CRA).

1557 On peut noter, dans ce contexte, que la réparation de la violation du droit d'être entendu est *a priori* facilitée devant le Tribunal administratif fédéral, puisque celui-ci a un pouvoir de cognition qui s'étend en principe à l'opportunité (ATAF 2009/36 consid. 7.3-7.4; *supra* n° 522). Cependant, même lorsque l'autorité de

recours dispose d'un plein pouvoir de cognition, s'étendant à l'opportunité, la réparation de la violation du droit d'être entendu peut être exclue si ladite autorité de recours s'impose de la retenue dans l'examen de l'exercice par l'autorité inférieure de son pouvoir d'appréciation (ATF 135 I 279, 286-287; JAAC 2006/70 n° 89, CF).

1558 La doctrine est en général critique à l'égard de la réparation de la violation du droit d'être entendu (DUBÉY/ZUFFEREY n° 2554 ss; MOOR/POLTIER p. 323-324; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN n° 1178; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN n° 802). Il faut bien admettre que ce mécanisme revient à priver une partie de son droit à être traitée conformément aux exigences constitutionnelles et légales en première instance. La réparation entérine donc inévitablement une inégalité de traitement entre les personnes pour lesquelles la procédure non contentieuse a été correctement menée et celles pour lesquelles elle a été irrégulière, mais réparée après coup. Lorsque des questions d'opportunité se posent, une réparation par une autorité judiciaire est encore plus problématique, compte tenu de la réticence des tribunaux à véritablement contrôler l'opportunité d'une décision, même lorsqu'ils en ont théoriquement le pouvoir (*supra* n° 522 ss). Le mécanisme de la réparation ne devrait donc être utilisé qu'avec rigueur et retenue, dans les cas où il est clairement dans l'intérêt de la victime de la violation du droit d'être entendu – notamment si celle-ci admet elle-même la réparation (en ce sens ZEN-RUFFINEN n° 359) – et dans ceux où la sanction d'une annulation apparaît comme manifestement disproportionnée.

F. La procédure d'établissement des faits

1. Le principe de l'instruction d'office et le devoir de collaboration des parties

1559 Selon le principe de l'instruction d'office ou maxime inquisitoire, l'autorité doit constater les faits d'office, sans être limitée par les allégués et offres de preuve des parties (art. 12 PA, 43 al. 1 LPGA, 19 LPA/GE, on notera que cette dernière disposition comporte la note marginale « maxime d'office », elle concerne cependant bien la question de l'instruction de la cause et non celle de la maîtrise de la procédure évoquée *supra* n° 1523 ss). L'instruction de la cause ne saurait être reportée à une éventuelle procédure d'opposition (ATF 132 V 368, 374).

1560 Le principe de l'instruction d'office est toutefois contrebalancé par le devoir de collaboration des parties (art. 13 PA, 22 LPA/GE), qui sont tenues de collaborer à la constatation des faits dans les procédures qu'elles introduisent elles-mêmes, dans celles où elles prennent des conclusions indépendantes et dans les autres cas

prévus par la loi (cf. p.ex. art. 42 al. 2 LHID, 126 al. 2 LIFD et les nombreuses dispositions similaires dans le domaine fiscal; art. 28 al. 2 et 43 al. 2 et 3 LPGA pour les assurances sociales). Ce devoir porte avant tout sur les faits que les parties connaissent mieux que les autorités et que ces dernières ne pourraient, à défaut de collaboration des parties, pas du tout ou seulement avec des efforts disproportionnés établir elles-mêmes (ATF 132 II 113, 115; 128 II 139, 142-143; 124 II 361, 365).

1561 La violation du devoir de collaboration des parties peut, si elle est suffisamment grave, entraîner l'irrecevabilité de leurs conclusions (art. 13 al. 2 PA, 24 al. 2 *in fine* LPA/GE) ou la non-entrée en matière sur leur requête (art. 32 al. 2 let. c LAAsi; JAAC 2004/68 n° 44 et n° 45, CRA).

1562 Mais si la partie a fait les efforts nécessaires pour collaborer à l'établissement des faits, l'autorité doit entreprendre les recherches que l'on peut raisonnablement exiger d'elle pour élucider la situation de fait (ATF 112 Ib 65, 67).

1563 Cela étant, lorsque les preuves font défaut, ou si l'on ne peut exiger de l'autorité qu'elle les recueille, la règle de l'article 8 CC est applicable: la partie qui prétend tirer un droit de l'existence d'un fait subit les conséquences de l'absence de preuve à cet égard (*id.*; voir aussi ATF 121 II 257, 266; 114 Ia 1, 6; SJ 2013 I 113, 113-114, TF 6.11.2012).

2. L'entraide administrative

1564 On rappellera ici que dans l'instruction des dossiers sur lesquels elle doit statuer, l'autorité compétente doit pouvoir, dans la mesure permise par la protection d'intérêts publics et par la sauvegarde de la sphère privée, obtenir les renseignements dont elle a besoin et qui sont détenus par d'autres entités administratives. C'est l'enjeu de l'entraide administrative, qu'elle se déploie au sein d'une même collectivité, qu'elle intervienne entre autorités relevant de collectivité différentes ou encore qu'elle concerne les rapports entre les autorités administratives et judiciaires (*supra* n° 642 ss).

G. La notification des décisions

1. Les exigences de notification

1565 Les décisions doivent être notifiées aux parties afin d'abord de leur être opposables, c'est-à-dire de rendre les obligations qu'elles comportent effectives à l'égard des personnes concernées: celles-ci doivent connaître leurs droits et obligations et ne sauraient, par exemple, être sanctionnées pour n'avoir pas respecté

une décision qui ne leur a pas été notifiée. Mais les décisions doivent également être notifiées à toutes les personnes et entités qui disposent d'un moyen de droit contre la décision en cause, à défaut de quoi ce moyen de droit resterait sans effet (voir à cet égard, l'art. 112 LTF, ainsi que, s'agissant des autorités fédérales disposant de la qualité pour recourir, l'ordonnance concernant la notification des décisions de dernière instance cantonale en matière de droit public du 8 novembre 2006, RS 173.110.47, fondée sur l'art. 112 al. 4 LTF).

1566 L'article 34 alinéa 1 PA prévoit que les décisions sont notifiées aux parties (formulations analogues en droit cantonal: art. 46 al. 2 LPA/GE, 68 al. 1 CPJA/FR, 87 al. 1 CPA/JU, 29 al. 1 LPJA/VS). Comme la qualité de partie dépend de la qualité pour recourir, en vertu de l'article 6 PA et des dispositions cantonales reprenant son modèle (*supra* n° 1487 ss), la notification doit bien se faire à toutes les personnes et entités qui disposent d'un moyen de droit contre la décision en cause.

1567 La notification des décisions doit, en principe, être faite par écrit, éventuellement par voie électronique, notamment en droit fédéral, pour les parties ayant accepté cette forme de communication (art. 34 al. 1^{bis} PA et 8 à 11 OCEI-PA). Une notification orale, possible pour les décisions incidentes en procédure fédérale et « si la nature de l'affaire l'exige » à Genève, doit être confirmée par écrit si une partie le demande (art. 34 al. 2 PA, 46 al. 3 LPA/GE). Une disposition spéciale autorise aussi la notification orale en droit d'asile lorsque la situation le justifie; la notification est alors consignée dans un procès-verbal contenant également la motivation, dont le requérant reçoit un extrait (art. 12 al. 3, 12a al. 4 et 13 al. 2 LAAsi; ATAF 2010/3 consid. 3). La loi précise parfois que les décisions doivent être signées (art. 46 al. 1 LPA/GE, 66 al. 1 let. e CPJA/FR, 42 al. 1 let. e LPA/VD, 29 al. 3 LPJA/VS), mais ce n'est en pratique pas toujours le cas pour les décisions rendues en grand nombre, comme les bordereaux d'impôts (l'art. 52 al. 1 let. g LPJA/BE prévoit expressément cette hypothèse).

1568 Les décisions doivent être désignées comme telles, motivées (*infra* n° 1572 ss), et indiquer les voies et délais de recours ordinaires (art. 35 al. 1 et 2 PA, 46 al. 1 LPA/GE).

1569 La notification peut avoir lieu par voie de publication lorsque l'adresse de la personne concernée est inconnue ou inatteignable et qu'elle n'a pas de mandataire qui puisse être atteint ou lorsque la décision doit être notifiée à un très grand nombre de personnes (art. 36 PA, 46 al. 4 LPA/GE).

1570 Hormis les cas de publication, une décision doit être considérée comme notifiée lorsque la personne destinataire peut en prendre connaissance. Il suffit que l'acte se trouve dans sa sphère d'influence et qu'en organisant normalement ses affaires,

elle soit à même d'en prendre connaissance. Il n'est pas nécessaire qu'elle l'ait personnellement en main, encore moins qu'elle en prenne effectivement connaissance (ATF 150 II 26, 34; 109 Ia 15, 18). La destinataire doit être mise dans une situation où la prise de connaissance ne dépend plus que d'elle-même ou des personnes qui la représentent (MOOR/POLTIER p. 352).

Ainsi, lorsqu'une décision est adressée par pli recommandé, elle est réputée notifiée, si elle n'a pas été retirée, à l'échéance du délai de garde par la poste (7 jours), en tout cas lorsque la personne concernée pouvait s'attendre à ce qu'une décision lui soit notifiée, notamment si elle savait qu'une procédure à laquelle elle était partie était en cours (ATF 150 II 26, 34-35; 141 II 429, 431-432; 127 I 31, 34 ss; les deux arrêts précités précisant que cela vaut également si la Poste accorde un délai de retrait plus long). Cette règle est désormais consacrée aux articles 44 alinéa 2 LTE, 20 alinéa 2^{bis} PA et 38 alinéa 2^{bis} LPGA (voir aussi art. 62 al. 4 LPA/GE), qui prévoient qu'une communication qui n'est remise que contre la signature du destinataire ou d'un tiers habilité est réputée reçue au plus tard sept jours après la première tentative de distribution et elle vaut par analogie en cas de demande de garde du courrier: l'envoi recommandé est réputé communiqué le dernier jour d'un délai de sept jours dès réception du pli par l'office postal du domicile du destinataire (ATF 141 II 429, 434-435; 134 V 49, 52).

2. La motivation de la décision

L'exigence de motivation des décisions, qui résulte des lois de procédure (art. 35 al. 1 PA, 46 al. 1 LPA/GE), repose subsidiairement sur le droit d'être entendu tiré de l'article 29 alinéa 2 Cst. Cette exigence vise à ce que les justiciables puissent comprendre la décision et exercer leurs droits de recours à bon escient et à ce que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (ATF/np 2C. 525/2024 du 10.1.2025 consid. 3.1; ATF 141 V 557, 564; 129 I 232, 236, concernant les décisions de naturalisation; 126 I 197, 102; voir aussi ATF 132 I 196, 197 ss, sur la motivation d'une décision de refus de naturalisation par une assemblée communale). L'exigence de motivation vaut aussi pour les décisions portant sur des mesures provisionnelles (ATF 134 I 83, 88-89).

Pour que l'exigence de motivation soit remplie, il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que la personne intéressée puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Elle n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut se limiter à ceux qui, sans arbitraire, apparaissent pertinents (ATF/np 1C. 552/2023 du 10.2.2025 consid. 2.1; ATF 146 II 335, 341; 141 V 557,

565; 134 I 83, 88; 133 I 270, 277; 124 II 146, 149-150; 122 IV 8, 14-15). Il n'est pas nécessaire que la motivation soit correcte (ce qui est une question de fond): dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée (ATF/np 9C. 198/2024 du 12.2.2025 consid. 8; ATF 141 V 557, 565). Cependant, une formule standardisée, ne permettant pas de savoir si l'autorité a examiné concrètement les arguments motivés avancés par une partie, ne suffit pas (ATAF 2008/47 consid. 3). Une simple référence aux dispositions légales applicables ne suffit qu'exceptionnellement, par exemple en ce qui concerne la fixation de coûts de procédure (UHLMANN/SCHILLING SCHWANK, in WALDMANN/KRAUSKOPF, *ad* art. 35, n° 15). Dans la règle l'autorité ne saurait se contenter de citer les bases légales applicables, mais doit expliquer en quoi elle considère qu'elles sont pertinentes pour l'état de fait retenu (ATAF/np A-6377/2013 du 12.01.2015 consid. 3.3; B-6752/2023 du 23.12.2024 consid. 1.3.2). Par exemple, en cas de refus d'une autorisation ou d'une prestation à laquelle la loi donne un droit si diverses conditions sont réalisées, l'autorité doit indiquer pourquoi elle considère que l'une ou l'autre de ces conditions n'est pas remplie, afin de permettre à la personne concernée de faire valoir ses arguments à ce propos dans une opposition ou un recours. En tout état de cause, le devoir de motiver sera d'autant plus grand que l'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 142 II 324, 338; 129 I 232, 239).

La motivation ne doit pas nécessairement être contenue dans la décision elle-même: elle peut résulter d'une autre communication à laquelle il est renvoyé (ATF 113 II 204, 205; JAAC 2004/86 n° 6, CRP). A noter que l'article 112 alinéa 2 LTF admet la possibilité pour le droit cantonal et, depuis le 1^{er} janvier 2025, également pour le droit fédéral de prévoir des notifications sans motivation, auquel cas l'autorité doit notifier sa décision rapidement sans la motiver, les parties disposant d'un délai de 30 jours pour demander une expédition complète (pour un exemple, ATF 135 V 353).

3. Les conséquences d'une notification irrégulière

Une absence totale de notification a pour effet l'inopposabilité de la décision à la partie en cause. Elle a également pour effet que les délais de recours ne commencent pas à courir, puisque la loi prévoit, en général, que ceux-ci courent dès la notification de la décision (art. 50 PA, 100 LTF, 62 al. 3 LPA/GE).

Quant à une notification irrégulière, elle ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 38 PA, 47 LPA/GE; *supra* n° 571). L'irrégularité de la notification n'est donc pas en soi un motif d'invalidité de la décision elle-même. Si, mal-

gré l'irrégularité d'une notification, la personne concernée a pu prendre connaissance de la décision en cause et réagir dans le délai légal, le vice formel aura été en quelque sorte guéri (cf. p.ex. JAAC. 2000/64 n° 114 consid. 4, CRC). Dans d'autres cas, suivant sa nature, l'irrégularité pourra avoir pour effet que le délai de recours ne courra pas ou sera restitué. Ainsi, un recours tardif pourra être déclaré recevable si l'indication des voies de recours avait été omise ou si elle indiquait un délai erroné. La personne concernée doit toutefois, en application du principe de la bonne foi, agir dans un délai raisonnable dès la connaissance de la décision (ATF/np 2C_107/2024 du 19.8.2024 consid. 5.2; ATF 122 V 189, 194; 119 IV 330, 334). D'une manière générale, elle ne subit aucun préjudice si elle a pu ou devait pouvoir, avec l'attention requise, corriger par elle-même l'erreur contenue dans une notification (*supra* n° 571, avec références).

1577 Un défaut de motivation peut aussi être réparé par la prise de position de l'autorité intimée, suite à un recours, si la partie recourante se voit offrir la possibilité de s'exprimer à son sujet et que l'autorité de recours a un plein pouvoir d'examen (ATF 116 V 28, 39-40; RDAF 2011 II 142, 147-148, TF 30.9.2010; ATAF 2008/47 consid. 3.3.4).

1578 On soulignera encore que, puisqu'un recours adressé à une autorité incompétente doit être transmis à l'instance compétente et qu'il est réputé avoir été déposé à la date à laquelle il a été adressé à la première autorité (*supra* n° 1300), la personne qui reçoit une décision munie de l'indication exacte du délai de recours ne subit, en principe, aucun préjudice si, par ailleurs, l'autorité de recours est mal indiquée.

H. Le droit à l'assistance juridique

1579 Le droit à l'assistance juridique, que le Tribunal fédéral avait reconnu sur la base de l'article 4 aCst., est aujourd'hui consacré par l'article 29 alinéa 3 Cst.

1580 En procédure contentieuse, le droit à l'assistance juridique est réglé par l'article 65 PA pour les recours administratifs et les recours au Tribunal administratif fédéral et l'article 64 LTF en ce qui concerne les recours au Tribunal fédéral. La PA ne traite pas de l'assistance juridique en procédure non contentieuse. A Genève, les deux aspects sont couverts par l'article 10 LPA/GE (de même pour les art. 111 LPIA/BE, 142 ss CPIA/FR, 60a ss LPIA/NE, 18 LPA/VD).

1581 Le Tribunal fédéral avait admis de longue date que le droit à l'assistance juridique fondé sur l'article 4 aCst. concernait également la procédure non contentieuse (ATF 124 I 304, 306; 122 I 267, 271; 112 Ia 14, 16 ss). Cela vaut aujourd'hui pour l'assistance fondée sur l'article 29 alinéa 3 Cst. (ATF/np 2C_277/2023 du 1.3.2024

consid. 4.3; ATF 130 I 180, 182), disposition relative aux garanties générales de procédure (donc pas seulement aux procédures judiciaires). Le droit à l'assistance juridique revient à la personne indigente dont la requête n'est pas dénuée de chances de succès (ATF 149 I 57, 61-62; 140 V 521, 536-537; 135 I 221, 223; 124 I 304, 306 ss). Une personne est indigente, selon la jurisprudence, lorsqu'elle n'est pas en mesure d'assumer les frais de la procédure sans porter atteinte au minimum nécessaire à son entretien et à celui de sa famille (ATF 135 I 221, 223). Selon le Tribunal fédéral, il se justifie en principe de désigner une représentation d'office à une personne indigente lorsque sa situation juridique est susceptible d'être affectée de manière particulièrement grave; lorsque, sans être d'une portée aussi capitale, la procédure en question met sérieusement en cause les intérêts de la personne requérante, il faut en sus que l'affaire présente des difficultés en fait et en droit que celle-ci ne peut surmonter seule (ATF/np 2C_509/2023 du 4.12.2023 consid. 6.2).

VI. Les procédures complexes

A. Le problème

Certaines procédures requièrent, vu la nature de la décision à prendre, des précautions particulières dans l'instruction des dossiers. La particularité de la décision peut résulter de son impact sur la personne qui en est destinataire: ainsi en est-il des procédures disciplinaires. Elle peut aussi découler du fait que des tierces personnes, dont les intérêts peuvent être divergents de ceux de la destinataire directe de la décision, ont la qualité de partie ou que des collectivités et entités étatiques différentes ont des intérêts dans la procédure. Elle peut enfin résulter du large pouvoir d'appréciation des autorités, lorsque celles-ci sont appelées à trancher une affaire moins en fonction de normes conditionnelles appliquées au moyen du syllogisme juridique classique, qu'en fonction de principes constitutionnels ou légaux, à travers une pesée des différents intérêts en cause. Plus le pouvoir d'appréciation de l'autorité est grand, plus est fort le besoin d'une procédure assurant la prise en considération adéquate de tous les intérêts pertinents. Ces causes de complexité peuvent évidemment se combiner.

1583 Les moyens procéduraux mis en œuvre dans cette perspective sont divers. Le plus simple consiste à conférer aux parties à la procédure un droit d'être entendu renforcé, par exemple à travers le droit à une audition orale (cf. p.ex. art. 27 al. 4 LPAC/GE). Une autre méthode consiste à confier l'instruction d'une procédure à une commission composée de spécialistes ou de personnes représentatives des différents intérêts concernés. Ce système se rencontre beaucoup en matière de

surveillance de certaines professions (cf. p.ex. art. 14 ss LPAV/GE). Des mesures d'instruction spéciales et approfondies peuvent aussi entrer en ligne de compte, comme l'étude d'impact prévue par l'article 10a LPE, dont la procédure est détaillée aux articles 5 ss OEIE. On rencontre également la procédure de l'enquête publique large, ouverte à toute la population, qui va donc au-delà du droit des parties d'être entendues (*supra* n° 768 let. b).

La prise en considération de l'ensemble des intérêts pertinents implique également que différentes autorités ou entités spécialisées soient amenées à donner leur avis dans le cours de la procédure.

Cette complexité atteint un degré supplémentaire lorsque, pour la réalisation d'un projet, plusieurs décisions administratives, en général des autorisations, sont nécessaires, impliquant la mise en œuvre de différentes normes. Il arrive évidemment souvent que les diverses décisions à prendre tombent dans la compétence d'autorités différentes. Une coordination matérielle et formelle est alors indispensable, afin d'assurer la cohérence des décisions étatiques et le respect des droits des personnes concernées.

B. La coordination des procédures

C'est dans le domaine de la gestion de l'espace au sens large (constructions, aménagement du territoire, protection de l'environnement, de la nature et du paysage) que l'exigence de coordination s'est le plus concrétisée.

Dans une jurisprudence maintenant bien établie, le Tribunal fédéral a jugé que si, pour la réalisation d'un projet, il est nécessaire d'appliquer des dispositions légales différentes entre lesquelles il existe une imbrication telle qu'elles ne sauraient être appliquées indépendamment les unes des autres, il y a lieu d'assurer leur coordination matérielle, à savoir la prise en considération et la pesée globale, à un moment donné, de l'ensemble des intérêts en cause. D'un point de vue formel, il faut au minimum que toutes les décisions nécessaires soient notifiées en même temps, de manière groupée, et qu'une voie de recours unique soit ouverte contre elles, auprès d'une instance habilitée à juger, dans une décision globale, de tous les griefs invoqués (ATF 122 II 81, 87; 116 Ib 50, 56 ss, arrêt dit de *Chritzen*). Cette exigence est toutefois difficile à réaliser lorsque les compétences sont réparties entre la Confédération et les cantons (cf. ATF 125 II 18, 20 ss, qui n'exclut pas qu'une pesée globale des intérêts intervienne à l'occasion d'une décision cantonale subséquente réservée par une décision d'octroi de concession pour la reconstruction d'une centrale hydroélectrique confirmée sur recours par le Conseil fédéral).

Ces principes ont été repris à l'article 25a LAT, qui exige qu'une autorité soit chargée de la coordination, lorsque l'implantation ou la transformation d'une construction ou d'une installation nécessite des décisions émanant de plusieurs autorités et à l'article 33 alinéa 4 LAT, qui impose, dans ce cas, la voie de recours unique. En droit genevois, le principe de coordination des procédures a été inscrit à l'article 12A LPA/GE.

La façon la plus radicale de réaliser la coordination des décisions est de réunir l'ensemble des compétences auprès d'une autorité de première instance unique, les autres entités étatiques ne disposant plus que d'un pouvoir de préavis. C'est la voie choisie par la loi fédérale sur la coordination et la simplification des procédures de décision pour toute une série d'objets relevant, au moins partiellement, de la compétence de la Confédération, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000 (FF 1998 III 2221 ss; RO 1999 3071; pour un exemple d'application, JAAC 2000/64 n° 119, Commission de recours DETEC). Cette solution a notamment été introduite en matière de chemins de fer, l'article 18 alinéa 3 LCdF disposant depuis lors que l'approbation des plans par l'autorité compétente couvre toutes les autorisations requises par le droit fédéral. D'autres modèles, impliquant par exemple des procédures de conciliation entre autorités, sont cependant également envisageables.

Bibliographie

- N.B. Compte tenu de l'abondance de la littérature en matière de procédure administrative n'ont pas été incluses dans la bibliographie qui suit les chroniques d'actualités et de jurisprudence.
- ALBERTINI MICHELE, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Berne 2000.
- ALIOTTA MASSIMO, Verfahrensrechtliche Aspekte bei Begutachtungen im Bundessozialversicherungsrecht, in: Stephan Weber (éd.), Personen-Schaden-Forum 2018, Zurich 2018, p. 83 ss.
- AUER CHRISTOPH/MÜLLER MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (éd.), VwVG – Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2^e éd., Zurich 2019.
- BACHMANN GREGOR, Anspruch auf Verfahren und Entscheid: der Zugang zum Verwaltungsverfahren und zur Verwaltungsrechtsplege unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien, Berne 2019.
- BELLANGER FRANÇOIS, La qualité de partie à la procédure administrative, in: Thierry Tanquerel/François Bellanger (éd.), Les tiers dans la procédure administrative Genève/Zurich/Bâle 2004, p. 33 ss.
- BELLANGER FRANÇOIS, Les aspects formels de la décision, in: Frédéric Bernard/François Bellanger (éd.), Les grands principes de la procédure administrative, Genève/Zurich 2023, p. 35 ss.
- BELLANGER FRANÇOIS/CANDRIAN JÉRÔME/HIRSIG-YOUILLOZ MADELEINE (éd.), Loi fédérale sur la procédure administrative – Commentaire romand, Bâle 2024.
- BERGER MARKUS, Sachverhaltsmittlung im ursprünglichen Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess, JAB 2014 p. 550 ss.