

LE DROIT À L'ACCÈS AU JUGE (ART. 29a CST.): UNE VOIE REDOUTABLE SOUVENT OUBLIÉE

ROMAIN JORDAN

Avocat, associé en l'Étude Merkt [&] associés

STÉPHANE GRODECKI

Chargé de cours à l'Université de Genève, premier procureur, docteur en droit

Mots-clés: droit à l'accès au juge, actes matériels, droits fondamentaux, État de droit

Depuis le 1^{er} janvier 2007, la Constitution fédérale garantit le droit d'accès au juge (art. 29a Cst.) Actuellement, le Tribunal fédéral développe très largement ce droit, principalement dans le domaine du contrôle des actes matériels de l'État. Et ce droit peut être invoqué tant lorsque le justiciable peut se prévaloir d'un droit contre l'État, mais aussi – et là le champ d'application potentiel devient immense, voire sans limite – lorsqu'il s'agit d'examiner les modalités d'exercice d'une prestation de l'État. La présente contribution fait le point sur la jurisprudence rendue dans le domaine et expose certains domaines d'application de cette voie.

I. Introduction

Adopté dans le cadre de la réforme de la justice le 12.3.2000¹ mais entré en vigueur que le 1.1.2007², l'art. 29a Cst.³ prévoit depuis lors que «toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire». Derrière la mise en œuvre de cette disposition se cache parmi d'autres garanties⁴ une véritable révolution⁵: la dernière étape de la pleine réalisation du modèle d'organisation d'un État fondé sur le droit, permettant à l'individu de devenir un véritable acteur de son fonctionnement. D'un système administratif suisse fondé sur le dogme de l'administrateur-juge permettant bien souvent l'action discrétionnaire de l'État⁶, l'administration doit aujourd'hui faire face à la garantie opposable de voir son activité contrôlée, dans le cadre des droits fondamentaux de l'individu, toujours plus largement⁷, sous réserve des rares cas où des motifs politiques peuvent être valablement considérés comme prépondérants⁸.

Cette inversion du paradigme, phénomène dépassant largement la Suisse⁹, peut faire l'objet d'une certaine méfiance de la part des acteurs étatiques, l'intervention du juge sur le choix du politique n'étant pas sans provoquer des tensions en termes notamment de séparation des pouvoirs¹⁰. Il faut dire que, contrairement à ce que le praticien peut parfois penser, il s'agit d'un moyen de droit redoutable – et pourtant de fait souvent oublié – en pratique. Cette voie permet en effet à toute personne, physique ou morale, disposant d'un simple intérêt digne de protection et dont les droits et obligations pourraient être touchés

par une action étatique de solliciter de l'État une décision, y compris et surtout sur des actes matériels des entités publiques, et cas échéant ensuite de la contester devant un juge indépendant¹¹. Toute personne peut ce faisant désormais intervenir – à tout le moins procéduralement – dans la conduite de l'action de l'État.

C'est donc sans surprise que l'on constate aujourd'hui que la question des limites à donner au droit à l'accès au juge avive le domaine de la procédure administrative de manière très animée et controversée¹², et non moins

¹ FF 2001 4000, p. 4014.

² RO 2002 3148; RO 2006 1059.

³ Constitution fédérale; RS 101.

⁴ ATF 141 I 105, consid. 3.3.2 et 3.6; ATF 138 I 61, consid. 4.3 et 4.8.

⁵ BERNHARD WALDMANN/GREGOR BACHMANN, Zur Anfechtbarkeit verwaltungsorganisatorischer Anordnungen, in: *sui generis* 2017 91, N. 25.

⁶ ATF 138 I 61, consid. 3.2.

⁷ JORDAN ROMAIN, La longue marche vers le droit au juge, in *Regards de marathoniens sur le droit suisse*, Genève, 2015, p. 353 ss.

⁸ ATF 136 II 436, consid. 1.

⁹ ZOLZAN SZENTE/KONRAD LACHMAYER, *The principle of effective legal protection in administrative law: a european comparison*, London 2016, Routledge.

¹⁰ PETER HÄNNI, 25 Jahre Recht lehren, in ZBI 119/2018, 327, p. 341.

¹¹ ATF 143 I 336, consid. 4.1; GIOVANNI BIAGGINI, *BV Kommentar*, 2^e édition., Zürich 2017, art. 29a N 6.

¹² FELIX UHLMANN/FLORIAN FLEISCHMANN, *Entwicklungen im Verwaltungsrecht*, in RSJ 114/2018 424, p. 426.

passionnante. À ce sujet, le Tribunal fédéral a rendu plusieurs arrêts importants, en dernier lieu aux ATF 143 I 336 ss, arbitrant de manière décisive ce débat, en défendant une conception large de l'accès au juge.

Il nous a semblé dans ce contexte intéressant dans un premier temps de tirer les enseignements de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la portée à donner à la garantie de l'accès au juge, d'essayer d'en situer le niveau du curseur déclenchant le droit à l'accès au juge puis ensuite d'y confronter celui de sa mise en œuvre au niveau des cantons. Par ailleurs, devant le constat d'une mise en œuvre parfois insatisfaisante se pose la question des outils du plaideur pour s'assurer de l'effectivité de ce droit. Enfin, nous terminerons notre propos par un inventaire des cas d'application et perspectives pratiques qu'ouvre l'art. 29a Cst.

II. Le droit à l'accès au juge (art. 29a Cst.): sa définition générale dans la jurisprudence récente

1. Le régime légal

Selon l'art. 29a Cst., toute personne – physique ou morale¹³ – a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. Cet article est concrétisé par l'art. 86 al. 2 LTF, à teneur duquel les cantons doivent instituer des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorité précédant immédiatement le Tribunal fédéral, sauf dans les cas où une autre loi fédérale prévoit qu'une décision d'une autre autorité judiciaire peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral¹⁴.

Cette norme constitutionnelle étend le contrôle judiciaire en principe à toutes les contestations juridiques¹⁵, même si la loi ne prévoit pas de voie de recours ou de reconsidération idoine, la protection juridique octroyée pouvant également s'entendre le cas échéant rétrospectivement¹⁶. Elle garantit l'accès à un juge disposant d'un pouvoir d'examen complet des faits et du droit¹⁷. Elle ne s'oppose cependant pas aux conditions de recevabilité habituelles du recours ou de l'action¹⁸, ou encore à une cognition restreinte du juge appelé à revoir le résultat d'un examen¹⁹. L'art. 29a Cst. ne confère donc pas le droit à qui-conque d'obtenir qu'un juge examine librement la légalité de toute action de l'État, indépendamment des règles procédurales applicables²⁰.

Si ce régime impose une instance judiciaire susceptible d'être saisie, il ne proscriit pour autant pas les voies de droit préalable internes à l'administration²¹. Il n'est pas non plus nécessaire qu'une voie de recours à proprement parler soit ouverte, une action civile ou une plainte auprès d'une autorité administrative pouvant, suivant les circonstances, être suffisante²². Il ne s'applique toutefois pas, notamment, au contrôle abstrait de la constitutionnalité des lois²³, qui n'est donc pas imposé aux cantons par l'art. 29a Cst. Il convient ainsi de rappeler que cette disposition ne garantit pas l'accès au juge pour toute doléance et, en particulier, suppose que la personne qui s'en prévaut puisse faire valoir un droit²⁴.

2. Absence de caractère politique prépondérant

L'art. 29a *in fine* Cst. prévoit que la Confédération et les cantons peuvent, de par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels. D'après l'art. 86 al. 3 LTF, pour les décisions revêtant un caractère politique prépondérant, les cantons peuvent ainsi instituer, sans y être tenus, une autorité autre qu'un tribunal²⁵. La notion juridique de «décision revêtant un caractère politique prépondérant» est en elle-même indéterminée. Elle ne doit trouver application, par essence restrictivement, que si l'aspect politique prévaut sans discussion²⁶. Il ne suffit donc pas que la cause ait une connotation politique²⁷.

Le Tribunal fédéral a pu par exemple admettre que la haute surveillance parlementaire²⁸, la décision du pouvoir exécutif cantonal relative à l'autorisation d'ouvrir une enquête pénale à l'encontre d'un juge²⁹ ou encore la décision du gouvernement cantonal quant à la planification scolaire³⁰, remplissait ces exigences.

3. Le critère objectif: une «cause» fondée sur le droit en vigueur

A) Des droits et obligations en jeu

Si le domaine ne présente pas un caractère politique prépondérant, alors l'art. 29a Cst. garantit à toute personne le droit à ce que sa cause (en allemand: «bei Rechtsstreitigkeiten»; en italien: «nelle controversie giuridiche»; en romanche: «en cas da dispitas giuridicas»), c'est-à-dire un différend juridique mettant en jeu des intérêts individuels dignes de protection, soit jugée par une autorité judiciaire³¹. Il s'agit donc en particulier de contestations portant sur les droits et les obligations de personnes³².

¹³ ATF 137 II 409, consid. 4.2.

¹⁴ ATF 136 I 323, consid. 4.3; TF 1C_531/2010 du 28.12.2011, consid. 2.5.

¹⁵ ATF 143 I 344, consid. 8.2; ATF 141 I 172, consid. 4.4.1. En matière de poursuites et faillites, cf. SUCCESSIO 2018 122, p. 132.

¹⁶ ATF 138 I 61, consid. 4.3.

¹⁷ ATF 137 I 235, consid. 2.5.

¹⁸ ATF 143 I 344, consid. 8.2; TF 6B_1200/2017 du 4.6.2018, consid. 2.4.2.

¹⁹ TF 2C_1192/2013 du 2.6.2014, consid. 3.2 publié in RNRF 2015, n. 61, 417 p. 422. Il est toutefois exclu que le juge se borne à examiner si la décision précédente est arbitraire (TF 2D_54/2014 du 23.1.2015, consid. 5.6), une telle limitation n'étant pas compatible avec l'art. 29a Cst. (TF 2C_180/2013 du 5.11.2013, consid. 8.1; TF 2D_45/2017 du 18.5.2018, consid. 4.1).

²⁰ ATF 139 II 185, consid. 12.4.

²¹ ATF 142 II 433, consid. 3.4.3.

²² TF 2C_684/2015 du 24.2.2017, consid. 6.

²³ MARTIN BERTSCHI, in: Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genève 2014, § 38a.

²⁴ ATF 141 I 241, consid. 4.1.

²⁵ ATF 136 I 323, consid. 4.2; TF 1C_459/2011 du 4.9.2013, consid. 4.1.3.

²⁶ ATF 136 I 42, consid. 1.5.

²⁷ ATF 136 I 42, consid. 1.5.4.

²⁸ ATF 141 I 172, consid. 4.4.2.

²⁹ ATF 135 I 113, consid. 1.

³⁰ TF 2C_761/2012 du 12.4.2013, consid. 3.2 in RDAF 2014 I 338.

³¹ ATF 141 I 172, consid. 4.4.1; ATF 137 II 409, consid. 4.2; ATF 136 I 323 consid. 4.3.

³² ATF 136 I 323, consid. 4.3.

Ces droits et obligations ne découlent pas de la garantie de l'accès au juge elle-même, mais de ceux et celles que confère ou impose à l'intéressé un état de fait visé, notamment, par la Constitution fédérale, la loi ou encore une simple ordonnance³³. Il s'agit en somme de mettre en évidence une relation de droit administratif, créée par l'applicabilité d'une norme de droit public à un acte de l'administration (ci-après: la relation): l'objet de la décision est précisément de constater si la norme invoquée par l'administré a quelque chose à dire sur la légalité de l'acte qui le touche, ou est susceptible de le toucher³⁴.

Si l'ouverture d'une voie de recours contre une décision administrative ne fait guère débat, la portée de l'art. 29a Cst. face à un autre acte de l'administration, ne prenant pas d'emblée la forme d'une telle décision susceptible de recours, constitue à n'en pas douter une véritable nouveauté pour la pratique judiciaire en droit public. C'est sur ce dernier point que l'art. 29a Cst. présente avant tout une révolution majeure.

B) *Le cas particulier de l'acte matériel*

Comme on vient de le voir, seules les décisions sont d'emblée sujettes à recours, dans un système suisse fermement ancré sur la théorie de l'acte attaqué³⁵. Dès lors, les actes de l'administration n'ayant pas le caractère et la forme d'une décision – «actes internes» ou «actes matériels», notion plus large intégrant les premiers –, supposent que l'administré interpelle d'abord formellement l'autorité, en se prévalant de l'art. 29a Cst. ou de la norme de procédure topique applicable, en la priant de rendre une décision administrative statuant sur la constitutionnalité et légalité de la relation alléguée³⁶.

Ainsi, si l'acte matériel lui-même n'est logiquement pas attaqué directement (puisqu'il ne constitue pas une «décision»³⁷, l'art. 29a Cst. – ou alors des normes spécifiques comme l'art. 25a PA³⁸ sur le plan fédéral ou l'art. 4A LPA/GE³⁹ dans le canton de Genève le mettant en œuvre – accorde un droit à une décision sujette à recours lorsque les droits et obligations de l'administré sont susceptibles d'être touchés⁴⁰, les cantons demeurant toutefois libres de l'organiser⁴¹ de manière différente du régime prévu à l'art. 25a PA⁴². Ce processus réintègre ce faisant l'acte matériel dans le champ de l'organisation traditionnelle de la juridiction administrative.

4. *Le critère subjectif: l'intérêt digne de protection*

Que l'on se trouve face à un acte matériel ou une décision administrative, la condition essentielle à l'ouverture du droit à l'accès au juge sera l'existence d'un intérêt digne de protection (et non juridique) au contrôle de la relation en cause.

Ce dernier consiste dans l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait à l'administré, en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que l'acte litigieux lui occasionne. Cet intérêt doit être direct et concret; en particulier, l'usager doit se trouver, avec l'acte entrepris, dans un rapport suffisamment étroit, spécial et digne d'être pris en considération. Il

doit être touché dans une mesure et avec une intensité plus grande que l'ensemble des administrés⁴³. Compte tenu de la nature particulière du contrôle judiciaire des actes matériels, le critère de l'intérêt digne de protection devrait s'interpréter de manière stricte, ce qui revient concrètement à interdire le cas bagatelle tout comme l'action populaire⁴⁴.

C'est dans ce cadre que doit se placer le niveau du curseur appelé à définir les cas dans lesquels le droit à l'accès au juge face à un acte matériel de l'administration sera ouvert – et c'est à ce sujet que le débat est intense: où s'arrête le cas bagatelle, où commence l'action populaire? Dans un arrêt récent publié, le Tribunal fédéral a pris position, en imposant le droit à une décision sujette à recours à des autorités communales grisonnes contre la simple fermeture d'un point de collecte des déchets⁴⁵. Il est partant utile de s'arrêter sur ce précédent.

III. *Le niveau du curseur: l'ATF 143 I 336*

La définition soigneuse du niveau de ce curseur est d'autant plus importante compte tenu de l'élasticité et de la versatilité des solutions retenues en l'état au niveau des cantons⁴⁶, d'où il suit la nécessité d'une conceptualisation fédérale. Le 12.4.2017, le Tribunal fédéral a ainsi rendu l'ATF 143 I 336, délibéré en séance publique⁴⁷. Cet arrêt publié démontre, à notre sens, la volonté de notre cour suprême de garantir un droit d'accès au juge en cas d'acte matériel, de manière particulièrement large.

1. *Un curseur large... et rapidement atteint*

Notre haute cour devait déterminer si des habitants d'une commune du canton des Grisons disposaient du droit d'obtenir une décision contre la fermeture d'un point de collecte des déchets, dont ils n'étaient pourtant pas les voisins directs. Tant la commune que les autorités judiciaires cantonales leur avaient nié un tel droit. Ainsi qu'on

³³ ATF 136 I 323, consid. 4.3; TF 2C_684/2005 du 24.2.2017, consid. 6.5.1.

³⁴ ATF 140 II 315, consid. 3.

³⁵ CHRISTIAN BOVET/ANGELA CARVALHO, Les actes attaquables, in Bellanger/Tanquerel (éd.), Le contentieux administratif, Genève/Zurich/Bâle 2013, 77 ss, p. 77.

³⁶ ATF 136 I 323, consid. 4.4.

³⁷ STÉPHANE GRODECKI, Note sur l'arrêt TAF 3768/2017 du 8.11.2017 (acte matériel), in RDAF 2018 I 58, p. 62.

³⁸ Loi fédérale sur la procédure administrative fédérale; RS 172.021.

³⁹ Loi genevoise sur la procédure administrative; RS/GE 5 10. Cf. à ce sujet STÉPHANE GRODECKI/ROMAIN JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise: LPA/GE et lois spéciales, 2017, art. 4a LPA N. 90 ss.

⁴⁰ ATF 143 I 344, consid. 4.

⁴¹ ATF 143 III 193, consid. 5.4.

⁴² ATF 143 I 344, consid. 4.2.

⁴³ TF 2C_68/2015 su 13.1.2016, consid. 4.3.

⁴⁴ ATF 140 II 315, consid. 4.

⁴⁵ ATF 143 I 344.

⁴⁶ Cf. *infra* IV.

⁴⁷ L'arrêt a été publié également in ZBI 2017 437.

va le voir, si l'objet de l'affaire – la simple fermeture d'un point de collecte des déchets dans la commune de Cazis, qui ne comptait que 2132 habitants au 1^{er} janvier 2017 – peut à première vue prêter à sourire, la portée des considérants retenus par les juges fédéraux n'en doit pas moins rappeler au praticien l'importance fondamentale dans le contentieux de droit public du droit d'accès au juge.

Le Tribunal fédéral commence par rappeler que le droit d'accès au juge n'est garanti par l'art. 29a Cst. que pour un différend juridique mettant en jeu des intérêts individuels dignes de protection. À cet égard, outre un intérêt digne de protection, cela suppose une atteinte d'une intensité minimale aux droits et obligations de la personne qui sollicite une décision en vue d'aller rechercher la protection du juge⁴⁸. Le Tribunal fédéral précise ensuite explicitement que si les mesures d'organisation internes des entités publiques ne visent pas directement les particuliers, le droit d'accès au juge au sens de l'art. 29a Cst. doit toutefois permettre une protection judiciaire dans certains cas, notamment lorsque leurs droits et obligations sont touchés⁴⁹. Si les cantons sont libres de s'écarter du mécanisme de protection prévu par l'art. 25a PA, ils doivent néanmoins prévoir une réglementation minimale afin de respecter – et utilement mettre en œuvre – l'art. 29a Cst⁵⁰.

2. Un droit... mais aussi ses modalités d'exercice

S'agissant des droits à protéger, ceux-ci peuvent trouver leurs fondements dans la Constitution, la loi ou un règlement, quel que soit le domaine du droit concerné⁵¹. À cet égard, et c'est là l'un des éléments novateurs de l'arrêt, la protection du juge doit être accordée non seulement lorsque le droit prévoit une *prétention* à l'endroit de l'État⁵², mais aussi lorsqu'il s'agit de déterminer les *modalités* de l'action de l'État, notamment lorsque celles-ci entraînent des désavantages pour certains⁵³.

À cet égard, le Tribunal fédéral rappelle d'abord un précédent de 2001 où – sous l'angle de l'arbitraire (art. 9 Cst.) – il avait accordé le droit à la protection judiciaire en matière de collecte des ordures, car le droit communal garantissait un droit spécifique à ne pas devoir parcourir plus d'une distance bien établie pour se débarrasser de ses déchets⁵⁴. Pour rappel, l'art. 31b al. 3 LPE prévoit que le «détenteur doit disposer ses déchets de telle façon qu'ils puissent être collectés par les services mandatés à cet effet par les cantons ou les remettre aux points de collecte définis par ces derniers». Dans le cas d'espèce, bien que les recourants n'avaient ni l'obligation d'utiliser des points de collecte de déchets communaux précis, ni ne disposaient – contrairement au cas précité de 2001 – d'un droit garanti par le droit cantonal ou communal de ne pas parcourir une distance définie jusqu'à une déchetterie, le Tribunal fédéral a estimé que l'obligation de remettre les déchets à un point de collecte (art. 31b al. 3 LPE) suffisait pour fonder l'ouverture du droit à l'accès au juge⁵⁵.

Force est ainsi de constater que toutes les obligations – même relativement peu précises – faites au particulier ou toutes les obligations – y compris non justiciables – de l'État vont possiblement avoir une influence

sur les modalités de l'action de l'État telles qu'elles sont définies à l'ATF 143 I 336.

Sur le plan pratique, l'arrêt indique qu'une prétention juridique doit être reconnue non seulement lorsque la législation accorde une prétention de l'administré à l'endroit de l'État, mais également, à condition que celui-ci puisse simplement démontrer qu'une norme en vigueur est susceptible de s'appliquer, à la relation en cause, quant aux modalités de l'action litigieuse de l'État. C'est là d'une part l'expression du critère de l'intérêt digne de protection: un simple intérêt de fait peut suffire (*in casu*, celui de ne pas devoir rallonger son trajet pour aller jeter ses déchets, au point de ne plus pouvoir s'y rendre à pied). Mais aussi – et surtout –, d'autre part, du niveau minimal requis d'intensité de l'atteinte dénoncée: le Tribunal fédéral indique dans son arrêt qu'on ne saurait être par trop exigeant à cet égard, les conditions de forme et de fond ne devant pas être confondues.

En définitive, son appréciation semble rejoindre celle pratiquée par la Cour européenne des droits de l'homme au regard de l'art. 13 CEDH, exigeant que la titularité d'un droit de l'homme soit formulée de «manière défendable» pour que le droit à l'accès au juge puisse être alors garanti⁵⁶.

3. Une «farce»?

Une partie de la doctrine a réagi à cet arrêt en indiquant qu'on risquait de transformer le droit à l'accès au juge en une «farce» au vu des faibles possibilités pour le juge d'intervenir ensuite sur le fond⁵⁷. Et de relever *de lege ferenda* qu'il faudrait trouver une juste balance entre la protection juridique et la possibilité pour les autorités d'agir⁵⁸.

Cette objection, pour compréhensible et pragmatique qu'elle puisse en soi paraître sous un angle politique, s'écarte toutefois de la lettre de l'art. 29a Cst. et des buts qu'il poursuit.

Elle fait en effet fi du mandat constitutionnel donné par l'art. 29a Cst. et concrétisé par l'art. 86 LTF, qui définit de manière très restrictive les exceptions possibles. MÜLLER relève à cet égard à raison que le droit d'accès au juge garanti par l'art. 29a Cst. est un droit constitutionnel autonome – qui peut donc être invoqué seul – et doit de ce fait être conçu largement⁵⁹. Il n'appartient pas au juge du

48 ATF 143 I 336, consid. 4.1.

49 ATF 143 I 336, consid. 4.2.

50 ATF 143 I 336, consid. 4.2.

51 ATF 143 I 336, consid. 4.3.

52 ATF 143 I 336, consid. 4.3.1.

53 ATF 143 I 336, consid. 4.3.2.

54 ATF 143 I 336, consid. 4.3.1, se référant à TF 2P.12/2001 du 25. 7. 2001 in DEP 2001 934; ZBI 2002 48; Pra 2001 Nr. 191 p 1162; RDAF 2002 I 360.

55 ATF 143 I 336, consid. 4.4.

56 ACEDH M. S. S. c. Belgique et Grèce [GC], du 21. 1. 2011, req.

30696/09, par. 288 ss; ATF 137 I 296, consid. 4.3.1;

TF 2C_406/2013 du 23. 9. 2013 consid. 3.1.

57 MARKUS MÜLLER in ZBI 2017 437, p. 450.

58 MÜLLER, op. cit. (note 57), p. 449.

59 MÜLLER, op. cit. (note 57), p. 448.

recours d'intervenir dans cet arbitrage, *a fortiori* lorsque son pouvoir d'appréciation est limité.

Ensuite, elle omet d'intégrer le fait que le contrôle des actes matériels de l'administration interviendra, dans la plupart des cas, postérieurement à l'exécution desdits actes, ce d'autant plus que cette voie de droit n'aura pas d'effet suspensif, seul l'octroi d'éventuelles mesures provisionnelles par l'autorité elle-même pouvant bloquer l'action de l'État⁶⁰. Le risque de bloquer l'action de l'État ne doit donc pas être surestimé.

Enfin et surtout, à l'instar de ce que le Tribunal fédéral relève dans son arrêt, il serait erroné et quoi qu'il en soit insatisfaisant de confondre les conditions de forme et de fond; ce serait notamment oublier l'effet d'auto-contrôle que poursuivent aussi les garanties fondamentales de procédure en vue de la rationalisation de la prise de décision et afin d'éviter que l'autorité ne se laisse guider par des considérations non pertinentes (art. 29 Cst.; droit d'être entendu, motivation de la décision, etc.)⁶¹. Le système mis en place aux art. 86 et 110 LTF a au demeurant précisément pour but d'assurer un contrôle complet et vaste des actes de l'administration au niveau des cantons, étant rappelé que la participation de la population à la conduite de nombre d'actions étatiques participe elle aussi d'une longue et tout aussi fondamentale tradition helvétique.

La solution à laquelle parvient le Tribunal fédéral doit ainsi être approuvée, tout particulièrement sous l'angle de l'interprétation de l'art. 29a Cst.

Avant de songer à modifier cette disposition comme certains le demandent, il conviendrait par ailleurs d'étudier dans le temps l'effet de cette voie de droit sur l'action de l'État. Ce droit d'accès au juge, bien qu'ayant aujourd'hui plus de dix ans, ne commence en effet à prendre son envol qu'aujourd'hui.

Il n'en demeure pas moins que, sur le fond, le juge qui pourra être saisi n'aura guère plus de marge de manœuvre qu'usuellement, principalement lorsqu'il intervient sur les modalités d'action de l'État. Il se limitera, pour l'essentiel, à un contrôle sous l'angle des garanties essentielles de procédure et des libertés fondamentales. S'il est révolutionnaire sur la forme, l'ATF 143 I 336 ne devrait donc pas en soi entraîner de véritable bouleversement sur le fond des modalités de l'action de l'État.

IV. La mise en œuvre au niveau des cantons

L'art. 29a Cst. contribue à une protection efficace des droits fondamentaux des citoyens⁶². Comme on l'a déjà vu ci-dessus⁶³, les cantons sont ainsi tenus de mettre en œuvre l'art. 29a Cst. et d'instaurer un contrôle des actes matériels de l'administration, même s'ils ne sont pour autant pas obligés de reprendre le régime fédéral prévu à l'art. 25a PA et demeurent libre de l'organiser de manière différente.

De fait, les solutions retenues par les cantons ne sont pas uniformes; elles peuvent être classées en trois groupes⁶⁴. D'abord, ceux ayant repris une réglementation

analogue à celle prévue à l'art. 25a PA. Il s'agit de Bâle-Ville, Genève, Lucerne, Nidwald, Obwald, Schaffhouse, Schwyz, Soleure, Tessin, Uri, Zoug et Zurich⁶⁵.

Ensuite, ceux ne connaissant aucune réglementation d'application: Argovie, Appenzell Rhodes-Extérieures, Appenzell Rhodes-Intérieures, Bâle-Campagne, Berne, Glaris, Jura, Neuchâtel, Saint-Gall, Thurgovie, Vaud et Valais. Le canton de Fribourg ne dispose, lui non plus, d'une norme spécifique, mais a prévu une compétence résiduelle du Tribunal cantonal «si le contrôle juridictionnel exigé par le droit fédéral ou international n'est pas déjà assuré par une autre autorité»⁶⁶.

Enfin, le canton des Grisons est le seul à aller jusqu'à étendre la définition de la décision à l'acte matériel, lequel est donc susceptible de recours immédiat auprès de l'autorité de recours⁶⁷.

De manière générale, on constate que la pratique judiciaire cantonale est souvent réticente à reconnaître le droit au contrôle d'actes matériels, là où un intérêt juridique est souvent exigé en lieu et place du simple intérêt digne de protection («droits reconnus»⁶⁸), lorsqu'il n'est pas reproché à l'administré de procéder par la voie de l'action populaire⁶⁹, sans évoquer encore l'attitude de nombreuses autorités administratives pour lesquelles l'obligation de statuer sur la légalité d'actes matériels est parfois simplement méconnue.

⁶⁰ Cf. *infra* V.3.

⁶¹ ATF 129 I 232, consid. 3.3.

⁶² ATF 140 II 315, consid. 4.3.

⁶³ Cf. *supra* III.2B.

⁶⁴ BERNHARD WALDMANN, Vom Umgang mit organisatorischen, innerdienstlichen und anderen Anordnungen ohne Verfügungscharakter, p. 489 ss; WALDMANN/BACHMANN, op. cit. (note 5), N. 19.

⁶⁵ Genève: art. 4A LPA/GE; Bâle-Ville: § 38a des Gesetzes betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt vom 22. 4. 1976 (OG; SG 153.100); Lucerne: § 44a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 3. 7. 1972 (VRG; SRL 40); Nidwald: art. 60c des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 8. 2. 1985 (VRG; NG 265.1); Obwald: art. 2a der Verordnung über das Verwaltungs- und Verwaltungsbeschwerdeverfahren vom 29. 1. 1998 (VRPV; GDB 133.21); Schaffhouse: art. 7a des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 20. 9. 1971 (VRG; SHR 172.200); Schwyz: § 34a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 6. 6. 1974 (VRP; SRSZ 234.110); Solothurn: § 28^{bis} des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 15. 11. 1970 (VRG; BGS 124.11); Tessin: art. 64 der Legge sulla procedura amministrativa vom 24. 9. 2013 (LPAm; RL/TI 3.3.1.1); Uri: art. 25a der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. 3. 1994 (VRPV; RB 2.2345); Zoug: § 21a des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. 4. 1976 (VRG; BGS 162.1); Zürich: § 10c des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. 5. 1959 (VRG; LS 175.2).

⁶⁶ Art. 114 al. 2 let. b du code de procédure et de juridiction administrative du 23. 5. 1991 (CPJA; RSF 150.1), en lien avec l'art. 7a CPJA.

⁶⁷ Art. 28 al. 4 et art. 49 al. 3 des Gesetzes vom 31. 8. 2006 über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100).

⁶⁸ ATA/76/2017 du 31. 1. 2017, consid. 3d (Genève), annulé par TF 2C_282/2017 du 4. 12. 2017, consid. 2.3.

⁶⁹ Parmi beaucoup: ATA/796/2018 du 7. 8. 2018 (Genève); ATA/387/2018 du 24. 4. 2018 (Genève).

V. L'effectivité de la mise en œuvre

Avoir la possibilité (théorique) de requérir une décision sujette à recours est une chose. La pratique démontre qu'il peut parfois être difficile de faire reconnaître de manière effective ce droit et *in fine* d'obtenir une telle décision, voie de droit qui est souvent la seule efficace pour quereller un acte matériel. Comme on l'a vu ci-dessus, c'est en effet presque toujours l'autorité qui dispose de la possibilité, en rendant une décision, de créer la possibilité concrète et effective pour l'administré de porter sa cause devant une juridiction de recours indépendante et impartiale.

1. La forme de l'acte matériel et la décision

Nous l'avons vu⁷⁰, l'art. 29a Cst. n'impose pas d'ouvrir un recours direct contre tous les actes matériels de l'administration, même si le canton des Grisons a adopté un tel régime. En revanche, une voie de droit doit être impérativement ouverte, par exemple sous la forme du droit à une décision comme il existe sur le plan fédéral à l'art. 25a PA.

Un tel mécanisme diminue grandement la problématique – classique – de la distinction entre décision et acte matériel⁷¹. Face à un tel acte, il est donc aujourd'hui souvent inutile au plaideur de vouloir le faire qualifier de décision pour l'attaquer directement. Il est plus simple d'exiger la notification d'une décision, relative à l'acte matériel, sur la base de l'art. 25a PA, respectivement du droit cantonal pertinent, ou tout simplement directement sur la base de l'art. 29a Cst.

Cela étant, s'il existe un doute sur la qualification juridique de décision, le justiciable ne peut se limiter à demander, ultérieurement, une décision sujette à recours; il doit, sous peine d'irrecevabilité, attaquer le premier acte⁷², ou tout du moins interpellé en des termes clairs l'autorité sur la nature des actes qu'elle a rendus⁷³. Le droit à l'accès au juge de l'art. 29a Cst ne permet en effet pas de pallier l'absence de recours contre une décision entrée en force, et force est de constater que la jurisprudence est particulièrement sévère avec les parties assistées d'un conseil⁷⁴.

En revanche, si l'autorité refuse, ou simplement s'abstient de trancher la requête tendant à la notification d'une décision fondée sur l'art. 29a Cst. ou encore cherche à entretenir, de mauvaise foi, un flou sur la nature des actes qu'elle a rendus, elle commet alors un déni de justice formel prohibé par l'art. 29 al. 1 Cst.

2. L'interdiction du déni de justice formel (art. 29 al. 1 Cst.)

L'art. 29 al. 1 Cst. consacre notamment le principe de la célérité ou, en d'autres termes, prohibe le retard injustifié à statuer. L'autorité viole cette garantie constitutionnelle lorsqu'elle ne rend pas la décision qu'il lui incombe de rendre dans le délai prescrit par la loi ou dans un délai que la nature de l'affaire ainsi que toutes les autres circonstances font apparaître comme raisonnable⁷⁵. Il en va de même lorsque l'autorité refuse de statuer ou ne le fait que partiellement⁷⁶.

Le Tribunal fédéral a néanmoins précisé que si un recours pour déni de justice peut, en principe, être déposé

en tout temps, les administrés ne peuvent pas, pour autant, attendre trop longtemps – en l'occurrence un an – avant de saisir la juridiction, faute de perdre un intérêt actuel au recours⁷⁷.

Le plaideur ne doit donc pas hésiter à déposer rapidement un tel recours si l'autorité demeure inactive, ambivalente ou refuse d'ouvrir une procédure administrative alors que l'art. 29a Cst. ou le droit de procédure déterminant l'impose. La question consistant à solliciter le prononcé de mesures provisionnelles (au sens large) auprès de l'autorité de première instance devra également être examinée.

3. L'effet suspensif et les mesures provisionnelles

Comme toute décision, une décision fondée sur l'art. 29a Cst. peut être accompagnée d'une requête de mesures provisionnelles, voire d'effet suspensif.

À cet égard, le Tribunal administratif fédéral a jugé que c'était vers de l'autorité qui doit rendre la décision qu'il faut se tourner, et non directement auprès de l'autorité judiciaire. La nécessité d'une protection immédiate – en l'occurrence la contestation d'une communication d'une mesure à la presse – ne permet pas un recours immédiat, car il s'agit d'un acte matériel⁷⁸. Le droit à un acte attachable ne permet donc pas de bloquer – en urgence – un acte matériel de l'administration⁷⁹. C'est donc auprès de l'autorité de laquelle une décision est requise qu'il faut le cas échéant également solliciter des mesures provisionnelles.

Si l'autorité saisie ne statue pas ou ignore la requête, alors un nouveau recours doit être déposé pour déni de justice formel, des mesures provisionnelles pouvant alors être sollicitées auprès du juge.

VI. Quelques perspectives pratiques

Une fois que l'exercice du droit à l'accès au juge a été défini, que les conditions de cet exercice ont été posées et que les moyens de mise en œuvre ont été précisés, il est maintenant intéressant d'aborder brièvement la question de savoir quelle pourrait être, dans quelques domaines choisis d'application du droit administratif, la portée concrète et pratique qu'il pourrait signifier.

⁷⁰ Cf. *supra* II.

⁷¹ PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*, vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle, Berne, 2011, 189.

⁷² TF 8C_130/2014 du 22.1.2015 in SJ 2015 I 293.

⁷³ ATF 139 IV 228, consid. 1.3.

⁷⁴ TF 8C_664/2015 du 13.6.2016, consid. 2 ss.

⁷⁵ ATF 135 I 265 consid. 4.4; ATF 131 V 407 consid. 1.1.

⁷⁶ ATF 142 II 451, consid. 3.6.2.

⁷⁷ TF 8D_3/2016 du 1.6.2017, consid. 5. Le raisonnement consistant à déclarer irrecevable un recours pour déni de justice en raison d'une prétendue perte d'intérêt actuel compte tenu de l'entrée en vigueur des mesures litigieuses est discutable.

⁷⁸ TAF B-37681/2017 du 8.11.2017 in RDAF 2018 I 58.

⁷⁹ GRODECKI, *op. cit.* (note 37), p. 62.

1. *Domaine scolaire*

En matière scolaire, l'art. 29a Cst., qui pour rappel accorde un droit d'accès au juge non seulement pour les prétentions à faire valoir contre l'État, mais également conte les modalités d'action de l'État, a une portée considérable.

Un auteur relève ainsi dans une contribution récente que l'impact de l'art. 29a Cst. dans le domaine scolaire est susceptible d'être non négligeable⁸⁰. Premièrement, en matière de prétentions, il peut s'agir tant de normes accordant des droits subjectifs (par exemple, le droit à un enseignement de base gratuit au sens de l'art. 19 Cst., pour s'opposer à des frais exigés par un établissement scolaire⁸¹), mais aussi des règles objectives, telle que par exemple la liste des cours obligatoires pour un examen.

Mais surtout – et là le champ d'application est pratiquement infini – du fait que le droit au juge garanti par l'art. 29a Cst. puisse s'appliquer aux modalités de l'action étatique, toutes les règles relatives au comportement ou celles susceptibles de toucher le déroulement de la journée de l'élève peuvent être concernées, notamment la fermeture d'une école, d'une classe ou même les horaires⁸², voire encore la composition d'une classe.

À noter à cet égard que le Tribunal fédéral a rendu, suite à une procédure ouverte sur la base de l'art. 4A LPA/GE, un arrêt novateur imposant au canton de Genève de mettre en œuvre l'exigence de la 3^e heure de gymnastique «dans les plus brefs délais»⁸³.

2. *Fonction publique*

En matière de fonction publique, la distinction entre acte administratif interne, non sujet à recours, et décision, sujette à recours, peut s'avérer particulièrement difficile⁸⁴. Lorsque l'employé de l'État entend contester un acte interne, il est à notre sens vain de tenter, à tout prix, de chercher à le faire qualifier de décision, alors qu'il suffit de passer par la voie de l'art. 29a Cst⁸⁵.

En la matière, le Tribunal fédéral est cependant parfois moins protecteur qu'il ne l'est dans les autres domaines. Il a ainsi récemment jugé que la contestation d'une évaluation ne tombait pas dans le champ d'application de l'art. 29a Cst., car les droits et obligations de l'employé n'étaient pas touchés et que cet acte pourrait être examiné en cas de recours dirigé contre une mesure prise par l'employeur à la suite d'une évaluation susceptible d'affecter la situation juridique⁸⁶.

En revanche, les éléments susceptibles de toucher les droits et obligations de l'employé, comme un déplacement de son lieu de travail ou de ses heures de présence peuvent être des actes internes susceptibles, dans certaines circonstances, d'être contestés efficacement par le biais de l'art. 29a Cst.

En application de cette disposition, le Tribunal fédéral a par exemple mis fin à la pratique genevoise qui subordonnait le droit de l'agent de demander sa réintégration à la condition qu'il renonce au préalable à un reclassement, car cela privait l'employé du droit de faire contrôler la procédure de reclassement⁸⁷.

3. *Responsabilité de l'État*

En matière de responsabilité de l'État, selon un principe général du droit⁸⁸, celui qui n'utilise pas les voies de droit à sa disposition pour contester une décision ne peut plus rechercher la responsabilité de l'État pour l'éventuel acte illicite contenu dans celle-ci⁸⁹. En pratique, il est toutefois fréquent que ce ne soit pas une décision administrative qui soit alléguée comme un acte illicite au sens du droit de la responsabilité, mais un acte matériel.

Dans cette hypothèse, la doctrine majoritaire soutient que le plaideur peut agir alternativement, ou cumulativement, en responsabilité ou par la voie du droit à un acte attaquant⁹⁰. L'utilisation, à titre préalable, de la contestation de l'acte matériel, par l'entremise de l'art. 29a Cst., permet ainsi de circonscire le débat à la légalité de l'action de l'État sans devoir, déjà, déterminer le dommage ou le lien de causalité. C'est une voie qui peut donc être particulièrement intéressante pour le praticien, qui devra toutefois veiller à ne pas laisser la prescription courir et qui, une fois les instances cantonales ou fédérales de première instance épuisées, risque néanmoins d'avoir de la difficulté à saisir le Tribunal fédéral, ce dernier ayant jugé que la seule volonté affichée de rechercher la responsabilité de l'État ne suffisait pas à fonder un intérêt juridique suffisant pour recourir devant lui (art. 115 let. b LTF)⁹¹.

⁸⁰ STEPHAN HÖRDEGEN, *Entwicklungen beim Rechtsschutz im Schulbereich*, in *recht* 2018 155, p. 158.

⁸¹ TF 2C_272/2012 du 9. 7. 2012, consid. 4.4.5.

⁸² HÖRDEGEN, *op. cit.* (note 80), p. 158.

⁸³ TF 2C_901/2016 du 24. 5. 2017, consid. 6.4.

⁸⁴ ATF 136 I 323, consid. 4.

⁸⁵ STÉPHANE GRODECKI, *Fonction publique: décision versus acte interne: commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8D_1/2016 du 23. 1. 2017*, in *RDAF* 2017 I 609 ss.

⁸⁶ TF 8D-5/2017 du 20. 8. 2018, consid. 7.

⁸⁷ ATF 143 I 344.

⁸⁸ ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zurich, 7^e éd., 2016, p. 473; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berne, 4^e éd., 2014, p. 616.

⁸⁹ TF 2C_25/2008 du 18. 6. 2008, c. 3, in *SJ* 2008 I 481.

⁹⁰ ISABELLE HÄNER, BERNHARD WALDMANN/PHILIPPE WEISSENBARGER, *VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über des Verwaltungsverfahren*, Zurich, 2016 2^e éd., ad art. 25a N 53; JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Bâle, 2014, p. 590-591; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *op. cit.* (note 88), p. 474-475; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*, vol. II: *Les actes administratifs et leur contrôle*, Berne 3^e éd., 2011, p. 47-48; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCH, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungspflege des Bundes*, Zurich, 3^e éd., 2013, N. 375, RETO FELLER, *Das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes im Staatshaftungsrecht*, Zurich, 2007, p. 208; MARKUS MÜLLER, *Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte*, in *Neue Bundesrechtspflege*, Berne 2007, 313, p. 362. *Contra*, BEATRICE WEBER-DÜRLER, in *Christophe/Auder/Markus Müller/Benjamin Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich, 2008, ad art. 25a N. 30 et 43. Cf. aussi, STÉPHANE GRODECKI, *La jurisprudence en matière de responsabilité de l'Etat rendue pour le canton de Genève et ses perspectives de développement au regard du droit à un acte attaquant*, *SJ* 2017 I 259, p. 270 ss qui soutient que, dans certains cas, c'est même un préalable obligatoire.

⁹¹ TF 8C_848/2015 du 24. 10. 2016 in *SJ* 2017 I 260.

VII. Conclusion

L'art. 29a Cst., depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, prend gentiment son envol, nourri par une jurisprudence favorable du Tribunal fédéral. À l'avenir, il y aura sans doute toujours moins de domaines dans lesquels l'administré ne pourra pas trouver – et exiger – l'ouverture d'une voie de droit sur la base de cette disposition.

Il s'agit ainsi d'une «arme» redoutable pour l'avocat, qui doit prendre l'habitude de ne pas céder au fatalisme d'un acte matériel non susceptible d'opposition. Celui-ci doit, cela étant, bien être conscient que cette évolution concerne avant tout la forme – le droit à une voie de droit – et non le fond, le pouvoir de cognition du juge dans des domaines où le pouvoir d'appréciation de l'autorité est large demeurant forcément limité.

Il n'en demeure pas moins que, dans un ordre constitutionnel marqué par la séparation des pouvoirs, le dogme de l'État perd toujours un peu plus de son importance au

profit de l'État de droit. Cette évolution met en effet fin au paradigme classique du droit administratif suisse «moderne» – des 19^e et 20^e siècles en réalité – de la décision comme seul acte attaquant. Si le 20^e siècle a vu l'intervention toujours plus grande du juge dans le contrôle de la décision, l'art. 29a Cst. marquera un 21^e siècle permettant une contestation judiciaire des actes matériels de l'État. Avec, en toile de fond, une évolution vers un contentieux toujours plus ancré sur l'action, à l'instar de celui que le droit administratif américain peut connaître⁹².

Dans une telle constellation, parler de révolution est un euphémisme.

92 JORDAN, op. cit. (note 7), p. 366.

Unentbehrlich
für alle, die
Arbeitnehmende
in die Schweiz
entsenden



Entsendegesetz

Kurt Pärli

Oktober 2018, CHF 189.–

Stämpfli Handkommentar, 364 Seiten,
gebunden, 978-3-7272-5160-3

Das Entsendegesetz verlangt von ausländischen Unternehmen, die zur Erbringung einer Dienstleistung Arbeitnehmer/innen in die Schweiz entsenden, die Einhaltung von in Gesamt- und Normalarbeitsverträgen geltenden minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen. Der Erstunternehmer haftet dabei für die ganze Subunternehmerkette. Die Nichteinhaltung wird mit Verwaltungs- und Strafmassnahmen sanktioniert. Vorgesehen sind aber auch Bussen gegen schweizerische Arbeitgeber, die gegen Mindestlohnvorschriften verstossen.

Die wenigen aber äusserst komplexen Bestimmungen werden in diesem Werk fundiert und umfassend kommentiert. Bei jedem Artikel wird zudem auch auf die korrespondierende EU-Rechtslage hingewiesen.

Bestellen Sie direkt online:
www.staempflishop.com/shk

1587-116/18 | Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten

Stämpfli

Verlag

Stämpfli Verlag AG
Wölflistrasse 1
Postfach
CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77
Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com
www.staempfliverlag.com

