

PROCÉDURE ADMINISTRATIVE

Romain JORDAN¹

Film

LA LONGUE MARCHÉ VERS LE DROIT AU JUGE

A. INTRODUCTION

Instituée au niveau constitutionnel en 1914², la juridiction administrative a été de longue date présentée comme le moyen d'atteindre ce que le professeur Henri ZWahlen décrivait en 1947 encore comme un « idéal »³ : un État fondé sur le droit.

¹ La présente contribution n'engage que son auteur.

² Adoption par le constituant le 25 octobre 1914 des art. 103 et 114^{bis} de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, puis adoption de la loi fédérale du 11 juin 1928 sur la juridiction administrative et disciplinaire (JAD). Le Conseil fédéral envisagea pour la première fois une juridiction administrative fédérale dans son message du 4 juin 1894 concernant l'organisation et le mode de procéder du Conseil fédéral (FF 1894 II 893, p. 924/5).

³ HENRI ZWAHLEN, Le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons (rapport à la Société suisse des juristes), Actes de la Société suisse des juristes 1947, vol. II, p. 164.

Les réticences à confier à un juge le contrôle des décisions de l'administration étaient alors intenses, face au modèle de l'administrateur-juge bien ancré dans la tradition. Dans le cadre de la réforme de la juridiction administrative au niveau fédéral en 1925, le Conseil fédéral faisait ainsi valoir qu'il « ne pourrait évidemment [pas] admettre que tous les cas de violation d'un droit garanti par la Constitution ou par une loi fédérale soient susceptibles de recours à la cour administrative »⁴, citant notamment l'exemple du contentieux universitaire (admission et exclusion des étudiants, examens, etc.), au motif qu'il regrouperait des « affaires spécifiquement administratives qui ne se prêtent pas à une décision judiciaire »⁵, ou encore de l'interprétation des traités internationaux, là où « le désir d'accorder à un particulier étranger une protection juridique absolue ne doit pas faire oublier les intérêts nationaux »⁶. Dans son message du 24 juin 1955⁷ relatif à la nouvelle loi fédérale sur la circulation routière⁸, le Conseil fédéral s'opposait encore, en matière de retrait du permis de conduire, à l'ouverture d'une voie de recours auprès d'un tribunal (en l'occurrence, la voie du recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral), au motif qu'il s'agissait d'un contentieux reposant « non pas sur des questions juridiques, mais des questions d'opportunité et d'appréciation des cas pratiques » : « c'est pourquoi le département fédéral de justice et police devra statuer en première et dernière instance ». Dans le canton de Genève également, c'était le Conseil d'État qui avait la « plénitude de pouvoir comme autorité de recours », dont la doctrine disait alors sans ambiguïté qu'elle « ne pouvait être mise en doute »⁹.

Ce ne sera finalement qu'en 1965 que le Conseil fédéral proposera d'étendre la juridiction administrative fédérale, assurant le faire « par conviction [...], compte tenu des circonstances »¹⁰, en prévoyant notamment une clause générale d'attribution en faveur du Tribunal fédéral à

⁴ FF 1925 II 193, p. 205.

⁵ FF 1925 II 193, p. 207 *in fine*.

⁶ FF 1925 II 193, p. 208 *in fine*.

⁷ FF 1955 II 1, p. 32.

⁸ Ce processus a donné naissance à l'actuelle loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR, RS 741.01).

⁹ JACQUES GUYET, Le contentieux administratif genevois et les droits de défense de l'administré, in: SJ 1962 561.

¹⁰ FF 1965 II 1301, p. 1306.

l'art. 97 aOJ¹¹ – une liste d'exceptions non négligeables étant toutefois prévue (énumération négative) –, ainsi que parallèlement une codification de la procédure administrative applicable, qui allait devenir la PA¹². Ce terreau fertile s'est ensuite répandu auprès des cantons, dont Genève¹³, même s'il est vrai que le Valais¹⁴, Berne¹⁵, Bâle-Ville¹⁶ et d'autres encore n'avaient pas attendu¹⁷.

Le système coutumier de l'administrateur-juge voyait l'administration – la plupart du temps, le gouvernement ou les départements par délégation de celui-ci¹⁸ – trancher les contestations des administrés dans tout ou partie des domaines de l'activité de l'État. Nonobstant cette évolution déjà conséquente, il a survécu en Suisse quasiment jusqu'à la fin du xx^e siècle¹⁹, pour aujourd'hui ne plus demeurer que dans de rares cas²⁰,

¹¹ Loi fédérale sur l'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (aOJ; RS 173.110), abrogée au 1^{er} janvier 2007 par la LTF, voir note 24.

¹² Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021).

¹³ C'est l'adoption de la loi genevoise sur le Tribunal administratif et le Tribunal des conflits du 29 mai 1970 (LTA; RS/GE E 5 05), entrée en vigueur le 21 juin 1971, qui marque la création du Tribunal administratif genevois, même si sa conception par le député Yves Maître, comme le relève MICHEL-H. LANFRANCHI (25 ans du Tribunal administratif de la République et Canton de Genève, in RDAF 1996 p. 189 ss), remonte à 1957. Cet auteur rappelle également la contribution essentielle dans cet accomplissement de PIERRE CORNIOLEY, in Questions posées par la réforme de la juridiction administrative à Genève, in Sixième journée juridique du 9 octobre 1966, Genève 1967. Sur le Tribunal administratif au moment de sa création, voir aussi MICHEL-H. LANFRANCHI/REMY RIAT, Le Tribunal administratif genevois, SJ 1973 p. 513 ss.

¹⁴ Loi valaisanne du 1^{er} décembre 1877 sur l'organisation et les attributions du Tribunal du contentieux de l'administration.

¹⁵ Loi bernoise sur la justice administrative du 30 octobre 1909.

¹⁶ Gesetz (BS) über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege du 14 juin 1928 (VRPG/BS; RS/BS 270.100), encore en vigueur à ce jour, et qui fut la première à instaurer une clause générale d'attribution.

¹⁷ Zurich (1959), Bâle-Campagne (1959), Soleure (1961), Saint-Gall (1965). Pour des précisions sur ces réglementations, voir l'exposé détaillé figurant dans le Message du Conseil fédéral in FF 1965 II 1301, pp. 1318 ss.

¹⁸ PIERRE CORNIOLEY, Questions posées par la réforme de la juridiction administrative à Genève, in Sixième journée juridique du 9 octobre 1966, Genève 1967, p. 43.

¹⁹ BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, 4^e éd. Bâle 1991, p. 383 ch. 1822.

²⁰ DAVID HOFMANN/FABIEN WAELTI, Extraits de la jurisprudence administrative rendue par le Conseil d'État de la République et canton de Genève entre 2000 et 2013, SJ 2013 II 331, p. 332; VALERIE MONTANI/OLIVIER BINDSCHEDLER/RAPHAEL MARTIN, La jurisprudence rendue en 1999 par le Tribunal administratif et le Conseil d'État genevois, SJ 2000 II 429, p. 429.

la possibilité de contester le cas échéant son prononcé auprès d'une autorité judiciaire étant encore en principe ouverte. Malgré des réticences toujours marquées du pouvoir politique d'étendre le contrôle judiciaire de ses propres décisions – ce qui explique sûrement, dans une certaine mesure, l'indéniable retard du contentieux public face à celui de la matière civile et pénale²¹ –, le train était lancé²².

De fait, depuis lors, il ne s'est plus arrêté; les avancées de la juridiction administrative ont au contraire explosé²³ depuis le début du siècle, que ce soit sous l'influence du législateur fédéral (adoption de l'art. 98a aOJ puis de garanties encore étendues dans la LTF²⁴), de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, du constituant (adoption de la nouvelle Constitution fédérale²⁵ puis de l'art. 29a Cst.) ou encore du législateur cantonal (adoption de l'art. 4A LPA/GE²⁶ par exemple, qui concrétise désormais à Genève le contrôle judiciaire des actes matériels de l'administration).

Dans cette constellation passionnante, nous nous proposons de succinctement passer en revue ces essentielles avancées, au titre du «film» rétrospectif de cette évolution.

²¹ JEAN FONJALLAZ, Garantie pour le justiciable d'un tribunal indépendant et impartial et contrôle de l'activité des tribunaux par la haute surveillance exercée par le pouvoir législatif, une coexistence difficile, in PJA 2011 p. 49, p. 50-51.

²² À Genève, l'adoption de la loi du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA/GE; RS/GE E 5 10) puis de la vaste réforme de la juridiction administrative (loi n° 7704 du 11 juin 1999, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2000) ont marqué cette évolution, voyant l'institution d'une clause générale de compétence en faveur du Tribunal administratif (avec énumération négative), sous l'influence de l'art. 98a aOJ. Voir à ce sujet THIERRY TANQUEREL, Les principes généraux de la réforme de la juridiction administrative genevoise, RDAF 2000 I 475 ss (sp. p. 477). Plus tard, la loi n° 10253 du 18 septembre 2008 marquera l'abandon définitif des exceptions à l'accès au juge cantonal.

²³ Cette «explosion» a aussi eu des conséquences bienvenues sur les garanties essentielles de procédure, notamment dans le domaine du droit à la réplique. Voir à ce sujet la contribution dans cet ouvrage de STÉPHANE GRODECKI, Le droit à la réplique: un formalisme sans limites, *passim*.

²⁴ Loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110).

²⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101).

²⁶ Loi genevoise du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA/GE; RS/GE E 5 10).

B. LES ÉTAPES DE L'AVANCÉE DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

I. L'ADOPTION DE L'ART. 98A AOJ

Le contexte décrit ci-dessus a amené le Conseil fédéral à constater des lacunes dans l'organisation judiciaire des cantons dans la matière administrative²⁷ et cette situation avait pour conséquence de surcharger le Tribunal fédéral puisque, selon les cas, le justiciable pouvait le saisir directement contre des prononcés cantonaux de première instance.

En 1991, le législateur fédéral a ainsi adopté l'art. 98 aOJ pour remédier à cette situation, mais également – surtout – pour des « motifs relevant de l'État de droit »²⁸. Selon cette disposition, les cantons devaient instituer des autorités judiciaires de dernière instance cantonale²⁹, dans la mesure où leurs décisions pouvaient directement faire l'objet d'un recours de droit administratif au Tribunal fédéral ; concrètement, cela signifiait que toute décision prise en application du droit administratif fédéral devait pouvoir être déférée devant une autorité judiciaire cantonale avant le Tribunal fédéral³⁰.

Cela étant, le parlement a accordé un délai de cinq ans aux cantons pour se conformer à ces exigences³¹, délai que le législateur genevois n'a pas

²⁷ FF 1991 II 461, p. 478 : « En effet, il n'existe pas encore partout d'autorités judiciaires en matière administrative à l'échelon cantonal. Dans de tels cas, le Tribunal fédéral est l'unique autorité judiciaire à laquelle on peut en appeler, et ce par la voie du recours de droit public ».

²⁸ FF 1991 II 461, p. 476 : « Le développement obligatoire des autorités judiciaires cantonales inférieures aux Tribunaux fédéraux en matière administrative se justifiant essentiellement pour des motifs relevant de l'État de droit, il est admissible du point de vue du droit constitutionnel. »

²⁹ ATF 125 V 135 consid. 3 p. 139 ; 123 II 231 consid. 7 p. 237.

³⁰ À titre exemplatif de la distinction à opérer, on peut rappeler à l'époque l'embranchement singulier de l'art. 34 al. 1 aLAT au sujet de la voie de droit à suivre, selon que l'on se trouvait en zone constructible (droit cantonal, et donc recours de droit public) ou non (droit fédéral, et donc recours de droit administratif), voir par exemple l'arrêt 1P.110/2001 du 3 avril 2001, consid 3.

³¹ Selon les dispositions finales de la nouvelle du 4 octobre 1991 (ch. 1 al. 1), il appartenait aux cantons d'édicter, jusqu'au 15 février 1997, les règles d'exécution relatives à la compétence, à l'organisation et à la procédure des dernières instances cantonales au sens de l'art. 98a aOJ. Voir aussi ANDREAS KLEY-STRULLER, *Anforderungen des Bundesrechts an die Verwaltungsrechtspflege der Kantone bei der Anwendung von Bundesverwaltungsrecht*, AJP/PJA 1995 p. 154.

vraiment respecté³². C'est ainsi que le Tribunal administratif genevois a dû reconnaître sa compétence à plusieurs reprises directement sur la base de l'art. 98a aOJ, par exemple dans le domaine des marchés publics³³ ou encore de la réglementation locale du trafic³⁴.

Cette importante réforme, qui a eu pour effet de combler les lacunes précitées, s'inscrivait dans la volonté du législateur, depuis lors sans cesse renouvelée³⁵, d'améliorer l'effectivité du contrôle judiciaire cantonal en matière administrative afin de décharger le Tribunal fédéral, qu'il voit bien plus comme une véritable Cour suprême qu'un simple échelon supplémentaire de recours au niveau fédéral³⁶.

Bien que contestée dans sa légitimité, même constitutionnelle³⁷, cette nouvelle a permis de marquer une première étape dans le développement de la juridiction administrative moderne, en particulier au niveau des cantons.

II. L'INFLUENCE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Parallèlement aux démarches du législateur évoquées ci-dessus au pt. I., le Tribunal fédéral a eu l'occasion, à partir de la ratification de la CEDH par la Suisse³⁸ mais surtout dès le milieu des années 1980³⁹, de

³² THIERRY TANQUEREL, *op. cit.* (note 22), p. 477.

³³ ATA/647/2004 du 24 août 2004 consid. 5 ss, sur la base de l'art. 9 al. 2 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02).

³⁴ ATA/865/2005 du 20 décembre 2005, consid. 7.

³⁵ STÉPHANE GRODECKI/ROMAIN JORDAN, Questions choisies de procédure administrative genevoise, SJ 2014 II 437, p. 461.

³⁶ FF 1991 II 461, p. 548.

³⁷ FF 1991 II 461, p. 480.

³⁸ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101), laquelle a été ratifiée par la Suisse le 28 novembre 1974 (FF 1974 I 1020), avec notamment une réserve interprétative visant l'art. 6 § 1 CEDH, mais invalidée par la CEDH dans l'arrêt *Belilos c. Suisse* du 29 avril 1988 (elle avait auparavant été reconnue comme valable par le Tribunal fédéral, cf. ATF 107 Ia 167).

³⁹ MICHEL HOTTELIER, La réception de la CEDH dans les cantons, in: La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons, Journée BENEFRi de droit européen de l'Institut de droit européen, Genève/Zurich/Bâle 2014, p. 46 ss; ARTHUR HAEFLIGER/FRANK SCHÜRMMANN, *Die EMRK und die Schweiz*, 2^e éd., Berne 1999, p. 437 ss.

développer les exigences procédurales découlant de l'art. 6 CEDH⁴⁰, notamment en termes d'accès à la justice administrative⁴¹, et d'y confronter les cantons.

Il a ainsi jugé que l'art. 6 § 1 CEDH visait aussi les actes administratifs adoptés par une autorité dans l'exercice de la puissance publique, pour autant que cet acte ait un effet déterminant sur des droits et obligations de caractère privé⁴², ce qui recouvrait notamment l'expropriation, l'aménagement du territoire et le droit de la construction, les assurances sociales, ou encore le droit disciplinaire. Cela impliquait qu'un tribunal impartial et indépendant disposant d'un pouvoir d'examen non limité en fait et en droit puisse examiner toute contestation entrant dans le champ d'application de l'art. 6 § 1 CEDH⁴³, ce qu'un gouvernement cantonal n'était précisément pas⁴⁴.

Subséquentement, des juridictions cantonales ont dû entrer en matière sur des recours *contra legem*⁴⁵. Tel fut en particulier le cas pour le contrôle judiciaire d'un ordre d'autopsie à Genève en juin 2001, lorsque le Tribunal fédéral ordonna au Tribunal administratif d'envisager de se saisir directement de la contestation, quand bien même le droit cantonal lui en faisait interdiction, « par application directe de l'art. 6 par. 1 CEDH »⁴⁶, ce qui provoqua « la création d'une voie de droit » cantonale⁴⁷, en l'occurrence devant la Chambre d'accusation. Dans le domaine de la fonction publique par ailleurs, la CEDH a jugé⁴⁸ qu'il fallait partir du principe que l'art. 6 § 1 CEDH s'appliquait dans les contestations relatives aux employés publics, prescrivant que pour

⁴⁰ ATF 101 Ia 67, consid. 2c. À noter que l'art. 14 du Pacte ONU II reprend les mêmes exigences et aboutit au même résultat, cf. notamment ATF 139 I 129 consid. 3.3 p. 133.

⁴¹ ATF 108 Ia 313; ATF 111 Ib 231; ATF 114 Ia 14; ATF 115 Ia 66.

⁴² ATF 119 Ia 88; ATF 125 I 209 consid. 7a p. 215-21; ATF 127 I 115.

⁴³ ATF 126 I 144 consid. 3c p. 152 et les arrêts cités.

⁴⁴ ATF 119 Ia 321 consid. 6 p. 330; ATF 117 Ia 385 consid. 5c, 527 consid. 3c et les arrêts cités.

⁴⁵ ATF 127 I 115 consid. 8a p. 127.

⁴⁶ ATF 127 I 115 consid. 7b p. 125.

⁴⁷ ATA/678/2001 du 30 octobre 2001, consid. 2.

⁴⁸ Arrêt de la CEDH Vilho Eskelinen et autres contre Finlande du 19 avril 2007, § 62.

que ces litiges soient soustraits à la protection offerte par cette norme, deux conditions devaient être exceptionnellement remplies⁴⁹. Cette approche a aussi provoqué à l'époque l'ouverture d'une voie de droit étendue dans le domaine de l'évaluation salariale des fonctionnaires genevois⁵⁰.

Il suit de là que le législateur fédéral et le Tribunal fédéral, sous l'influence de la CEDH, ont participé, ensemble, à la construction du socle de valeurs juridiques mais aussi sociopolitiques qui allait conduire le constituant à franchir le dernier pas – à ce jour – de cette évolution : la consécration du droit fondamental à l'accès au juge (art. 29a Cst.).

III. LA RÉFORME DE LA JUSTICE

Si le constituant a approuvé la «réforme de la justice» en date du 12 mars 2000, l'art. 29a Cst., qui garantit un droit généralisé au juge, n'est en vigueur que depuis le 1^{er} janvier 2007. La mise en vigueur de la réforme de la justice avait pour but de permettre de généraliser la garantie de l'accès au juge sur le plan légal⁵¹. De fait, et ainsi qu'on l'a vu, au début du siècle, des lacunes persistaient encore dans la protection juridictionnelle (mise en œuvre du droit d'accès au juge dans les cantons, droit de recours des autorités, droits politiques de la Confédération, etc.)⁵². Il n'existait pas d'accès à un tribunal indépendant en particulier dans les domaines du droit administratif fédéral, où le Conseil fédéral ou un département tranchaient définitivement. Les

⁴⁹ En premier lieu, le droit interne de l'État concerné doit avoir expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question. En second lieu, cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'État. Le simple fait que l'intéressé relève d'un secteur ou d'un service qui participe à l'exercice de la puissance publique n'est pas en soi déterminant (arrêt 8C_453/2009 du 7 avril 2010 consid. 2, publié in : SJ 2010 I p. 536).

⁵⁰ ATA/97/2011 du 15 février 2011, consid. 2.

⁵¹ FF 2001 4000, p. 4014.

⁵² FF 2001 4000, p. 4014. Il demeure toutefois des résistances. À l'ATF 137 I 128 ss par exemple, le Tribunal fédéral a jugé que le défaut de voie de recours judiciaire contre la décision de l'administration refusant d'ouvrir une procédure en autorisation de séjour en application de l'art. 14 al. 4 LAsi contrevenait à la garantie constitutionnelle offerte par l'art. 29a Cst., ce qu'il ne pouvait toutefois que constater en application de l'art. 190 Cst. (consid. 4.3).

actes administratifs des cantons pouvaient faire l'objet d'un recours de droit public devant le Tribunal fédéral, mais cette voie de droit ne permettait pas un contrôle complet des faits et du droit et ne satisfaisait donc pas aux exigences constitutionnelles de la garantie de l'accès au juge⁵³.

Selon l'art. 29a Cst., toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire⁵⁴. Cette disposition va plus loin que l'art. 6 § 1 CEDH⁵⁵, en tant qu'elle protège aussi bien les personnes physiques que morales, et couvre toute contestation judiciaire sous la seule et restrictive réserve des exceptions envisagées par la Confédération et les cantons qui peuvent, «par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels». 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 ordonnance. La garantie ne s'oppose pas aux conditions de recevabilité habituelles du recours ou de l'action⁵⁶.

L'art. 29a Cst. exclut donc la reconnaissance d'un droit général et absolu à la protection juridictionnelle, de même qu'une délimitation des exceptions par le Tribunal fédéral lui-même⁵⁷. Les cas exceptionnels visés concernent les décisions difficilement «justiciables», par exemple des actes gouvernementaux qui soulèvent essentiellement des questions politiques, lesquelles ne se prêtent pas au contrôle du juge⁵⁸. Au regard des art. 29a et 189 al. 4 Cst., on doit déduire qu'il appartient au législateur fédéral, respectivement cantonal, d'examiner et de décider dans

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ Le grief de violation de l'art. 29a Cst. revient à invoquer devant le Tribunal fédéral la violation d'un droit de partie équivalent à un déni de justice formel indépendant du fond (ATF 135 I 6 consid. 2.1 p. 9), ce qui n'est pas sans conséquence en termes d'effectivité de la protection juridique.

⁵⁵ À noter que l'art. 13 CEDH, qui impose une voie de recours effective pour toute violation de la CEDH, n'offre pas de garantie supplémentaire d'accès au juge (ATF 137 I 128 consid. 4 p. 133 s. en relation avec l'arrêt 8C_866/2009 du 27 avril 2010 consid. 5 et les références citées).

⁵⁶ ATF 136 I 323, consid. 4.3 p. 329.

⁵⁷ ATF 130 I 388 consid. 4 p. 393.

⁵⁸ FF 1997 I 1, p. 531.

quelle situation il entend soumettre les actes du gouvernement au contrôle du juge⁵⁹.

Au sens de l'art. 86 al. 3 LTF, le caractère politique prépondérant de la décision doit toutefois s'imposer de manière indubitable et reléguer à l'arrière-plan les éventuels intérêts juridiquement protégés en jeu⁶⁰. La jurisprudence a ainsi eu notamment l'occasion de préciser que l'allocation d'un montant sur la base de la péréquation cantonale, l'octroi d'une concession hydraulique ou la décision par laquelle le Conseil d'État statue sur l'exonération d'une fondation des droits de succession ne présentent pas un caractère politique prépondérant. En revanche, tel est le cas de l'adoption d'un plan directeur cantonal, de la décision d'une autorité politique relative à l'autorisation d'ouvrir une enquête pénale à l'encontre d'un juge cantonal⁶¹ ainsi que d'une décision du gouvernement cantonal quant à la planification scolaire⁶².

La volonté d'installer le Tribunal fédéral comme une véritable Cour suprême a également sensiblement marqué la réforme de l'organisation judiciaire fédérale votée parallèlement par le parlement le 17 juin 2005 (cf. art. 1 al. 1 LTF), puisque cette dernière avait entre autres buts de mettre en œuvre les garanties découlant du droit à l'accès au juge prévu à l'art. 29a Cst.

Il en a découlé un devoir désormais juridiquement universel⁶³ des juridictions administratives cantonales de se saisir des litiges de droit public

⁵⁹ ATF 134 V 443, consid. 3 p. 446. Un exemple récent, concernant Genève, a porté sur la décision refusant de lever l'immunité d'un ancien procureur : arrêt 1D_5/2014 du 10 décembre 2014, en lien avec l'art. 2 let. r de la loi du 13 septembre 1985 portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève (LRGC ; RS/GE B 1 01). Le Tribunal fédéral, tout en prenant acte du caractère politiquement prépondérant du litige (art. 86 al. 3 LTF), a accepté de s'en saisir par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, mais sous l'angle uniquement des garanties de procédure, singulièrement du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.).

⁶⁰ ATF 136 II 436, consid. 1 p. 438 ss.

⁶¹ ATF 135 I 113 consid. 1 p. 115 ss.

⁶² Arrêt 2C_761/2012 du 12 avril 2013, consid. 3.2, résumé in RDAF 2014 I 338.

⁶³ C'est-à-dire que la contestation relève du droit fédéral ou cantonal, et plus dans la seule première hypothèse au sens où l'entendait l'art. 98a aOJ.

en tant que juge précédent⁶⁴. À cette occasion, le législateur a en effet franchi un nouveau pas, en prescrivant à l'art. 86 al. 2 LTF l'obligation pour les cantons d'instituer en matière de droit public des tribunaux supérieurs statuant comme autorités 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 fédéral –, ceux-ci devant examiner librement les faits et appliquer d'office le droit déterminant (art. 110 LTF). Par tribunal supérieur, la jurisprudence entend une autorité judiciaire cantonale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours ordinaire sur le plan cantonal et ce dans tous les domaines ressortant de sa compétence⁶⁵. Le parlement a imparti un délai aux cantons de deux ans pour édicter les dispositions d'exécution y relatives, soit au 1^{er} janvier 2009 (art. 130 al. 3 LTF).

Dans le délai, le canton de Genève s'est conformé à ces nouvelles exigences⁶⁶, supprimant toutes ses commissions de recours disparates, qui étaient pour partie nommées par le gouvernement, et les regroupant dans une commission cantonale de recours en matière administrative (laquelle deviendra ensuite le Tribunal administratif de première instance au 1^{er} janvier 2011) assumant notamment la fonction de juridiction filtre pour les contentieux de masse (circulation routière, droit des étrangers, etc.). Quant au Tribunal administratif, après la suppression des exceptions limitant encore ses compétences, il a disparu au 1^{er} janvier 2011 au profit d'une intégration à la Cour de justice, devenant la chambre administrative de cette dernière juridiction⁶⁷.

⁶⁴ FF 2001 4000, p. 4007: «Au niveau cantonal, il est prévu de renforcer les instances judiciaires cantonales qui précèdent le Tribunal fédéral. Dorénavant, les cantons devront étendre la compétence de leurs instances juridictionnelles administratives au droit administratif cantonal.»

⁶⁵ Arrêts 2C_755/2010 du 10 décembre 2010 consid. 1.2.2 et 2C_557/2009 du 26 avril 2010 consid. 3.

⁶⁶ Loi n° 10253 du 18 septembre 2008, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 (création d'une commission cantonale de recours en matière administrative et suppression des exceptions à l'accès au Tribunal administratif).

⁶⁷ Loi n° 10462 sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ; RS/GE E 2 05), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (refonte complète de l'organisation judiciaire genevoise).

Cette dernière étape constitue en soi une véritable révolution, en tant qu'elle a définitivement inversé le paradigme: la règle est dorénavant l'ouverture de la voie de recours et de la protection juridictionnelle, leur absence en étant devenue la rare exception. Et même dans cette dernière hypothèse, le Tribunal fédéral semble accepter de revoir le respect des garanties de procédure, notamment du droit constitutionnel d'être entendu, si l'administré est touché par le prononcé litigieux⁶⁸, ce dont on ne peut que se réjouir⁶⁹.

IV. LE CONTRÔLE DES ACTES MATÉRIELS DE L'ADMINISTRATION

La garantie de l'accès au juge s'étend également à certains actes matériels de l'administration⁷⁰, ce que la pratique et la jurisprudence genevoises sont progressivement en train d'intégrer, contrairement au législateur – ici indéniablement précurseur –, même s'il est vrai qu'un flou certain demeure dans la définition légale des actes informels de l'administration⁷¹. On parle généralement d'acte matériel «au sens propre»⁷² lorsqu'une autorité observe un comportement déterminé qui n'est pas constitutif de décision, mais dont le particulier prétend qu'il porte atteinte à ses droits, notamment fondamentaux⁷³. Comme le résumait Moor/Poltier, il s'agit 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; l'objet de la décision est précisément de constater si la norme invoquée a quelque chose à dire sur la légalité de la constitutionnalité de l'acte⁷⁴.

Selon l'art. 4A LPA/GE, qui a la même teneur que l'art. 25A PA, toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité

⁶⁸ Arrêt 1D_5/2014 précité (note 59), consid. 1.2.3.

⁶⁹ Les garanties de procédure peuvent précisément servir à compenser une règle normativement peu dense ou précise (ATF 132 I 49 consid. 6.2 p. 58 ss; 128 I 327 consid. 4.2 p. 339 ss; 109 Ia 273 consid. 4d p. 284), ou encore, comme en l'espèce, une absence de contrôle juridictionnel fondé sur l'at. 86 al. 3 LTF.

⁷⁰ ATF 136 I 323, consid. 4.3 p. 329.

⁷¹ VALÉRIE DEFAGO GAUDIN, La nature juridique des recommandations émises par la FINMA, in Lettre du Conseil de l'Ordre n° 60 (mars 2015), p. 23 ss, p. 25.

⁷² PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3^e éd., Berne 2011, p. 42.

⁷³ STÉPHANE GRODECKI/ROMAIN JORDAN, *op. cit.* (note 35), p. 441.

⁷⁴ PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *op. cit.* (note 72), p. 41.

compétente pour des actes fondés sur le droit fédéral, cantonal ou communal et touchant à des droits ou des obligations s'abstienne d'actes illicites, cesse de les accomplir, ou les révoque, cas échéant en élimine les conséquences ou encore en constate le caractère illicite.

Une personne physique ou morale peut se prévaloir de l'art. 4A LPA/GE, dès lors que l'une comme l'autre est titulaire des garanties fondamentales découlant de l'art. 29a Cst.

Selon une jurisprudence bien établie, l'intérêt digne de protection consiste dans l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant, en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. Il implique que le recourant soit touché de manière directe, concrète et dans une mesure et avec une intensité plus grandes que la généralité des administrés. 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 considération⁷⁵. Le recours d'un particulier formé dans l'intérêt général ou dans l'intérêt d'un tiers est exclu. Cette exigence a été posée de manière à empêcher l'action populaire⁷⁶.

Compte tenu de la nature particulière du contrôle judiciaire des actes matériels, le critère de l'intérêt digne de protection doit s'interpréter de manière stricte⁷⁷, ce qui revient concrètement à interdire le cas bagatelle comme l'action populaire. C'est au vu du contexte et de l'ensemble des circonstances que la gravité d'une atteinte doit s'apprécier dans un cas particulier; il peut ainsi s'imposer de ne pas considérer isolément un acte, mais de le replacer dans un cadre plus large, son intensité et sa gravité pouvant notamment tenir dans sa répétition⁷⁸.

⁷⁵ ATF 130 V 196 consid. 3 p. 202/203; ATF 128 V 34 consid. 1a p. 36 et les arrêts cités.

⁷⁶ ATF 131 II 649 consid. 3.1 p. 651 et les arrêts cités.

⁷⁷ LAURENT PFEIFFER, La qualité pour recourir en droit de l'aménagement du territoire et de l'environnement: étude de droit fédéral & vaudois, Genève, 2013, p. 33; MICHEL BEUSCH/ANDRÉ MOSER/LORENZ KNEUBÜHLER, Ausgewählte prozessrechtliche Fragen im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, in: ZBI 2008, p. 1 ss.

⁷⁸ ATF 133 I 49, consid. 3.2.

Par exemple, il a été jugé par le Tribunal fédéral que les riverains d'une centrale nucléaire, dans la mesure où ceux-ci se prévalent de normes visant à prévenir les dérangements consécutifs à l'utilisation de l'énergie nucléaire qui servent (aussi) à les protéger eux-mêmes, étaient légitimés à se prévaloir de l'art. 25a PA⁷⁹.

L'acte doit enfin émaner d'un agent de l'État, fût-ce par délégation (art. 35 al. 2 Cst.), qui se trouve dans l'exercice de ses fonctions basées sur le droit fédéral, cantonal ou communal. La notion d'illicéité n'est évidemment pas celle ressortissant à la responsabilité civile, mais recoupe toute violation éventuelle⁸⁰ de la loi⁸¹.

C'est certainement dans ce domaine que le droit à l'accès au juge dans les cantons a encore du chemin à parcourir, là où l'acte matériel est encore souvent perçu comme une fatalité ; charge aux praticiens de participer à cette mise en œuvre. Cette innovation a aussi pour effet de faire perdre à la délimitation de l'objet du recours son importance séculaire au profit de la qualité pour recourir, qui va devenir de plus en plus l'élément central sur lequel le contentieux administratif sera basé. Cette évolution fait aussi apparaître comme possible l'abandon, à moyen ou long terme, de la théorie de l'acte attaquant, au profit d'un contentieux axé sur une saisine directe du juge par voie d'action, à l'instar de ce que le droit administratif américain peut connaître⁸².

C. CONCLUSION

Arrivés au terme de ce bref exposé rétrospectif, on ne peut que constater le chemin parcouru par le contentieux administratif non seulement depuis 1914, mais surtout depuis le début de XXI^e siècle. D'abord, en termes d'effectivité du contrôle judiciaire, qui recoupe désormais tous les actes – juridiques ou matériels – de l'administration. Au regard de notre organisation judiciaire aussi, puisqu'après avoir dû assumer pendant longtemps la fonction de seule autorité de recours judiciaire, le

⁷⁹ ATF 140 II 315, consid. 4 p. 324 ss.

⁸⁰ Arrêt TAF A-5762/2012 du 7 février 2013, consid. 8.1.1.

⁸¹ PIERRE MOOR/ÉTIENNE POLTIER, *op. cit.* (note 72), p. 46 et les auteurs cités.

⁸² THIERRY TANQUEREL, *Les voies de droit des organisations écologiques en Suisse et aux États-Unis*, Bâle 1996, p. 38 ss.

Tribunal fédéral peut dorénavant en principe⁸³ se concentrer sur son rôle de juridiction suprême et d'uniformisation du droit fédéral, déchargé par des juridictions précédentes statuant avec un plein pouvoir d'examen en fait comme en droit.

Il faut en outre ne pas oublier la séparation des pouvoirs, dont le véritable enjeu réside dans la portée des voies de droit⁸⁴. Même si cette configuration n'est pas sans parfois provoquer des tensions⁸⁵, elle est sans aucun doute saine d'un point de vue institutionnel. D'un autre côté, il est aussi vrai qu'un contrôle judiciaire trop étendu conduirait le pouvoir exécutif à se décharger au profit des tribunaux de la responsabilité de la conduite des politiques publiques, contribuant à la «juridicisation» de celles-ci⁸⁶ et à une confusion dans le jeu de la séparation des pouvoirs⁸⁷. Charge à nos tribunaux de maintenir cet équilibre peut-être parfois fragile, mais assurément essentiel.

L'évolution ainsi décrite est le témoin d'un accomplissement majeur, chaque jour plus concret : la réalisation de l'État de droit.

⁸³ ALAIN WURZBURGER, in *Commentaire de la LTF*, 2^e éd., Berne 2014, n° 6 ad art. 86 LTF p. 983.

⁸⁴ THIERRY TANQUEREL, *op. cit.* (note 82), p. 218.

⁸⁵ Notamment entre le pouvoir judiciaire et les pouvoirs exécutif et législatif. Voir à ce sujet JEAN FONJALLAZ, *op. cit.* (note 21), p. 49 et 51.

⁸⁶ DIAN SCHEFOLD, *Le rôle des tribunaux administratifs dans la mise en œuvre des politiques publiques en République fédérale d'Allemagne*, Cahier de l'IDHEAP 1987, p. 5 et 17.

⁸⁷ ALEXANDRE FLÜCKIGER, *L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration*, Berne 1998, p. 14.