

**UNIVERSITE DE GENEVE**  
**Faculté de droit**

**DROIT ADMINISTRATIF**  
**Professeur Thierry Tanquerel**  
**Année académique 2006-2007**

**DB 6**

**Les principes constitutionnels régissant  
le droit administratif**



## Table des matières

<b>I</b>	<b>Le principe de la légalité</b>	<b>5</b>
1.	<i>Généralités</i>	5
A.	La définition du principe de la légalité	5
B.	La fonction du principe de la légalité	5
C.	La nature juridique du principe de la légalité	6
D.	La portée du principe de la légalité pour l'administration	7
a.	La validité générale du principe	7
b.	Les cas particuliers	8
aa.	L'usage accru du domaine public	8
bb.	La clause générale de police	8
cc.	L'activité de gestion de l'administration	9
2.	<i>La primauté de la loi</i>	9
A.	L'obligation de respecter la loi	9
B.	La hiérarchie des normes	10
3.	<i>L'exigence de la base légale</i>	11
A.	La qualité de la base légale	11
a.	En général	11
b.	En matière de restrictions aux droits fondamentaux	12
c.	En matière fiscale	12
d.	En administration de prestation	13
e.	En cas de rapport de droit spécial	13
B.	La question de la délégation	14
a.	La délégation législative à l'Exécutif	14
b.	La sous-délégation	16
4.	<i>Administration libre et administration liée</i>	16
A.	Les données du problème	16
B.	La latitude de jugement de l'administration	17
C.	La liberté d'appréciation de l'administration	18
a.	La notion	18
b.	L'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation	18
aa.	L'excès positif	18
bb.	L'excès négatif	19
cc.	L'abus	19
c.	Le contrôle de l'usage de la liberté d'appréciation	19

<b>II</b>	<b>L'intérêt public</b>	<b>20</b>
1.	<i>La notion</i>	20
A.	L'ordre public	20
B.	Les autres intérêts publics	21
2.	<i>La nature juridique</i>	22
3.	<i>L'application du principe de l'intérêt public</i>	
	23	
A.	En cas de restriction aux droits fondamentaux	23
B.	Pour l'ensemble de l'activité administrative	23
C.	La pesée des intérêts	24
<b>III</b>	<b>La proportionnalité</b>	<b>25</b>
1.	<i>La notion</i>	25
2.	<i>La nature juridique</i>	25
3.	<i>Les composantes du principe de proportionnalité</i>	25
A.	L'aptitude	25
B.	La nécessité	26
C.	La proportionnalité au sens étroit	26
4.	<i>L'application du principe de proportionnalité</i>	27
5.	<i>Le principe du perturbateur</i>	27
<b>IV</b>	<b>La bonne foi</b>	<b>28</b>
1.	<i>Notion et nature juridique</i>	28
2.	<i>L'application du principe de la bonne foi</i>	28
A.	Le principe de la confiance	28
B.	Les renseignements erronés de l'administration	30
C.	Les comportements contradictoires	31
D.	L'abus de droit	32
<b>V</b>	<b>L'égalité de traitement</b>	<b>32</b>
1.	<i>Notion et nature juridique</i>	32
2.	<i>L'égalité dans l'illégalité</i>	33
3.	<i>Les changements de pratique</i>	
	34	
<b>VI</b>	<b>L'interdiction de l'arbitraire</b>	<b>34</b>
1.	<i>Notion et nature juridique</i>	34
2.	<i>Le contrôle judiciaire du principe</i>	35

## **I Le principe de la légalité**

### **1. Généralités**

#### **A. La définition du principe de la légalité**

1. Le principe de la légalité exige que l'administration n'agisse que dans le cadre fixé par la loi. Cette exigence se traduit de deux manières. D'une part, l'administration doit respecter, dans toutes ses activités, l'ensemble des prescriptions légales qui la régissent, ainsi que la hiérarchie de ces prescriptions: c'est le principe de la primauté – ou, selon une terminologie plus traditionnelle, de la suprématie – de la loi. D'autre part, l'administration ne peut agir que si la loi le lui permet; en d'autres termes, toute action de l'administration doit avoir un fondement dans une loi: c'est le principe de l'exigence de la base légale.

2. Par loi, on entend ici la loi matérielle, telle qu'elle ressort des différentes sources du droit administratif (DB 2, nos 4 ss). La définition du principe de la légalité implique donc une distinction entre la règle de droit, générale et abstraite, et l'acte d'application de cette norme, notamment la décision administrative individuelle et concrète. On ne reviendra pas ici sur les critères et l'utilité de cette distinction, qui ont été exposés de façon complète dans le cours de droit constitutionnel, ainsi que lors de l'étude de la décision (DB 4).

#### **B. La fonction du principe de la légalité**

3. Le principe de la légalité assure la sécurité du droit: dès lors que l'administration doit s'en tenir aux prescriptions légales et n'agir que lorsque la loi le lui permet, dès lors aussi que les droits et obligations des administrés doivent figurer dans des règles générales et abstraites écrites et publiées, les particuliers peuvent prévoir l'activité de l'administration et adapter leur comportement en conséquence.

4. L'obligation de régler l'activité de l'administration selon des normes générales et abstraites sert également l'égalité de traitement: dans des situations identiques, définies abstraitement dans la norme, l'administration devra agir de manière identique et les mêmes conséquences juridiques devront intervenir. Si l'administration pouvait agir à sa guise, dans chaque cas d'espèce, le risque de traitement inégal, voire d'arbitraire, serait incomparablement plus grand.

5. On peut également souligner que le principe de la légalité joue un rôle particulier dans la protection des droits fondamentaux, puisqu'une restriction à ceux-ci n'est valable que si elle repose sur une base légale, laquelle devra être d'autant plus claire et précise que la restriction est grave. Cet aspect du principe de

la légalité, affirmé par une jurisprudence constante (ATF 130 I 16, 18, X.; 126 I 112, 116, S.; 123 I 112, 124, *Himmelberger*; 118 Ia 305, 310, X.), peut être maintenant déduit de l'art. 36 al. 1 Cst.

6. Lorsqu'il exige que certaines règles soient inscrites dans une loi formelle, comme dans le cas des restrictions graves aux droits fondamentaux, le principe de la légalité remplit une fonction de légitimation démocratique, en garantissant la participation à la formation de la norme de la représentation populaire parlementaire, voire du corps électoral lui-même, tacitement ou expressément, dans les cas où le référendum est possible. Dans cette fonction, le principe de la légalité est intimement lié à celui de la séparation des pouvoirs, en ce sens qu'il poursuit l'objectif démocratique d'assurer le respect des compétences constitutionnelles (ATF 130 I 1, 5, *D. und B.X.*; 128 I 113, 120, *Verein des Bündner Staatspersonals*; 123 I 1, 3, X.).

### C. La nature juridique du principe de la légalité

7. Le principe de la légalité est un principe constitutionnel dont le respect peut être vérifié pour lui-même dans le cadre des voies de droit administratives ordinaires, le recours pouvant alors être formé «pour violation du droit» (art. 104 let. a OJ, 49 let. a PA, 61 al. 1 let. a LPA et désormais art. 95 let. a et b LTF). Cela vaut ainsi notamment pour les recours administratif cantonaux, pour le recours au Tribunal administratif fédéral et pour le recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral.

8. En revanche, le principe de la légalité ne constituait pas un droit constitutionnel indépendant qui pouvait être invoqué seul dans un recours de droit public pour violation des droits constitutionnels au sens de l'art. 84 al. 1 let. a OJ (ATF 123 I 1, 4, X.; 121 I 22, 25 *Anouk Hasler*), sauf en matière fiscale (ATF 132 I 159, X.; 128 II 112, 117, *Grande Dixence SA*; 126 I 180, 182, X.; 124 I 216, 218, *Fristtschi*; 120 Ia 265, 266, *Steinemann*). En dehors de ce dernier cas, la violation du principe de la légalité pouvait être invoquée dans un recours de droit public en relation avec la violation du principe de la séparation des pouvoirs (ATF 128 I 113, 121, *Verein des Bündner Staats-personnals*), d'un droit fondamental, de l'égalité de traitement ou de l'interdiction de l'arbitraire (ATF 123 I 1, 4, X. et les références citées). Par ailleurs, le principe de la primauté du droit fédéral, qui représente un aspect de la hiérarchie des normes (*infra* nos 17 ss), confère quant à lui un droit constitutionnel aux particuliers qui pouvaient l'invoquer dans un recours de droit public s'ils étaient atteints dans leurs intérêts juridiquement protégés (RDAF 2006 II 213, 215, TF 31.10.2005; ATF 126 I 81, 91, P.). Ce qui vient d'être dit à propos de la possibilité d'invoquer le principe de la légalité dans un recours de droit public peut être transposé au nouveau recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF).

9. Le principe de la légalité a longtemps constitué un principe non écrit de la constitution fédérale pouvant être déduit de la nature même d'un état de droit démocratique. Le Tribunal fédéral l'a parfois rattaché à l'art. 4 aCst. (ATF 122 I 61, 63, *C. SA*). Il est aujourd'hui consacré par l'art. 5 al. 1 Cst. comme principe général de l'activité de l'Etat, par l'art. 36 al. 1 Cst. en tant que condition des restrictions des droits fondamentaux et par l'art. 127 al. 1 Cst. en matière fiscale. Certaines constitutions cantonales le mentionnent aussi expressément (p. ex. art. 66 al. 2 Cst./BE).

D. La portée du principe de la légalité pour l'administration

a. *La validité générale du principe*

10. Depuis le célèbre arrêt *Wäffler* (ATF 103 Ia 369, 380 ss), il est admis que le principe de la légalité ne vaut pas seulement pour l'administration restrictive, mais qu'il régit aussi l'administration de prestation. On peut cependant remarquer que l'arrêt précité, de même que plusieurs de ceux qui l'ont confirmé (ATF 103 Ia 394, 402, *Beeli*; 112 Ia 251, 254, *Frau K.-S.*; 121 I 22, 25 ss, *Anouk Hasler*; 123 I 1, 4, *X.*; 125 I 173, 176, *H.*; 130 I 1, 5, *D. et B. X.*), se rapportaient à la limitation de prestations étatiques (*numerus clausus*, limitation d'avances de contributions d'entretien, réduction de salaire, diminution de prestations sociales). Cela étant, le Tribunal fédéral a aussi affirmé l'applicabilité du principe de la légalité en matière d'organisation étatique (ATF 104 Ia 440, 444 ss, *Gabathuler*, création d'une corporation de droit public), d'investissement de fonds publics dans une campagne de votation (ATF 114 Ia 427, 444, *Aebi*) et de subventions (ATF 116 Ib 309, 313, *Schweizer Heimatschutz*; voir aussi les art. 5 et 36 al. 1 LGAF/GE, qui prévoient l'exigence d'une base légale pour les dépenses, les contributions publiques et les subventions). Sur ce dernier point, la jurisprudence a distingué les prestations régulières et renouvelables, notamment les prestations sociales et certaines subventions, pour lesquelles une norme spéciale décrivant de façon détaillée les conditions et le but de la dépense était en principe nécessaire, et les contributions uniques ne soulevant aucun problème particulier sous l'angle de l'égalité de traitement ou de la prévisibilité, pour lesquelles les dispositions générales de la loi ou de la constitution relatives aux dépenses publiques et aux buts de celles-ci peuvent constituer une base légale suffisante (ATF 118 Ia 46, 61/62, *Verein Scientology Kirche Zürich*). La pratique apparaît plus souple: on songera notamment au subventionnement de la culture (le Conseil fédéral a ainsi considéré que des directives du Département fédéral de l'intérieur constituaient un fondement suffisant pour l'octroi de subventions à des organisations culturelles, JAAC 2000/64 nos 76 et 77). Au demeurant, l'octroi discrétionnaire de subventions ne donnera que rarement lieu à une décision susceptible de recours de la part d'un tiers; le contrôle juridictionnel de la légalité de ces subventions est dès lors très limité.

b. *Les cas particuliers*

aa. L'usage accru du domaine public

11. La jurisprudence admet que l'usage accru du domaine public peut être soumis à autorisation ou, le cas échéant, à concession, même sans base légale particulière. Si le Tribunal fédéral estime aujourd'hui souhaitable que des normes sur les conditions régissant l'autorisation de faire un usage accru du domaine public soient édictées (ATF 119 Ia 445, 449, *Circus Gasser Olympia AG*), il ne considère pas que l'absence de telles normes rend inconstitutionnel un refus d'autorisation (ATF 121 I 279, 283, *Circus Gasser Olympia AG*).

bb. La clause générale de police

12. Nous avons déjà vu (DB 2, no 25) que l'Etat pouvait, même sans base légale, prendre des mesures pour écarter un danger grave, direct et imminent menaçant l'ordre public et impossible à écarter autrement (ATF 126 I 112, 118, *P.*; 121 I 22, 27/28, *Anouk Hasler*; 111 Ia 246, 247/248, *Parti socialiste vaudois*). Ces mesures peuvent consister, suivant les cas, dans des ordonnances de substitution indépendantes ou dans des décisions administratives. On peut penser que les conditions, notamment l'urgence, permettant de faire appel à la clause générale de police seront plus souvent réunies dans le second que dans le premier cas. Pour les mesures constituant une restriction des droits fondamentaux, l'art. 36 al. 1 *in fine* Cst. vise expressément la possibilité de déroger à l'exigence de la base légale dans les cas de danger sérieux, direct et imminent. En tout état de cause, le principe de proportionnalité doit être respecté et la clause de police ne peut être invoquée que dans de véritables cas d'urgence imprévisibles. On ne saurait y faire appel lorsque survient une situation dangereuse reconnaissable, pour laquelle le législateur n'a, en connaissance de cause, pas jugé bon d'agir (ATF 126 I 112, 118, *P.*).

Un patient d'une clinique psychiatrique bernoise avait fait l'objet d'une privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397a ss CC), s'était enfui de la clinique, y était retourné volontairement quelques jours plus tard et avait alors fait l'objet de mesures de médication forcée et d'isolement. Sur recours, le Tribunal administratif cantonal avait jugé qu'une partie de ces mesures étaient inconstitutionnelles pour défaut de base légale. En revanche, celles qui avaient été prises pendant les deux premiers jours ayant suivi son retour en clinique pouvaient se fonder sur la clause générale de police. Le Tribunal fédéral a confirmé cet arrêt. La médication obligatoire et l'isolement de patients d'une clinique psychiatrique sont des atteintes graves à la liberté personnelle. Elles doivent se fonder sur une disposition claire et précise dans une loi formelle, laquelle fait défaut en droit bernois. Exceptionnellement, la clause générale de police peut remplacer la base légale pour des mesures d'urgence, qui doivent notamment respecter le principe de proportionnalité. Tel était le cas en l'espèce, vu l'état de psychose aiguë du patient, dans l'intérêt de la protection des tiers. (ATF 126 I 112, *P.*, résumé in RDAF 2001 I 536 ss).



cc. L'activité de gestion de l'administration

13. On admet, d'une façon générale, que l'administration n'a pas besoin de base légale particulière pour gérer son patrimoine financier, pour se procurer et maintenir les moyens matériels d'exercer ses tâches (achat de matériel de bureau, entretien du patrimoine administratif, etc.) ou pour organiser son activité interne (ordonnances administratives et instructions de service individuelles) (voir JAAC 1996/60 no 1).

## 2. *La primauté de la loi*

### A. L'obligation de respecter la loi

14. Le principe de la légalité, sous son aspect de la primauté de la loi, signifie d'abord que l'administration doit respecter la loi, s'en tenir à ses prescriptions (Auer/Malinverni/Hottelier, n° 1767, parlent de primauté de la constitution, mais l'obligation de respecter la loi, qui découle certes de la constitution, vaut pour toute loi, au sens matériel, régulièrement adoptée). Cette obligation ne vaut que pour les règles auxquelles l'autorité est soumise dans l'ordre juridique considéré: on a vu que, dans un Etat fédéral, le droit des collectivités inférieures ne s'appliquait pas toujours intégralement aux autorités des collectivités supérieures (DB 2, no 95). Mais elle vaut aussi pour les règles dont l'autorité en cause est l'auteur. Une autorité ne saurait déroger, dans un cas d'espèce, aux règles qu'elle a elle-même posées, sans préalablement les modifier.

15. Il se peut aussi que l'application stricte du principe de la légalité se heurte à d'autres principes constitutionnels régissant le droit administratif, comme l'égalité de traitement et la bonne foi. A certaines conditions, qui seront examinées lors de l'étude de ces principes, il y aura lieu de s'écarter de la solution légale.

16. Il arrive aussi que la loi elle-même prévoie des soupapes de sécurité à l'application rigoureuse des règles qu'elle pose: autorisations dérogatoires, remises d'impôt ou d'autres contributions, non-application de normes dans l'attente de leur révision («effet anticipé» du nouveau droit). A vrai dire, lorsque ces possibilités résultent de la loi elle-même, leur utilisation n'est en aucune manière une entorse à la primauté de la loi, elle constitue simplement une application d'une de ses dispositions.

### B. La hiérarchie des normes

17. La hiérarchie des normes a déjà été examinée (DB 2, nos 51 ss). Il suffit d'indiquer ici que son fondement se trouve dans la primauté de la loi: chaque acte juridique, qu'il s'agisse d'un acte normatif ou d'un acte individuel, décision ou

action matérielle, doit être conforme à l'ordre juridique. Cela signifie qu'un acte individuel doit respecter la loi matérielle et qu'un acte normatif doit être conforme au droit supérieur.

18. Se pose alors la question du contrôle de la validité de la norme à appliquer. Ce contrôle peut être juridictionnel, par voie d'action ou d'exception. C'est l'objet de la juridiction constitutionnelle, qui a été étudiée dans le cours de droit constitutionnel en ce qui concerne les normes fédérales. Nous avons déjà rappelé les limites posées au contrôle de la constitutionnalité des normes, ou, plus exactement aux conséquences qui peuvent être tirées d'un tel contrôle, par l'art. 191 Cst. (art. 113 al. 3 et 114 bis al. 3 aCst.) (DB 2, nos 60/61).

19. Par ailleurs, le droit fédéral exige que les tribunaux cantonaux puissent vérifier la conformité des normes cantonales au droit fédéral, il n'impose toutefois pas un contrôle de la conformité des lois cantonales à la constitution cantonale (RDAF 1987 433, *Amoruso*). Quant au contrôle de la légalité des ordonnances cantonales par les tribunaux cantonaux, il est généralement admis (pour Genève, voir, par exemple, RDAF 1985 474, où le Tribunal administratif a déclaré dépourvu de base légale un règlement sur le statut des fonctionnaires).

20. La jurisprudence est hésitante s'agissant du contrôle de la validité des normes par les autorités administratives subordonnées à l'auteur de l'acte (ATF 104 Ia 79, 82 ss, *Kirchgemeinde Johannes Bern*). Si la norme est affectée d'un vice d'une gravité et d'une évidence telles qu'elle est nulle, il est normal que l'autorité administrative ne l'applique pas. Dans les autres cas, le contrôle préjudiciel de la validité de la norme peut remettre en cause la hiérarchie des autorités. On doit donc admettre que les autorités administratives ne peuvent refuser d'appliquer une norme qu'en cas de violation grossière de la loi (ATF 108 Ib 540, 548, *Denner AG*; 99 Ib 385, 388/389, *Terme di San Pellegrino*).

21. On soulignera encore, dans ce contexte, que le principe d'interprétation conforme permet, dans de nombreux cas, de résoudre le problème: il ne pourra être fait abstraction d'une norme que si elle ne peut recevoir aucune interprétation conforme au droit supérieur (DB 2, nos 71/72).

### 3. *L'exigence de la base légale*

#### A. La qualité de la base légale

##### a. *En général*

22. On l'a vu, l'exigence que l'action étatique soit prévue par une loi (matérielle) est générale; il se justifie donc de parler d'exigence de la base légale,

plutôt que de «réserve de la loi matérielle», qui laisse entendre qu'une base légale n'est nécessaire que lorsque une telle réserve entre en ligne de compte. Quant à la qualité de la base légale, elle se détermine, d'une part, par sa précision (ou, si l'on préfère, sa densité normative) et, d'autre part, par sa procédure d'adoption: dans certains cas, une loi formelle est exigée, dans d'autres, une loi matérielle suffit. A cet égard, il faut souligner que les ordonnances administratives ne peuvent en principe constituer une base légale, même matérielle, car elles ne sont pas des règles de droit (ATF 122 II 72, 76, *SBN*; voir toutefois le cas des subventions culturelles *supra* no 10 *in fine*), même si elle doivent, dans une certaine mesure, être considérées comme une source de droit (DB 2, nos 28 et 33).

23. L'exigence de précision de la norme, imposée par la sécurité du droit et l'égalité devant la loi, n'est pas absolue, car on ne saurait exiger du législateur qu'il renonce totalement à des notions générales comportant une part d'interprétation (ATF 127 V 431, 434, *Mineral und Heilbad X AG*). Le degré de précision exigible de la norme ne peut être fixé de façon abstraite. Il conviendra de tenir compte du cercle des destinataires de la norme, de la gravité des atteintes qu'elle autorise aux droits fondamentaux, du fait qu'elle comporte ou non la menace de sanctions en vue d'obtenir un certain comportement, du fait que de nombreuses décisions doivent être prises dans des situations analogues ou, au contraire, de la nécessité de traiter de façon adéquate et flexible des situations différenciées; plus le cercle des destinataires est large, plus les atteintes aux droits des particuliers sont importantes et plus les situations à régler sont semblables, plus l'exigence de densité normative est élevée (ATF 123 I 1, 5/6, *X.*; 123 I 112, 124, *Himmelberger*; voir aussi ATF 131 II 13, 29, *Swisscom Fixnet AG*). Le besoin de flexibilité et d'adaptabilité, notamment en ce qui concerne l'évolution technique ou économique, peut jouer dans l'autre sens (ATF 131 II 13, 29-30, *Swisscom Fixnet AG*). Cela étant, lorsqu'une diminution de la densité normative est admissible, elle doit alors être compensée par un renforcement des garanties de procédure, notamment en ce qui concerne le droit d'être entendu (ATF 127 V 431, 435, *Mineral und Heilbad X AG*).

24. La réserve de la loi formelle, à savoir l'exigence que le fondement d'une mesure étatique figure non seulement dans une règle générale et abstraite, mais en plus dans une loi formelle (sur cette notion, voir DB 2, nos 11 ss) se module également de façon nuancée. Le critère fondamental est l'importance de la règle (cf. art. 164 al. 1 Cst.; voir aussi, ATF 130 I 1, 6 ss, *D. et B.X.*, à propos d'une disposition analogue de la Cst./BL), ce qui renvoie finalement aux notions déjà évoquées à propos de la densité normative: gravité de l'atteinte aux droits des particuliers, cercle des personnes touchées. On peut y ajouter l'importance de l'engagement financier éventuel de l'Etat et on y oppose le besoin de flexibilité, notamment sur des questions techniques (cf. DB 9, no 6). Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a par exemple jugé que, en matière de télécommunications, la libéralisation du raccordement d'abonné exigeait, en application de l'art. 164 al. 1

Cst., une base légale formelle suffisante (ATF 131 II 13, 26 ss, *Swisscom Fixnet AG* ; voir aussi ATF 132, II 47, 51 ss, *TDC Switzerland AG*).

*b. En matière de restrictions aux droits fondamentaux*

25. Le critère est ici celui de la gravité de l'atteinte posée par la norme. Une atteinte grave exige en principe une base légale formelle (art. 36 al. 1, deuxième phrase, Cst.), claire et précise (ATF 130 I 16, 18, *X.* qui rappelle p. ex. que tel est le cas d'un traitement médicamenteux forcé; 126 I 112, 116, *P.*), alors que les atteintes plus légères peuvent, par le biais d'une délégation législative, figurer dans des actes de niveau inférieur à la loi, ou trouver leur fondement dans une clause générale (ATF 123 I 112, 124, *Himmelberger*; 122 I 360, 363/364, *B.*).

*c. En matière fiscale*

26. Le Tribunal fédéral a souligné la place particulière du principe de la légalité en matière fiscale, qui constitue dans ce domaine un droit constitutionnel indépendant et a reçu une consécration constitutionnelle expresse à l'art. 127 al. 1 Cst.:

«En matière de contributions publiques, le principe de la légalité est un droit constitutionnel indépendant dont la violation peut être directement invoquée dans un recours de droit public (cf. dans ce sens, en rapport avec l'art. 4 aCst, ATF 126 I 180 consid. 2 a/aa p. 182). Il est concrétisé par l'art. 127 al. 1 Cst., qui prévoit que la qualité de contribuable, l'objet de l'impôt et son mode de calcul sont définis par la loi. Cette disposition reprend la jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancienne Constitution fédérale et vaut aussi bien pour les impôts fédéraux que cantonaux (cf. Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1 ss, p. 351 s.)» (ATF 128 II 112, 117, *Grande Dixence SA*)

27. La perception de contributions publiques doit ainsi être prévue, quant à son principe, dans une loi au sens formel qui définit elle-même au moins le cercle des contribuables, l'objet et la base de calcul de cette contribution (ATF 132 II 371, 374, *X.*; 132 I 157, 159, *X.*; 130 I 113, 116, *A.* ; 129 I 346, 354, *Résid'EMS*; 126 I 180, 182/183, *X.*). Les conditions de perception de la contribution doivent être déterminées dans la règle de droit de façon assez précise pour que l'autorité d'application ne jouisse pas d'une marge de manœuvre exagérée et que les devoirs des contribuables soient suffisamment prévisibles (ATF 124 I 247, 249, *T.*). Cela étant, si les exigences susmentionnées sont appliquées strictement pour les impôts – contributions dites abstraites, qui n'engendrent pour le contribuable aucun droit à une contre-prestation spécifique – elles peuvent être quelque peu assouplies en ce qui concerne les contributions causales, c'est-à-dire, celles qui sont justifiées par une contre-prestation de l'Etat ou un avantage résultant d'une activité administrative. Dans ces cas, il peut suffire que la loi formelle détermine une limite maximale, le montant de la contribution étant au demeurant contrôlable en fonction de principes constitutionnels comme la couverture des coûts et

l'équivalence des prestations, qui peuvent remplir la fonction protectrice de la loi formelle (ATF 132 II 371, 374, X.; 130 I 113, 116, A.; 128 II 247, 251, *BKW FMB Energie AG*; 126 I 180, 183, X.). Ces principes ne sauraient toutefois remplacer complètement et entièrement l'exigence d'une base légale formelle (ATF 128 II 112, 117, *Grande Dixence SA*), le Tribunal fédéral soulignant que le principe de la légalité ne doit pas être vidé de sa substance ni appliqué avec une exagération telle qu'il entre en contradiction irréductible avec la réalité juridique et les exigences de la pratique (ATF 130 I 113, 116, A.; 129 I 346, 354, *Résid'EMS*). Pour les émoluments de chancellerie, qui sont une forme de contribution causale consistant en la perception d'une somme modique en contrepartie d'un travail administratif, une base légale formelle n'est pas nécessaire (ATF 126 I 180, 183, X.; 122 I 61, 63, C. SA).

*d. En administration de prestation*

28. Dans la mesure où il s'agit de conférer des avantages à des administrés, les critères militant pour une exigence élevée quant à la densité normative et à la réserve de la loi formelle ont moins de poids, à l'exception peut-être de l'égalité de traitement (voir les références citées *supra* no 10 *in fine*). En matière de subventions ponctuelles, l'exigence de précision s'efface presque complètement (ATF 118 Ia 46, 61/62, *Verein Scientology Kirche Zürich*, où le Tribunal fédéral a admis qu'une subvention pouvait se fonder sur une clause prévoyant l'utilisation de fonds provenant d'une loterie «dans des buts d'utilité publique ou de bienfaisance»). Cela étant, la jurisprudence a exigé une base légale formelle dans des cas où l'accès à une prestation publique était limité, par exemple en cas d'introduction d'un *numerus clausus* (ATF 125 I 173, 176, H.; 121 I 22, 25, *Anouk Hasler*; 103 Ia 369, 380 ss, *Wäffler*).

*e. En cas de rapport de droit spécial*

29. Sont considérées comme étant dans un rapport de droit spécial avec l'Etat ou soumis à un statut particulier, les personnes qui sont avec l'Etat dans une relation juridique plus étroite que l'ensemble des administrés, relation justifiant des devoirs et des restrictions aux libertés particuliers. Cela vaut pour les étudiants et les écoliers, pour les fonctionnaires, les militaires, les détenus et les internés, les patients d'hôpitaux publics.

30. L'exigence de la base légale s'applique pleinement à la création du rapport de droit spécial, avec toutefois une différenciation suivant que le statut est lié à une restriction d'une liberté (détenu) ou à l'octroi d'une prestation (patient d'hôpital). En revanche, les exigences de densité et de niveau normatif pourront être moindres en ce qui concerne l'aménagement de ce rapport, en fonction des buts de celui-ci. Des clauses générales, utilisant des notions relativement ouvertes, seront souvent suffisantes; il n'est pas nécessaire que chaque détail soit régi par la loi

(ATF 123 I 1, 6, X., concernant les fonctionnaires, mais voir aussi ATF 128 I 113, 122, *Verein des Bündner Staatspersonals*, résumé *infra* no 35; 119 Ia 178, 188, *A. und M.*, concernant les écoliers).

## B. La question de la délégation

### a. *La délégation législative à l'Exécutif*

31. La délégation législative constitue une entorse au principe de la séparation des pouvoirs, dans son modèle classique (cf. DB 9, nos 4 et 12). Elle s'oppose également à la réserve de la loi formelle. La délégation législative n'est donc admissible qu'à certaines conditions, qui sont définies *a contrario* par les limites de l'exigence d'une base légale formelle.

32. D'une manière générale, une délégation n'est admissible que si les conditions cumulatives suivantes sont remplies: premièrement, la constitution ne l'exclut pas; deuxièmement, elle se limite à une matière déterminée; troisièmement, elle figure dans une loi formelle (soit en général un acte soumis au référendum); quatrièmement, elle indique le contenu essentiel de la réglementation déléguée dans la mesure où la situation juridique des particuliers est gravement touchée (ATF 128 I 113, 122, *Verein des Bündner Staatspersonals*; 118 Ia 245, 248, X.; 118 Ia 305, 310, X.). Doivent en tout état de cause rester du domaine de la loi formelle les décisions politiques importantes, de même que les réglementations inhabituelles (ATF 128 I 113, 122, *Verein des Bündner Staatspersonals*).

33. La première condition ne sera pas remplie si le droit cantonal, en principe constitutionnel, exclut expressément la délégation ou, surtout, s'il fixe de façon suffisamment claire le domaine réservé de la loi formelle (voir p. ex. ATF 124 I 216, 219/220, *Fritschi*, sur l'art. 69 al. 4 Cst./BE). Le fait qu'une constitution cantonale se réfère à «la loi» n'est pas déterminant: encore faut-il, par voie d'interprétation, décider si la constitution entend viser la loi formelle ou la loi matérielle; en revanche l'expression «dans la forme de la loi» se réfère bien à la loi au sens formel (arrêt précité). En ce qui concerne la Cst., son art. 164 al. 2 admet expressément le principe de la délégation à moins que la Cst. ne l'exclue, alors que l'al. 1 du même article prévoit que les dispositions «importantes» qui fixent des règles de droit doivent être édictée sous forme d'une loi fédérale (donc d'une loi formelle). L'art. 164 al. 1 let. a à g comporte une liste de domaines dans lesquels les dispositions «fondamentales» doivent figurer dans une loi fédérale.

34. La deuxième et la troisième conditions permettent un contrôle démocratique sur la délégation: le législateur ordinaire (qui comprend en général, mais pas nécessairement, le peuple à travers le référendum, cf. ATF 124 I 216, 218/219, *Fritschi* et DB 2, no 15) doit décider en toute connaissance de cause de déléguer ses pouvoirs, ce qui ne serait pas le cas si la délégation était trop large.

35. C'est la dernière condition qui reflète le plus l'exigence de la base légale formelle. On y retrouve l'idée que plus la situation juridique des particuliers est susceptible d'être touchée, plus il faudra que la norme de délégation formelle contienne d'éléments de la réglementation en cause. En matière fiscale, cette exigence est stricte. Si la loi formelle délègue à l'organe exécutif la compétence d'établir une contribution, la norme de délégation ne peut constituer un blanc-seing; elle doit indiquer, au moins dans les grandes lignes, le cercle des contribuables, l'objet et la base de calcul de la contribution. Cette règle est, on l'a vu, cependant assouplie pour certaines contributions causales (*supra* no 26).

Cela étant l'exigence d'une réglementation minimum dans la loi formelle vaut d'une manière toute générale.

La loi grisonne sur l'organisation des services et institutions psychiatriques cantonales créait un établissement public autonome dont la commission administrative était habilitée, selon l'art. 12 de la loi, à édicter des directives sur les conditions d'emploi du personnel. Pour le reste, l'ordonnance sur les rapports de service du personnel cantonal s'appliquait. Analysant cette disposition sous l'angle de l'admissibilité de la délégation législative, le Tribunal fédéral a jugé qu'il s'agissait d'un blanc-seing, qui autorisait la commission administrative à réglementer les rapports de service du personnel à sa guise, sans qu'aucun principe relatif à cette réglementation ne figure dans la clause de délégation. Une telle délégation en blanc n'était pas admissible, même en tenant compte du fait que les exigences du principe de la légalité pouvaient être moins strictes dans le domaine du droit de la fonction publique, étant rappelé que certaines des dispositions à adopter étaient susceptibles de toucher de façon importante la situation juridique des intéressés (notamment sur le salaire, le droit de grève, le secret de fonction, les activités annexes, les heures supplémentaires). (ATF 128 I 113, 120 ss, *Verein des Bündner Staatspersonals*)

Dans le même ordre d'idées, la Cour constitutionnelle du Tribunal cantonal jurassien a jugé que si les exigences constitutionnelles quant à la densité normative sont moins rigoureuses lorsqu'elles concernent les activités promotionnelles de l'Etat, une clause de délégation qui n'indique ni le domaine, ni les lignes directrices matérielles d'une réglementation dérogeant à la loi ne satisfait pas aux exigences constitutionnelles, et ceci même si cette réglementation est prévue à titre expérimental (RDAF 2005 I 128, CC/JU 13.3.2000; voir aussi, pour un cas analogue, RDAF 2005 I 144, CC/JU 11.3.2003).

#### *b. La sous-délégation*

36. Selon la jurisprudence, le Conseil fédéral pouvait sous-déléguer aux départements fédéraux la compétence qui lui avait été déléguée par le parlement, même sans autorisation légale spéciale, s'il s'agissait de régler des questions techniques qui ne touchaient aucun principe constitutionnel (ATF 128 V 75, 80, *Assura*; 105 V 23, 27, *OFAS*; 105 V 257, 258, *OFAS*; 101 Ib 70, 73 ss, *DFI*). En vertu de l'art. 48 al. 1 de la LOGA, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1997, le Conseil fédéral peut actuellement déléguer aux départements la compétence d'édicter des règles de droit, en prenant en compte la portée de la norme envisagée. S'agissant

de la sous-délégation aux groupements et aux offices, elle n'est autorisée que si une base légale formelle spéciale le prévoit (art. 48 al. 2 LOGA).

37. Quant à la sous-délégation dans les cantons, elle est régie par le droit cantonal. Le Tribunal fédéral a rejeté l'idée que, d'une manière générale, une autorité ne pourrait opérer une sous-délégation que si la norme fondant sa propre compétence l'y autorise expressément (ATF 118 Ia 245, 249/250, X.).

#### 4. *Administration libre et administration liée*

##### A. Les données du problème

38. La question de savoir si l'administration est libre ou liée est en relation directe avec celle de la densité normative. On parlera d'administration libre lorsque la loi laisse expressément à l'administration le choix d'agir ou non, ou le choix entre plusieurs solutions. On dira que l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, d'un pouvoir d'appréciation (c'est l'expression consacrée par les art. 104 let. a OJ, 49 let. a PA et 61 al. 1 let. a LPA; mais le terme n'est pas repris par la LTF) ou, plus justement, d'une liberté d'appréciation. On dira aussi que les questions qui doivent être tranchées dans le cadre de cette liberté d'appréciation sont des questions d'opportunité. En accordant à l'administration cette liberté d'appréciation, le législateur lui délègue le pouvoir de mener une politique administrative, dans l'intérêt public.

39. On parlera d'administration liée lorsque la loi ne laisse apparemment pas de choix à l'administration: une seule solution est prévue par le texte légal. Cependant, même dans ces cas, nous avons vu que l'emploi de notions juridiques indéterminées ouvre une large place à l'interprétation et que la thèse selon laquelle celle-ci ne pourrait conduire qu'à une seule solution correcte ne peut être retenue (DB 2, nos 62 ss).

##### B. La latitude de jugement de l'administration

40. Le rappel qui précède montre qu'il y a bien une liberté de l'interpréteur. Celle-ci se manifeste d'une part dans le sens qu'il donne à la norme et d'autre part dans l'évaluation et la qualification des faits auxquels la norme doit s'appliquer: on peut se demander ce qu'est le «caractère d'un quartier», au sens de l'art. 15 al. 1 LCI/GE, et s'interroger en outre sur l'effet nuisible ou non d'une construction projetée sur ce caractère. L'autorité dispose donc souvent d'une latitude de jugement dans l'interprétation de la norme et dans la qualification des faits pertinents. L'administration peut ainsi jouir d'une marge de manœuvre relativement importante, même lorsque la loi ne la consacre pas explicitement. D'ailleurs, la distinction entre liberté d'appréciation et latitude de jugement n'est



pas toujours aisée. L'existence de la première peut ne résulter que de l'interprétation de la loi.

41. Comme l'interprétation d'une notion juridique indéterminée et la qualification juridique des faits pertinents sont des questions de droit, le juge administratif peut en principe les revoir librement. Il manifestera toutefois de la retenue dans son examen en présence de questions techniques ou locales que l'autorité de décision est mieux à même d'apprécier (ATF 119 Ib 254, 265, *Schweizerischer Bund für Naturschutz*; le Conseil fédéral agit de même, comme autorité de recours, lorsque l'autorité inférieure est mieux placée pour apprécier certains éléments, comme par exemple, les capacités et le comportement d'un fonctionnaire, JAAC 2000/64 no 57 ; voir aussi SJ 2005 I 193, 195 ss, TA/GE 24.8.2004, où le Tribunal administratif fait preuve d'une certaine retenue en contrôlant l'interprétation par une autorité composée de spécialistes de la notion « d'agissement professionnel incorrect » d'un médecin). Le Tribunal fédéral affirme aussi qu'il doit restreindre sa cognition lorsqu'il résulte de l'interprétation de la loi que le législateur a voulu, par l'utilisation de notions juridiques indéterminées, conférer à l'autorité de décision une marge de manœuvre que le juge doit respecter et que cette manière de faire est conforme à la constitution (ATF 132 II 257, 263, *Swisscom Fixnet AG*; 131 II 13, 20, *Swisscom Fixnet AG*).

42. Il convient, à ce stade, de relever que la distinction terminologique que nous adoptons, pour des raisons pédagogiques, entre « latitude de jugement » dans l'interprétation de la loi et « liberté d'appréciation » au sens strict, n'est guère reprise par la jurisprudence. Le Tribunal fédéral distingue certes les cas où il fait preuve de « retenue » et ceux où son contrôle est limité à la sanction de l'excès ou de l'abus du pouvoir d'appréciation (*infra* no 49). Mais il lui arrive, dans la première hypothèse, de parler de liberté d'appréciation, quand bien même le problème posé est celui de l'interprétation d'une notion juridique indéterminée.

« La notion de mise en danger de la circulation est une notion juridique indéterminée qui tire son contenu du sens et du but de l'art. 6 al. 1 LCR, ainsi que de la place de cette disposition dans la loi et le système légal. En principe, l'autorité qui applique une telle notion jouit d'une certaine liberté d'appréciation, de sorte que le Tribunal fédéral examine avec retenue les questions locales ou techniques dont elle a une meilleure connaissance [références citées]. » (ATF du 14.02.2001 in SJ 2001 II 529, 531, *Plakanda AWI AG*)

On notera à cet égard que le Tribunal fédéral utilise en allemand, pour justifier sa retenue lorsque des questions techniques se posent, l'expression « *technisches Ermessen* », qui pourrait se traduire par « liberté d'appréciation technique » (ATF 132 II 257, 263, *Swisscom Fixnet AG*; 131 II 13, 20, *Swisscom Fixnet AG*).

## C. La liberté d'appréciation de l'administration

### a. *La notion*

43. Une liberté d'appréciation peut être conférée à l'administration lorsque la loi indique clairement qu'elle statue «librement» (art. 4 LSEE), ou lorsqu'elle prévoit que l'autorité «peut» prendre une mesure (*Kannvorschrift*; p. ex. art. 6 al. 1 LRCF); l'emploi de cette dernière expression n'est toutefois qu'un indice d'une liberté d'appréciation, l'interprétation globale de la norme pouvant conduire à une autre solution. Il y a également une liberté d'appréciation lorsque la loi laisse le choix à l'administration entre plusieurs solutions (p. ex. si la loi donne une liste de sanctions parmi lesquelles l'autorité peut choisir, cf. art. 16 LPAC/GE ; voir aussi, en matière de marchés publics, l'ATF 130 I 241, 250 ss, *Consortium 2*, à propos du large « pouvoir d'appréciation » de l'adjudicateur pour choisir la méthode de notation des différentes offres qui lui sont soumises).

### b. *L'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation*

44. L'autorité ne peut pas user selon son bon plaisir de la liberté d'appréciation que lui confère la loi. Elle doit notamment respecter les principes constitutionnels régissant le droit administratif, comme l'égalité de traitement, la proportionnalité, l'intérêt public et l'interdiction de l'arbitraire. Si elle ne le fait pas, elle excède ou abuse de son pouvoir d'appréciation, ce qui constitue une violation du droit.

#### aa. L'excès positif

45. On dira que l'administration commet un excès positif de son pouvoir d'appréciation lorsqu'elle prend une mesure que la loi ne lui laisse pas la liberté d'adopter. En d'autres termes, l'administration sort du cadre que la loi a fixé à l'exercice de sa liberté d'appréciation: elle prononce, par exemple, une sanction qui ne figure pas dans la liste légale. A vrai dire, un tel comportement constitue une violation directe de la loi. Il n'est rattaché à la liberté d'appréciation que parce que si l'autorité s'en était tenue à la loi, elle aurait néanmoins disposé d'une telle liberté.

#### bb. L'excès négatif

46. L'administration excède négativement son pouvoir d'appréciation lorsqu'elle refuse d'en faire usage, par exemple en s'estimant à tort liée à une seule mesure possible ou en s'en tenant à des solutions trop schématiques, ne tenant pas compte des particularités des cas d'espèce, que l'octroi de la liberté d'appréciation avait justement pour but de prendre en considération.

#### cc. L'abus

47. On parlera d'abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité reste certes dans le cadre fixé par loi, mais viole les principes constitutionnels parce qu'elle fonde sa décision sur des motivations étrangères à l'intérêt public ou arbitraires, crée des inégalités injustifiées ou ne respecte pas le principe de proportionnalité. La distinction entre l'abus et l'excès négatif du pouvoir d'appréciation n'est pas toujours facile. Elle n'a, au demeurant, qu'un intérêt descriptif, ne comportant aucune conséquence juridique.

*c. Le contrôle de l'usage de la liberté d'appréciation*

48. L'administration peut rester dans le cadre de sa liberté d'appréciation, mais en faire un usage erroné, inopportun. En règle générale, les tribunaux n'ont pas le pouvoir de contrôler l'opportunité d'une décision, qui repose sur des considérations de politique administrative, alors que la règle inverse vaut pour l'autorité hiérarchique supérieure, ce qui est normal, puisque cette dernière a le pouvoir de donner des instructions sur l'exercice de la liberté d'appréciation (cf. art. 104 OJ, art. 95 à 97 a contrario LTF, art. 49 let. c PA, art. 61 al. 2 et 3 LPA). Une exception, à notre avis malheureuse, à ce principe est constituée par le recours au Tribunal administratif fédéral: l'art. 49 let. c PA étant applicable, le grief d'inopportunité sera recevable.

49. En revanche, l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation constituent des violations du droit, qui peuvent être revues, comme telles, par toutes les autorités de recours (art. 104 let. a OJ, 49 let. a PA et 61 al. 1 let. a LPA; la LTF n'évoque plus expressément cette question). Très concrètement, cela signifie qu'un tribunal qui contrôle la conformité au droit d'une décision vérifiera si l'administration a, dans l'exercice de la liberté d'appréciation que lui confère la loi, respecté le principe de proportionnalité (et les autres principes constitutionnels), mais s'abstiendra d'examiner si les choix faits à l'intérieur de la marge de manœuvre laissée par ces principes sont «opportuns» ou non (ATF 126 II 425, 437/438, *P. und C.*).

## **II L'intérêt public**

### ***1. La notion***

#### **A. L'ordre public**

50. On regroupe sous le terme d'ordre public les biens dit de police, dont la protection a justifié à l'origine l'intervention de l'Etat (DB 1, no 13) et continue à fonder aujourd'hui l'essentiel des restrictions aux libertés idéales. Il s'agit de la

sécurité, de la tranquillité, de la santé et de la moralité publiques, ainsi que de la bonne foi en affaires.

51. La sécurité publique comprend d'abord l'ordre public proprement dit ou la paix civile, à savoir l'absence de violence, de mise en cause globale de l'ordre juridique et constitutionnel ou de la sécurité de l'Etat (p. ex. la prévention de manifestations qui pourraient dégénérer, cf. ATF 119 Ia 28, 32, *M.*). Elle comprend également, d'une manière générale, la sécurité des personnes et des biens (p. ex. en rapport avec les mesures de sécurité contre l'incendie).

52. La tranquillité publique se rapporte à la protection du public contre les atteintes sonores, visuelles ou analogues qui sont incommodantes (p. ex. les nuisances résultant du trafic généré par certaines activités, cf. ATF 119 Ia 378, *X, Y e Z*, sur les inconvénients résultant de l'exploitation de stations d'essence fréquentées par des frontaliers). Cette préoccupation est aujourd'hui largement prise en charge par le droit de l'environnement, surtout dans le domaine de la protection contre le bruit (sur la place qui reste au droit cantonal de police en la matière, cf. ATF 118 Ia 112, 114 ss, *S.*).

53. La santé publique vise la protection de tout ou partie de la population contre des atteintes à la santé. Cette composante de l'ordre public justifie notamment des mesures en matière de lutte contre les épidémies, de surveillance des professions médicales, de contrôle des médicaments et des aliments, ainsi que de limitation de la publicité pour certains produits (voir p. ex. ATF 128 I 295, 309, *Association suisse des annonceurs*, concernant une interdiction cantonale de la publicité pour le tabac et l'alcool sur le domaine public ou visible de celui-ci, et ATF 123 I 201, 205, *Pharmacie Victoria SA*, sur la possibilité de restreindre la publicité pour les médicaments, afin d'en éviter la surconsommation).

54. La moralité publique, qui se définit de façon plus large en matière de police que sur le plan pénal, se rapporte à la protection des bonnes mœurs, notion extrêmement variable dans le temps et dans l'espace, dès lors qu'elle est intimement liée aux conceptions prédominantes dans la société en un temps et un lieu donnés (ATF 106 Ia 267, 271 ss, *Oswald*, relatif à l'interdiction d'un *peep show*).

55. Enfin, la bonne foi en affaires concerne la protection du public contre les manœuvres déloyales, trompeuses ou abusives, en matière commerciale et contractuelle. La poursuite de cet intérêt justifie notamment des prescriptions sur diverses pratiques commerciales, ainsi que des mesures de lutte contre la concurrence déloyale ou la surveillance de certaines professions (banques, courtiers, avocats, etc.) (voir ATF 114 Ia 34, 36, *Société anonyme immobilière H.*, sur la possibilité de réserver à des mandataires qualifiés, en l'espèce les avocats, la représentation des parties devant certaines instances).

## B. Les autres intérêts publics

56. On a vu que l'action de l'Etat-providence, puis de l'Etat directeur, est orientée vers la promotion d'intérêts beaucoup plus vastes et diversifiés que ceux constituant l'ordre public (DB 1, nos 14 et 15). Ces intérêts sont définis en premier lieu par la constitution, qui, en fixant les tâches de l'Etat, y compris par la simple attribution de compétences, lui donne mandat de protéger les intérêts y relatifs: font ainsi partie de l'intérêt public au sens large, entre autres, l'instruction publique (art. 19, 41 al. 1 let. f et 62 Cst.), la protection de l'environnement et de la nature (art. 74 et 78 Cst.), l'utilisation rationnelle du sol (art. 75 Cst.), la promotion de la culture (art. 69 et 71 Cst.), la fourniture de logements abordables (art. 41 al. 1 let. e et 108 Cst.), la production et la conservation de l'énergie (art. 89 Cst.), la promotion du plein-emploi et la lutte contre l'inflation (art. 41 al. 1 let. d et 100 Cst.), le développement des moyens de transports (art. 83 et 87 Cst.), l'encouragement de la recherche (art. 64 Cst.), etc. Les constitutions cantonales comportent également la définition d'intérêts publics (p. ex., pour la Cst./GE, art. 10A sur le droit au logement, 160D sur la protection de l'environnement, 160E sur la politique de l'énergie).

57. C'est ensuite au niveau de la loi que l'intérêt public sera défini de façon plus précise. Les objectifs proclamés par la législation devront orienter l'action concrète de l'administration (voir p. ex. art. 1 et 3 LAT, art. 1 al. 1 LDTR/GE). L'intérêt public est donc, en définitive, avant tout ce que le constituant et le législateur décident. Il est ainsi divers, changeant et impossible à définir une fois pour toutes. En ce qui concerne le législateur, un contrôle de la pertinence de l'intérêt public invoqué est certes possible lorsqu'une restriction des droits fondamentaux est en jeu (*infra* no 62), mais ce contrôle portera en pratique plutôt sur la comparaison de l'atteinte portée aux droits des particuliers et de l'intérêt public invoqué que sur la remise en cause même de ce dernier.

58. L'intérêt dit fiscal de l'Etat, soit son intérêt à acquérir et à ménager les ressources nécessaires à l'accomplissement de ses tâches, est bien, à notre avis, un intérêt public. Il n'est cependant invocable par l'Etat que dans une mesure limitée en dehors du cadre strict du droit fiscal: il ne saurait, par exemple, justifier que l'Etat transfère à l'avocat la responsabilité du paiement des frais judiciaires dus par son client (ATF 119 Ia 41, 44, X. SA); il ne justifie en principe pas la rétroactivité d'une loi (ATF 119 Ia 254, 258, *Syndicat suisse des services publics*). Il est d'ailleurs, d'un point de vue procédural, traité comme un intérêt privé de l'Etat, ce qui donne à ce dernier la qualité pour interjeter un recours de droit administratif sur la base de l'art. 103 let. a OJ (ATF 124 II 409, 417/418, *Staat Zürich*).

## 2. *La nature juridique*

59. Sous l'empire de l'aCst., le principe de l'intérêt public était mentionné, sous diverses formulations (intérêt public, bien-être général, intérêt général), dans plusieurs dispositions constitutionnelles (art. 22<sup>ter</sup> al. 2, 31<sup>bis</sup> al. 1 et 3, 31<sup>ter</sup> al. 1 2<sup>ème</sup> phrase, 32<sup>quater</sup> al. 1 aCst.). Cela étant, il valait de façon toute générale, même lorsqu'il n'y était pas fait référence expresse, en tant que principe constitutionnel non écrit.

60. Désormais, l'art. 5 al. 2 Cst. prévoit expressément que l'activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public. Toute activité de l'administration, qu'elle soit réglementaire, décisionnaire ou matérielle, doit donc être motivée par la réalisation d'un intérêt public. L'art. 36 al. 2 Cst. précise encore que toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public.

61. Cela étant, le principe de l'intérêt public ne constitue pas un droit constitutionnel des citoyens dont la violation pourrait être invoquée pour elle-même dans un recours de droit public ou, désormais, dans un recours constitutionnel subsidiaire.

### **3. *L'application du principe de l'intérêt public***

#### **A. En cas de restriction aux droits fondamentaux**

62. Toute restriction à un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public prépondérant, comme l'affirment depuis longtemps la jurisprudence (p. ex. ATF 124 I 176, 177 et 181/182, *Minelli*) et, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000, l'art. 36 al. 2 Cst. (cette disposition mentionnant cependant aussi, alternativement, la protection d'un droit fondamental d'autrui, cf. ATF 130 I 16, 19, X.). Il convient donc d'examiner d'abord si une restriction à un droit fondamental est justifiée par un certain intérêt public. La détermination des intérêts publics susceptibles de justifier une atteinte à une liberté s'effectue de façon spécifique pour chaque liberté. Il faut ensuite comparer (peser) l'intérêt public justifiant la restriction en cause avec l'intérêt privé des particuliers à éviter cette restriction. Cette seconde opération se confond pratiquement avec l'examen de la proportionnalité. Le Tribunal fédéral distingue pourtant parfois entre l'existence d'un intérêt public, qu'il qualifie d'emblée de prépondérant, et le respect de l'exigence de proportionnalité (p. ex. ATF 123 I 201, 205 ss, *Pharmacie Victoria SA*, où le Tribunal fédéral admet qu'il existe un intérêt public prépondérant à restreindre la publicité pour les médicaments, mais que l'interdiction de toute publicité mentionnant des avantages financiers pour certaines catégories de médicaments n'est pas proportionnelle).

63. L'administration ne peut remettre en cause l'intérêt public tel qu'il a été défini par le législateur. En exerçant sa latitude de jugement ou sa liberté

d'appréciation, elle doit agir en fonction de cet intérêt public. Elle ne saurait donc détourner les restrictions aux libertés que permet la loi, en vue de poursuivre des buts qui n'ont pas été prévus par le législateur. Une atteinte à un droit fondamental doit dès lors être justifiée par un intérêt public non seulement abstraitement, mais également dans le cas concret où elle intervient.

#### B. Pour l'ensemble de l'activité administrative

64. Le principe de l'intérêt public ne s'applique pas seulement pour vérifier l'admissibilité de restrictions aux droits fondamentaux. Nous avons vu qu'il entre en considération pour déterminer l'admissibilité de la rétroactivité d'une loi (DB 2, no 117) ou pour justifier l'applicabilité immédiate d'une disposition nouvelle dans une situation où l'ancien droit serait normalement applicable (DB 2, nos 109 et 110); nous verrons qu'il est déterminant en matière de révocation des décisions administratives (DB 11).

65. Cela étant, il faut souligner que le principe de l'intérêt public s'applique à toute l'activité de l'administration, donc également à l'administration de prestation, voire à l'activité administrative régie par le droit privé (ATF 109 Ib 146, 155, *Schweizerischer Treuhänder-Verband*).

#### C. La pesée des intérêts

66. Lorsqu'une mesure de police classique restreint un droit fondamental d'un particulier dans un but d'intérêt public clairement délimité, une pesée d'intérêts simple peut intervenir: comme cela a été dit plus haut, il convient de comparer l'intérêt public de la mesure envisagée et l'intérêt privé de l'administré touché à échapper à cette mesure. Ce modèle régit encore largement le domaine des sanctions et mesures administratives, ainsi que la surveillance de certaines professions.

67. Toutefois, les circonstances se présentent de moins en moins souvent avec une telle simplicité, notamment lorsque l'intervention administrative relève de la gestion de l'espace au sens large. La frontière entre intérêt public et intérêt privé est perméable: l'intérêt public à la tranquillité se recouvre avec l'intérêt privé des voisins d'une source de nuisances, l'intérêt privé d'un producteur d'électricité rejoint l'intérêt public à un approvisionnement sûr du pays en énergie. Qui plus est, l'intérêt public n'est pas homogène. Il n'est pas rare que plusieurs intérêts publics s'opposent: l'intérêt à une circulation fluide et l'intérêt à la diminution du bruit et de la pollution; l'intérêt à la protection des eaux et l'intérêt au développement économique créateur d'emplois; l'intérêt à la sécurité des transports et l'intérêt de la préservation du paysage (voir, par exemple, JAAC 2001/65 no 17, où le Conseil fédéral a confirmé une décision donnant la prééminence à la sécurité d'un tunnel ferroviaire sur la protection d'un paysage). Une même situation peut donc obliger

l'administration à arbitrer entre une large palette d'intérêts privés et publics concurrents.

68. Dans de tels cas, la jurisprudence exige une pesée globale de tous les intérêts pertinents dans une procédure coordonnée (ATF 121 II 72, 79/80, *N. und L.*; 116 Ib 50, 57, *Erben von X.*, dit «*Chrüzlen*»). La méthodologie de cette pesée est complexe. L'autorité, puis le juge dans son rôle de contrôle, seront aidés par les orientations données par le constituant ou le législateur, qui choisit parfois lui-même de privilégier certains intérêts (ATF 117 Ib 243, 247, *Wasserversorgung Horgen*, en matière de protection des marais ; RDAF 2003 I 688, 697, ATA/FR, parlant d'une « pondération qualifiée des intérêts » s'agissant de la protection de biotopes par la LPN). Ils pourront aussi s'appuyer sur des éléments de procédure visant à identifier et analyser les divers intérêts en cause: enquêtes publiques, études d'impact, droit de recours d'organisations à but idéal (DB 10). Il reste que l'arbitrage entre les différents intérêts est au cœur de l'action proprement politique de l'administration, ce qui ne va pas sans poser des problèmes délicats au juge appelé à contrôler cette action (sur ce thème, cf. Charles-Albert Morand éd., *La pesée globale des intérêts*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996, *passim*).

### **III La proportionnalité**

#### **1. La notion**

69. Le principe de proportionnalité exige que les moyens mis en œuvre par l'administration restent toujours dans un rapport raisonnable avec l'intérêt public poursuivi. On précise ce principe en distinguant ses trois composantes: une mesure étatique doit être apte à atteindre le but d'intérêt public visé (aptitude), être nécessaire pour que ce but puisse être réalisé (nécessité) et enfin être dans un rapport raisonnable avec l'atteinte aux droits des particuliers qu'elle entraîne (proportionnalité au sens étroit) (ATF 130 I 65, 69, *X.*; 125 I 474, 482, *Médiservices SA*; 124 I 40, 44/45, *X.*; 117 Ia 472, 483, *Sozialdemokratische Partei Basel-Stadt*; JAAC 2001/65 nos 26 et 61).

#### **2. La nature juridique**

70. Le principe de proportionnalité est un principe constitutionnel, consacré désormais à l'art. 5 al. 2 Cst., en ce qui concerne l'activité générale de l'Etat, et à l'art. 36 al. 3 Cst., en tant que condition de restriction des droits fondamentaux. Mais il ne constitue pas un droit constitutionnel dont la violation pourrait être invoquée, dans un recours de droit public ou, désormais, un recours constitutionnel subsidiaire, indépendamment de celle d'un droit fondamental



particulier (ATF 125 I 161, 163, *M.*; 124 I 40, 45, *X.*; 122 I 279, 287/288, *Geschäftsvereinigung Limmatquai*).

### 3. *Les composantes du principe de proportionnalité*

#### A. L'aptitude

71. Le sous-principe de l'aptitude ou de l'adéquation exige qu'une mesure étatique permette effectivement d'atteindre, ou du moins de favoriser, le but d'intérêt public dans lequel elle est prise (ATF 125 II 129, 145 ss, *Coop Bern*, concernant l'obligation de percevoir une taxe pour l'utilisation d'un parking de centre commercial en vue de limiter les émissions polluantes). Si tel n'est pas le cas, cela signifie que la mesure est inutile ou alors qu'elle a en réalité été prise dans un autre but que celui prévu par le législateur.

L'obligation faite aux taxis, dans le canton de Genève, de s'affilier à une centrale de diffusion d'ordres de course n'était pas une mesure adéquate pour atteindre l'intérêt public à l'existence de centrales capables d'assurer un service 24 heures sur 24 sur l'ensemble du territoire cantonal, car les centrales principales n'avaient pas besoin de cette obligation pour avoir suffisamment d'abonnés pour assurer ce service, reconnu d'intérêt public. L'obligation en cause ne servait plus, en 1996, qu'à assurer la survie de petites centrales, ce qui constituait une mesure de politique économique visant à favoriser des entreprises particulières. (ATA/GE du 5.03.1996 in RDAF 1996 161, 165/166, *K.*)

Cependant, le Tribunal fédéral a précisé que lorsque l'évaluation d'une mesure dépend de connaissances techniques controversées, il n'admet une violation du principe de proportionnalité que si l'inaptitude de cette mesure à atteindre le résultat recherché paraît manifeste (ZBI 92/1991 p. 25, confirmé récemment dans l'ATF 128 I 295, 310, *Association suisse des annonceurs*).

#### B. La nécessité

72. Le sous-principe de nécessité, ou de subsidiarité, exige qu'entre plusieurs mesures aptes à atteindre l'intérêt public visé, l'on choisisse celle qui porte le moins atteinte aux intérêts privés ou publics opposés. La nécessité doit s'apprécier quant à la nature de la mesure (par exemple refus d'autorisation ou autorisation assortie de charges) et quant à sa portée spatiale, temporelle et personnelle (ATF 123 I 201, 206 ss, *Pharmacie Victoria SA*: une interdiction totale de la publicité pour certains médicaments n'est pas proportionnelle, car une interdiction de toute publicité tapageuse et excessive serait une mesure adéquate et suffisante).

#### C. La proportionnalité au sens étroit

73. Il s'agit, selon ce troisième sous-principe (Knapp, *Précis*, nos 537 et 538, emploie ici, et non pour le sous-principe précédent, le terme de nécessité),

d'examiner si la mesure, adéquate et nécessaire, est dans un rapport raisonnable avec le sacrifice imposé à l'administré. C'est tout particulièrement en matière de sanctions administratives ou de mesures de rétablissement d'une situation conforme au droit, par exemple un ordre de démolition, que cette pesée d'intérêts sera déterminante (ATF 123 II 248, 255, *R.*, qui rappelle que même le propriétaire de mauvaise foi peut invoquer le principe de proportionnalité contre un ordre de démolition, mais qu'il doit compter avec le fait que l'autorité doit accorder un poids particulier au respect de l'égalité de traitement et de la légalité des constructions).

#### **4. *L'application du principe de proportionnalité***

74. Le principe de proportionnalité s'applique au législateur, dès lors que toute restriction à un droit fondamental, prévue dans une base légale, n'est admissible que si elle est proportionnelle (ATF 124 I 176, 177, *Minelli*).

75. Quant à l'administration, elle devra respecter les injonctions du législateur lorsqu'elle est liée (le principe de proportionnalité ne peut ainsi être invoqué contre une décision d'une autorité fiscale à laquelle la loi fédérale ne confère aucune marge de manœuvre, JAAC 69/2005 no 15, Commission fédérale de recours en matière de contributions 14.7.2004), mais elle devra user de sa latitude de jugement et de sa liberté d'appréciation conformément au principe de proportionnalité. Le fait d'accorder une certaine liberté d'appréciation à l'autorité, afin de lui permettre de tenir compte de circonstances concrètes peut d'ailleurs être la condition de validité d'une norme restrictive (ATF 113 Ia 126, 134 ss, *Armengol*).

76. C'est à propos de l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'autorité que le principe de proportionnalité constitue la protection essentielle des administrés, avec celui de l'interdiction de l'arbitraire (ATF 122 I 267, 272, *V.S.*). Une mesure qui reste dans le cadre fixé par la loi, mais viole, dans les circonstances concrètes du cas, le principe de proportionnalité constitue un abus du pouvoir d'appréciation (cf. p.ex. ATF 124 II 44, 47, *M.* concernant la durée d'un retrait de permis de conduire; voir aussi ATF 125 V 193, 197, *R.*, sur le prononcé de sanctions en matière d'assurances sociales).

#### **5. *Le principe du perturbateur***

77. Il découle du principe de proportionnalité qu'une mesure de police ne peut s'adresser qu'au perturbateur, à savoir celui qui met en danger l'ordre public. On distingue à cet égard le perturbateur par comportement, soit la personne dont les actes ou les omissions, ou ceux des tiers qui dépendent d'elle, ont provoqué l'atteinte, et le perturbateur par situation, soit la personne à qui il incombe de

remettre une chose dans un état conforme à l'ordre public, en raison de ses liens avec cette chose, généralement parce qu'elle en dispose ou en jouit comme propriétaire ou possesseur (ATF 122 II 65, 70, *Guldimann*; 119 Ib 492, 503, *LO Immeubles SA*; 118 Ib 407, 414/415, *X. SA*).

#### **IV La bonne foi**

##### ***1. Notion et nature juridique***

78. Selon l'art. 2 CC, chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi et l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. Il a été admis que cette règle, consacrée explicitement depuis longtemps en droit privé, constitue un principe général du droit qui vaut également dans les relations entre l'Etat et les particuliers, ainsi que dans les relations des entités étatiques entre elles (ATF 123 II 231, 238, *WWF*; 121 I 181, 183 et 184/185, *E.*).

79. Le Tribunal fédéral a rattaché le principe de la bonne foi à l'art. 4 aCst. (ATF 124 II 265, 269, *X.*; 121 I 181, 183, *E.*), ce qui permettait d'en invoquer la violation par un acte de puissance publique dans un recours de droit public (ATF 122 I 328, 333/334 et 340, *von Tschanner*, qui précise que tous les aspects du principe de la bonne foi ne sont pas de rang constitutionnel; 122 II 113, 123, *Ajvasi*). Au demeurant, ce rattachement à l'art. 4 aCst. ne pouvait valoir, logiquement, qu'en ce qui concerne l'obligation de bonne foi incombant à l'Etat. En ce qui concerne la bonne foi des administrés, il ne pouvait s'agir que d'un principe général du droit.

80. Aujourd'hui, l'art. 5 al. 3 Cst. indique clairement que l'Etat comme les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. En outre, l'art. 9 Cst. confère à toute personne un droit à être traitée conformément aux règles de la bonne foi (cf. SJ 2005 I 205, 214, *Société vaudoise de médecine* = RDAF 2005 I 182, 201, TF 6.9.2004). Il s'agit donc bien d'un droit constitutionnel à part entière qui doit pouvoir être invoqué pour lui-même dans un recours constitutionnel subsidiaire.

##### ***2. L'application du principe de la bonne foi***

###### **A. Le principe de la confiance**

81. Selon le Tribunal fédéral « le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un

comportement déterminé de l'administration » (RDAF 2005 II 532, 540, TF 9.8.2005). Au sens large, le principe de la confiance exige donc que l'administré puisse se fier aux assurances et aux attentes créées par le comportement de l'administration.

82. Dans un sens plus étroit, il se réfère à l'interprétation des décisions, déclarations et comportements d'une partie à un rapport de droit. Ils doivent recevoir le sens que l'autre partie pouvait raisonnablement leur attribuer en fonction des circonstances qu'elle connaissait ou aurait dû connaître (RDAF 2005 I 71, 74, *Société vaudoise de médecine*, TF 14.10.2004). Dans ce contexte, le principe de la confiance est un élément à prendre en considération et non un facteur donnant en tant que tel naissance à un droit (contrairement au cas évoqué *infra* n° 89 ; cf. RDAF 2003 I 262, 264 ss, ATC/VS).

83. Le principe de la confiance s'applique à l'interprétation des contrats de droit administratif (ATF 122 I 328, 340 ss, *von Tscharnier*), à celle des décisions administratives (ATF 115 II 415, 421, *H. und T.T.*), de même qu'à l'indication lacunaire ou erronée des voies de recours, qui ne doit pas causer de préjudice à l'administré (ATF 123 II 231, 238, *WWF*). Il s'applique également à la conduite des procédures administratives (JAAC 2000/64 no 65).

84. On a vu, par ailleurs, qu'une pratique, jurisprudentielle ou administrative, peut être modifiée si ce changement repose sur des motifs sérieux et objectifs. L'administré ne peut donc considérer, de bonne foi, qu'une pratique sera indéfiniment poursuivie. Cependant, dans certains cas, un avertissement préalable s'imposera (DB 2, no 48 *in fine*). Ainsi, par exemple, lorsqu'une nouvelle pratique jurisprudentielle applique de façon plus stricte que la pratique antérieure connue les règles sur les délais de recours, elle ne pourra pas s'appliquer directement à l'affaire qui l'a provoquée, mais seulement pour l'avenir (ATF 132 II 153, 159-160, *Kanton Aargau*).

85. Ce n'est qu'exceptionnellement que le principe de la bonne foi peut faire obstacle à une modification législative: en principe, les administrés doivent compter avec la possibilité d'un changement de la législation (ATF 123 II 385, 400, X.; SJ 2005 I 205, 214, *Société vaudoise de médecine* = RDAF 2005 I 182, 201, TF 6.9.2004). Restent réservés les cas où des assurances spéciales auraient été données sur le maintien d'une législation et ceux où des droits acquis seraient touchés. La mise en consultation d'un projet d'ordonnance ne saurait, à cet égard, créer une attente protégée par le principe de la confiance (*id.*). Il faut rappeler également que l'existence de droits acquis, souvent évoquée, n'est que rarement reconnue, hors du cas des droits contractuels (cf. DB 5 no 17 et 18). La protection de la bonne foi peut aussi impliquer la mise en place d'un régime transitoire (DB 2, no 113).

86. En matière de plans d'affectation du sol (DB 14), qui fixent les possibilités d'utilisation d'un terrain, le principe qui vient d'être évoqué pour la législation s'applique. Cependant, en la matière, la nécessité d'adapter les plans à l'évolution des circonstances devra être mise en balance avec l'exigence de stabilité des plans, qui vise à assurer la sécurité du droit (ATF 120 Ia 227, 231, *M.*).

87. Le principe de la bonne foi peut, dans certaines conditions, exiger de l'autorité qu'elle informe un administré qu'il s'apprête à commettre une erreur de procédure, pour autant que le vice soit reconnaissable et que l'informalité puisse être réparée à temps (ATF 124 II 265, 270, *X.*; 119 Ia 13, 19, *P.*; 114 Ia 20, 22, *G.*, sur l'obligation d'aviser l'auteur d'une requête non signée si l'autorité s'aperçoit de cette erreur et s'il est encore possible de réparer cette omission). D'une manière générale, l'administration ne devrait pas pouvoir se prévaloir d'erreurs manifestes de l'administré. Elle ne peut pas non plus fonder une décision sur l'absence de renseignements qu'elle n'a pas demandés alors qu'elle aurait pu le faire (ATF 126 II 97, 105, *T.*). En revanche, lorsque l'autorité n'a pas de devoir d'information, comme par exemple en matière de décomptes de TVA, elle n'engage pas sa bonne foi en ne répondant pas à un administré qui lui demande de « l'informer en cas d'éventuels problèmes sur la manière de remplir son décompte » (JAAC 2004/68 no 57, Commission fédérale de recours en matière de contributions, 6.10. 2003).

88. On notera encore que, selon le Tribunal fédéral, le principe de la bonne foi ne saurait avoir qu'une influence limitée en droit fiscal, qui est dominé par le principe de la légalité (RDAF 2005 II 532, 541, TF 9.8.2005). Ainsi, les décisions de taxation ne constituent-elles pas des garanties pour les taxations futures, dès lors qu'elles se rapportent exclusivement aux périodes de taxation concernées (RDAF 2005 II 543, 552, 6.4.2005).

#### B. Les renseignements erronés de l'administration

89. Il peut arriver que le principe de la bonne foi permette de déroger au principe de la légalité. C'est ainsi que l'administration est liée par un renseignement, une promesse ou une assurance légalement erronés (erronés parce que, en réalité, la loi imposait ou permettait de ne pas y donner suite) donnés à un administré si plusieurs conditions cumulatives sont remplies (ATF 129 I 161, 170, *X.*; 127 I 31, 36, *W.*; 125 I 267, 274, *X.*; 121 V 65, 66/67, *Schweizerische Ausgleichskasse*; 114 Ia 209, 213/214, *X.*; JAAC 2000/64 nos 26 et 57; RDAF 2005 II 532, 540, TF 9.8.2005).

- L'autorité doit être intervenue dans une situation concrète, à l'égard de personnes déterminées.

- Elle doit avoir été compétente ou être censée avoir été compétente; en d'autres termes, l'administré ne pouvait ni ne devait se rendre compte de l'éventuelle

incompétence de l'autorité (p. ex. un renseignement erroné en matière de TVA donné par une autorité cantonale ou communale, qui n'est pas compétente en la matière, ne lie pas l'autorité fédérale compétente, JAAC 69/2005 no 42, Commission fédérale de recours en matière de contributions, 6.10.2004).

- L'administré avait de sérieuses raisons de croire à la validité de l'acte suivant lequel il a réglé sa conduite; ce qui signifie qu'il ne pouvait se rendre compte immédiatement de l'illégalité de l'assurance donnée et que celle-ci a été donnée sans réserve.

- L'administré s'est fondé sur l'acte en question pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice (cette condition peut aussi être comprise négativement: en raison de l'assurance donnée, l'administré n'a pas pris de dispositions qui auraient pu lui éviter le préjudice).

- La législation ne s'est pas modifiée depuis le moment où l'assurance a été donnée (sur l'absence de protection contre le changement de loi, cf. *supra* no 85).

90. Si les conditions qui précèdent sont remplies, l'autorité doit honorer l'attente créée de bonne foi, même en dérogeant à la loi, sauf si, exceptionnellement, un intérêt public ou privé particulièrement important à l'application du droit l'emporte sur la protection de la bonne foi (ATF 114 Ia 209, 215, X.; 101 Ia 328, 330 ss, *SI Perly Soleil*). Dans un tel cas, l'administré a cependant un droit à être indemnisé pour les dépenses effectuées de bonne foi sur la base de l'assurance donnée.

### C. Les comportements contradictoires

91. L'exigence de loyauté contenue dans le principe de la bonne foi interdit tant à l'autorité qu'à l'administré d'adopter un comportement contradictoire (pour des exemples de comportements contradictoires d'un particulier contraires à la bonne foi, cf. RDAF 2003 I 255, 261, ATC/VS et RDAF 2005 II 109, 120 ss, TF 23.1.2004, où le Tribunal fédéral souligne que « ne peut prétendre à être traité conformément aux règles de la bonne foi que celui qui n'a pas lui-même violé ce principe de manière significative »). Cela vaut pour l'autorité même si le comportement en cause émane de personnes différentes, par exemple deux magistrats successifs en charge d'une affaire (ATF 121 I 181, 183/184, *E.*). En revanche, des décisions contradictoires de deux autorités différentes ne violent pas le principe de la bonne foi (ATF 111 V 81, 87, *Schneider*). D'une manière générale, l'administration doit s'abstenir de tout comportement propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 124 II 265, 270, X.).

92. C'est ainsi qu'une caisse-maladie ne peut exiger le remboursement de prestations versées à tort en toute connaissance de cause (ATF 101 V 68, 75, *SVRSM*) ou qu'un justiciable ne peut se plaindre devant le Tribunal fédéral de la violation de l'exigence de la publicité des débats posée par l'art. 6 CEDH s'il n'a pas fait usage de la possibilité de demander cette publicité offerte par le droit cantonal (ATF 119 Ia 221, 227/228, *H.*).

#### D. L'abus de droit

93. Il y a abus de droit lorsque l'exercice d'un droit apparaît, dans un cas concret, manifestement contraire au droit ou lorsqu'une institution juridique est utilisée manifestement à l'encontre de la finalité pour laquelle elle a été créée, pour réaliser des intérêts que cette institution juridique ne veut pas protéger (ATF 131 II 265, 267, *X.*; 127 II 49, 56, *A.*; 121 II 5, 7, *R.*; Moor, vol. I, p. 434/435). On parle aussi, lorsque l'on recourt à un moyen apparemment légal pour contourner une interdiction légale, de « fraude à la loi » (SJ 2006 I 290, 291, TF 15.12.2005), qui est en fait une forme d'abus de droit. L'interdiction de l'abus de droit vaut, en droit administratif, d'une part, pour les administrés : ATF 131 V 97, 100ss, *Kommanditgesellschaft X*, cas d'une société en commandite créée avec la participation de plusieurs centaines d'investisseurs étrangers dans le but d'obtenir de futures rentes AVS; ATF 128 II 97, 102, *G.*, cas d'un étranger qui divorce de son épouse étrangère, se marie avec une Suisseuse beaucoup âgée que lui pour obtenir une naturalisation facilitée, divorce à nouveau et se remarie avec sa première épouse; ATF 127, II 49, 56 ss, *A.*, cas de l'invocation d'un mariage qui n'est plus maintenu que formellement en vue d'obtenir une autorisation de séjour; ATF 125 I 14, 19, *Aegerter*, où la possibilité d'un abus de droit de l'administré pour avoir tardé à invoquer une prétention contre l'Etat a été envisagée, mais n'a pas été retenue dans le cas d'espèce; JAAC 2000/64 no 96, cas du recourant qui dépose sciemment, par le truchement de son mandataire, un recours entaché de vices pour obtenir une prolongation du délai de recours. Elle vaut aussi, d'autre part, pour l'administration : ATF 110 Ib 332, 333 ss, *Staat Zürich*, cas de l'autorité qui fait traîner une procédure et prétend appliquer le nouveau droit entré en vigueur dans l'intervalle (cf. DB 2, no 109).

## V **L'égalité de traitement**

### I. *Notion et nature juridique*

94. Droit constitutionnel garanti par l'art. 8 Cst. (4 aCst.), l'égalité de traitement interdit aussi bien dans la formation de la loi que dans l'application de celle-ci d'opérer des distinctions qui ne trouvent pas de justification objective ou de traiter de façon semblable des situations tellement différentes qu'elles exigent un traitement différent (ATF 123 I 1, 7, *X.*; 118 Ia 1, 2, *F.*). L'art. 8 al. 2 Cst. énumère

des critères qui ne sauraient fonder une discrimination, notamment l'origine, la race, le sexe et l'âge (ATF 129 I 217, 223 ss, *A c. Commune d'Emmen*; 126 V 70, 73, I.).

95. Si le principe d'égalité de traitement vaut évidemment pour tout le droit administratif, il est des domaines de celui-ci où il ne peut, en raison même de la matière réglementée, n'avoir qu'une portée restreinte. Ainsi en est-il en matière de plans d'affectation (ATF 121 I 245, 249, *B.*), de même qu'en ce qui concerne les réglementations locales du trafic, notamment celles relatives au stationnement (ATF 122 I 279, 288, *Geschäftsvereinigung Limmatquai*). Dans ces cas, l'inscription nécessaire des mesures étatiques dans un espace concret crée inévitablement des inégalités et le principe d'égalité de traitement se confond alors avec l'interdiction de l'arbitraire (*id.*).

96. L'égalité de traitement a été étudiée en détail dans le cours de droit constitutionnel. Nous ne reviendrons ici que sur deux questions particulièrement importantes pour l'activité de l'administration, la requête de traitement égal illégal et le changement de pratique. Les droits procéduraux que le Tribunal fédéral a tiré de l'art. 4 aCst. seront examinés avec l'étude de la procédure administrative (DB 10). Ces droits sont d'ailleurs pour la plupart aujourd'hui expressément consacrés aux art. 29 ss Cst.

## 2. *L'égalité dans l'illégalité*

97. D'après une jurisprudence constante, le fait que l'autorité ait violé la loi dans un cas d'espèce ne donne pas un droit aux administrés se trouvant dans une situation semblable à un traitement identique et tout aussi illégal: il n'y a pas d'égalité dans l'illégalité, car le principe de la légalité prime normalement celui de l'égalité de traitement (ATF 123 II 248, 254, *R.*; 122 II 446, 451, *X.*; ATF du 14.02.2001 in SJ 2001 II 529, 533, *Plakanda AWI AG*).

98. Une exception à cette règle doit néanmoins intervenir si l'autorité s'écarte de la loi par une pratique établie et n'entend pas revenir à une pratique légale: l'administré qui se trouve dans une situation identique à celle de ceux qui ont bénéficié du traitement illégal a alors le droit au même traitement, sauf si des intérêts publics ou privés prépondérants exigent que la loi soit appliquée strictement en l'espèce (*id.*; et aussi ATF 127 I 1, 2/3, *Martin Stoll*; SJ 2006 I 38, 41, TF 4.8.2005; pour un cas où l'égalité dans l'illégalité a été admise en matière fiscale, JAAC 68/2004 no 75, Commission fédérale de recours en matière de contributions 11.11.2003 ; pour un autre cas en matière changement d'affectation d'arcades commerciales, RDAF 2006 I 304, TA/GE 23.5.2006).



Le département genevois de justice et police et des transports a refusé à la société Plakanda AWI AG l'autorisation d'installer trois panneaux publicitaires aux abords d'un giratoire, en se fondant notamment sur les art. 6 al. 1 LCR et 96 al. 1 let. a et 97 al. 2 OSR. Le Tribunal fédéral a confirmé cette décision.

«La recourante a produit plusieurs photos illustrant des installations de panneaux publicitaires, implantés par la Société générale d'affichage aux abords de différents carrefours, qui n'auraient jamais fait l'objet d'une autorisation. A première vue, plusieurs de ces panneaux paraissent en effet situés à des endroits plus critiques que les panneaux projetés par la recourante [...].

Dans sa réponse au recours, le Département a clairement manifesté son intention de ne plus tolérer la pose de panneaux publicitaires sans autorisation, méthode que la recourante semble d'ailleurs avoir elle-même pratiqué à quelques reprises, et d'appliquer de manière plus rigoureuse les dispositions fédérales également à l'égard de la Société générale d'affichage. A l'avenir, on peut donc s'attendre à ce que le Département adopte une pratique restrictive [...]. En outre, [...], il devrait aussi intervenir pour corriger les abus éventuels qu'il pourrait constater, dans le cadre des dispositions transitoires de la loi cantonale sur les procédés de réclame [...].

Dans ce contexte, la recourante ne saurait se plaindre d'une inégalité de traitement. Tout laisse en effet supposer que les autorités compétentes vont appliquer de façon plus stricte et cohérente, aux carrefours à sens giratoire, la notion de mise en danger de la sécurité routière contenue aux art. 6 al. 1 LCR et 96 al. 1 OSR.» (ATF du 14.02.2001 in SJ 2001 II 529, 533, *Plakanda AWI AG*)

### 3. *Les changements de pratique*

99. Un changement de pratique judiciaire ou administrative crée inévitablement une inégalité entre les cas jugés avant ledit changement et ceux tranchés postérieurement. On ne saurait en tirer une interdiction totale de changer de pratique, sauf à conférer à la première jurisprudence une valeur normative absolue qu'elle ne peut pas avoir. On se contente donc d'exiger que le changement de pratique repose sur des raisons sérieuses et objectives (DB 2, no 48; voir aussi ATF 127 I 49, 52, X.). Pour que l'égalité de traitement soit respectée, il convient en outre que le changement s'applique immédiatement, y compris aux affaires pendantes au moment où il intervient (ATF 122 I, 57, 59, *Groupement pour la protection de l'environnement*; ATF 114 V 315, 318, S.). En d'autres termes, il doit s'agir d'un véritable changement de pratique et non d'une exception ponctuelle à une pratique qui reste établie. On rappellera encore que le principe de la bonne foi doit être respecté (*supra* no 84).

## VI **L'interdiction de l'arbitraire**

### 1. *Notion et nature juridique*

100. La prohibition de l'arbitraire, droit constitutionnel fondé jusqu'ici sur l'art. 4 aCst. et désormais explicitement consacré à l'art. 9 Cst., vaut aussi bien pour la législation que pour l'application du droit. Une norme est arbitraire lorsqu'elle n'est pas fondée sur des motifs sérieux et objectifs, qu'elle est dépourvue de sens et d'utilité (ATF 129 I 1, 3, X.; 123 II 16, 26, X.+Co.), hypothèse, on en conviendra,

peu probable. Une décision est arbitraire non pas déjà lorsqu'une autre solution est possible ou même préférable, mais lorsqu'elle est en contradiction claire avec l'état de fait, qu'elle viole grossièrement un principe juridique incontesté ou qu'elle heurte d'une manière choquante le sentiment de la justice; elle ne doit pas seulement être arbitraire dans sa motivation, mais également dans son résultat (ATF 129 I 8, 9, X.; 128 I 273, 275, A.; 124 I 247, 250, T.). L'administration se rendra ainsi coupable d'arbitraire en violant la loi de façon manifeste ou en commettant un excès ou un abus grossier de son pouvoir d'appréciation.

## **2. *Le contrôle judiciaire du principe***

101. Les juridictions administratives peuvent annuler une décision au motif que celle-ci est arbitraire. Cependant, comme l'arbitraire résulte d'une illégalité ou d'un abus du pouvoir d'appréciation qualifiés, le juge administratif n'a, en réalité, pas besoin de constater l'arbitraire d'une décision pour l'invalidier, il peut se contenter du vice «simple» de cette décision. L'invocation du grief de l'arbitraire devant le juge administratif, en sus de celui de la violation ordinaire du droit, n'a donc, en pratique, qu'une valeur rhétorique.

102. C'est en fait dans le recours de droit public que l'interdiction de l'arbitraire jouait un rôle significatif, dans les cas où le recourant ne pouvait invoquer la violation d'un droit fondamental spécifique ou de la séparation des pouvoirs. Il convient cependant de rappeler que, jusqu'ici, la jurisprudence constante du Tribunal fédéral a refusé d'admettre que l'interdiction de l'arbitraire crée en elle-même un intérêt juridiquement protégé au sens de l'art. 88 OJ (ATF 121 I 267, 269, I. M., qui concernait pourtant un canton, Berne, dont la constitution consacre expressément le principe de l'interdiction de l'arbitraire). Le recourant n'a ainsi qualité pour agir que s'il peut invoquer la violation d'une norme lui conférant un droit ou une protection juridique. Si, par exemple, en abusant manifestement de son pouvoir d'appréciation, l'administration refuse, une subvention à l'obtention de laquelle l'administré concerné n'avait aucun droit, celui-ci ne pouvait former un recours de droit public au seul motif que la décision de refus était arbitraire.

103. Cette jurisprudence aurait, à notre sens, dû être abandonnée sous l'empire de la nouvelle Cst., dès lors que celle-ci comporte un droit constitutionnel exprès de toute personne à être traitée sans arbitraire par l'Etat. Rien dans le texte constitutionnel ne permet de conclure que ce droit constitutionnel conférerait moins qu'un autre droit fondamental un intérêt juridiquement protégé à ses titulaires. La violation de l'interdiction de l'arbitraire aurait dû donc pouvoir être invoquée dans un recours de droit public, même en l'absence d'une norme autre que l'art. 9 Cst. protégeant le recourant. Le Tribunal fédéral n'a cependant pas suivi ce point de vue et a décidé de maintenir son ancienne pratique même sous l'empire de la nouvelle Cst. (ATF 126 I 81, 84 ss, P.; 126 II 377, 388, F.A. und

*A.A.*). Cette jurisprudence ne sera évidemment plus d'actualité pour les cas qui désormais pourront faire l'objet d'un recours en matière de droit public au sens des art. 82 ss LTF, puisque celui-ci n'exige pas que le recourant se prévale d'un intérêt juridique (art. 89 al. 1 let. c LTF). Elle ne devrait pas non plus être maintenue, de l'avis de la doctrine pratiquement unanime, concernant le recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF), quand bien même celui-ci exige un intérêt juridique (art. 115 let. b LTF).