

UNIVERSITE DE GENEVE
Faculté de droit

DROIT ADMINISTRATIF
Professeur Thierry Tanquerel
Année académique 2006-2007

DB 4

Les décisions

Table des matières

I	La notion de décision	4	
1.	<i>La définition</i>	4	
2.	<i>Les éléments constitutifs de la décision</i>	5	
A.	Le caractère souverain et unilatéral	5	
B.	Le prononcé par une autorité	6	
C.	Le caractère individuel et concret	7	
D.	Le fondement de droit public	8	
E.	La portée sur des droits ou obligations d'administrés	8	
F.	Le caractère obligatoire	10	
3.	<i>Les décisions générales</i>	10	
II	La forme des décisions	12	
III	Les différents types de décisions	13	
1.	<i>Les décisions formatrices, constatatoires et négatives</i>	13	
A.	Les décisions formatrices	13	
B.	Les décisions constatatoires	13	
C.	Les décisions négatives	14	
2.	<i>Les décisions d'office et les décisions sur requête</i>	15	
3.	<i>Les décisions incidentes et les décisions finales</i>	15	
4.	<i>La classification des décisions selon leurs effets</i>	18	
5.	<i>Les mesures provisionnelles</i>	19	
6.	<i>Les décisions avec clauses accessoires</i>	20	
7.	<i>Les autorisations</i>	21	
A.	Les autorisations ordinaires	21	
	a. Les autorisations de police	21	
	b. Les autres autorisations	22	
B.	Les autorisations dérogatoires	22	

I La notion de décision

1. La définition

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

La notion juridique de décision administrative est cependant plus étroite. La jurisprudence la définit comme un acte de souveraineté individuel, qui s'adresse à un particulier et qui règle de façon impérative et contraignante une situation concrète soumise au droit administratif, soit en créant des droits et des obligations, soit en constatant l'existence (ATF 131 I 32, 33/34, X. ; 126 II 300, 301/302, *Ruth Gonseth*; 125 I 313, 316, *Bernischer Lehrerinnen- und Lehrerverein*; 121 II 473, 477, *X-Leben*; 104 Ia 26, 29, X.; 101 Ia 73, 74, *Association suisse du tourisme équestre*).

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

3. Certes, l'art. 5 PA ne vaut que pour les décisions fondées sur le droit fédéral (y compris en droit des assurances sociales, en l'absence de concrétisation plus précise dans la LPGA, ATF 130 V 388, 391, *F.*). Les principes qui y sont exprimés peuvent néanmoins servir à l'interprétation du droit cantonal (ATF 104 Ia 26, 27/28, X.). Au demeurant, le droit cantonal s'est largement aligné sur la notion fédérale de la décision. Ainsi, en droit genevois, l'art. 4 al. 1 LPA ne comporte que des différences rédactionnelles de détail avec l'art. 5 PA, la notion de décision qu'il définit étant la même que celle du droit fédéral, à l'exception du fondement légal de la décision: l'art. 4 LPA ne limite évidemment pas ce fondement au droit fédéral, mais se réfère au droit public fédéral, cantonal et communal.

4. L'importance de la définition de la notion de décision, qui permet de la distinguer d'autres actes juridiques comme les normes et les contrats, réside dans le fait que les principes régissant la création, la modification et la contestation de ces actes sont très différents. La décision ne peut être prise qu'après une procédure garantissant notamment le droit d'être entendu des intéressés, procédure qui n'est pas applicable aux normes et aux contrats. Elle est plus stable que les normes, mais moins que les contrats, qui créent des droits acquis. Elle doit être attaquée directement: une décision entrée formellement en force (qui ne peut plus faire l'objet d'un recours ordinaire) ne peut plus être contestée à l'occasion de l'examen d'une décision subséquente l'exécutant, sous réserve du cas du contrôle préjudiciel par le juge pénal lorsqu'il est admissible (cf. DB 9) et de celui de la violation d'un droit fondamental inaliénable et imprescriptible (ATF 118 Ia 209, 212, L). En revanche, la validité des normes peut aussi être remise en cause par voie d'exception à l'occasion d'un acte d'application.

2. *Les éléments constitutifs de la décision*

A. Le caractère souverain et unilatéral

5. Cet aspect de la décision est caractéristique de l'inégalité des parties à la relation administrative. La possibilité de fixer une situation juridique par un acte unilatéral est le privilège essentiel que la loi confère à l'autorité compétente en droit administratif. L'activité de droit public de l'administration se distingue en cela de son activité fondée sur le droit privé, qui présuppose une égalité de parties consentantes. Mais cette activité de prescription unilatérale est évidemment soumise au principe de la légalité. Pour qu'une autorité ou un organisme chargé d'une tâche de droit public puisse agir au moyen de décisions unilatérales, il faut qu'il y ait lieu d'appliquer des prescriptions obligatoires de droit administratif.

Des particuliers ont contesté en vain devant le Tribunal administratif du canton de Schwytz la décision par laquelle la société anonyme privée chargée de leur fournir l'eau courante leur réclamait une redevance pour les années 1989 à 1991. Le Tribunal fédéral a admis le recours de droit public interjeté contre l'arrêt du Tribunal administratif. Il a notamment considéré qu'une société chargée de fournir l'eau courante à la population ne pouvait émettre ses factures sous forme de décisions si, faute d'être concessionnaire, elle ne disposait pas du droit d'édicter un tarif relevant de la souveraineté étatique. La question de savoir si la société en question était soumise à une obligation de fourniture même avant d'avoir obtenu une concession et si, dans un tel cas, ses rapports avec ses consommateurs étaient régis par le droit public pouvait rester ouverte. En effet, même dans une telle hypothèse, le droit de prononcer des décisions exigerait une base légale expresse. (ATF du 9.6. 1995 in ZBl 1996 567, résumé in RDAF 1997 p. 379/380).

6. Il peut ainsi arriver qu'un rapport de droit public ne soit pas destiné à être réglé par voie de décision. Cela peut notamment se produire lorsque des personnes privées (ou des entités étatiques autonomes) sont chargées de mettre en œuvre une législation de droit public. Ainsi, en matière de prévoyance professionnelle selon la

LPP, les institutions de prévoyance ne sont pas habilitées à rendre des décisions. Lorsqu'un litige surgit au sujet de prétentions qu'elles font valoir envers des assurés ou qu'elles leur refusent, ce litige doit se résoudre par la voie d'une action devant le tribunal compétent, de façon analogue à un litige privé (art. 73 LPP; ATF 122 IV 270, 277, *B.*, même d'ailleurs s'il s'agit d'une institution de prévoyance de droit public, ATF 115 V 224, 229 ss, *N.*). Il ne s'agit pas là d'une caractéristique intrinsèque du droit des assurances sociales, mais d'un choix législatif. Les caisses-maladie au sens de l'art. 12 LAMal, ainsi que les assureurs, y compris privés, pratiquant l'assurance-accidents obligatoire selon la LAA disposent quant à eux du droit de rendre des décisions administratives (art. 49 LGPA, en liaison avec les art. 2 LGPA, 1^{er} LAMal et 1^{er} LAA).

7. Tant l'art. 5 al. 3 PA que l'art. 4 al. 3 LPA précisent d'ailleurs que lorsqu'une autorité rejette ou invoque des prétentions à faire valoir par voie d'action, sa déclaration n'est pas considérée comme une décision. Or, ce n'est pas la nature d'une prétention, mais le choix du législateur qui indique s'il faut faire valoir une prétention par voie d'action. On remarque, par exemple, que les prétentions fondées sur la responsabilité de l'Etat donnent lieu à une action sur le plan cantonal genevois (art. 7 al. 1 LREC), mais en principe à une décision sujette à recours sur le plan fédéral (art. 10 al. 1 LRCF). Lorsque, comme dans les deux exemples précités, la loi est claire, l'application des art. 5 al. 3 PA et 4 al. 3 LPA ne pose pas de problème. En revanche, dans des cas où la voie de l'action n'est pas clairement indiquée, le risque d'un raisonnement circulaire est présent: l'action est-elle ouverte parce qu'il n'y a pas de décision attaquable ou l'absence de décision est-elle fondée sur l'ouverture de l'action? Ces cas étant peu nombreux, le problème n'a qu'une portée pratique restreinte (pour un exemple, où le Tribunal administratif genevois admet la recevabilité d'une action pécuniaire devant lui, au sens de l'art. 56G LOJ, sans analyser en tant que telle la nature de l'acte contesté, voir SJ 2002 I 427, ATA/GE 9.11.2001).

8. La détermination du caractère unilatéral d'un acte peut poser des problèmes lorsqu'une décision est soumise à requête ou à acceptation de son destinataire. Il n'est ainsi pas toujours aisé de distinguer entre une telle décision et un contrat de droit administratif.

B. Le prononcé par une autorité

9. Les décisions administratives sont le plus souvent prononcées par les autorités administratives dépendant du pouvoir exécutif, conformément aux compétences définies par la loi. Mais, dans la mesure où la loi le prévoit, les organes d'une personne privée chargée d'une tâche de droit public peuvent aussi avoir la compétence de rendre des décisions (voir l'exemple des assureurs LAA cité au no 6; voir aussi l'art. 5 let. g LPA sur la notion d'autorité administrative). Mais il faut évidemment, dans ce cas, que la personne privée soit véritablement

chargée d'une tâche publique qui lui a été déléguée; si elle ne fait qu'exercer une activité que la collectivité publique pourrait certes aussi assumer, mais sans qu'il s'agisse d'une tâche nécessairement étatique, alors elle est régie par le droit privé et ses actes ne sont pas des actes de souveraineté (SJ 2001 557, 560/561, *Société romande des marchands forains*, concernant l'organisateur d'une braderie sur le domaine public; ATF 126 I 250, 254, *A.X. et B.X.*, concernant l'organisateur de la foire internationale ART de Bâle). Les organes législatifs fédéraux, cantonaux ou communaux peuvent aussi être chargés par la loi d'adopter des actes qui constituent des décisions administratives. Le Grand Conseil genevois peut ainsi être amené à se prononcer sur une demande de naturalisation en vertu des art. 19 ss de la loi sur la nationalité genevoise, du 13 mars 1992 (RS/GE A 4 05). Il en va de même des tribunaux civils et pénaux dans l'exercice de leurs compétences de gestion (par exemple, la nomination de fonctionnaires au service d'un tribunal). Les prononcés sur recours des tribunaux administratifs sont, quant à eux, par définition, des décisions, conformément aux art. 5 al. 2 PA et 4 al. 2 LPA.

C. Le caractère individuel et concret

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

Un acte est individuel lorsqu'il s'adresse à une personne déterminée ou à un nombre déterminé de personnes (ATF 125 I 313, 316, *Bernischer Lehrerinnen- und Lehrerverein*); à cet égard, c'est le cercle des personnes dont la situation juridique est touchée qui est pertinent. Un acte est concret lorsqu'il régit une situation donnée et non un nombre indéterminé de cas. Ne sont pas des décisions, même s'ils sont intitulés ainsi (comme c'est l'usage dans le canton de Vaud), les actes par lesquels des autorités communales fixent d'une manière générale les horaires d'ouverture d'établissements publics: ces actes s'adressent en effet à un nombre indéterminé d'administrés – les exploitants actuels et futurs d'établissements publics dans la commune – et règlent un nombre indéterminé de situations. Constituera, en revanche, une décision l'acte par lequel un établissement donné reçoit l'autorisation de rester ouvert plus longtemps à l'occasion d'une fête. Ne constitue pas non plus une décision, faute d'individualisation, la «décision de principe» prise par l'Office fédéral de l'adjudance constatant que les membres d'une association ne peuvent plus être considérés comme des religieux faisant partie de l'Eglise catholique et être ainsi dispensés du service militaire (JAAC 1993/57 no 19). En application du même critère, la déclaration cantonale d'extension d'une convention collective n'a pas été considérée comme une décision:

«Dans un arrêt du 3 octobre 1972, le Tribunal fédéral a jugé que la déclaration d'extension est un acte administratif qui appartient au droit public et qu'elle est en quelque sorte “une manière particulière de légiférer” [...]. [...]

[...] il y a décision lorsque, par l'objet même du régime juridique sur lequel porte l'acte, le nombre de destinataires ou le nombre de situations ou les deux à la fois, sont déterminés ou déterminables (P. Moor, Droit administratif, Berne 1991, vol. II, p. 116). Or, tel n'est pas le cas de la déclaration d'extension à l'endroit de tiers à la convention, puisque par définition, elle étend la validité de la convention collective de travail à un nombre indéterminé d'employeurs et de travailleurs.» (ATF 128 II 13, 17/18, X., publié aussi in SJ 2002 I 74)

11. Il se peut évidemment que seul le caractère individuel ou le caractère concret de l'acte soit présent. Ainsi, la nomination d'un fonctionnaire, l'octroi d'une autorisation d'exploiter, la décision d'affiliation à une assurance sociale ont des effets sur un individu, mais régissent un nombre indéterminé de situations. Ces actes peuvent donc être considérés comme individuels et abstraits. Ils constituent des décisions, le critère de l'individualité primant. A l'inverse, certaines décisions régissant une situation concrète ont un nombre indéterminé de destinataires. Nous y reviendrons plus loin (*infra* nos 17 ss).

D. Le fondement de droit public

12. Comme nous l'avons déjà relevé, le pouvoir de rendre une décision doit être prévu par la loi. C'est précisément une caractéristique du droit public que de connaître ce type de pouvoir. Souligner que la décision administrative repose sur le droit public permet de la distinguer de l'acte formateur qu'accomplirait l'administration dans une relation de droit privé (résiliation d'un bail p. ex.). On rappellera également qu'un privé ou un tribunal civil peuvent se voir confier la compétence d'appliquer une règle de droit administratif au moyen d'une décision (*supra* no 9).

E. La portée sur les droits et obligations d'administrés

13. Une décision doit avoir pour objet des droits et obligations d'administrés, que ce soit pour les créer, les modifier, les annuler, les constater ou pour en rejeter la création ou la constatation. La décision se distingue ainsi d'actes administratifs internes, qui ont certes des effets juridiques au sein de l'appareil étatique, mais ne touchent pas directement les droits et obligations des administrés, comme le budget (ATF du 27.10.1997, *Association Maison du Bout-du-monde*, in SJ 1998 296, 298) ou un préavis (ATF 116 Ib 260, 264/265, *WWF*). Elle se distingue également des mesures d'organisation de l'administration, telles celles qui fixent les modalités d'un service public (cf. DB 3, nos 3 et 4, ainsi que l'ATF 128 II 156, 163 ss cité en extraits au DB 3 no 29). Elle se distingue enfin des actes matériels, y compris les modalités de ceux-ci, qui peuvent, le cas échéant, être accomplis en exécution d'une décision (p. ex. la démolition d'office d'une construction illégale après qu'une commination adressée au perturbateur n'a pas été suivie d'effet ou encore la fixation d'un délai de départ, respectivement le refus de prolonger un tel délai, après une décision de renvoi d'un requérant d'asile entrée en force, JAAC 2003/67 no 1). N'est pas non plus une décision, selon le Conseil fédéral,

l'ouverture d'une enquête administrative suite à des allégations de graves irrégularités en relation avec une procédure pénale (JAAC 2005/69 no 54, CF 22.12.2004). La question de la présence ou non d'une décision, le cas échéant « tacite », peut s'avérer difficile lorsqu'une autorité laisse passer sans réagir un délai dans lequel elle peut prendre une mesure restrictive : le Tribunal fédéral a ainsi laissé ouverte la question de savoir comment qualifier le comportement de la Commission fédérale de la concurrence qui laisse passer le délai de quatre mois relatif à l'examen d'une concentration d'entreprises sans s'opposer à celle-ci (ATF 131 II 497, 502 ss, *Edipresse*).

14. Nous avons vu que la distinction entre acte administratif interne et décision peut s'avérer difficile en ce qui concerne les fonctionnaires (DB 3 no 5). Devront être considérées comme des décisions les mesures qui touchent la situation juridique du fonctionnaire vis-à-vis de son employeur, l'Etat: la nomination, le licenciement, les sanctions, comme par exemple l'avertissement sanction (*Verwarnung*) prévu notamment par l'art. 25 LPers (JAAC 2005/69 no 33, Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral 30.9.2004). Ces mesures ne s'adressent en effet pas au fonctionnaire en tant qu'organe ou agent de la collectivité, mais en tant que personne indépendante ayant une relation particulière avec la collectivité (JAAC 2000/64 no 66, cons. 2a).

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

15. La décision doit aussi se distinguer des simples renseignements, recommandations ou admonestations adressés par l'administration à des particuliers. Toute indication donnée par l'administration sur une situation juridique ou de fait ne constitue pas une décision constatatoire. Ainsi, un renseignement donné par l'administration fiscale sur l'application de dispositions légales ne constitue pas une décision (ATF 121 II 473, 479, X.-Leben). Il en est de

même d'une lettre exprimant l'avis d'une autorité sur la nature juridique d'une enquête administrative (JAAC 2005/69 no 54, CF 22.12.2004). Constitue en revanche une décision une déclaration d'intention claire adressée à un administré particulier relative au refus futur d'autorisations dans des situations bien déterminées (ATF 114 Ib 190, 191, *Ballmer*, relatif à la décision par laquelle l'autorité compétente avait informé une entreprise qu'elle ne lui délivrerait plus d'autorisations de faire circuler des convois routiers dépassant certaines limites de poids et de dimensions). De même, le simple rappel des conséquences légales d'une décision (avertissement «informel») ne constitue pas une décision (JAAC 1991/55 no 18). En revanche, tel est le cas du prononcé d'un avertissement formel, que celui-ci constitue explicitement une sanction disciplinaire, qu'il soit une étape obligatoire précédant une éventuelle mesure préjudiciable au destinataire ou encore qu'il favorise ou prépare une mesure ultérieure qui, autrement, pourrait être jugée contraire au principe de la proportionnalité (ATF 125 I 119, 121, X.; 103 Ia 426, 428 ss, X.).

F. Le caractère obligatoire

16. Dès lors qu'elle règle une situation de façon contraignante et impérative, une décision s'impose à ses destinataires. Il s'ensuit que son non-respect peut être sanctionné (voir p. ex. art. 137 al. 1 let. c LCI) et que des mesures d'exécution forcée peuvent être prises pour assurer le respect des obligations qu'elle prévoit. Cet aspect des décisions fera l'objet d'une étude plus détaillée (DB 15).

3. *Les décisions générales*

17. Les décisions générales (*Allgemeine Verfügungen*) se caractérisent par le fait qu'elles concernent certes une situation déterminée (il s'agit donc d'actes concrets), mais qu'elles s'adressent à un nombre indéterminé de personnes (il s'agit donc d'actes généraux). Sont considérées comme des décisions générales, par exemple, l'interdiction d'une manifestation ou les réglementations locales du trafic (ATF 101 Ia 73, 74/75, *Association suisse du tourisme équestre*). On peut, à notre avis, se demander si la nature locale de ces réglementations leur confère bien un caractère concret, car elles visent en réalité un nombre indéterminé de situations: tous les cas où un usager de la route leur est confronté; la jurisprudence et la doctrine sont cependant unanimes à les considérer comme des décisions générales. Ont également été considérées comme des décisions générales un arrêté suspendant l'augmentation de traitement du personnel enseignant d'un canton pendant une année scolaire déterminée (ATF 125 I 313, 316, *Bernischer Lehrerinnen- und Lehrerverein*), des directives municipales réglant le bruit du tir lors de la fête du «*Banntag*» de 1996 à Liestal (ATF 126 II 300, 302, *Ruth Gonseth*) ou encore l'adaptation de la structure de l'espace aérien autour de l'aéroport de Zurich selon la législation sur l'aviation (JAAC 2005/69 no 45,

Commission de recours en matière d'infrastructures et d'environnement 30.11.2004).

18. Le régime des décisions générales emprunte à la fois à celui de la décision et à celui de la norme. Elles sont assimilées aux décisions administratives quant à la possibilité d'interjeter un recours direct contre elles (ATF 126 II 300, 302, *Ruth Gonseth*; 125 I 313, 316/317, *Bernischer Lehrerinnen- und Lehrerverein*; 101 Ia 73, *Association suisse du tourisme équestre*; art. 3 al. 4 LCR; voir aussi ATF 113 Ia 426, 428 ss, *Quartierverein Rotmonten*, où le Tribunal fédéral, s'agissant de la qualité pour recourir, traite de la question en assimilant manifestement une décision générale à une décision administrative et non à une norme; dans ce sens Häfelin/Müller/Uhlmann, 5^{ème} éd., no 925; Kölz/Häner no 495; *contra* Knapp, *Précis* no 885, qui estime que la décision générale doit être à cet égard soumise au régime de la norme).

19. Les décisions générales ne peuvent logiquement être notifiées individuellement. Elles feront donc l'objet d'une publication (art. 36 let. c et d PA; art. 107 al. 1 OSR). Quant à l'exercice du droit d'être entendu, certains auteurs le jugent en principe inconcevable (Moor, vol. II, p. 174; Knapp, *Précis* no 885). Le Tribunal fédéral a pourtant reconnu un droit d'être entendu, en matière de décisions générales, aux personnes qui sont touchées de façon substantielle davantage que le reste des destinataires de ces décisions (ATF 121 I 230, 233, *Ärztellegium Klinik Liebfrauenhof*; 119 Ia 141, 150, *Hegner-von Stockar*).

20. Enfin, la question se pose de savoir si une décision générale peut être contrôlée, comme une norme, à l'occasion d'un acte d'application. La doctrine y est favorable (Häfelin/Müller/Uhlmann, 5^{ème} éd. no 930; Kölz/Häner no 495; Knapp, *Précis*, no 885; Moor, vol. II, p. 175). La jurisprudence du Tribunal fédéral n'est toutefois pas totalement univoque sur ce point. Plusieurs arrêts sont favorables au contrôle préjudiciel (ATF 125 I 313, 317, *Bernischer Lehrerinnen- und Lehrerverein*; 112 Ib 249, 552, *Gemeinde Vaz/Observaz*). En revanche, dans un arrêt de 1987 (ATF 113 IV 123, 124 ss, *X.*), le Tribunal fédéral a limité la possibilité de contester une limitation de vitesse à l'occasion d'une sanction pour une violation de celle-ci au cas où ladite limitation serait nulle et non pas seulement annulable, alors que, dans des cas antérieurs, la possibilité d'un contrôle a été ouverte dans la mesure où un recours auprès d'un tribunal n'avait pas été possible contre la première décision (ATF 104 IV 24, 25/26, *Sch.*). Plus récemment, le Tribunal fédéral a précisé sa jurisprudence en matière de limitations de vitesse: le contrôle préjudiciel de la validité d'une telle limitation n'est pas exclu par principe, mais, pour des raisons de sécurité, la limitation doit être respectée lorsqu'elle est annoncée – même si elle est illégale, sans toutefois être nulle – si, à défaut, un danger pourrait en résulter pour les autres usagers de la route (ATF 128 IV 184, *X.*, rés. in SJ 2002 I 624). Cette précision, qui prend en considération l'avis de la doctrine, nous paraît tenir compte de façon équilibrée, d'une part, de la

nature de la décision générale et, d'autre part, des conséquences pratiques de l'admissibilité d'un contrôle préjudiciel.

II La forme des décisions

21. La question de la forme, du contenu et de la notification des décisions est essentiellement une question de procédure administrative qui sera examinée plus en détail ultérieurement (DB 10). Quelques indications de base doivent toutefois être données ici, en précisant d'emblée qu'un acte d'une autorité peut être considéré comme une décision s'il possède les caractéristiques matérielles de celle-ci, quand bien même il ne serait pas désigné comme tel et ne respecterait pas les exigences de forme applicables en l'espèce (JAAC 70/2006, Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral 18.10.2005).

22. La forme des décisions est en général écrite (art. 34 al. 1 PA; art. 46 al. 2 LPA), la transmission pouvant, à certaines conditions, se faire par voie électronique. Elle peut toutefois, suivant les circonstances, intervenir d'une autre manière, orale (art. 34 al. 2 PA pour les décisions incidentes), voire par signe (art. 66 OSR sur les injonctions données par la police en matière de circulation). La forme de la décision est évidemment liée à la notification de celle-ci, c'est-à-dire à sa communication à ses destinataires et à ceux qui disposent d'une voie de recours. La notification est la condition de l'opposabilité des décisions à ceux à qui elles imposent des obligations. Elle fait également partir les délais de réclamation ou de recours.

23. Les décisions doivent être motivées, afin de permettre aux administrés d'en comprendre le sens et, le cas échéant, de faire valoir leurs moyens de droit. La décision se compose donc, d'une part, d'un dispositif, à savoir la description des droits et obligations créés, modifiés ou constatés, et, d'autre part, d'une motivation, qui explique le fondement légal du dispositif. S'il est évidemment possible pour un administré de contester une décision pour motivation insuffisante, il ne peut en revanche mettre en cause la seule motivation de la décision sans en contester le dispositif, sauf si un élément de la motivation constate un fait déterminant pour un autre rapport de droit (ATF 115 V 416, 417, C.).

III Les différents types de décisions

1. Les décisions formatrices, constatatoires et négatives

A. Les décisions formatrices

24. Les décisions formatrices sont celles qui ont pour objet la création, la modification ou l'annulation de droits ou d'obligations d'administrés (art. 5 al. 1 let. a PA, art. 4 al. 1 let. a LPA). Ces décisions peuvent donc être favorisantes pour les administrés, leur imposer des devoirs ou encore leur conférer à la fois des devoirs et des obligations. Les décisions favorisantes bénéficient d'une stabilité plus grande que celles qui ne font qu'imposer des devoirs aux administrés. Sont des décisions formatrices aussi bien celles qui créent véritablement des droits et obligations nouvelles que celles qui concrétisent et individualisent des droits et obligations préexistant en vertu de la loi. On y assimilera les décisions qui affectent la situation juridique d'administrés sans que l'on puisse identifier précisément des droits ou obligations en découlant: on pensera ici aux sanctions administratives consistant en un blâme ou un avertissement formels (p. ex. art. 16 al. 1 let. a LPAC).

B. Les décisions constatatoires

25. Les décisions constatatoires ou déclaratives, ou encore de constatation, ont pour objet de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (art. 5 al. 1 let. b PA, cf. ATF 130 V 388, 390, *F.*, qui précise bien que la décision constatatoire fédérale a toujours pour objet des droits ou obligations individuels et concrets; art. 4 al. 1 let. b LPA), voire de faits (art. 4 al. 1 let. b LPA, qui constitue une particularité genevoise dont la portée pratique reste un peu mystérieuse). Elles ne servent donc pas à modifier la situation juridique, mais uniquement à la clarifier de façon obligatoire. Les administrés peuvent ainsi être fixés de façon certaine sur leurs droits et obligations. On peut noter qu'une décision en constatation visant à faire constater l'inconstitutionnalité d'actes matériels de l'administration peut constituer un moyen d'ouvrir, sur recours, un contrôle judiciaire indirect de tels actes (ATF 128 II 156, 165, *R.*; 121 I 87, 91/92, *VPM*, cf. DB 5, no 29). Cette manière de faire sera désormais consacrée par l'art. 25a al. 1 let. c et al. 2 PA, dans sa teneur suite à l'entrée en vigueur de la réforme de la justice fédérale (nPA), pour tout acte matériel illicite de l'administration qui touche les droits ou les obligations d'une personne.

26. L'autorité compétente peut rendre d'office une décision constatatoire si elle le juge nécessaire (art. 25 al. 1 PA, art. 49 al. 1 LPA). Se pose, au surplus, la question de savoir dans quelle mesure les administrés ont un droit à ce qu'une décision constatatoire soit rendue. L'art. 25 al. 2 PA prévoit que l'autorité doit donner suite à une demande en constatation si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection. Cet intérêt peut être juridique ou de simple fait et aucun intérêt public ou privé prépondérant ne doit s'y opposer (ATF 130 V 388, 391, *F.*; 126 II 300, 303, *Ruth Gonseth*; 121 V 311, 317/318, *Dr. Med. Z.*). Il doit aussi être présent en cas de demande de constatation de droit négative, portant par exemple sur la constatation de l'inexistence d'une obligation (ATF 132 V 18, 21 ss, *Philos*). En outre, une décision en constatation ne sera rendue que si l'intérêt

digne de protection du requérant ne peut pas être préservé au moyen d'une décision formatrice (ATF 130 V 388, 391, *F.*; 126 II 300, 303, *Ruth Gonseth*; 121 V 311, 317/318, *Dr. Med. Z.*) : le droit d'obtenir une décision constatatoire a ainsi été reconnu, faute d'autre moyen de protection, au locataire dans une procédure de contrôle des loyers selon l'art. 45 LCAP (ATF 129 II 125, 133, *A.*). Par ailleurs, la décision constatatoire doit se rapporter à une situation concrète; un contribuable peut ainsi demander que soit constaté le taux de TVA applicable à sa propre activité, mais non celui concernant toute une profession (ATF 123 II 16, 21, *X.*; voir aussi ATF 126 II 300, 303, *Ruth Gonseth*). Enfin, une requête de décision constatatoire ne saurait permettre de faire valoir des griefs qui auraient pu être invoqués dans un recours pour lequel le délai est échu (JAAC 2001/65 no 7 cons. 2c).

27. L'art. 25 al. 2 PA ne réserve donc pas *a priori* le droit de demander une décision constatatoire à ceux dont les droits et obligations doivent être constatés. On peut cependant penser qu'un tiers aura quelque difficulté à faire admettre le caractère digne de protection d'un intérêt qu'il alléguerait à faire constater des droits et obligations d'autrui sans que les siens soient également en cause.

28. En droit genevois, la qualité pour requérir une décision constatatoire est plus étroite, puisque l'intérêt invoqué doit être non seulement digne de protection, mais également juridique (art. 49 al. 2 LPA). Il s'ensuit, à notre avis, que seuls les titulaires des droits et obligations à constater peuvent requérir une décision en constatation, s'ils ont en outre un intérêt digne de protection à ce qu'une telle décision soit rendue.

C. Les décisions négatives

29. Les décisions négatives sont celles par lesquelles l'autorité rejette ou déclare irrecevable une demande tendant au prononcé d'une décision formatrice ou constatatoire (art. 5 al. 1 let. c PA, art. 4 al. 1 let. c LPA). La décision négative peut donc soit se prononcer négativement sur le fond, lorsque la création d'un droit est rejetée, soit consister en un refus de se prononcer, lorsqu'une demande de décision formatrice est déclarée irrecevable ou lorsque l'autorité refuse de prendre une décision constatatoire.

2. *Les décisions d'office et les décisions sur requête*

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

31. Mais il existe aussi de nombreuses situations où la loi permet aux administrés de faire usage d'une faculté, sans les y obliger. Dans ces cas, une décision administrative ne pourra intervenir que sur requête de l'administré: autorisations de construire, octroi de bourses, d'aides sociales diverses, permis de conduire, etc. Il existe également des cas où des décisions ne peuvent déployer leurs effets que si leurs destinataires les acceptent, comme, par exemple la nomination d'un fonctionnaire. Dans tous ces cas, la décision administrative requiert, pour être effective, la participation de son destinataire. Cette participation ne transforme toutefois pas la relation administrative en relation contractuelle. Si la participation de l'administré est la condition de l'avènement de la décision, elle n'est pas partie intégrante de l'acte juridique en cause, qui reste unilatéral. Cette précision a toute son importance en ce qui concerne la modification de la décision: celle-ci peut intervenir unilatéralement; la participation de l'administré n'a pas eu pour effet la création de droits acquis.

3. *Les décisions incidentes et les décisions finales*

32. Une décision est dite incidente lorsqu'elle est prise dans le cours d'une procédure administrative, contentieuse ou non contentieuse, sans mettre fin à celle-ci. Il s'agit de décisions portant sur la conduite de la procédure (convocation de témoins, demande d'expertise, octroi de délais pour déposer des pièces ou des écritures), de décisions de nature provisionnelle, comme l'octroi ou le refus de l'effet suspensif d'un recours (ATF 129 II 286, 288, *A., B. und IP-Suisse*; pour un autre exemple, ATF 122 II 211, 213, *A., B., C. und D.X.*, relatif à la suspension d'une procédure d'indemnisation selon la LAVI), de décisions sur des demandes de récusation (ATF 126 I 203, 205, *Epoux X.*) ou encore de décisions portant à titre préalable sur des questions de droit matériel (ATF 122 I 39, 41/42, *X. et Y.*).

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

On notera que le Tribunal fédéral des assurances a jugé que le fait pour un assureur social de mettre en oeuvre une expertise ne constitue pas, au vu de l'art. 49 LPGA, une décision incidente, mais un simple acte matériel (ATF 132 V 93, 100 ss, *IV-Stelle des Kantons St. Gallen*), ce qui est à notre avis discutable.

33. Est finale la décision par laquelle l'autorité saisie d'une requête ou d'un recours (ou d'une réclamation) tranche la question de fond posée par la requête ou le recours, ou déclare ceux-ci irrecevables, mettant ainsi fin à la procédure (sous réserve d'un recours à une instance supérieure) et par conséquent à sa saisine (ATF

122 I 39, 41/42, *X. et Y.*; 115 Ia 315, 317, *J. M.*; voir aussi ATF 131 V 42, 47, *Caisse cantonale neuchâteloise de compensation*, où il est précisé qu'une décision d'irrecevabilité qui sanctionne un refus de collaborer est bien une décision finale). Il y a lieu de souligner qu'une décision finale peut être partielle, c'est-à-dire ne mettre fin à la procédure que sur certains des points de fond qui y étaient soulevés, les autres points nécessitant encore une instruction complémentaire. Une telle décision partielle devrait logiquement être distinguée d'une décision incidente, ce qui n'est pas toujours aisé (cf. ATF 120 Ib 97, 99, *Metallwerke Refonda AG*). Le Tribunal fédéral tend, dans le cadre du recours de droit public, à l'assimiler à une décision incidente «*lato sensu*» (ATF 123 I 325, 327/328, *D.*); en revanche, il a admis que le recours de droit administratif était directement ouvert contre des décisions qu'il a qualifiées de «*finales partielles*» (ATF 132 II 10, 13, *OFDT*; 129 II 384, 385, *A.*) ou «*partielles sur le fond*» (ATF 130 II 321, 324, *X.*; SJ 2005 I 1, 5, TF 29.3.2004). La LTF a consacré la notion de décision partielle à son art. 91: sont des décisions partielles – contre lesquelles le recours en matière de droit public et le recours constitutionnel subsidiaire sont recevables – les décisions qui statuent sur un objet dont le sort est indépendant de celui qui reste en cause (art. 91 let. a LTF) ou qui mettent fin à la procédure à l'égard d'une partie des consorts (art. 91 let. b LTF).

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

35. Selon le droit en vigueur jusqu'à fin 2006, qui est celui sur lequel la jurisprudence connue aujourd'hui s'est fondée, les décisions incidentes ne peuvent en effet être attaquées par un recours séparément (c'est-à-dire immédiatement et non pas avec la décision finale) que si elles sont susceptibles de causer à l'intéressé un dommage irréparable (art. 45 PA, 87 al. 2 OJ, 57 let. c LPA), sous réserve des décisions sur la compétence ou en matière de récusation (pour le recours de droit public: art. 87 al. 1 OJ; voir aussi ATF 126 I 207, 209, *X.* et 126 I 203, 205/206, *Epoux X.*, d'où il ressort que, déjà sous l'empire de l'ancien art. 87 OJ, les décisions incidentes sur la compétence ou les demandes de récusation devaient être attaquées immédiatement). Cette limitation s'applique également aux décisions incidentes présentées comme séparément susceptibles de recours par l'art. 45 al. 2 PA (ATF 120 Ib 97, 100, *Metallwerke Refonda AG*). La façon de définir le dommage irréparable est plus stricte pour le recours de droit public que pour le recours de droit administratif. On notera, à titre d'exemple, que le refus de désigner un avocat d'office dans une procédure de révision a été considéré comme susceptible de causer un dommage irréparable au sens de l'art. 87 al. 2 OJ (ATF 129 I 129, 131, *X.*). Sous l'angle de l'art. 45 al. 1 PA, la jurisprudence admet qu'il suffit que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit immédiatement annulée ou modifiée (ATF 129 II 183, 187, *Banque*

cantonale vaudoise, et la jurisprudence citée). Tel est le cas de la contestation par une partie de l'octroi de la qualité de partie à une autre personne (*id.*).

36. La conséquence procédurale découlant de la qualification de décision incidente ou finale a pu avoir des effets curieux sur cette qualification elle-même. C'est ainsi que le renvoi d'une affaire par une autorité cantonale de recours, pour nouvelle décision, à une autorité inférieure, y compris le prononcé sur les frais et dépens contenu dans une telle décision a été, aux fins du recours de droit public (sous l'angle de l'art. 87 OJ), considéré par le Tribunal fédéral comme une décision incidente (ATF 122 I 39, 41/42 *X. et Y*), en tout cas lorsque l'autorité inférieure conservait une certaine liberté de décision (ATF 116 Ib 442, 445, *P. AG*; voir aussi ATF 129 I 313, 317, 317 ss, *Commune municipale de N.*). Analysé dans le cadre d'un recours de droit administratif (sous l'angle de l'art. 45 PA), le renvoi à une autorité inférieure, à tout le moins lorsqu'il était accompagné d'instructions, a été considéré comme une décision finale, quand bien même la nouvelle décision exigée de l'autorité inférieure n'était pas entièrement prédéterminée par la décision de renvoi (ATF 131 II 58, 61, *Conseil d'Etat du canton du Valais*; 129 II 286, 291, *A., B. und IP-Suisse*; 120 V 233, 237, *OFIAMT*; 118 Ib 196, 198/199, *Gemeinde Arosa*). Même si elle tournait autour du même critère, à savoir la marge de manœuvre dont dispose l'autorité à qui la cause a été renvoyée, la jurisprudence semblait donc admettre plus facilement qu'une décision de renvoi était une décision finale lorsqu'elle examinait cette question dans le cadre d'un recours de droit administratif que lorsqu'elle le fait à l'occasion d'un recours de droit public. Reste à voir comment la jurisprudence évoluera dans le contexte du nouveau droit résultant de la réforme de la justice fédérale.

37. En effet, la LTF et la LTAF font, d'une part, disparaître les différences de traitement des décisions incidentes en fonction des diverses voies de droit fédérales et, d'autre part, élargissent quelque peu les possibilités de recours séparé contre ces décisions. L'art. 92 LTF, qui s'applique au recours en matière de droit public et au recours constitutionnel subsidiaire (par renvoi de l'art. 117 LTF), prévoit que les décisions préjudicielles et incidentes qui sont notifiées séparément et qui portent sur la compétence ou sur une demande de récusation peuvent faire l'objet d'un recours (al. 1), en précisant qu'elle ne peuvent plus être attaquées ultérieurement (al. 2). Pour les autres décisions préjudicielles et incidentes, le recours séparé sera, comme maintenant, possible si elles peuvent causer un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF) ou, ce qui est nouveau, si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93 al. 1 let. b LTF). Si le recours séparé est irrecevable ou n'est pas utilisé, il sera toujours possible d'attaquer la décision incidente en même temps que la décision finale si elle influe sur le contenu de cette dernière (art. 93 al. 3 LTF). La PA dans sa nouvelle teneur comporte une réglementation analogue (art. 45 et 46 nPA).

38. Le délai de recours peut aussi être plus court pour les décisions incidentes: l'art. 106 al. 1 OJ, pour le recours de droit administratif, l'art. 50 PA, ainsi que l'art. 63 al. 1 let. b LPA prévoient un délai de dix jours, alors que ce délai est de trente jours pour les décisions finales. La LTF et la nPA ne reprennent pas cette différence : le délai de recours sera aussi de 30 jours pour les décisions incidentes. On peut se demander dans quelle mesure les cantons s'aligneront sur la solution fédérale.

4. *La classification des décisions selon leurs effets*

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

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

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

5. *Les mesures provisionnelles*

42. Lorsqu'une décision doit être prise, ou du moins envisagée, dans des circonstances données, il peut arriver que le temps nécessaire pour instruire correctement la cause soit susceptible de provoquer une atteinte irréparable à l'intérêt public ou à des intérêts privés protégés par la loi. Il peut se révéler dès lors

nécessaire de statuer provisoirement, pour maintenir une situation donnée, pour faire cesser une atteinte ou pour autoriser immédiatement une certaine activité. La décision prise à cet égard constitue une mesure provisionnelle. Il s'agit bien d'une décision, car elle règle une situation concrète en statuant sur des droits et obligations. Mais cette décision est incidente, car elle ne met pas fin à la procédure sur le fond. Elle ne fait que régler la situation de façon provisoire. On peut noter, à cet égard, que l'octroi ou le retrait de l'effet suspensif d'un recours par l'autorité saisie est une forme de mesure provisionnelle.

43. Les mesures provisionnelles sont prévues expressément, en cas de recours, par les art. 55 et 56 PA, ainsi que 94 et 113 OJ (dès 2007, art. 103 et 104 LTF). A Genève, la LPA les autorise dans une disposition générale (art. 21 LPA), applicable aussi bien en procédure non contentieuse qu'en procédure de recours (en sus de l'art. 66 LPA, qui traite de l'effet suspensif). De nombreuses lois spéciales prévoient également des mesures provisionnelles spécifiques, comme l'art. 30 OAC sur le retrait préventif du permis de conduire, les art. 32 al. 2 et 33 al. 2 LCart sur l'autorisation de réalisation provisoire des concentrations d'entreprises, l'art. 16 al. 4 LPE sur l'assainissement à titre préventif, l'art. 11 al. 3 deuxième phrase LTC en matière d'interconnexion de services de télécommunication.

44. Cela étant, la jurisprudence admet que des mesures provisionnelles sont possibles, si les conditions en sont remplies, même sans base légale expresse, dans la mesure évidemment où l'autorité a compétence pour prendre une mesure sur le fond (ATF 130 II 149, 154 ss, *Sellita Watch Co SA*; ATF du 3 novembre 1997 in Droit et politique de la concurrence, DPC 1997/4 618, 621; voir aussi ATF 121 V 112, 115/116, *Artisana*).

45. Pour que des mesures provisionnelles puissent être ordonnées, par l'autorité compétente pour statuer sur le fond, il faut qu'une décision sur le fond, dont le bien-fondé n'apparaît pas d'emblée exclu, ne puisse être rendue immédiatement, que les mesures provisionnelles en question constituent un moyen proportionnel d'éviter un dommage irréparable vraisemblable et qu'elles présentent un caractère d'urgence (cf. DPC 1998/2 209; 1997/4 621/622; JAAC 2001/65 no 27 cons. 2; ATF 130 II 149, 155, *Sellita Watch Co SA*; 121 V 112, 116 ss, *Artisana*). La décision sur mesures provisionnelles elle-même, mentionnée actuellement à l'art. 45 al. 2 let. g PA, sera, en général, susceptible de causer un dommage irréparable, et, dès lors, sujette à recours immédiat (*supra* no 35).

6. Les décisions avec clauses accessoires

46. Une décision peut comporter, outre la définition des droits et obligations sur lesquels elle porte principalement, des clauses accessoires.

47. Ces clauses peuvent porter d'abord sur l'exigibilité des droits et obligations que la décision crée: ainsi, si un délai ou une condition suspensive est prévu pour que cette exigibilité intervienne (p. ex. délai pour évacuer un dépôt illégal).

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

49. Les clauses accessoires peuvent aussi constituer des charges, c'est-à-dire des devoirs qui sont imposés au bénéficiaire d'une décision, sans conditionner la validité de celle-ci (ATF 129 II 361, 370, *Office fédéral de la justice*): p. ex. devoirs relatifs à l'usage d'une subvention, obligation de démolir une ancienne construction lors de l'octroi d'une nouvelle autorisation de construire, obligation de compensations écologiques en cas d'octroi d'une autorisation de construire dérogatoire. Le non-respect d'une charge peut entraîner une procédure d'exécution forcée spécifique à cette charge et constituer, en outre, un motif de révocation de la décision principale, évidemment dans le respect des principes constitutionnels, dont la proportionnalité; mais il n'entraîne pas *ipso facto* la caducité de la décision principale (*id.*). Comme la validité de la charge est indépendante de celle de la décision principale, elle peut être contestée pour elle-même (*id.*; JAAC 1987/88 no 19). Il arrive qu'une charge soit qualifiée de condition dans le texte de la décision; il conviendra alors de déterminer sa véritable nature par voie d'interprétation, eu égard notamment au principe de la légalité et au principe de proportionnalité.

50. Une clause accessoire ne peut être inscrite dans une décision que si la loi le permet. Ainsi, lorsque le prononcé d'une décision ne laisse à l'autorité aucune latitude de jugement ou liberté d'appréciation et que la loi ne prévoit pas la clause accessoire envisagée, celle-ci ne saurait être adoptée (ainsi, p. ex., la restitution d'un permis de conduire à l'échéance d'un retrait d'admonestation ne peut être assortie de conditions, ATF 130 II 25, X.; 131 II 248, 250, X., qui précise cependant que le droit de conduire en tant que tel peut être soumis à des conditions respectant le principe de proportionnalité si des circonstances particulières le justifient). En revanche, si une autorisation peut être refusée, l'autorité doit pouvoir aussi assortir son octroi d'une charge, même sans base légale expresse. En d'autres termes, dans l'exercice d'une liberté d'appréciation, l'autorité peut créer des charges sans être liée par le principe de la légalité, mais elle doit respecter les autres principes constitutionnels, particulièrement l'intérêt public et la proportionnalité. On tire de ce dernier principe l'exigence que la charge soit dans une relation pertinente avec l'objet principal de la décision (voir par exemple ATF 124 I 107,

113 ss, *Parti socialiste jurassien*, où une proposition de subordonner une aide de l'Etat aux entreprises à la conclusion par celles-ci d'une convention collective de travail a été jugée contraire au principe de proportionnalité; voir aussi ATF 109 Ib 238, 241 ss, *Vêtements Frey S.A.*).

7. *Les autorisations*

A. Les autorisations ordinaires

a. *Les autorisations de police*

51. Les autorisations de police représentent un des types les plus connus de décisions favorisantes pour les administrés. Elles ne créent pas à proprement parler de droits nouveaux, car elles ont pour but de vérifier que les requérants remplissent bien les conditions prévues par la loi pour pouvoir entreprendre une activité que le législateur a soumise à autorisation pour des motifs tenant à la sauvegarde de l'ordre public (ATF 110 Ib 364, 365/366, *H.*). Appartiennent à ces catégories, par exemple, les autorisations de construire, les permis de conduire, les autorisations de pratique des médecins, les brevets d'avocat, les patentes d'aubergiste, etc. Ces autorisations ne constituent cependant pas des décisions constatatoires, car elles ouvrent formellement le droit d'exercer l'activité en cause. Le fait d'exercer cette activité sans autorisation constitue bien une violation de la loi. Le droit créé par la loi n'est donc que virtuel tant qu'une autorisation n'a pas été obtenue. A cela s'ajoute que, même lorsque les conditions de délivrance d'une autorisation sont fixées précisément par la loi, il n'est pas rare que des notions juridiques indéterminées donnent à l'autorité une latitude de jugement significative.

b. *Les autres autorisations*

52. Le droit administratif connaît d'autres types d'autorisations: autorisations d'utilisation accrue du domaine public, autorisations d'exploiter une auberge fondée sur la clause du besoin, ainsi que d'autres autorisations qui lèvent une interdiction posée dans un but de politique sociale (p. ex. les autorisations fondées sur l'art. 9 LDTR à Genève). Les autorisations de séjour au sens de l'art. 4 LSEE entrent aussi dans cette catégorie et non dans celle des autorisations de police, car il n'existe en principe pas de droit à les obtenir, sauf cas particuliers (ATF 127 II 60, 62/63, *K.G.*).

53. L'autorité dispose en général d'une plus grande marge de manœuvre dans l'octroi de ces autorisations que pour les autorisations de police. Cette marge de manœuvre découle souvent d'une véritable liberté d'appréciation (p. ex. art. 4

LSEE), mais aussi parfois d'une latitude de jugement dans l'application de notions juridiques indéterminées (p. ex. art. 9 LDTR).

B. Les autorisations dérogatoires

54. Les autorisations dérogatoires se caractérisent par le fait qu'elles entrent en considération lorsque les conditions normales d'octroi d'une autorisation ne sont pas remplies, mais que le refus de toute autorisation n'apparaît pas souhaitable en raison de circonstances exceptionnelles. L'octroi d'autorisations dérogatoires peut ainsi être imposé par le principe de proportionnalité, afin d'éviter des cas de rigueur (voir p. ex. ATF 119 Ib 33, 40, *X.*, sur les exceptions aux mesures de limitation des étrangers pour «cas personnel d'extrême gravité»). En raison de leur nature, les autorisations dérogatoires impliquent une liberté d'appréciation de l'autorité (cf. art. 24 LAT; art. 26 LaLAT). L'autorité ne doit pas, en faisant un usage trop laxiste de son pouvoir d'appréciation, vider de son sens la notion d'autorisation exceptionnelle ou dérogatoire (ATA/GE du 1.12.1992 in RDAF 1993 120, 124). A l'inverse, l'octroi d'une dérogation peut s'imposer, suite à une pesée de tous les intérêts pertinents, en vertu du principe de proportionnalité (voir p. ex. ATF 118 Ia 410, 412, *P.*, à propos de l'obligation de résidence des fonctionnaires en rapport avec leur liberté d'établissement) ou d'égalité de traitement, ce dernier principe ne devant pas à nouveau conduire à transformer l'exception en règle (ATF 100 Ia 47, 49 ss, *Birreria Wädenswil*).