

UNIVERSITE DE GENEVE
Faculté de droit

DROIT ADMINISTRATIF
Professeur Thierry Tanquerel
Année académique 2006-2007

DB 2

**Les sources, l'interprétation et l'applicabilité
du droit administratif**

Table des matières

I	Les sources du droit administratif	5
1.	<i>Généralités</i>	5
A.	La notion de source de droit	5
B.	La loi matérielle	5
2.	<i>Les différentes sources du droit administratif</i>	6
A.	Le droit édicté	6
a.	La constitution	6
b.	La loi au sens formel	7
c.	Les ordonnances législatives	9
d.	Les ordonnances administratives	11
e.	Les prescriptions autonomes	14
f.	Les traités internationaux	15
g.	Les concordats	15
B.	Le droit non édicté	16
a.	La coutume	16
b.	Les institutions générales du droit	16
c.	La jurisprudence	17
d.	La pratique administrative	19
3.	<i>La hiérarchie des normes</i>	20
A.	La hiérarchie des ordres juridiques	20
B.	La primauté du droit édicté	20
C.	La hiérarchie des sources de droit édicté	21
D.	Synthèse	21
E.	Remarques sur le contrôle du respect de la hiérarchie	22
II	L'interprétation du droit administratif	22
1.	<i>La place de l'interprétation en droit administratif</i>	22
2.	<i>Le pluralisme des méthodes d'interprétation</i>	23
3.	<i>De quelques principes d'interprétation</i>	25
A.	L'interprétation conforme	25
B.	L'interprétation selon la réalité économique	26
C.	L'interprétation des dispositions d'exception	26
4.	<i>Les lacunes</i>	27
III	L'applicabilité du droit administratif	29
1.	<i>Droit administratif et droit privé</i>	29
A.	L'appartenance du droit administratif au droit public	29
B.	Le droit privé comme droit public supplétif	30
C.	L'applicabilité du droit privé à l'administration	30

2.	<i>L'applicabilité dans l'espace</i>	32
A.	Le principe de territorialité	32
B.	Les critères de rattachement	32
3.	<i>L'applicabilité dans le temps</i>	33
A.	L'entrée en vigueur	33
B.	L'abrogation	33
C.	Le droit intertemporel	34
D.	La rétroactivité	36
E.	L'effet anticipé	37

I Les sources du droit administratif

1. Généralités

A. La notion de source de droit

1. Par source de droit, on entend les formes à travers lesquelles les règles de droit se manifestent. A vrai dire, l'expression n'est pas dénuée d'ambiguïté, car, en pratique, on désigne du terme de source aussi bien un processus de formation du droit (p. ex. l'activité législative) que le résultat de ce processus (p. ex. le texte de loi).

2. On distingue généralement, parmi les sources de droit, le droit écrit et le droit non écrit. Le premier – qu'il serait plus exact d'appeler, comme le font certains auteurs (Knapp, *Précis*, nos 263 ss*) – droit édicté, correspond à l'ensemble des règles adoptées explicitement en tant que règles juridiques par un organe de l'Etat (Moor, vol. I, p. 31). Ce droit est nécessairement écrit, car c'est cette forme qui permet de le faire reconnaître comme tel. C'est la raison pour laquelle le droit édicté n'est applicable que s'il est publié (ATF 120 Ia 1, 7 ss, *Verband Studierender an der Universität Zürich*).

3. Le droit non édicté ne peut être défini que négativement comme regroupant l'ensemble des normes qui sont bien des règles de droit, mais qui n'ont pas fait l'objet d'une adoption explicite, soit qu'elles résultent d'une pratique sociale (coutume), soit qu'elles figurent implicitement dans l'ordre juridique (institutions générales du droit), soit encore qu'elles découlent de décisions judiciaires ou administratives prises dans des cas d'espèce (jurisprudence et pratique). Ces règles peuvent se voir exprimées par écrit, mais cette forme n'est pas la condition de leur existence.

B. La loi matérielle

4. Au sens le plus large, la loi matérielle est synonyme de règle de droit. Par son caractère général et abstrait, elle s'oppose, en droit administratif, à la décision, typiquement individuelle et concrète. La loi au sens matériel est donc ce que produisent les sources de droit, écrites ou non. L'art. 5 al. 2 de la LRC (désormais abrogée à l'exception provisoire de son art. 8^{septies}) donnait la définition suivante de la règle de droit: toutes les normes générales et abstraites qui imposent des obligations ou confèrent des droits aux personnes physiques ou morales, ainsi que celles qui règlent l'organisation, la compétence ou les tâches des autorités ou fixent une procédure sont des règles de droit. Cette disposition a été abrogée dans le

* Les références qui ne comportent que le nom de l'auteur, éventuellement complété par un titre abrégé ou un numéro de volume, se rapportent aux ouvrages de la bibliographie figurant dans le document introductif.

cadre de l'adaptation de la LRC à la nouvelle Constitution fédérale (Cst.), dont l'art. 164 al. 1 donne un aperçu exemplatif de ce que l'on doit considérer comme règle de droit. La définition que l'art. 5 al. 2 aLRC comportait nous semble cependant toujours représenter de façon correcte et synthétique la conception de la règle de droit valant d'une façon générale en Suisse. Elle a été reprise, en substance, par l'art. 22 al. 4 LParl, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2003. Selon cette disposition, «sont réputées fixant des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences».

5. On constate donc que la notion de loi matérielle est indépendante de la source de droit considérée (droit édicté ou non édicté) et, en ce qui concerne le droit édicté, de l'auteur de la norme (constituant, législateur, exécutif, entité administrative autonome, délégataire). Parfois, l'expression est utilisée dans une acception plus étroite ne concernant que le droit édicté (cf. Knapp, *Précis*, no 263; ATF 119 Ia 154, 158, *Bieri*).

2. *Les différentes sources du droit administratif*

A. Le droit édicté

a. *La constitution*

6. On ne reviendra pas ici sur la notion de constitution, qui a été étudiée dans le cours de droit constitutionnel. On indiquera simplement sous quels aspects la constitution représente une source importante du droit administratif. On insistera ici sur la Constitution fédérale (Cst.), mais ce qui est dit ci-après vaut *mutatis mutandis* pour les constitutions cantonales. A cet égard, il y a lieu de se référer non seulement à la constitution dans un sens formel strict, soit le texte adopté par le peuple et les cantons le 18 avril 1999, mais également aux droits constitutionnels non écrits et aux principes implicitement contenus dans la constitution et explicités par la jurisprudence. Il est vrai que ces dernières catégories ont été largement reprises dans le texte du 18 avril 1999. On ne saurait cependant exclure que le Tribunal fédéral ne fasse à nouveau preuve, dans un avenir plus ou moins proche, de créativité dans l'interprétation de la Cst. Au demeurant, sa jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancienne constitution gardera, dans bien des cas, sa pertinence pour déterminer les contours des droits et principes figurant désormais explicitement dans le texte constitutionnel.

7. La Cst. régit très largement la structure du droit administratif en déterminant la répartition des compétences étatiques. Elle fixe, d'une part, les pouvoirs respectifs des organes de la Confédération: Conseil fédéral (art. 180 ss), Assemblée fédérale (art. 163 ss) et Tribunal fédéral (art. 189 ss). Elle pose, d'autre part, le principe que la Confédération ne peut légiférer, et donc notamment édicter

du droit administratif, que dans les domaines où une disposition constitutionnelle lui confère une compétence (art. 3 et 42 al. 1). En ce qui concerne les constitutions cantonales, on soulignera que la répartition des compétences qu'elles opèrent entre les différents organes cantonaux donne son contenu concret au principe de la séparation des pouvoirs (cf. DB 9).

8. La Cst. contient en outre plusieurs principes fondamentaux régissant l'ensemble du droit administratif. Ce sont les principes de la légalité, de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire, de la bonne foi, de la proportionnalité et de l'intérêt public (art. 5, 8, 9, 36). Ils seront étudiés en détail dans la suite du cours. On peut y ajouter le principe de la non-rétroactivité des lois, qui sera examiné plus loin à propos de l'applicabilité du droit administratif dans le temps.

9. Sont également essentiels dans le fonctionnement du droit administratif, les droits fondamentaux (art. 7 ss), qui posent des limites matérielles aussi bien au contenu possible des normes de droit administratif qu'à la manière dont ces normes sont appliquées dans des cas concrets (voir notamment les garanties de procédure des art. 29 à 30).

10. Enfin, il faut relever que la Cst. contient des normes de droit administratif matériel définissant les principes de l'action étatique dans des domaines particuliers, comme p. ex. les art. 119 et 120 sur le génie génétique ou l'art. 84 sur le transit à travers les Alpes. Il peut même arriver qu'une disposition constitutionnelle, comme l'art. 78 al. 5 (art. 24^{sexies} al. 5 aCst) sur la protection absolue des marais d'une beauté particulière, pose une prescription directement exécutoire, sans qu'il soit nécessaire d'adopter à cette fin des normes légales ou réglementaires d'exécution (ATF 117 Ib 243, 247, *Wasserversorgung Horgen*).

b. La loi au sens formel

11. Par loi au sens formel, il faut entendre tout acte que le législateur a adopté selon la procédure législative ordinaire. En Suisse, cela vise, en général, les actes adoptés par le parlement, avec possibilité de référendum obligatoire ou facultatif.

12. Cette formule est exacte au niveau fédéral, car la procédure législative ordinaire prévoit le référendum facultatif (art. 141 al. 1 let. a Cst.).

13. S'agissant des actes adoptés sous l'empire de l'aCst, les lois fédérales (règles de droit de durée illimitée, art. 5 al. 1 aLRC) et les arrêtés fédéraux de portée générale (règles de droit de durée limitée, art. 6 al. 1 aLRC) qui ont été soumis au référendum sont ainsi considérés comme des lois au sens formel. En revanche, les arrêtés fédéraux de portée générale votés par le seul parlement en vertu d'une autorisation spéciale (art. 7 al. 1 aLRC) et les arrêtés fédéraux simples, qui ne

contiennent d'ailleurs pas de règles de droit (art. 8 aLRC), ne constituent pas des lois au sens formel, vu qu'ils ont été soustraits au référendum.

14. En ce qui concerne les actes de l'Assemblée fédérale prévus par la nouvelle Cst. (art. 163), il faut admettre que les lois fédérales, qui contiennent des règles de droit (art. 163 al. 1) et qui sont soumises au référendum (art. 141 al. 1 let. a), constituent des lois au sens formel. La catégorie des arrêtés fédéraux de portée générale a disparu. Quant aux ordonnances de l'Assemblée fédérale – contenant des règles de droit (art. 163 al. 1), mais soustraites au référendum (art. 141 *a contrario*) – et aux arrêtés fédéraux simples (art. 4 al. 2 aLRC) – ne contenant pas de règles de droit (art. 163 al. 1 *a contrario*) et non soumis au référendum (art. 163 al. 2 *in fine*) – il ne s'agit pas de lois au sens formel. On peut considérer que les arrêtés fédéraux soumis au référendum (art. 141 al. 1 let. c) correspondent à la définition de la loi formelle exposée plus haut, mais ils ne peuvent contenir de règles de droit (art. 163 al. 1 *a contrario*).

15. En ce qui concerne les cantons, il convient de relever que la Cst. ne les oblige pas à prévoir le référendum législatif, facultatif ou obligatoire. Ils sont libres de définir les modalités de la procédure législative ordinaire. La soumission d'un acte cantonal au référendum n'est donc pas la condition nécessaire de sa qualité de loi au sens formel (ATF 128 I 327, 338, *Botta*; ZBl 2001, 647; concernant dans les deux cas des ordonnances du parlement du canton des Grisons fondées sur une habilitation constitutionnelle et non soumises au référendum; voir aussi ATF 126 I 180, 182, X.; 118 Ia 245, 248, *Schulverwaltung und Berufsschulkommission der Stadt St. Gallen*; 118 Ia 305, 310/311, X.). Il faut encore ajouter qu'un acte législatif communal adopté en vertu d'une délégation valable du droit cantonal peut être qualifié de base légale formelle eu égard aux exigences du principe de la légalité (ATF 122 I 305, 312, *Chambre vaudoise immobilière*; 120 Ia 265, 266/267, *Steinemann*).

16. En définitive, les lois matérielles qui constituent également des lois formelles ne sont qu'une minorité. A l'inverse, certains actes qui répondent à la définition de la loi formelle, et qui sont d'ailleurs parfois désignés sous le terme de «loi», sont en réalité des décisions administratives tombant dans la compétence du législateur et non des règles de droit (ATF 119 Ia 154, 158, *Bieri*; voir les exemples donnés au no 8 du DB 1 et le cas des arrêtés fédéraux «non simples» *supra* no 14).

17. Compte tenu de l'exigence de la base légale contenue dans le principe de la légalité, exigence qui vaut aussi bien en administration de prestation qu'en administration restrictive, la loi au sens formel constitue la source la plus importante du droit administratif, non pas en quantité, mais eu égard à la portée des dispositions qu'elle contient.

c. *Les ordonnances législatives*

18. On entend par ordonnances législatives les règles de droit qui n'ont été adoptées ni selon la procédure constitutionnelle, ni selon la procédure législative ordinaire. Cette catégorie correspond donc à peu près à celle des actes normatifs non soumis au référendum; on rappellera cependant que les cantons ne sont pas obligés de prévoir le référendum pour les lois formelles (*supra* no 15). Le pouvoir d'adopter des ordonnances, dit «pouvoir réglementaire», doit être prévu dans la constitution ou dans une loi. Il s'agit fondamentalement d'un pouvoir délégué, le droit de faire la loi – le pouvoir législatif – revenant normalement au législateur ordinaire.

19. En général, le pouvoir réglementaire est délégué au gouvernement, qui peut lui-même, à certaines conditions, le sous-déléguer à des départements, des services, voire des autorités administratives indépendantes (voir p. ex. l'ordonnance de la Commission fédérale des banques sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, du 25 juin 1997, OBVM-CFB - RS 954.193). Mais il peut aussi être conféré à d'autres organes étatiques. Ainsi, le Tribunal fédéral dispose-t-il d'un pouvoir réglementaire en matière de poursuite pour dettes (art. 15 al. 2 LP). Jusqu'en 1999, le parlement fédéral adoptait des ordonnances dans les cas où il s'était délégué à lui-même le pouvoir d'adopter des actes normatifs non soumis au référendum en vertu de l'art. 7 aLRC (ces ordonnances prenaient la forme d'un arrêté fédéral de portée générale). L'art. 163 al. 1 Cst. prévoit désormais expressément que l'Assemblée fédérale peut adopter des ordonnances. Celles-ci ne peuvent toutefois contenir de dispositions importantes au sens de l'art. 164 al. 1 Cst. et doivent reposer sur une délégation au sens de l'art. 164 al. 2 Cst. Sur le plan cantonal, on peut aussi rencontrer des délégations du pouvoir réglementaire au parlement lui-même, dans la mesure où le droit constitutionnel cantonal le permet (ATF 100 Ia 60, 68, *Philippe Andersen*; 99 Ia 535, 543, *Wagner*).

20. Les différents types d'ordonnances législatives ont été étudiés dans le cours de droit constitutionnel. On se contentera donc de rappeler ici les éléments essentiels de la distinction entre ordonnances d'exécution et ordonnances de substitution, d'une part, et entre ordonnances dépendantes et ordonnances indépendantes, d'autre part. On se souviendra également que si, sur le plan fédéral, le terme d'ordonnance s'est imposé, les ordonnances législatives ont des appellations diverses dans les cantons: règlements, décrets ou arrêtés.

21. Les ordonnances d'exécution concrétisent, par des règles dites secondaires, les règles figurant dans la loi formelle, ou éventuellement dans un traité ou un concordat normatifs, notamment en précisant les modalités pratiques de son application ou en donnant une définition de termes légaux relativement vagues. Si elles peuvent combler des lacunes de moindre importance dans la mesure où cela

est nécessaire pour l'application de la loi, elles ne peuvent contenir de règles primaires, soit des règles qui étendent ou restreignent le champ d'application de la loi, qui créent pour les particuliers des droits ou des obligations que la loi ne mentionne pas, même si celles-ci sont conformes au but de la loi (ATF 126 II 283, 291, *WWF Schweiz*; 126 III 36, 39, *Centre de gestion hospitalière*; 125 V 266, 273, *Krankenkasse Hermes*). Le gouvernement tient sa compétence d'édicter des ordonnances d'exécution directement de la constitution (art. 182 al. 2 Cst.; art. 116 Cst./GE). Ces ordonnances sont néanmoins dépendantes, car elles ne peuvent exister qu'en complément d'une loi formelle.

22. Les ordonnances de substitution comportent des normes primaires, qui devraient se trouver en principe dans la loi. Elles sont indépendantes si elles ont leur fondement dans la constitution ou dans un état de nécessité. Elles sont dépendantes si elles sont fondées sur une délégation législative: elles peuvent alors contenir des règles primaires, parce que le législateur a délégué le pouvoir d'adopter de telles règles à leur auteur.

23. La délégation législative est admissible si les conditions cumulatives suivantes, qui ont valeur constitutionnelle, sont remplies: la constitution ne l'exclut pas (pour le droit fédéral, cf. art. 164 al. 2 Cst.), elle se limite à une matière déterminée, elle figure dans une loi formelle (soit en général un acte soumis au référendum) et elle indique le contenu essentiel de la réglementation déléguée dans la mesure où la situation juridique des particuliers est gravement touchée (ATF 118 Ia 241, 248, *X*). La question de l'admissibilité de la délégation législative se rapporte au principe de la légalité, sous son aspect de l'exigence de la base légale, et sera examinée plus en détail à ce propos. C'est également dans ce contexte que sera envisagé le problème de la sous-délégation.

24. Il faut relever que de nombreuses ordonnances comportent à la fois des dispositions d'exécution et des règles fondées sur une délégation. Au demeurant, la distinction entre norme secondaire d'exécution, qui suppose que la loi a laissé subsister une marge d'indétermination, et norme primaire fondée sur une délégation, qui suppose que le législateur a renoncé à régler lui-même une question, n'oppose pas deux notions clairement antinomiques, mais correspond plutôt à deux pôles sur l'échelle mesurant la liberté réglementaire de l'exécutif.

25. Parmi les ordonnances indépendantes, la catégorie la plus importante est celle des ordonnances de police, qui peuvent être fondées sur une disposition constitutionnelle expresse (art. 185 al. 3 Cst. / art. 102 ch. 9 et 10 aCst., et quelques constitutions cantonales, p. ex. art. 91 Cst./BE) ou sur la clause générale de police, implicitement contenue dans tout ordre juridique, qui permet à l'exécutif de prendre des mesures, y compris réglementaires, pour écarter un danger grave, direct et imminent menaçant l'ordre public et impossible à prévenir autrement (ATF 126 I 112, 118, *S.*; 121 I 22, 27/28, *Anouk Hasler*; 111 Ia 246, 247/248, *Parti*

socialiste vaudois) (DB 6, no 12). Les conditions d'usage de la clause de police devaient s'appliquer également pour le recours par le Conseil fédéral à l'art. 102 ch. 9 et 10 aCst. (Knapp, *Précis*, no 308), ce qui vaut, désormais, pour l'art. 185 al. 3 Cst. Cela étant, il faut remarquer que le Tribunal fédéral n'a encore jamais considéré, dans sa jurisprudence concernant les cantons, que la clause de police justifiait l'édiction d'un règlement. Appartenant également au droit d'urgence, d'une portée très large mais d'une applicabilité tout à fait exceptionnelle, sont les ordonnances de pleins pouvoirs, prises en vertu d'une habilitation du parlement en cas de crise gravissime (arrêtés de l'Assemblée fédérale des 3 août 1914 et 30 août 1939; en raison de l'existence de ces arrêtés d'habilitation, certes très généraux, on peut discuter de la nature indépendante des ordonnances qu'ils autorisent) ou les ordonnances de stricte nécessité, qui pourraient être adoptées dans une situation telle qu'il ne serait même plus possible de réunir le parlement.

26. D'autres ordonnances indépendantes peuvent être adoptées en vertu de dispositions générales (art. 184 al. 3 Cst., concernant les relations internationales) ou spéciales de la constitution (p. ex. art. 196 ch. 14 Cst., relatif à l'introduction de la TVA; art. 84 al. 2 Cst., sur le transfert au rail du transit alpin de marchandises). A Genève, l'art. 125 al. 1 Cst./GE prévoit que le Conseil d'Etat édicte les règlements de police dans les limites fixées par la loi. Il s'agit d'un pouvoir normatif indépendant qui va plus loin que la clause générale de police (ATF du 14 octobre 1988, *Alain Fracheboud*, RDAF 1989 193, 197). La loi pénale genevoise (LPG) énumère cependant exhaustivement, à son art. 37, les matières qui peuvent faire l'objet d'un règlement de police.

27. Les ordonnances législatives constituent quantitativement une source très importante du droit administratif. Elles comportent ainsi l'essentiel des dispositions de procédure et des règles d'organisation administrative. Dans des domaines comme le droit de l'environnement et les assurances sociales, les lois fédérales prévoient en outre de très larges délégations au Conseil fédéral.

d. Les ordonnances administratives

28. Les ordonnances administratives sont des actes unilatéraux, généraux et abstraits dont les destinataires sont les agents de l'Etat et non, théoriquement, les administrés. Elles ne sont donc pas considérées comme des règles de droit (ATF 120 Ia 343, 345, *Stadt X*). Partant, elles ne sont pas obligatoirement publiées, ne lient pas le juge (ATF 126 V 64, 68, *L.*), ni l'administration en tant que telle et ne peuvent créer de droits ou d'obligations pour les administrés (SJ 2000 I 620, 622, *Administration fédérale des contributions*; ATF 121 II 473, 478, *X.-Leben*; 117 Ib 225, 231, *Association vaudoise des petites familles*). Reposant non sur une délégation législative formelle, mais sur le pouvoir hiérarchique ou le pouvoir de surveillance, elles ne doivent rien contenir qui sorte du cadre légal. Elles ne sont

impératives pour les autorités d'application de la loi que dans la mesure où elles restituent le sens exact de celle-ci (ATF 121 II 473, 478, *X.-Leben*).

29. Appelées directives, circulaires, instructions, ordres de services, règlements internes, etc., les ordonnances administratives se divisent en prescriptions d'organisation et en directives d'interprétation (ATF 128 I 167, 171 = SJ 2002 I 453, 457, *Déclaration de Berne*).

30. Les premières sont relatives à l'utilisation par les agents de l'Etat des moyens matériels mis à leur disposition (p. ex. les «règles d'utilisation du courrier électronique et du WEB à l'Université de Genève», fixées par le Rectorat dans sa séance du 25 mai 1998), à l'organisation du travail, aux règles de comportement et de diligence que doivent observer les employés de l'Etat dans l'exercice de leurs fonctions (p. ex. les nombreux ordres de service régissant la police genevoise), notamment sur la façon concrète de mener les procédures (cf. ATF 117 V 282, 284, *W*, concernant une directive prescrivant que les renseignements obtenus oralement ou par téléphone devaient être versés au dossier). Ces règles ont incontestablement un caractère interne, même si, comme le dernier exemple le montre, leur application peut avoir des effets sur les particuliers et si elles peuvent aussi avoir des effets sur la situation juridique d'un fonctionnaire vis-à-vis de l'Etat, la violation d'un ordre de service pouvant constituer une faute disciplinaire.

«Les prescriptions ici attaquées de l'Etat-major de la police [grisonne, concernant la tenue du World Economic Forum à Davos en 2001] peuvent être qualifiées d'ordre général, d'ordre de service ou encore d'ordre d'engagement vis-à-vis des organes de police. Un ordre d'engagement contient par nature les principes directeurs adoptés par les autorités politiques, et les concrétise en vue d'une mission sur le terrain au moyen d'ordres adressés aux forces de police et d'instructions de nature organisationnelle, personnelle et matérielle. [...] Axé sur un engagement concret, l'ordre s'adresse dès lors typiquement aux forces de police subordonnées au commandement de l'Etat-major. Il ne sert pas à régler des relations concrètes de droit administratif, ne s'adresse pas au particulier et ne confère en particulier pas de droit ni d'obligations. Un ordre d'engagement a bien davantage un caractère organisationnel interne» (ATF 128 I 167, 173 = SJ 2002 I 453, 459, *Déclaration de Berne*).

31. Les secondes, dites ordonnances interprétatives, précisent à l'intention des autorités inférieures le sens à donner à des notions juridiques indéterminées figurant dans des dispositions légales ou la manière de faire usage de la liberté d'appréciation que la loi laisse à l'administration. Elles visent à assurer une application uniforme du droit et à faciliter la tâche des fonctionnaires chargés de l'exécution de la loi, mais elles ne dispensent pas l'administration de se prononcer à la lumière du cas d'espèce (SJ 2000 I 620, 622, *Administration fédérale des contributions*). Si la jurisprudence leur reconnaît ainsi une certaine utilité (ATF 117 Ib 225, 231, *Association vaudoise des petites familles*), c'est uniquement à titre d'expression de l'opinion de l'autorité supérieure sur l'interprétation des dispositions légales et non en tant que règles de droit (ATF 121 II 473, 478, *X.-Leben*). Le juge ne doit en tenir compte que dans la mesure où elles permettent

une application correcte des dispositions légales dans un cas d'espèce. Il doit en revanche s'en écarter lorsqu'elles établissent des normes qui ne sont pas conformes aux règles légales applicables (ATF 126 V 64, 68, *L.*). Dans certains domaines, comme la fiscalité, les assurances sociales et le droit des étrangers, ces ordonnances administratives interprétatives ont pris une place considérable.

32. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, faute d'avoir des effets juridiques directs sur les particuliers, les ordonnances administratives, qui ne valent dès lors pas comme décisions (ATF 128 I 167, 171 = SJ 2002 I 453, 456, *Déclaration de Berne*), ne peuvent faire l'objet d'un recours en tant que telles. Seules les décisions concrètes, prises le cas échéant conformément aux instructions internes, seront contrôlées; c'est à l'occasion de ce contrôle que la conformité de l'ordonnance administrative avec la loi ou la constitution pourra être examinée (voir, p. ex. SJ 2000 I 620, 623, *Administration fédérale des contributions*; ATF 125 V 480, 483 ss, *Bundesamt für Wirtschaft und Arbeit*). Le Tribunal fédéral a admis cependant exceptionnellement que l'on pouvait attaquer directement une ordonnance administrative (cantonale) par un recours de droit public (seul recours fédéral ouvert jusqu'en 2007 contre des actes normatifs cantonaux, le recours de droit administratif ne concernant que les décisions) lorsqu'elle touchait indirectement les droits protégés des particuliers, ayant ainsi un effet externe, sans impliquer la prise de décisions concrètes contre lesquelles les intéressés pourraient recourir (ATF 128 I 167, 172 = SJ 2002 I 453, 458, *Déclaration de Berne*; 122 I 44, 45, *Kreis*; 105 Ia 349, 351 ss, *Stauffacher*; 98 Ia 508, 510 ss, *Gross*). Il faut cependant noter que des tribunaux cantonaux chargés d'un contrôle de normes abstrait peuvent adopter une approche plus ouverte : c'est le cas de la Cour constitutionnelle du canton du Jura, qui admet la recevabilité d'un recours direct contre une ordonnance administrative déployant un effet indirect sur la situation juridique de particuliers (RDAF 2005 I 111, *Schaffter*).

33. Nonobstant les appréciations tranchées de la jurisprudence sur leur nature, les ordonnances administratives n'en ont pas moins, en tout cas pour les ordonnances interprétatives et pour certaines règles d'organisation, des effets sur la situation des particuliers. En premier lieu, même s'il n'est pas lié par elles, le juge doit en tenir compte dans la mesure où elles permettent une application correcte et adaptée aux cas d'espèce des dispositions légales pertinentes (ATF 121 II 473, 478, *X.-Leben*). Quant à l'administré, s'il ne peut certes tirer directement un droit d'une ordonnance administrative, il pourra en revanche s'en prévaloir comme indice d'une pratique, s'il estime que la modification de celle-ci viole les principes de l'égalité de traitement et de la sécurité du droit. Enfin, vis-à-vis des agents étatiques auxquels elle est destinée, l'ordonnance administrative a bien un effet impératif, sous réserve d'illégalité. Or, en réglementant l'usage de la latitude de jugement ou de la liberté d'appréciation que la loi laisse à l'administration, l'ordonnance administrative a, en pratique, pour l'administré, le même effet qu'une ordonnance

législative d'exécution. Il faut donc admettre que les ordonnances administratives autres que les pures instructions d'organisation sont des sources de droit, quand bien même elles ne posent que des règles souples et relativement impératives. On peut dès lors regretter que leur publicité dépende du bon vouloir des administrations concernées et ne vise souvent qu'un cercle limité de professionnels intéressés (p. ex. avocats et fiduciaires pour certaines circulaires de l'administration fiscale cantonale).

e. Les prescriptions autonomes

34. On entend par prescriptions autonomes les règles de droit édictées par des entités étatiques distinctes de l'Etat fédéral ou des cantons: collectivités décentralisées (communes), établissements publics autonomes, organismes privés délégataires de tâches publiques. La compétence d'édicter de telles règles sera fondée dans la constitution ou la loi, fédérale ou cantonale. Elle ne saurait ainsi résulter automatiquement de l'existence même d'un établissement public autonome: il faut, si elle ne résulte pas de la constitution, qu'elle ait été valablement conférée audit établissement par le législateur (ATF 128 I 113, 120, *Verein des Bündner Staatspersonals*). L'attribution de compétence est souvent accompagnée d'un mécanisme d'approbation par l'autorité de surveillance (p. ex. art. 160 al. 2 let. g Cst./GE et 38 let. g de la loi sur l'organisation des Services industriels de Genève du 5 octobre 1973, RS/GE L 2 35).

35. S'agissant de règles de droit, ces prescriptions répondent à la définition de la loi matérielle (*supra* no 4). Elles portent notamment sur la création de droits ou d'obligations pour les particuliers, membres de la collectivité publique décentralisée ou usagers de l'établissement public auteur de la prescription (dans ce sens Knapp, *Précis*, 374; *contra* Moor, vol. I, p. 265/266, qui considère que les règlements relatifs à l'utilisation des établissements publics sont des ordonnances administratives). Cela étant, on trouvera également, dans les entités en cause, des ordonnances administratives, au sens évoqué plus haut.

36. Le droit communal occupe une place particulière parmi les prescriptions autonomes, du fait que les communes disposent, dans de nombreux cantons, de compétences garanties par la constitution cantonale, que leur autonomie est protégée par la Cst. (art. 50 al. 1 Cst.) et que leurs actes normatifs peuvent, dans certains cas, équivaloir à une loi formelle (cf. *supra* no 15).

f. Les traités internationaux

37. Les traités internationaux ont été étudiés, quant à leur mode de conclusion, leurs types et leur place dans l'ordre juridique suisse, dans le cours de droit constitutionnel. Ils peuvent constituer des sources de droit administratif dans la mesure où il s'agit de traités-lois (traités normatifs), donc comportant des règles de

droit, et que ces dernières sont directement applicables. Si l'exécution d'un traité par la Suisse exige l'adoption d'une loi, il ne constituera qu'une source indirecte du droit administratif éventuellement contenu dans cette loi. On rappellera qu'une disposition d'un traité est directement applicable lorsqu'elle est susceptible de conférer par elle-même des droits et obligations aux particuliers, ceux-ci pouvant dès lors se prévaloir de cette disposition devant les autorités nationales (ATF 119 V 171, 177/178, X.; 118 Ia 112, 116/117, S.). Il peut aussi arriver qu'un traité règle de façon complète une situation concrète relevant du droit administratif (voir l'ATF 122 II 234, 237 ss, *Schweizerischer Bund für Naturschutz*, où le Tribunal fédéral a jugé que l'accord entre la Suisse et l'Allemagne concernant la route entre Lörrach et Weil am Rhein, du 25 avril 1977, RS 0.725.122, ne laissait plus aucune place, pour la réalisation du projet, à l'application du droit interne).

38. Les traités internationaux sont une source non négligeable de droit administratif en matière d'assurances sociales, de transports, de fiscalité (p. ex. les nombreux accords bilatéraux visant à éviter la double imposition), de statut des étrangers (voir notamment l'ALCP entre la Suisse et la Communauté européenne et ses états membres, ATF 130 II 113, *Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration*; SJ 2005 I 393, TF 14.4.2005). Par ailleurs, il faut relever que, à l'instar des droits fondamentaux garantis par la Cst., les droits consacrés par la CEDH et le Pacte ONU II, directement applicables, s'imposent à travers tout le droit administratif. On soulignera notamment que l'art. 6 CEDH joue un rôle très important en ce qui concerne le contentieux administratif (cf. DB 7) et que l'art. 8 CEDH prend une place croissante en droit des étrangers (voir p. ex. ATF 127 II 60, 62 ss, K.G., sur le droit à une autorisation de séjour fondé sur l'art. 8 CEDH).

g. *Les concordats*

39. Les concordats – ou conventions intercantionales – ont également été étudiés en tant que tels dans le cours de droit constitutionnel. Comme pour les traités, on peut considérer qu'ils sont des sources du droit administratif lorsqu'ils comportent des règles de droit directement applicables pour les particuliers. Parmi les concordats de ce type, on peut citer par exemple l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 25 novembre 1994 (AIMP - RS/GE L 6 05).

B. Le droit non édicté

a. *La coutume*

40. Le droit coutumier se forme par un usage répété pendant une longue durée, accompagné de la conviction que la règle découlant de cet usage est impérative (*opinio juris et necessitatis*). La jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'usage est exigeante: une période de 10 ans ne suffit pas (ATF 105 Ia 2, 7, E.), ni

une pratique de quelques cas isolés pendant 16 ans, suivie d'une pratique intense pendant 5 ans (ATF 84 I 89, 95 ss. *Kuhn*). A cela s'ajoute qu'une coutume ne saurait déroger à une loi formelle, ni abroger celle-ci, ni créer de nouvelles charges, notamment fiscales. Elle ne peut que combler une éventuelle lacune (ATF 119 Ia 59, 62, *Verband Schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungsinstitute*; 105 Ia 2, 5, *E.*). Il n'est donc pas étonnant que les cas de droit administratif coutumier soient extrêmement rares. Le recours hiérarchique au Conseil d'Etat genevois en l'absence d'autre voie de recours en a constitué l'un des exemples les plus cités (ATF 99 Ia 586, 591, *X*), mais il a disparu avec l'entrée en vigueur de la réforme de la juridiction administrative genevoise le 1^{er} janvier 2000.

b. Les institutions générales du droit

41. Les institutions générales du droit, appelées aussi principes généraux du droit ou règles générales (Knapp, *Précis*, nos 735 ss), sont des règles de droit inhérentes à l'ordre juridique qui, en raison de leur portée générale, valent dans tous les domaines du droit. Si elles sont le plus souvent incorporées dans des dispositions écrites en droit privé, tel n'est pas le cas en droit public, où elles s'appliquent à titre de droit non écrit même sans base légale expresse.

42. Ces règles ne doivent pas être confondues avec les principes constitutionnels régissant le droit administratif. Elles n'ont en effet pas rang constitutionnel et ne trouvent application qu'en l'absence de norme légale contraire.

43. Plusieurs de ces règles ont trait à la naissance et à l'extinction des droits et obligations en droit administratif:

- L'obligation de restituer une prestation reçue sans cause (répétition de l'indu) vaut en droit public même si la législation applicable est muette sur ce point (ATF 78 I 86, 88, *Schweizerische Eidgenossenschaft* ; RDAF 2003 I 759, 762, *ATA/NE*). On notera que le Tribunal fédéral des assurances retient, en matière de LPP, une application des art. 62 ss CO, y compris pour la prévoyance obligatoire, sans les qualifier d'expression d'une institution générale du droit, tout en admettant que ces dispositions «s'incorporent dans un système régi en partie par le droit public» (ATF 130 V 414, 417/418, *Fondation collective LPP de la Rentenanstalt* ; 128 V 236, 239 ss, *Fondation de prévoyance en faveur du personnel de la Visana* ; 115 V 115, 118 ss, *D.*).

- La compensation, soit le fait d'éteindre une obligation pécuniaire en faisant valoir une dette du créancier de cette obligation, est possible en droit public, même sans base légale particulière, si le créancier et le débiteur au rapport pécuniaire en cause sont les mêmes, les créances portent sur un objet de même nature (p. ex. des espèces), la créance de celui qui compense est exigible et celle

contre lui exécutable. En outre, l'administré ne peut compenser une dette envers l'Etat qu'avec l'accord de ce dernier si la créance de celui-ci est de droit public.

- La prescription d'un droit, qui intervient par l'écoulement du temps depuis la naissance de ce droit, empêche son titulaire d'obtenir l'exécution forcée de l'obligation correspondante. Elle est régie, en droit privé, notamment par les art. 127 ss CO. En droit public, elle s'applique d'une manière générale, même sans disposition légale expresse, aux obligations pécuniaires et non pécuniaires. Dans ce cas, il convient de déterminer le délai de prescription en se référant aux délais prévus dans la même loi, s'ils apparaissent applicables, ou, à défaut, à des règles légales régissant des cas analogues, le juge devant en dernier recours fixer le délai qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur (ATF 122 II 26, 32 *Syndicat de communes pour l'épuration des eaux usées du Bas-Vallon de Saint-Imier*; 116 Ia 461, 464, X; 112 Ia 260, 262 ss, *Stadt Kloten*).

Ces règles seront examinées plus en détail dans le chapitre du cours consacré à la naissance, au transfert et à l'extinction des droits et obligations en droit administratif (DB 5).

44. La règle selon laquelle le débiteur en retard dans sa prestation doit des intérêts moratoires est également une institution générale du droit qui vaut même lorsque aucune norme écrite ne le prévoit, le taux devant alors être fixé à 5% (ATF 101 Ib 252, 259, *DMF*; voir aussi ATF 117 V 349, 350, *M.*, qui fonde le taux subsidiaire de 5% sur l'art. 104 al. 1 CO). L'obligation de payer des intérêts moratoires suppose une mise en demeure, sauf si la date du paiement est fixée dans la loi ou par la décision créant l'obligation de payer le principal.

c. *La jurisprudence*

45. La jurisprudence est constituée, en droit administratif, par les décisions des tribunaux (Tribunal fédéral et tribunaux administratifs cantonaux), des commissions de recours, des autorités hiérarchiques statuant sur recours, ainsi que des autorités administratives dont le rôle est plus particulièrement de «dire le droit» même si elles se prononcent en première instance (on peut ainsi parler, à Genève, de la «jurisprudence» de la commission du barreau, quand bien même elle n'agit qu'exceptionnellement comme commission de recours, cf. SJ 1997 p. 313). On peut noter que la jurisprudence constituée par les décisions d'instances internationales trouve aussi un certain champ d'application en Suisse. C'est évident pour la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant de l'application de la CEDH. Mais c'est aussi, dans une certaine mesure, le cas de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), notamment dans le cadre de l'application des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne (ATF 130 II 1, 7 ss, *A. und B.*; 130

18 II 113, 119 *Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration*; SJ 2005 I 393, 395/396, TF 14.4.2005).

46. Les décisions qui viennent d'être évoquées ne font pas que trancher des cas d'espèce. Par leur répétition, elles font apparaître, dans l'espace d'indétermination que laisse la législation, des solutions constantes, qui acquièrent le caractère de règles. Plus encore, ces décisions sont motivées par des propositions normatives des juges qui sont exprimées sous forme de règles générales et abstraites. Ce phénomène est inévitable, le droit écrit étant nécessairement lacunaire. Il est renforcé, en droit administratif, par la diversité de ce droit écrit, dépourvu de partie générale: les principes généraux du droit administratif ont donc été exprimés, en tout cas à l'origine, par la jurisprudence.

47. Le rôle de la jurisprudence a, par exemple, été essentiel dans la formulation des principes constitutionnels régissant le droit administratif, principes tirés de l'art. 4 aCst. (art. 8 Cst.) ou considérés comme inscrits implicitement dans la constitution (nombre de ces principes sont désormais formulés explicitement aux art. 5, 9, 29, 30, 36 Cst.). C'est aussi la jurisprudence qui a reconnu les institutions générales du droit. C'est encore elle qui a développé les principes applicables à l'indemnisation pour expropriation matérielle ou à l'utilisation du domaine public. On ne saurait donc nier son rôle créateur en matière de droit administratif.

48. Certes, la règle jurisprudentielle est susceptible d'être renversée par un revirement du juge, qui n'a pas, fondamentalement, d'obligation de s'en tenir à ses précédents. Cependant, le juge ne saurait revenir sur une règle résultant de ses décisions antérieures sans motifs pertinents, sous peine de créer une contradiction violant les principes de l'interdiction de l'arbitraire et de l'égalité de traitement. Le changement de jurisprudence doit donc reposer sur des raisons sérieuses et objectives, telles qu'une connaissance plus exacte de l'intention du législateur, la modification des circonstances extérieures, un changement de conception juridique ou l'évolution des mœurs. Cela étant, plus la jurisprudence est constante, plus le juge sera exigeant quant à la valeur des motifs invoqués (ATF 127 V 353, 355, A.; 126 I 122, 129, *Model AG*; 125 I 458, 471, *Canton de Vaud*; 122 I 57, 59, *Groupement pour la protection de l'environnement*). De plus, il doit s'agir d'un changement de principe, applicable à tous les cas nouveaux ou pendants (ATF 126 I 122, 129, *Model AG*; 125 I 458, 471, *Canton de Vaud*; 122 I 57, 59, *Groupement pour la protection de l'environnement*; 114 V 315, 318, S.). Au demeurant, une modification de jurisprudence s'impose s'il apparaît, après un examen sérieux et approfondi, que la loi n'a pas le sens retenu jusqu'alors ou qu'une modification des circonstances exige un changement dans l'usage d'une liberté d'appréciation (ATF 108 Ia 122, 124, *Paul Vogler Buchdruckerei und Verlag AG*). Enfin, lorsque le changement de jurisprudence est susceptible de provoquer la péremption d'un droit et que l'intéressé aurait pu éviter celle-ci s'il avait connu la nouvelle jurisprudence, le principe de la bonne foi exige un avertissement préalable avant

l'application de la nouvelle règle. Ainsi en est-il lorsque les exigences formelles de recevabilité d'un recours sont renforcées, mais non lorsque la reconnaissance de la qualité pour agir devient plus restrictive, car, dans ce dernier cas, même si le recourant avait connu la nouvelle jurisprudence, il n'aurait pu rendre son recours recevable; il aurait toutefois probablement renoncé à recourir, ce qui justifie de ne pas mettre de frais de justice à sa charge (ATF 122 I 57, 60, *Groupement pour la protection de l'environnement*, et les références citées).

49. Complétant le droit écrit sur des points nombreux et importants et posant de véritables règles, valant au-delà des cas d'espèce, même si leur stabilité est moindre que les règles écrites, la jurisprudence doit être reconnue comme une source du droit administratif (dans le même sens, Moor, vol. I p. 72/73; Häfelin/Müller, nos 170/171). La doctrine qui ne reconnaît pas cette qualité à la jurisprudence (p. ex. Knapp, *Précis*, no 402) nous paraît d'ailleurs plutôt se fonder sur une conception restrictive de la notion de source de droit que sur une négation du rôle de la jurisprudence en droit administratif.

d. La pratique administrative

50. La pratique administrative est constituée par la répétition de décisions par les autorités chargées, en première instance, de l'application de la loi. De cette répétition peuvent apparaître, comme pour la jurisprudence, des règles sur la manière d'interpréter la loi ou de faire usage d'une liberté d'appréciation. La pratique administrative n'a pas le prestige de la jurisprudence, en raison de la position des autorités dont elle émane et du fait que, consistant souvent en décisions de masse, elle ne repose pas sur une analyse aussi approfondie des questions juridiques que les arrêts des juridictions chargées de dire le droit. Cela étant, sa modification obéit fondamentalement aux principes qui ont été évoqués plus haut à propos de la jurisprudence: elle doit reposer sur des motifs sérieux et objectifs (ATF 125 I 152, 162/163, *Kanton St. Gallen*). On relèvera cependant que la pratique administrative se rapporte, davantage que la jurisprudence, à l'exercice de la liberté d'appréciation, pour lequel la palette des motifs objectifs de changement ne peut être que large, sauf à nier la liberté d'appréciation elle-même. Il n'en reste pas moins que la pratique administrative comporte un élément normatif qui peut la faire considérer, au même titre que les ordonnances administratives, comme une source, certes secondaire, de droit administratif (voir notamment l'ATF 111 Ia 31, 32, *Coop Zentralschweiz*, sur la prise en compte d'une pratique constante dans l'examen de la légalité de l'application d'une clause de besoin cantonale au sens de l'art. 32^{quater} aCst.).

3. *La hiérarchie des normes*

A. La hiérarchie des ordres juridiques

51. Quant à la hiérarchie des ordres juridiques, il faut rappeler en premier lieu qu'il découle de la nature même d'une règle internationale que celle-ci est supérieure aux règles internes (ATF 122 II 485, 487, S.). Il s'ensuit logiquement qu'en cas de contradiction entre une disposition interne et une règle de droit international, cette dernière doit l'emporter (ATF 125 II 417, 424 ss, A., où le Tribunal fédéral a admis la recevabilité d'un recours de droit administratif en passant outre à la lettre claire de l'art. 98 let. a OJ, car cette solution était imposée par l'art. 6 par. 1 CEDH; voir aussi, pour un raisonnement similaire en rapport avec l'ALCP, SJ 2005 I 393, 394 ss, TF 14.4.2005), et cela, à notre avis, dans tous les cas. L'art. 5 al. 4 Cst. prévoit d'ailleurs que la Confédération et les cantons respectent le droit international. Et on ne voit pas pourquoi cette obligation ne s'appliquerait pas à la création de normes. La réserve, posée par le Tribunal fédéral, du cas où, postérieurement à la ratification d'un traité, le législateur fédéral aurait en toute connaissance de cause choisi de violer celui-ci (ATF 99 Ib 39, 44, *Schubert*; 118 Ib 277, 281, S.) devrait être abandonnée, comme le pense la doctrine récente (Auer/Malinverni/Hottelier, vol. I, 2^{ème} éd., nos 1304/1305; voir toutefois l'avis divergent de Moor, vol. I, p. 66).

52. Conformément au principe de la force dérogatoire du droit fédéral exprimé à l'art. 49 al. 1 Cst. (art. 2 des dispositions transitoires aCst.), l'ensemble du droit fédéral (y compris donc les ordonnances) prime le droit cantonal.

53. En vertu du même principe, le droit fédéral prime également les concordats, ce que rappelle l'art. 48 al. 3 Cst. Ceux-ci sont, pour leur part, supérieurs au droit cantonal, par analogie avec le rapport entre droit interne et droit international.

B. La primauté du droit édicté

54. On a vu qu'il est admis que la coutume et la jurisprudence (à laquelle on assimilera ici la pratique administrative) ne peuvent intervenir, comme sources de droit, que dans le silence ou du moins la latitude de jugement laissés par le droit édicté (écrit). En d'autres termes, le principe exprimé à l'art. 1 du Code civil vaut d'une manière générale dans tout l'ordre juridique suisse. Coutume et jurisprudence ne peuvent pas déroger à la loi écrite et le législateur peut, par une loi formelle ou une modification constitutionnelle, abroger une coutume ou renverser une jurisprudence. On admet en revanche que la coutume déroge au droit réglementaire.

C. La hiérarchie des sources de droit édicté

55. Les sources de droit édicté sont ordonnées hiérarchiquement en fonction de la légitimité de leur processus créateur. C'est ainsi que la constitution, dont l'adoption et la modification sont soumises à la procédure la plus lourde, est supérieure à la loi formelle et que celle-ci prime à son tour les ordonnances, sous réserve des ordonnances de nécessité lorsque la situation d'urgence qui les justifie exige des mesures dérogeant à la loi.

56. En ce qui concerne les ordonnances dépendantes, cela implique un double examen. On vérifiera d'abord si elles restent dans le cadre qui leur est concédé. Pour une ordonnance d'exécution, il convient de vérifier si elle ne contient que des normes secondaires, alors que pour une ordonnance reposant sur une délégation, il faut contrôler d'une part la validité de la délégation et d'autre part si l'ordonnance reste dans les limites de cette délégation. On vérifiera ensuite si aucune disposition de l'ordonnance n'est en contradiction avec le droit supérieur.

57. En ce qui concerne les prescriptions autonomes, elles devront en principe respecter l'ensemble du droit de la collectivité dont dépend leur auteur. Mais on peut imaginer que, dans un canton, la constitution confère aux communes des compétences que les lois et ordonnances cantonales ne sauraient limiter.

D. Synthèse

58. On peut résumer ce qui précède en classant les sources du droit administratif, aux différents niveaux normatifs, dans l'ordre de préséance suivant:

- Les traités
- La Constitution fédérale
- Les lois formelles fédérales
- Les ordonnances fédérales
- Les concordats (conventions intercantionales)
- Les constitutions cantonales
- Les lois formelles cantonales
- Les ordonnances cantonales
- Les prescriptions autonomes

59. On complétera ce tableau en précisant qu'à chacun des niveaux normatifs, la coutume et la jurisprudence ne peuvent déroger à la constitution ou à la loi.

E. Remarques sur le contrôle du respect de la hiérarchie

60. On ne reviendra pas en détail ici sur les modalités du contrôle des actes normatifs, qui ont été étudiées dans le cours de droit constitutionnel à propos de la juridiction constitutionnelle. On se contentera de rappeler que l'obligation

d'appliquer les lois fédérales, même contraires à la constitution (art. 191 Cst. / art. 113 al. 3 et 114^{bis} al. 3 aCst.), étend ses effets aux ordonnances fédérales et aux règles cantonales qui ne font que reprendre la réglementation contenue dans une loi fédérale, ainsi qu'aux dispositions d'une ordonnance fédérale qui se trouvent dans un rapport de connexité étroite avec une réglementation identique figurant dans une loi fédérale (ATF 106 Ib 182, 190 ss, *Henggeler*).

61. On soulignera encore que la question de l'application obligatoire ne doit pas être confondue avec celle du contrôle (voir, notamment, ATF 123 II 9, 11, C.), ni surtout de l'existence de la hiérarchie: le fait qu'il ne soit éventuellement pas possible de tirer les conséquences dans un cas d'espèce de la non-conformité d'un acte normatif au droit supérieur ne signifie évidemment pas que l'auteur de cet acte est dispensé d'en assurer lui-même la conformité.

II L'interprétation du droit administratif

1. La place de l'interprétation en droit administratif

62. Comme toutes les règles de droit, les normes de droit administratif sont constituées d'éléments de langage, mots et syntaxe, dont les destinataires doivent décoder le sens. En d'autres termes, ces normes doivent être interprétées pour pouvoir être appliquées. Lorsque le texte légal possède un sens «clair», on affirme parfois qu'il n'a pas besoin d'interprétation. Il serait, à notre avis, plus juste de dire que son interprétation s'impose avec évidence. En réalité, de tels cas sont rares. Il est peu d'expressions dont le sens ne souffre aucune discussion quel que soit le contexte dans lequel elles sont employées. A cela s'ajoute que le législateur ne peut prévoir avec précision chaque situation dans laquelle l'administration risque de devoir agir. Pourtant, il est censé, en vertu du principe de la légalité, réglementer l'ensemble de l'activité administrative. La loi comporte donc inévitablement une ouverture qui offre une place éminente à l'interprétation. Celle-ci trouvera notamment à s'exercer dans la concrétisation des nombreuses notions juridiques indéterminées que comporte le droit administratif (voir p. ex. la «pleine indemnité» de l'art. 26 al. 2 Cst., les «devoirs de la prudence» de l'art. 31 LCR ou encore les «inconvenients graves» de l'art. 14 let. a de la LCI genevoise). Elle jouera également un rôle central dans la résolution des conflits de normes (notamment lorsqu'une loi plus récente contredit une loi plus spéciale) et dans la détermination de l'existence ou non d'une lacune de la loi.

63. Le droit administratif se caractérise par le fait que l'interprétation de la loi dans l'exercice de la puissance publique n'est pas réservée aux juges, mais incombe d'abord à l'administration. Qui plus est, cette interprétation dépend souvent de circonstances locales et de considérations techniques que le juriste n'est pas forcément le mieux à même d'appréhender. Elle est enfin souvent liée à la nécessité pour l'administration d'opérer, dans les cas d'espèce, des pesées d'intérêts

que le législateur n'a pu prédéterminer que dans une mesure limitée. Ainsi, sans même parler des cas où la loi laisse une véritable liberté d'appréciation à l'administration, l'interprétation du droit administratif offre à celle-ci une latitude de jugement significative. Dans cette perspective, il y a lieu d'admettre la vanité de la thèse selon laquelle tout texte légal ne pourrait avoir qu'un et un seul sens; la liberté de l'interpréteur n'est pas totale, car il doit fonder son interprétation rationnellement, mais elle est bien réelle.

64. Les considérations qui précèdent montrent l'importance de la place de l'interpréteur dans l'organisation étatique. Si celui-ci est le fonctionnaire de première ligne en charge des dossiers individuels, se pose alors le problème de l'unité d'application du droit dans l'ensemble de l'administration, afin d'assurer, d'une part, la cohérence de la politique administrative et de garantir, d'autre part, l'égalité de traitement des citoyens. C'est ici que se marque l'importance des ordonnances administratives interprétatives.

65. Quant au juge, son rôle est bien de s'assurer que le droit est appliqué de façon égale pour tous; le recours de droit administratif au Tribunal fédéral, relayé désormais par le recours en matière de droit public, est notamment un instrument de vérification de l'application uniforme du droit fédéral. L'interprétation par le juge a ainsi permis de dégager les principes fondamentaux qui régissent le droit administratif (*supra* no 47). Mais le juge doit aussi tenir compte du fait que le législateur a fréquemment conféré à dessein à l'administration une marge de manœuvre lui permettant de mener une politique dans l'intérêt public. Dans ces conditions, il pourra être amené à limiter son pouvoir d'examen, selon une gradation allant d'une certaine retenue s'agissant de questions techniques ou locales (ATF 119 Ib 254, 265, *Schweizerischer Bund für Naturschutz*), jusqu'à l'examen limité à l'arbitraire qui prévaut notamment pour le contrôle par le Tribunal fédéral de l'interprétation du droit cantonal, du moins lorsque n'est pas en cause une restriction grave d'un droit fondamental (ATF 120 Ia 147, 150, B.).

2. *Le pluralisme des méthodes d'interprétation*

66. Selon le Tribunal fédéral, la loi doit s'interpréter d'abord selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, de l'esprit de la règle, des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique) (ATF 131 II 697, 702-703, *Kantonales Steueramt St. Gallen*; 130 II 65, 71, *Service des contributions du canton du Jura*;

130 II 49, 53, X.; 128 II 56, 62, X.; 128 II 66, 70, X.; 128 V 75, 78, *ASSURA*; 127 V 484, 488 *Secrétariat d'Etat à l'économie*; 125 II 480, 484, *Commune de Blonay*). Ce sont donc les méthodes générales d'interprétation qui valent pour le droit administratif, le Tribunal fédéral les appliquant de façon pragmatique sans les hiérarchiser (ATF 128 I 34, 41, *Rudolf Hausherr*; 127 V 484, 488 *Secrétariat d'Etat à l'économie*; 125 II 206, 209, *Dr. Seidenberg*; 123 II 464, 468, *L.*).

67. Il n'en reste pas moins qu'il convient de partir du texte même de la loi, soit de l'interprétation littérale (ou grammaticale) de celui-ci. Si le résultat ainsi dégagé est univoque et sans ambiguïté, on ne peut s'écarter de ce sens clair du texte légal que si des motifs pertinents, des raisons objectives qui peuvent découler des méthodes d'interprétation évoquées plus haut, permettent de penser qu'il ne restitue pas la véritable portée de la norme, qu'il ne peut être celui raisonnablement voulu par le législateur (ATF 131 II 217, 221/222, *EJPD*; 131 V 124, 128, *Fondation collective LPP de la Rentenanstalt*; 128 V 75, 78, *ASSURA*; 123 V 310, 317/318, *M. und Klinik X.*).

«Aux termes de l'art. 34 al. 2 LAMal, le Conseil fédéral peut décider de la prise en charge, par l'assurance obligatoire des soins, des coûts des prestations prévues aux art. 25 al. 2 ou 29 LAMal fournies à l'étranger pour des raisons médicales. [...]

Selon le texte de la loi, le Conseil fédéral peut décider (der Bundesrat kann bestimmen; il Consiglio federale può decidere) de la prise en charge. Au regard de la lettre de la loi, le Conseil fédéral dispose ainsi de la simple faculté d'édicter par voie d'ordonnance une règle de droit au sujet de l'étendue de la prise en charge des prestations; il n'en a en revanche pas l'obligation. L'examen des travaux préparatoires ne permet pas d'aboutir à un autre résultat, au motif que le texte ne restituerait pas le sens véritable de la disposition en cause. En effet, d'une part, l'adoption de cette disposition dans la formulation proposée par le Conseil fédéral n'a donné lieu à aucune discussion au Parlement si bien que l'on ne peut en déduire la volonté du législateur d'en faire une norme impérative; d'autre part, le message du Conseil fédéral réaffirme le principe fondamental de la territorialité, la possibilité de prévoir des exceptions étant laissée à sa compétence.

Enfin, au regard du système même de l'assurance-maladie (...) on ne peut finalement déduire par voie d'interprétation de droit à la prestation pour des traitements effectués à l'étranger.» (ATF 128 V 75, 76/77 et 79, *ASSURA*)

Dans cet esprit, le juge ne saurait s'écarter d'une interprétation qui correspond à l'évidence à la volonté du législateur en se fondant, le cas échéant, sur des considérations relevant du droit désirable et se substituer ainsi au législateur par le biais d'une interprétation extensive ou restrictive (ATF 130 II 65, 72, *Service des contributions du canton du Jura*).

68. La référence que fait le Tribunal fédéral au sens et au but de la loi, à son esprit et à l'intérêt qu'elle protège, montre, à notre avis, que parmi les méthodes d'interprétation permettant de découvrir le sens de la norme, la méthode téléologique, qui prétend tirer le sens d'une règle de son but, de sa *ratio legis* comprise à la lumière des circonstances contemporaines (ATF 125 II 206, 207, *Dr. Seidenberg*; 123 II 464, 468, *L.*), devrait bénéficier d'une certaine préférence. La référence au contexte laisse aussi une place tout à fait légitime à l'interprétation systématique horizontale, qui repose notamment sur la place de la disposition dans

le texte légal, sur d'éventuelles notes marginales ou sur les rapports logiques de la règle à interpréter avec d'autres règles figurant dans le même texte légal.

69. La méthode historique, dite subjective lorsqu'elle se réfère aux travaux préparatoires du législateur et objective lorsqu'elle se base sur les conceptions en vigueur au moment de l'adoption de la loi, n'est pas exclue, mais elle n'est pas déterminante non plus: une volonté clairement établie du législateur qui n'aurait pas trouvé sa traduction dans le texte légal ne saurait être décisive (ATF 123 V 290, 301, *Helsana Versicherung AG*). L'interprétation historique sera d'autant plus importante que la règle à interpréter est récente et que son résultat est clair, par exemple si une signification possible du texte a fait l'objet d'une proposition parlementaire expressément rejetée (*id.*). Elle bénéficie aussi d'un poids accru en ce qui concerne les dispositions sur l'organisation des autorités, dont le contenu est moins soumis au changement des conceptions sociales que celui du droit matériel (ATF 128 I 34, 41, *Rudolf Hausherr*).

70. Quant aux règles d'interprétation formelles – *a contrario*, par analogie, *a majore* («qui peut le plus peut le moins») – elles ne sont pas décisives en elles-mêmes, puisqu'elles peuvent aboutir à des résultats contradictoires (les deux premières sont d'ailleurs logiquement exclusives). Il en est de même des principes selon lesquels la loi postérieure déroge à la loi antérieure et la loi spéciale à la loi générale. C'est donc à l'aide des méthodes évoquées plus haut que l'on déterminera de cas en cas laquelle de ces règles doit s'appliquer.

3. *De quelques principes d'interprétation*

A. L'interprétation conforme

71. Si plusieurs interprétations d'une loi sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la constitution; on doit en effet présumer que le législateur ne propose pas de solutions contraires à la constitution, à moins que le contraire ne résulte clairement de la lettre ou de l'esprit de la loi (ATF 131 II 697, 703, *Kantonales Steueramt St. Gallen*; 130 II 65, 71, *Service des contributions du canton du Jura*; 119 Ia 241, 248, *A.S.*). Ce principe d'interprétation s'étend d'ailleurs à tout l'ordre juridique, un acte devant être interprété chaque fois que cela est possible de façon conforme au droit supérieur. C'est ainsi que le droit interne doit être interprété dans un sens compatible avec le droit international, notamment avec la CEDH (ATF 125 II 417, 424, *A.*; 123 II 231, 236, *WWF*).

72. L'interprétation conforme trouve toutefois ses limites dans le texte clair de la loi (ATF 131 II 697, 703 et 706, *Kantonales Steueramt St. Gallen*; 128 II 66, 73, *X.*; 123 II 9, 11, *C.*). Si celui-ci est contraire à la constitution, il devra être néanmoins appliqué, s'il s'agit d'une loi fédérale immunisée contre une non-

application par l'art. 191 Cst. (ATF 131 II 697, 706 ss, *Kantonales Steueramt St. Gallen* ; 131 II 710, 721, *Steueramt des Kantons Aargau*). Dans les autres cas, l'acte normatif contraire au droit supérieur devra être considéré comme invalide: il sera annulé s'il est attaqué par voie d'action (voir p. ex. ATF 128 II 66, X.) et sera laissé inappliqué s'il est contrôlé par voie d'exception (voir p. ex. ATF 125 II 417, 424 ss., A.).

B. L'interprétation selon la réalité économique

73. Il peut arriver que l'interprétation usuelle d'une notion juridique, notamment lorsque celle-ci est empruntée au droit privé, entraîne un résultat insatisfaisant, ne correspondant manifestement pas au sens et au but de la loi qui utilise cette notion, parce que la réalité économique qu'avait en vue le législateur prend une forme juridique différente de celle qui est envisagée par le texte légal. Dans ce cas, une interprétation selon la réalité économique permet de faire abstraction de la forme juridique choisie par les administrés, pour ne retenir que le but économique qu'ils ont recherché et soumettre leur action à la loi en cause. Ce type d'interprétation se rencontre par exemple en droit fiscal (ATF 119 Ib 116, 119 ss, *D. SA*, sur la notion de «libéralités en faveur de tiers»), en matière d'assurances sociales (ATF 113 V 92, 94 ss, *Ausgleichskasse des Kantons Glarus*), en matière d'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (ATF 115 Ib 102, 107 ss, *Office fédéral de la justice*) ou de surveillance des banques (ATF 116 Ib 331, 338, *Schweizerische Kreditanstalt und CS Holding*).

C. L'interprétation des dispositions d'exception

74. Contrairement à une ancienne théorie, le Tribunal fédéral considère que les dispositions d'exception, qui introduisent une dérogation à un principe général posé par une loi, ne doivent s'interpréter ni restrictivement ni extensivement, mais d'après leur but et leur sens, conformément aux règles générales d'interprétation (ATF 118 Ia 175, 178/179, X.).

4. *Les lacunes*

75. Une lacune représente un manque normatif (Moor, vol. I, p. 154). On parle traditionnellement de lacune « proprement dite » (« authentique ») lorsque la loi reste, même après interprétation, muette sur un point qu'il est nécessaire de trancher pour pouvoir l'appliquer (p. ex. le défaut de désignation de l'autorité appelée à rendre une décision à laquelle l'administré a constitutionnellement droit, SJ 2004 I 213, 216, *Salinas*) et de lacune « improprement dite » (« non authentique ») lorsque la loi apporte une solution qui peut être considérée comme objectivement insoutenable (ATF 128 I 34, 42, *Rudolf Hausherr*; 122 I 253, 255, *P. AG*). Tout aussi traditionnellement, on considère que les secondes ne peuvent être

comblées par le juge, en application du principe de la séparation des pouvoirs, sous réserve du cas où l'application littérale de la loi équivaldrait à un abus de droit, alors que les premières doivent l'être sous peine de commettre un déni de justice (ATF 128 I 34, 42, *Rudolf Hausherr*). Cette conception revient à assimiler la lacune improprement dite au silence qualifié, c'est-à-dire, à la volonté du législateur de ne pas réglementer une situation ou de ne pas inscrire une solution déterminée dans la loi. Or, il est clair qu'une telle intention, si elle existe, doit être respectée.

76. La lacune proprement dite sera comblée non seulement par le juge, qui fera acte de législateur (cf. art. 1 CC) en s'inspirant des buts et valeurs qui sous-tendent la législation en cause (ATF 129 II 401, 403, X.; 119 Ib 216, 218, *Société immobilière et hôtelière de la Place Chevelu 1-3*), mais aussi par l'administration, chargée d'appliquer la loi en premier lieu. On peut certes imaginer que la lacune soit comblée par voie d'ordonnance législative (ATF 126 II 283, 291, *WWF Schweiz*; Knapp, Précis, no 442; ainsi p. ex. l'ancien art. 32 al. 1 in fine OAC, comblait une lacune de l'ancien art. 16 al. 3 LCR, lequel ne prévoyait pas le retrait obligatoire du permis de conduire en cas de conduite pendant la durée d'un retrait de permis, ATF 123 II 225, 229, D.), mais en l'absence d'une telle ordonnance, l'administration devra bien se déterminer.

77. Dans ce contexte, il conviendrait, à notre sens, de distinguer les cas de lacunes (proprement dites ou non) de ceux où est prévue, dans un acte normatif, l'application subsidiaire d'un autre acte lorsque le premier ne règle pas une question donnée relevant de son champ d'application. On peut penser ici, par exemple, à l'art. 55 al. 1 LPGA (renvoi à la PA « pour les points de procédure qui ne sont pas réglés de manière exhaustive » par la LPGA), à l'art. 6 al. 2 LPers (application par analogie du CO aux rapport de travail « si la présente loi ou d'autres lois fédérales n'en disposent pas autrement »), ou encore à l'art. 6 LREC/GE (application du CO « à titre de droit cantonal supplétif » en matière de responsabilité de l'Etat). Dans le cas de l'application subsidiaire d'un autre acte, il faut certes se demander si la loi prioritairement applicable règle ou non la question, le cas échéant par un silence qualifié, mais si tel n'est pas le cas, il existe bel et bien, par renvoi, une règle légale applicable. On ne saurait donc parler de lacune. La Commission de recours du personnel fédéral traite toutefois l'application du CO fondée sur l'art. 6 al. 2 LPers comme un comblement de lacune (JAAC 2005/69 no 24, 5.10.2005).

78. En pratique, on assimile à la lacune proprement dite l'inconséquence manifeste de la loi, à savoir le cas où l'on arrive à la conclusion que si le législateur avait vu le problème, il aurait prévu une législation topique. Il apparaît ainsi que la jurisprudence admet des complements de lacunes dans des cas où il aurait quand même été possible d'appliquer la loi sans cela, certes au prix d'un résultat insatisfaisant (voir l'exemple cité au no 75 supra). Le Tribunal fédéral des

assurances a pour sa part admis des comblements de lacune dans des cas où l'absence de réglementation d'un point donné conduisait à un résultat incompatible avec les principes constitutionnels de l'interdiction de l'arbitraire et de l'égalité de traitement (ATF 130 V 39, 46, *Schweizerische Unfallversicherungsanstalt*).

79. La distinction entre lacune proprement dite et lacune improprement dite n'est donc pas claire et la jurisprudence ne s'y réfère pas toujours. Le Tribunal fédéral admet d'ailleurs qu'elle s'est aujourd'hui légèrement estompée (ATF 128 I 34, 42, *Rudolf Hausherr*). On pourrait donc se contenter d'opposer la lacune, qui peut être comblée parce qu'elle représente une insuffisance inadmissible de la loi d'un point de vue téléologique (*planwidrige Unvollständigkeit*), et le silence qualifié, qui impose le respect de la volonté du législateur.

80. Il reste qu'à l'exception des cas où l'application de la loi est absolument impossible sans comblement d'une lacune – p. ex. en cas d'absence de règle de droit transitoire (ATF 126 II 1, 6, A.; 107 Ib 198, 203, X & Co.; voir aussi JAAC 2005/69 no 46, Commission fédérale de recours en matière de formation et de perfectionnement médical 30.11.2004) ou de règle de for (ATF 114 Ib 261, 267, H.) – la question de savoir si l'on se trouve en présence d'une lacune ou d'un silence qualifié pose un problème d'interprétation souvent ardu.

En droit zurichois des constructions, la doctrine et la pratique ont admis le principe du report de droits à bâtir entre différentes parcelles. Cependant, en ce qui concerne le report de droits à bâtir entre des aires appartenant à des zones différentes, l'art. 72 al. 3 de la loi zurichoise sur l'aménagement du territoire et les constructions (LATC/ZH) ne prévoit l'admissibilité d'une telle opération que dans le cas de constructions par bloc (Arealüberbauungen). Le Tribunal administratif en a déduit que le droit cantonal ne laisse plus de place pour une réglementation communale du report de droits à bâtir entre les zones, en dehors des constructions par bloc. Le Tribunal fédéral a considéré que cette interprétation n'était pas arbitraire, correspondait à sa jurisprudence, à la pratique constante des autorités cantonales et à l'avis de la doctrine. On pouvait donc admettre que le législateur zurichois avait tacitement exclu, par un silence qualifié, les prescriptions communales allant au-delà de l'art. 72 al. 3 LATC/ZH. (ATF du 05.09.1997 in ZBl 1999 218, 220/221).

81. On soulignera, à cet égard, qu'en matière de restrictions aux libertés ou de perception de contributions publiques, le principe de la légalité, sous l'angle de l'exigence de la base légale, s'oppose à la reconnaissance de lacunes, alors qu'il est plus aisé d'admettre une lacune lorsqu'il n'en résulterait aucune nouvelle obligation pour les administrés.

III L'applicabilité du droit administratif

1. *Droit administratif et droit privé*

A. L'appartenance du droit administratif au droit public

82. La distinction entre droit public et droit privé est importante en droit positif suisse s'agissant notamment de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons (la première étant compétente en matière de droit privé, art. 122 al. 1 Cst.), de la définition de la décision administrative (qui est une mesure fondée sur le droit public, art. 5 PA et 4 al. 1 LPA/GE) et de la soumission de certains actes (contrats, actes illicites) à la réglementation générale du droit privé ou à une réglementation spécifique de droit public.

83. L'attribution d'une norme au droit public ou au droit privé se fait en fonction d'une pluralité de critères, qui sont utilisés ensemble, aucun d'entre eux n'étant suffisamment satisfaisant pour être déterminant. Le critère de la subordination, ou de l'exercice de la puissance publique implique de considérer de droit public les normes qui donnent à une partie – l'Etat, ses organes ou ses délégataires – une position prééminente, notamment la possibilité d'imposer unilatéralement des obligations. Le critère des intérêts distingue entre l'intérêt public, que poursuit le droit public, et les intérêts particuliers, que sauvegarde le droit privé. Le critère des sujets fait considérer de droit public le rapport où la collectivité intervient en tant que détentrice de la puissance publique. Le critère fonctionnel permet de rattacher au droit public les règles et rapports juridiques tendant directement à l'accomplissement de tâches publiques. Le critère du fisc, largement obsolète, rattache au droit privé des rapports patrimoniaux entre l'Etat et des particuliers. Le critère de la sanction rattache une norme au droit public ou au droit privé en fonction du type de sanction, de droit public (p. ex. retrait d'une autorisation) ou de droit privé (p. ex. nullité d'un acte), qui résulte de sa violation.

84. Droit de l'organisation et des activités de l'Etat, le droit administratif appartient incontestablement, en fonction des critères susmentionnés, au droit public, sous réserve de quelques rares normes dont la nature est double (p. ex. art. 699 CC sur le libre accès aux forêts publiques et privées, ATF 106 Ib 47, 48 ss, *Ruedi*).

85. A cet égard, il faut souligner que lorsque des institutions générales du droit trouvent application en droit administratif, c'est en tant que règles de droit public, quand bien même ces institutions auraient été reconnues expressément en droit privé. Par ailleurs, quand le droit administratif se réfère à des concepts de droit privé, il est possible de leur donner, si nécessaire, une interprétation répondant aux besoins de la norme de droit public (ainsi, p. ex. par une interprétation selon la réalité économique, cf. *supra* no 73; sur la référence à des principes de droit privé

en relation avec une prestation de droit public, en l'occurrence une indemnité pour tort moral selon l'art. 12 al. 2 LAVI, cf. ATF 125 II 554, 556, *A.H.*).

B. Le droit privé comme droit public supplétif

86. Si une réglementation de droit administratif renvoie au droit privé (p. ex. art. 9 LRCE et art. 6 LREC), les règles de droit privé seront appliquées non pas à titre de droit privé, mais en tant que droit public supplétif. Leur interprétation pourra d'ailleurs tenir compte des particularités du droit administratif. Quant aux voies de recours, il s'agira bien des voies prévues en cas d'application du droit public.

87. Doit être distinguée du renvoi au droit privé à titre supplétif, la situation où une législation spéciale comporte à la fois des dispositions de droit public et des dispositions de droit privé, avec les procédures correspondantes. Un des exemples les plus connus est celui de la LCart (art. 12 ss et art. 18 ss LCart). Le Tribunal fédéral a jugé que celui qui, dans ce contexte, demande des mesures provisionnelles ne peut pas choisir à son gré entre la voie du droit administratif et celle du droit civil : la délimitation entre ces deux voies doit se faire en fonction du critère de l'intérêt public à la protection d'une concurrence efficace et celui de la défense d'intérêts privés; si le premier ne suffit pas dans le cas d'espèce pour justifier la mesure demandée, l'autorité administrative pourra renvoyer l'intéressé à agir sur le plan civil (ATF 130 II 149, 136 ss, *Sellita Watch Co SA*).

C. L'applicabilité du droit privé à l'administration

88. On admet généralement que l'administration est soumise au droit privé dans trois situations principales: lorsqu'elle agit pour se procurer les biens et prestations nécessaires à son activité (achat de matériel de bureau, contrats d'entreprise pour la construction d'édifices publics), lorsqu'elle gère le patrimoine financier de l'Etat et lorsqu'elle exerce une activité économique soumise à la concurrence (ATF 123 II 402, 409 ss, *Verein gegen Tierfabriken*, activités de la SSR dans le domaine de la publicité; 120 II 321, 322 ss, *Lignoform Innenausbau AG*, activité d'une banque cantonale; 113 II 424, 426, S., exploitation d'une piscine par une commune). Dans ces situations, le droit privé est applicable en tant que tel, et non comme droit public supplétif, aux rapports entre l'Etat et les particuliers.

89. L'application du droit privé peut aussi être prévue expressément par le législateur, alors même qu'elle ne résulterait pas de façon évidente des critères de distinction évoqués plus haut. C'est ainsi que la responsabilité de la Confédération et des cantons pour l'utilisation des véhicules dont ils sont détenteurs est régie par le droit privé, en vertu de l'art. 73 LCR, même si cette utilisation a lieu dans l'exécution d'une tâche publique. De même, le contrat passé entre une entreprise

de transport public et ses passagers est régi par le droit privé, alors même que le transporteur exécute une tâche d'intérêt public (art. 50 al. 1 LTP).

90. On rencontre aussi de plus en plus souvent les formes du droit privé en administration de prestation, par exemple en matière de fourniture d'énergie, mais aussi, parfois, en matière d'enseignement, de logement social ou d'encouragement à la culture. On a même vu l'Etat utiliser la forme du contrat de droit privé pour imposer des règles de comportement dans un domaine où il ne pouvait légiférer (ATF 109 Ib 146, *Schweizerischer Treuhänder-Verband*, concernant la «convention de diligence» passée entre la Banque nationale suisse et l'Association suisse des banquiers). Cette «fuite vers le droit privé» se comprend à un moment où les interventions de l'administration sont si diversifiées que la souplesse du droit privé, qui permet en outre d'associer des personnes et des organisations privées à la poursuite de buts d'intérêt public, se révèle précieuse. Elle pose cependant le problème du contrôle démocratique de l'activité administrative et de la garantie des droits des administrés, tant sur le plan matériel (respect par l'Etat des droits fondamentaux) que sur le plan procédural (voies de recours).

91. A diverses reprises, le Tribunal fédéral a jugé que l'Etat devait respecter les droits fondamentaux, notamment l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire, même lorsqu'il agissait dans un cadre de droit privé (ATF 127 I 84, 90, P.; 114 Ia 413, 423, *Sozialdemokratische Partei des Kantons Zürich*; 109 Ib 146, 155, *Schweizerischer Treuhänder-Verband*; ZBl 1987 205, 208). Ce point de vue se justifie lorsque la voie du droit privé a été choisie, pour des raisons d'opportunité, alors qu'il aurait été possible d'agir par le droit public. Il est douteux qu'il s'impose également lorsque l'administration est régie par le droit privé parce qu'elle agit comme n'importe quel particulier, dans un marché soumis à la concurrence.

92. La théorie de l'acte détachable, ou des deux niveaux, distingue lors de la conclusion de contrats de droit privé par l'administration, un stade de formation de la volonté de l'autorité, soumis au droit public et conclu par une décision, et un stade de formation du contrat, régi par le droit privé. Un point d'ancrage est ainsi offert à un contrôle, et donc à une éventuelle contestation, de l'action de l'Etat. C'est en matière de marchés publics que cette théorie a reçu un début d'application. Nous y reviendrons lors de l'étude des contrats de droit administratif (DB 12). On peut voir un modèle analogue dans la procédure budgétaire, qui permet au parlement et, le cas échéant, au corps électoral, de se prononcer sur une dépense, et par ce biais sur le projet concret qu'elle concerne, alors même que la mise en oeuvre de la dépense sera soumise au droit privé.

2. *L'applicabilité dans l'espace*

A. Le principe de territorialité

93. Emanation de la souveraineté de l'Etat, le droit administratif est soumis, quant à son applicabilité dans l'espace, au principe de territorialité: il ne s'applique que sur le territoire de la collectivité dont il émane. Cela vaut autant pour le droit matériel régissant ce qui se trouve ou se passe sur le territoire d'une collectivité publique que pour la compétence des autorités de cette collectivité de prendre des mesures sur la base de ce droit.

94. Le principe de territorialité souffre de rares exceptions. Premièrement, un traité peut prévoir l'application d'un droit national au delà des frontières de l'Etat dont il émane (ATF 95 II 109, 114, *Schweizerische Bankgesellschaft*) ou, au contraire, sa non-application sur une partie du territoire national (p. ex. le cas des zones franches douanières) ou à certaines personnes se trouvant sur ce territoire. Cette dernière hypothèse concerne le cas des immunités diplomatiques, qui reposent sur une règle de droit international général ou sur une convention internationale comme un accord de siège (ATF 118 Ib 562, 565, *Fougerolle*).

95. Dans un Etat fédéral comme la Suisse, la question se pose de savoir si l'Etat central est, pour ses propres activités, soumis au droit administratif des collectivités fédérées. La réponse est en principe positive en ce qui concerne la Confédération, l'application du droit cantonal ne devant toutefois pas empêcher ou rendre difficile à l'excès l'exécution des tâches fédérales (ATF 118 Ib 569, 579, *Stadt Zürich*). La législation fédérale peut toutefois prévoir, dans certains domaines, la non-application du droit cantonal à la Confédération (p. ex. l'art. 126 al. 3 LAAM, concernant l'exemption des installations militaires de la procédure d'autorisation de construire cantonale).

96. Le principe de territorialité empêchant une autorité publique d'agir en dehors du territoire de la collectivité dont elle dépend, se pose la question de la collaboration et de l'entraide administratives internationales et intercantionales, qui sera examinée dans un prochain chapitre (DB 9).

B. Les critères de rattachement

97. Il existe divers critères de rattachement correspondant au principe de territorialité: le domicile, la résidence ou la simple présence des administrés; le lieu de situation de choses ou d'immeubles; la localisation de manifestations; le lieu d'exercice d'une activité; la nationalité; le droit de cité cantonal ou communal (de façon très limitée en raison de l'art. 37 al. 2 Cst.); voire le lieu de survenance des effets concrets d'une activité.

98. La coexistence de ces différents critères montre, d'une part, que le principe de territorialité n'empêche pas la prise en compte de faits survenus hors du

territoire d'application du droit administratif. Elle révèle, d'autre part, un risque certain de conflits de normes, qui ne peuvent être résolus que par l'intervention d'une collectivité supérieure (cf. la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de double imposition, fondée sur l'art. 46 al. 2 aCst. / art. 127 al. 3 Cst.) ou par un accord international, respectivement intercantonal.

3. *L'applicabilité dans le temps*

A. L'entrée en vigueur

99. L'entrée en vigueur d'une loi ou d'une ordonnance, c'est-à-dire le début de ses effets obligatoires, implique la réalisation de deux conditions: d'une part, l'acte doit avoir été adopté par l'autorité compétente selon les procédures prévues (notamment, s'il y a lieu, le référendum) et, d'autre part, il doit avoir été publié (pour le droit fédéral, dans le Recueil officiel des lois fédérales, art. 6 et 10 LPubl; pour le droit genevois dans la Feuille d'avis officielle, art. 13 à 15 de la loi sur la forme, la publication et la promulgation des actes officiels, du 8 décembre 1956, RS/GE B 2 05). La promulgation est la constatation par l'exécutif que la première condition a été remplie s'agissant d'un acte soumis au référendum.

100. L'entrée en vigueur peut être fixée par l'acte normatif lui-même ou par le gouvernement, sur délégation du législateur, à une date postérieure à celle où les conditions susmentionnées sont remplies. Elle peut aussi intervenir, exceptionnellement, avant la publication (p. ex. ATF 114 Ib 17, 20 ss, *Firma X.*, sur l'entrée en vigueur immédiate d'un nouveau tarif douanier, qui aurait pu être éludé s'il avait été annoncé à l'avance). Il est en revanche exclu qu'elle intervienne avant l'adoption régulière de l'acte normatif en cause. Lorsque, de manière impropre, un acte indique qu'il entre en vigueur avant même d'avoir été adopté ou publié, on est en réalité en présence d'un effet rétroactif (ATF 119 Ia 254, 257/258, *Syndicat suisse des services publics*).

B. L'abrogation

101. L'abrogation d'un acte normatif de durée limitée (p. ex. arrêté fédéral de portée générale) intervient d'office à l'échéance de la durée de vie de l'acte. En revanche, les actes normatifs de durée illimitée peuvent être abrogés par un acte de rang égal ou supérieur, conformément au principe du parallélisme des formes.

102. L'abrogation est formelle si elle figure expressément dans la nouvelle norme. Dans ce cas, une éventuelle abrogation ultérieure de la nouvelle norme ne saurait faire revivre la règle précédemment abrogée.

103. L'abrogation est matérielle, implicite, si elle résulte de la contradiction de la norme ancienne avec une norme nouvelle de rang égal ou supérieur, en application du principe selon lequel la loi postérieure prime la loi antérieure. Il peut toutefois arriver que ce principe se heurte à celui qui veut que la loi spéciale prime la loi générale. C'est par le recours aux méthodes d'interprétation évoquées plus haut que ce conflit sera résolu. Cela étant, si la nouvelle norme vient à être abrogée formellement, les anciennes règles qui ne l'ont pas été reprennent effet.

C. Le droit intertemporel

104. En principe, le nouveau droit s'applique à toutes les situations qui interviennent depuis son entrée en vigueur. Les procédures administratives menant à une décision (procédure non contentieuse) ou concernant la contestation d'une décision (procédure contentieuse) se prolongeant sur une certaine durée, il se peut qu'un changement du droit intervienne alors que la procédure est encore pendante. Se pose alors la question de savoir si le cas doit être tranché selon l'ancien droit, en vigueur au moment où la procédure s'est ouverte, ou bien selon le nouveau droit, en vigueur au moment où l'autorité statue.

105. La solution est simple lorsque le nouveau droit contient des dispositions de droit intertemporel qui règlent expressément la question (p. ex., à Genève, l'art. 50 al. 2 LDTR), encore que des dispositions transitoires peuvent aussi donner lieu à des difficultés d'interprétation (voir p. ex. ATF 127 V 448, 451 ss, *SUVA*).

106. En l'absence de dispositions transitoires, la jurisprudence admet que, s'agissant des règles de procédure, le nouveau droit s'applique à toutes les affaires pendantes (ATF 111 V 46, 47, *Sciboz*; JAAC 2000/64 no 3), pour autant cependant que le nouveau droit reste dans une certaine continuité avec le système antérieur sans en bouleverser les fondements (ATF 112 V 356, 360, *Stöckli*), et sous réserve d'une exception en ce qui concerne la compétence : si une autorité compétente selon l'ancien droit a été saisie avant l'entrée en vigueur du nouveau droit et n'a pas été abolie par ce dernier, elle reste compétente pour l'affaire en cause (ATF 130 V 90, 93, *D.*; 124 V 130, 132, 24 *Krankenkassen*). Conformément au principe général, le Tribunal fédéral a examiné par exemple selon le droit en vigueur au moment de sa décision si un droit à une autorisation au sens de l'art. 100 al. 1 let. b ch. 3 OJ existait ou non, ce qui était déterminant pour le recevabilité du recours de droit administratif (ATF 127 II 60, 63, *K.G.*). On peut relever que la PA contient pour sa propre application en procédure contentieuse une règle expresse contraire (art. 81). Il en est de même de la LPA pour son applicabilité générale (art. 92).

107. S'il s'agit de tirer les conséquences juridiques d'un événement passé qui constitue le fondement de la naissance d'un droit ou d'une obligation, il convient d'appliquer le droit en vigueur au moment de cet événement (ATF 130 V 445, 447,

M.; 119 Ib 103, 110, *X. AG*). Lorsque l'événement en cause est un comportement susceptible d'entraîner une sanction, cette règle est toutefois tempérée, même en l'absence de base légale particulière, par l'application analogique du principe de la *lex mitior* figurant à l'art. 2 al. 2 CP: on applique alors le droit en vigueur au moment où la question de la sanction se pose, si, selon ce droit, l'acte auparavant illégal ne l'est plus ou si une sanction moins grave est désormais prévue (ATF 130 II 270, 273 ss, *P.*; 104 Ib 87, 90, *Wegebauer* ; RDAF 2003 I 730, 733, *ATA/GE*), sauf si c'est parce qu'il avait une durée de validité d'emblée limitée que le droit posant l'illégalité n'est plus en vigueur (ATF 105 IV 1, 2/3, *F. und S.*).

108. En ce qui concerne les autorisations faisant suite à une requête, le droit applicable est en principe celui qui est en vigueur au moment où la décision est prise: dès lors que cette décision vise à régler un comportement futur, il n'y a pas de raison de ne pas appliquer le droit en vigueur au moment où la légalité de ce comportement se pose (ATF 126 II 522, 534, *Politische Gemeinde Bachs*; 112 Ib 26, 29, *Commune de Chiètres*; 107 Ib 133, 137, *Stuber*).

109. Il faut néanmoins réserver l'application du principe de la bonne foi, lorsque l'autorité retarde volontairement l'instruction d'un dossier ou lorsque cette instruction, sans la faute de l'administré, prend plus de temps qu'il ne serait raisonnablement nécessaire. Dans ce cas, si l'ancien droit, en vigueur au moment du dépôt de la demande, est plus favorable à l'administré, il devra être appliqué (ATF 110 Ib 332, 337, *Staat Zürich*; 101 Ib 297, 300/301, *Département fédéral de l'intérieur*), à moins que l'ordre public ou un motif d'intérêt public très important n'impose l'application de la nouvelle règle (ATF 119 Ib 174, 177, *B.*).

110. S'agissant du droit qui doit être appliqué par une autorité de recours, la jurisprudence et la doctrine ont émis des signes contradictoires. Conformément à la jurisprudence la plus récente, il faut admettre qu'en principe une autorité judiciaire de recours doit trancher le cas selon le droit en vigueur au moment du prononcé de la décision attaquée, sauf si un intérêt public important, notamment des motifs d'ordre public, justifie une application immédiate du nouveau droit entré en vigueur dans l'intervalle (ATF 126 II 522, 534, *Politische Gemeinde Bachs*; 125 II 508, 509, *Heer AG*, sur l'applicabilité immédiate de nouvelles dispositions de protection de l'environnement; 122 V 85, 89, *W.*; 119 Ib 174, 177, *B.*; 112 Ib 39, 42, *X.*). Le Tribunal fédéral a encore relevé qu'il ne serait pas raisonnable d'annuler sur recours une autorisation ou une concession (ou de confirmer leur refus) pour violation de l'ancien droit, s'il appert qu'une nouvelle requête fondée sur le nouveau droit, par hypothèse plus favorable au requérant, devrait être admise. Dans un tel cas, l'application du nouveau droit est cependant exclue si elle peut toucher des tiers et limiter ainsi leur protection juridique (126 II 522, 535, *Politische Gemeinde Bachs*).

111. En cas de recours, il se peut aussi que les faits changent postérieurement à la décision attaquée. Le Tribunal fédéral admet qu'il peut tenir compte de faits apparus postérieurement à la décision attaquée dans les cas où il n'est pas lié, en raison de l'art. 105 al. 2 OJ (dès 2007 : art. 97 et 105 al. 2 LTF), aux constatations de fait de l'instance inférieure (126 II 522, 535, *Politische Gemeinde Bachs*). Dans la même veine, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, le juge des assurances sociales peut exceptionnellement, pour des motifs d'économie de procédure, se fonder sur un état de fait survenu après la décision litigieuse, mais seulement si cet état de fait, qui conduit à une nouvelle appréciation juridique du litige, a été correctement instruit et que les droits des parties, notamment leur droit d'être entendu, a été respecté (ATF 130 V 138, 140-141, R.).

112. Lorsque un recours est porté devant une autorité administrative disposant d'un pouvoir de cognition s'étendant à l'opportunité, la pratique est celle de l'application du droit en vigueur au moment où cette autorité statue (JAAC 2000/64 no 27).

113. Par ailleurs, lorsque l'application immédiate du nouveau droit aurait des conséquences graves sur l'activité jusqu'ici légale de certains administrés, le principe de proportionnalité, voire le principe de la bonne foi, peuvent exiger qu'un régime transitoire soit prévu, afin de leur permettre de s'adapter (ATF 128 I 92, 98 ss, *Schweizer Psychotherapeuten Verband*; 122 V 405, 409, *Caisse-maladie Universa*; 118 Ib 241, 251, A.). Il convient toutefois de tenir compte, dans de tels régimes transitoires, du principe de l'égalité de traitement.

D. La rétroactivité

114. On parle de rétroactivité lorsque la loi attache des conséquences juridiques nouvelles à des faits qui se sont produits et achevés entièrement avant l'entrée en vigueur du nouveau droit.

115. En revanche, ne constitue pas une rétroactivité proprement dite le fait de tenir compte d'événements passés pour régler de façon nouvelle une situation future. Si, dès le 1er janvier 2007, un impôt cantonal sur le revenu était augmenté de 2%, il ne s'agirait pas de rétroactivité, quand bien même l'impôt 2007 serait calculé sur la base du revenu acquis les deux années précédentes en application d'une des deux possibilités offertes par l'art. 15 al. 2 LHID (l'exemple est fictif : plus aucun canton à ce jour ne pratique ce système). En revanche, serait rétroactive la règle, entrant en vigueur le 1er janvier 2007, qui élargirait le cercle des personnes soumises à l'impôt sur le revenu en 2005.

116. Ne constitue pas non plus une rétroactivité de la loi son application dès son entrée en vigueur à des situations durables nées sous l'ancien droit. Une telle pratique est admise si elle ne porte pas atteinte à des droits acquis (ATF 122 V 405, 408/409, *Caisse-maladie Universa*), c'est-à-dire à des droits dont l'immutabilité résulte de leur nature contractuelle ou d'une garantie donnée par la loi ou une décision d'espèce (la notion de droit acquis sera reprise au DB 5).

117. Portant atteinte au principe de la sécurité et de la prévisibilité du droit, la rétroactivité proprement dite est normalement exclue. La jurisprudence l'admet cependant exceptionnellement en l'assortissant de conditions très strictes (ATF 122 V 405, 408, *Caisse-maladie Universa*; 119 Ia 254, 258, *Syndicat suisse des services publics*; voir aussi JAAC 2001/65 no 6):

- elle doit être prévue expressément par la loi;
- elle doit être raisonnablement limitée dans le temps;
- elle ne doit pas conduire à des inégalités choquantes;(pour un exemple, voir JAAC 2005/69 no 40, Commission fédérale de recours en matière de contributions 24.9.2004 : l'administration fiscale ne peut revenir rétroactivement sur une pratique illégale s'il n'est pas possible d'appliquer la nouvelle pratique légale à tous les assujettis);
- elle doit se justifier par des motifs pertinents, c'est-à-dire répondre à un intérêt public plus digne d'être protégé que les intérêts privés en jeu; à cet égard, un intérêt fiscal ne peut prévaloir que si les finances publiques sont en péril (ATF 119 Ia 254, 258, *Syndicat suisse des services publics*);
- elle ne doit pas porter atteinte à des droits acquis.

118. Ces conditions valent chaque fois que la règle rétroactive entend imposer des obligations nouvelles ou retirer des avantages aux administrés. Lorsque la règle rétroactive vise à conférer de nouveaux avantages à ces derniers, elles sont en principe également applicables (ATF 119 Ib 103, 110, *X. AG*), mais seules les conditions de la base légale et de l'égalité de traitement ont alors une portée pratique.

E. L'effet anticipé

119. On parle, improprement, d'effet anticipé d'une norme lorsque la perspective de son adoption constitue un motif autorisant la non-application de dispositions du droit actuellement en vigueur. C'est en matière d'aménagement du territoire que la question se pose avec le plus d'acuité: en effet, un projet de modification du régime juridique applicable à certains terrains pourrait être vidé de son sens si des aménagements irréversibles étaient autorisés sur ces terrains pendant l'élaboration de la modification. Il se justifie donc de permettre à l'autorité compétente de suspendre la délivrance de permis de construire, pendant un laps de temps limité,

en attendant le résultat de la procédure de modification du droit (cf. p. ex. art. 13B LaLAT).

120. A vrai dire, il ne s'agit nullement dans ce cas d'un effet anticipé de la nouvelle norme, qui, n'existant pas encore, ne saurait avoir un quelconque effet, mais plutôt d'une mesure provisionnelle, dont le principe et les modalités doivent être prévus par le droit en vigueur au moment où elle est prise (cf. SJ 2002 I 318, 319, *X. et Y.*).

121. Il est, en revanche, possible de parler d'effet anticipé lorsque sont appliquées à un projet de construction des normes déjà publiées en projet (mises à l'enquête publique), mais non formellement en vigueur, comme le permet, à certaines conditions, pour les plans et règlements d'affectation du sol, l'art. 83 al. 2 de la loi fribourgeoise sur l'aménagement du territoire et les constructions, du 9 mai 1983 (LATEC - RS/FR 710.1). Il reste que c'est bien le droit en vigueur (ici l'art. 83 al. 2 LATEC) qui fonde cet effet. Un véritable effet anticipé du nouveau droit ne peut donc, en tout état de cause, entrer en ligne de compte que s'il existe à cette fin une base légale dans le droit en vigueur (cf. JAAC 2001/65 no 21).