

# Questions choisies de procédure administrative genevoise

26 février 2014

Conférence du Jeune Barreau

Romain Jordan

Avocat, juge suppléant à la  
Chambre administrative de la Cour de justice\*

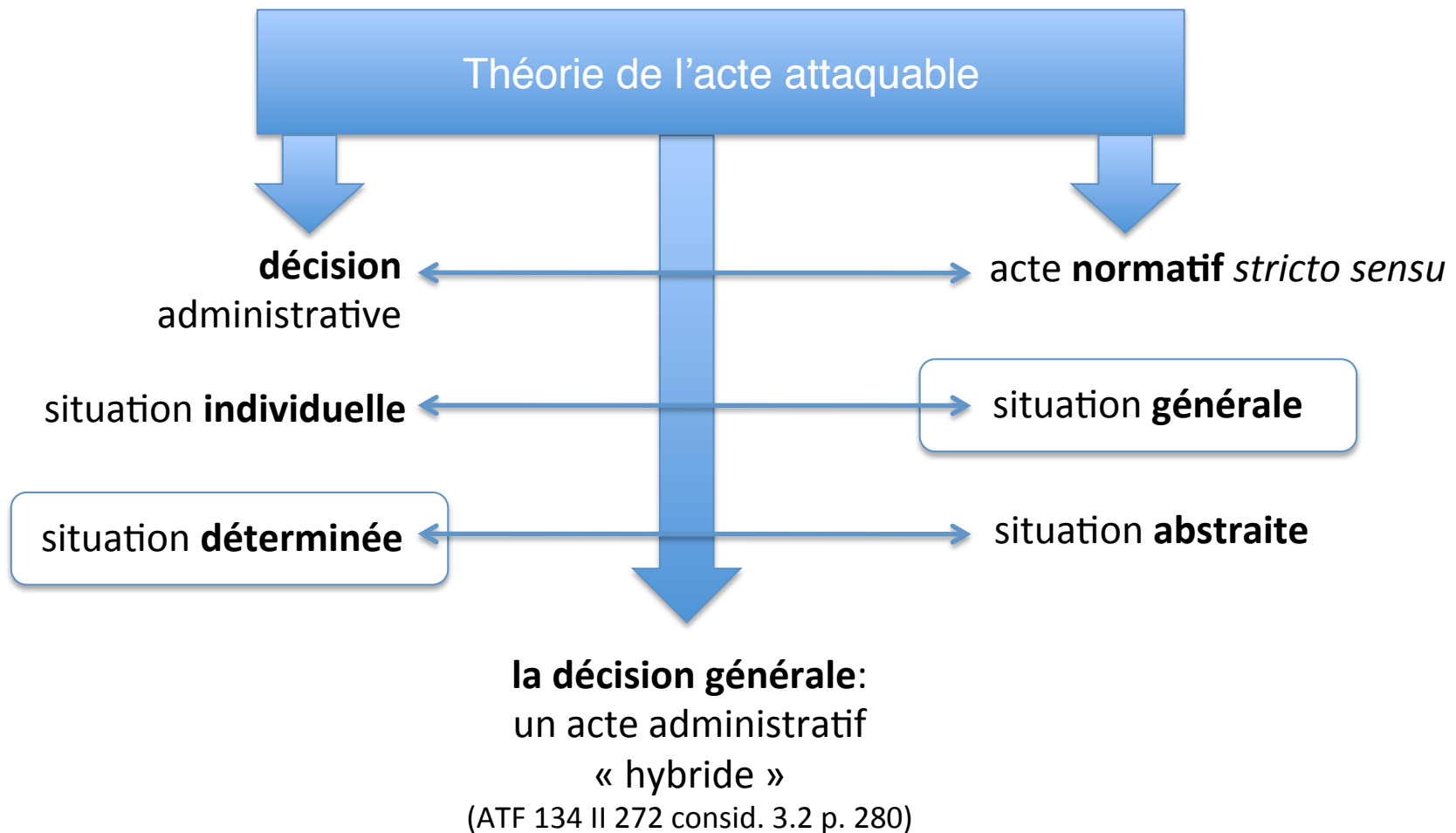
**MERKT** [&] associés  
Avocats | Attorneys-at-law | Rechtsanwälte

\* la présente présentation n'engage que son auteur.

# Plan

1. La notion de décision générale (art. 4 LPA).
2. La notion d'acte matériel (art. 4a LPA).
3. L'influence de la CEDH (art. 6 CEDH).
4. Le recours contre une décision incidente (art. 57 let. c LPA).
5. Le prononcé sur les frais et dépens (art. 87 LPA) et le droit à l'assistance judiciaire (art. 10 LPA).
6. Fin.

# 1. La notion de décision générale



# 1. La notion de décision générale

Elle a vocation à s'appliquer directement à la **majorité des intéressés potentiels en fonction d'une situation de fait suffisamment concrète**, sans qu'il ne soit besoin de la mettre en œuvre au moyen d'un autre acte de l'autorité (ATF 134 II 272 consid. 3.2 p. 280; arrêt 2C\_609/2010 du 18 juin 2011 consid. 1.1.1).

Du point de vue de la protection juridique, **ces actes sont assimilés à des décisions** (ATF 125 I 313 consid. 2b p. 316 s.; 112 Ib 249 consid. 2b p. 251 s.).

**Conséquences** non négligeables en terme de juridiction compétente, pouvoir d'examen, et droits procéduraux (avec certaines réserves parfois).

# 1. La notion de décision générale

## Quelques exemples

→ arrêt 2C\_330/2013 du 10 septembre 2013

**Tarifs socio-hôteliers applicables dans des établissements médico-sociaux.**

→ arrêt 2C\_81/2008 du 21 novembre 2008:

Il est plus difficile de qualifier l'**Arrêté qui établit la liste des 65 parcs publics dont l'accès est interdit aux chiens**. On pourrait y voir une série de décisions générales. Cela signifierait que la qualité pour recourir serait subordonnée au fait d'habiter à proximité de parcs déterminés et d'être effectivement touché par la limitation contestée de l'usage commun de cette partie du domaine public. Cela aurait aussi des conséquences quant à l'épuisement des instances cantonales. Dans une telle hypothèse, en effet, il y aurait une voie de recours cantonale (cf. aussi ATA/685/2010 du 5 octobre 2010 pour le match « retour »).

→ ATF 125 I 313

L'arrêté attaqué, par lequel **l'augmentation des traitements du personnel enseignant bernois est suspendu pour une année scolaire déterminée**, est une décision générale.

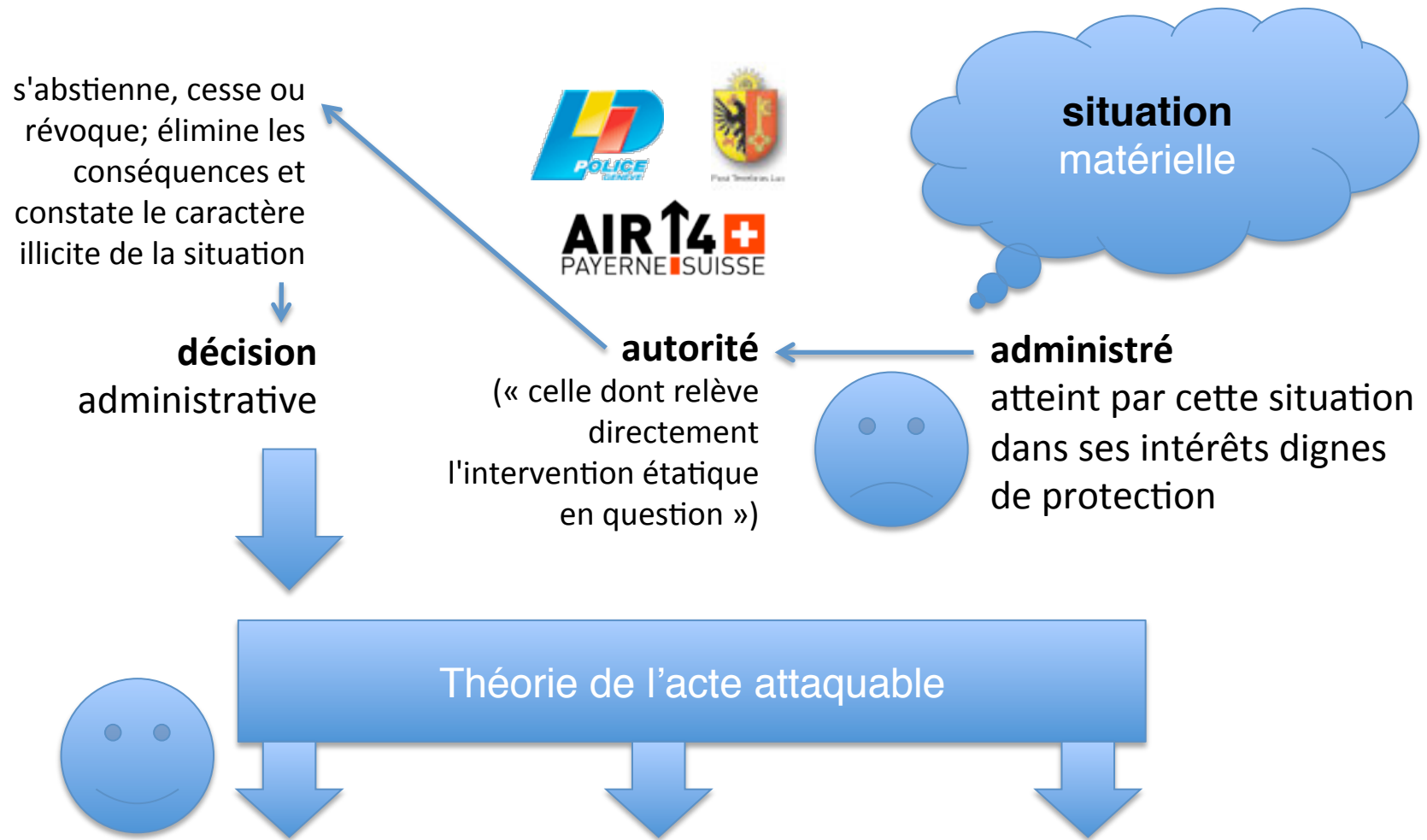
# 1. La notion de décision générale

## **Chez les avocats...**

- Tarifs de l'assistance judiciaire (RAJ);
- Organisation de la permanence de la 1<sup>ère</sup> heure (art. 8A al. 3 LPAV).

**→ Conséquences** en matière d'accès au dossier, de notification, d'organisation des voies de recours, qualité pour recourir et des droits procéduraux (droit d'être entendu, notamment, avec réserve toutefois).

# 2. La notion d'acte matériel



## 2. La notion d'acte matériel

On parle d'**acte matériel** (*Realakt*) lorsqu'une autorité observe un **comportement déterminé** qui n'est **pas constitutif de décision**, mais dont le particulier prétend qu'il **porte atteinte à ses droits, notamment fondamentaux**.

Dans le canton de Genève, l'art. **4A LPA** garantit la protection juridique des actes matériels.



## 2. La notion d'acte matériel

### **Art. 4A LPA      Droit à un acte attaquable**

1 Toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité compétente pour des actes fondés sur le droit fédéral, cantonal ou communal et touchant à des droits ou des obligations :

- a) s'abstienne d'actes illicites, cesse de les accomplir, ou les révoque;
- b) élimine les conséquences d'actes illicites;
- c) constate le caractère illicite de tels actes.

2 L'autorité statue par **décision**.

3 Lorsqu'elle n'est pas désignée, l'autorité compétente est **celle dont relève directement l'intervention étatique** en question.

## 2. La notion d'acte matériel

### Quelques exemples

→ art. 22D de la loi genevoise sur la police (LPol) :

1 Toute intervention de la police, sauf si elle est soumise au code de procédure pénale suisse, du 5 octobre 2007, peut faire l'objet d'une demande de décision écrite.

2 L'article 4A LPA est applicable.

3 La demande est formée auprès du département. Celui-ci peut allouer une indemnité équitable au plaignant à titre de réparation.

→ DEP 2012, 307-314:

Les vols d'entraînements militaires causant des nuisances constituent un acte matériel permettant de demander une décision au sens de l'art. 25a PA.

→ ATA/824/2012 du 11 décembre 2012

Modalités de l'évaluation d'une fonction déterminée au sein de la fonction publique genevoise. Droit à une décision.

## 2. La notion d'acte matériel

### La surpopulation carcérale

→ SJ 2012 I p. 412 (= ATA/584/2011 du 13 septembre 2011):  
L'adoption de l'art. 4A LPA n'a pas eu pour effet de remettre en cause le droit de la responsabilité et la répartition des compétences définies par l'art. 7 LREC. Au surplus, le fait d'instaurer, par exemple, un **numerus clausus du nombre de détenus en fonction de la capacité maximale de la prison** ne constitue pas une compétence que le Conseil d'Etat pourrait déléguer à l'office pénitentiaire par voie réglementaire conformément à l'art. 2 LECO, car il s'agit d'une responsabilité strictement politique. **La cause doit être transmise au Conseil d'Etat pour qu'il statue sur les prétentions du recourant.** Rejet du recours cela étant, de façon contradictoire.

→ ATA/277/2012 du 8 mai 2012:

C'est le renvoi de la cause au Conseil d'Etat qui apparaît erroné. Les considérants ne pouvant cependant pas être modifiés, la demande en interprétation sera rejetée, le dispositif de l'arrêt rendu le 13 septembre 2011 étant non seulement juste mais conforme au droit.

## 2. La notion d'acte matériel

### La surpopulation carcérale

→ arrêt 1B\_335/2013 du 26 février 2014

L'occupation d'une cellule d'une surface brute de 23 m<sup>2</sup> par six détenus – alors qu'elle est prévue pour trois – peut constituer une violation des exigences légales, constitutionnelles et conventionnelles en matière de détention si elle s'étend sur une période approchant les trois mois consécutifs et si elle s'accompagne d'autres carences, comme le confinement en cellule 23h sur 24h (délibération publique).

L'intégration de l'acte matériel dans l'ordre – et l'esprit – juridique suisse prend du **temps**.

L'acte matériel à vocation à être utilisé dans des domaines du **droit dépassant largement le droit administratif pur**.

L'acte matériel est-il **l'avenir de la décision** ? (USA)

## 2. La notion d'acte matériel

### Un avenir pas si lointain...

#### → DCCR/1327/2010 du 23 septembre 2010

Par courrier, le « **demandeur** » a informé le DCTI du déplacement des **barges** actuellement amarrées au port marchand des Eaux-Vives au large du Sauvetage de La Belotte. La capitainerie cantonale tentait de procéder au réaménagement complet de la zone de La Belotte pour y créer une zone industrielle en mettant les riverains et les parties intéressées devant le **fait accompli**. Inaction du DCTI. Il saisit alors le TAPI d'une **action en constatation** d'assujettissement à autorisation de construire avec requête de mesures provisionnelles urgentes. Le TAPI **admet** l'action. Ce serait faire preuve de formalisme excessif que de renvoyer la cause au DCTI au motif que celui-ci n'avait pas été saisi d'une action en constatation. Ce département avait eu l'occasion de faire valoir son point de vue et de le confirmer.

#### → ATA/61/2011 du 1<sup>er</sup> février 2011 (définitif)

Rejet du recours du DCTI. Le TAPI a correctement appliqué le droit.

→ Changement complet de la pratique du DCTI et de la Capitainerie en la matière, à partir d'une simple « situation ».

## 2. La notion d'acte matériel: une portée pratique pour l'avocat

La publication de la jurisprudence des chambres civiles et pénales de la Cour de justice (art. 20 al. 5 LIPAD).

[Accueil](#) » [Dans la jurisprudence](#) » [Cour de justice](#) [Cour pénale](#) » [Chambre pénale](#)

### CHAMBRE PÉNALE

Décision :  Procédure :  Résumé

Contenant les mots :  dans les **métadonnées**  
et les mots :  dans les **documents**

[Recherche avancée](#)  
[Nouvelle recherche](#)

[Accueil et explications](#)

Votre requête : [DateDecision>26.2.2013], 0 enregistrement trouvé  
Affichage : 0 à 0 sur 0

### RÉSULTATS

Affichage : 0 à 0 sur 0

## 2. La notion d'acte matériel: une portée pratique pour l'avocat

→ **ATA/307/2008 du 10 juin 2008**: un avocat genevois demande à la Cour de lui remettre ses dix derniers arrêts en matière de LREC. Refus. Saisi d'un recours, le Tribunal administratif ordonne à la juridiction cantonale de déférer à la demande, mais refuse d'aller jusqu'à l'inviter à publier sa jurisprudence sur internet.

« Les articles 16 à 23 LIPAD constituent des **obligations pour les autorités et les tribunaux**, sans pour autant conférer de droit à l'obtention de documents pour les particuliers. Par conséquent, le recourant ne peut pas se prévaloir directement de ces normes pour obtenir les arrêts demandés. »

« Pour un avocat, la jurisprudence du canton où il exerce est **indispensable** à l'exercice de sa profession dans les règles de l'art. »

Le **résultat** pourrait être différent aujourd'hui...

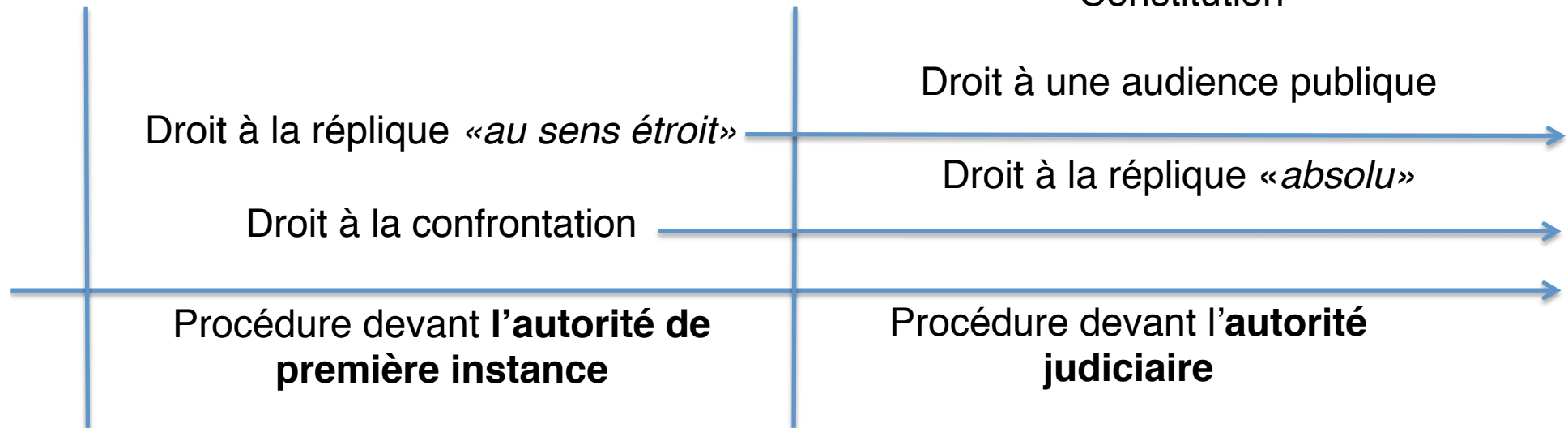
# 3. L'influence de la CEDH



Constitution



CEDH et  
Constitution



« Cette solution constitue une mise en œuvre pragmatique de l'art. 6 CEDH. »  
(ATF 139 I 189, consid. 3.5 p. 193).

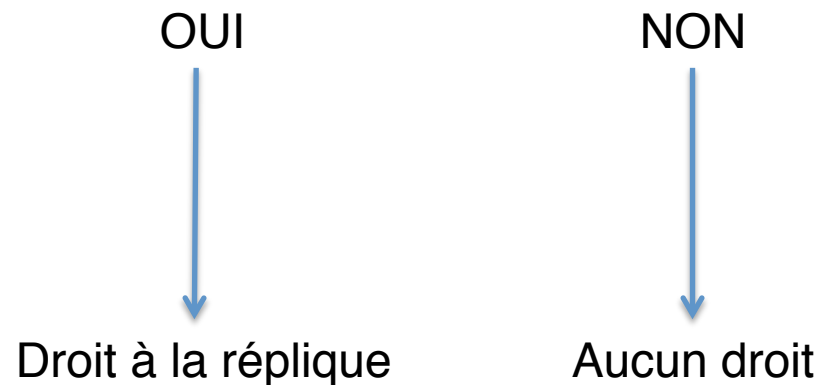


# 3. L'influence de la CEDH

## Le droit à la réplique « au sens étroit »

Découlant de l'art. 29 al. 2 Cst., il s'applique à **toutes les procédures** judiciaires et administratives, à une seule condition (ATF 138 I 154) :

les déterminations de l'instance précédente ou de la partie adverse contiennent-elles de **nouveaux éléments** qui sont admissibles au plan procédural et matériellement **susceptibles d'influer sur le jugement** à rendre ?



# 3. L'influence de la CEDH

## **Le droit à la réplique « absolu »**

Le "droit de prendre connaissance et de se déterminer sur les allégations des autres participants à la procédure" fondé sur l'art. 6 CEDH **ne dépend pas de la pertinence de l'allégation** pour la décision à rendre et

concerne **toutes les procédures judiciaires**, même celles qui n'entrent pas dans le champ de protection de l'art. 6 par. 1 CEDH.

Une **autorité judiciaire** au sens de cet article est une autorité décisionnelle indépendante, instituée par la loi, qui tranche définitivement un litige en se fondant sur le droit applicable et selon des règles de procédure prévues par la loi (cf. ATF 138 I 154 consid. 2.6 p. 158).

Il **ne s'applique** en revanche **pas aux procédures devant d'autres autorités**.

# 3. L'influence de la CEDH

## Le droit à une audience publique

En application de l'art. 6 par. 1 CEDH, l'administré peut prétendre à des débats publics devant les autorités judiciaires cantonales (cf. ATF 134 I 229 consid. 4.2 p. 236; arrêts 2C\_349/2012 du 18 mars 2013 consid. 3.3; 2C\_370/2010 du 26 octobre 2010 consid. 2.5).

L'obligation d'organiser des débats publics fondée sur cet article et sous réserve de règles procédurales particulières, suppose cependant une **demande formulée de manière claire et indiscutable** (cf. ATF 134 I 331 consid. 2.3 p. 333). Une requête de preuve (demande tendant à la comparution personnelle, à l'interrogatoire des parties, à l'audition de témoins ou à une inspection locale) ne suffit pas à fonder une telle obligation (cf. ATF 122 V 47 consid. 3a).

→ Il faut prendre une **conclusion** claire et expresse, et non solliciter la tenue d'une audience dans le corps de ses écritures.

# 3. L'influence de la CEDH

## Le droit à la confrontation

Aux termes de l'art. 6 par. 3 let. d CEDH, tout accusé a le droit notamment d'interroger et de faire interroger les témoins à charge.

Les principes énoncés à l'art. 6 par. 3 let. d CEDH valent *mutatis mutandis* pour les **procédures disciplinaires** que régit l'art. 6 par. 1 CEDH, de manière analogue au cas d'une personne accusée d'une infraction pénale (arrêt 2C\_66/2013 du 7 mai 2013, consid. 3.4.1).

→Tendance vers une application de plus en plus assumée des principes relatifs à la procédure pénale à toute procédure disciplinaire dirigée contre un administré.

# 4. Le recours contre une décision incidente (art. 57 let. c LPA)

En procédure administrative genevoise, les décisions incidentes sont susceptibles de recours, si

elles peuvent causer un **préjudice irréparable**,

ou si l'admission du recours peut conduire **immédiatement à une décision finale** qui permet d'éviter une **procédure probatoire longue et coûteuse**.

Interprétation extrêmement rigoureuse et restrictive depuis l'ATA/305/2009 du 23 juin 2009 (= SJ 2010 I p. 135), qui s'est fondé sur les conditions posées par l'art. 93 LTF pour interpréter l'art. 57 LPA.

# 4. Le recours contre une décision incidente (art. 57 let. c LPA)

## La notion de préjudice irréparable

Cette notion est schizophrène.

Le préjudice irréparable suppose que le recourant ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit immédiatement annulée ou modifiée, comme un intérêt économique ou un intérêt tiré du principe de l'économie de la procédure (ATA/217/2013 du 9 avril 2013).

La décision de suspension provisoire sans suppression de traitement prononcée par le Conseil d'État à l'encontre d'un fonctionnaire ou d'un employé ne cause pas de préjudice irréparable à ce dernier (*ibidem*).

Il appartient au recourant de **motiver précisément**, allégués et pièces le cas échéant à l'appui, **en quoi ce préjudice consiste**.

# 5. Le prononcé sur les frais et dépens (art. 87 LPA)

## **Le droit aux dépens**

→ il faut prendre une conclusion expresse dans ce sens (cf. les termes « sur demande » de l'art. 87 al. 2 LPA).

→ **ATA/781/2013 du 26 novembre 2013**: conclusion du recourant victorieux demandant que les frais et « dépens » soient mis à la charge de l'autorité intimée. Le TAPI refuse l'indemnité, au motif qu'il n'aurait pas valablement conclu à l'octroi d'une « indemnité de procédure ». Cette solution est constitutive de formalisme excessif.

→ il s'agit d'une participation forfaitaire et partielle.

## 5. Le prononcé sur les frais et dépens (art. 87 LPA)

### **Le contestation de ce prononcé**

→ réclamation auprès du tribunal ayant statué (art. 87 al. 4 LPA), sans frais.

→ il faut porter une attention particulière sur ce prononcé, parfois (trop) rapidement arrêté.

→ si une violation de droits formels a été réparée par le juge, il doit en tenir compte dans le cadre de son prononcé sur les frais et dépens, même s'il rejette le recours au final (ATA/241/2013 du 16 avril 2013).



# 5. Le droit à l'assistance judiciaire (art. 10 LPA)

## **Quelques particularités genevoises**

→ demande d'assistance juridique instruite selon les règles du CPC (unique en Suisse). Recours limité au droit.

→ pourtant, règles particulières posées pour la procédure de recours. « En règle générale, le recourant est entendu » (art. 10 al. 3 LPA; arrêt 2D\_6/2012 du 31 juillet 2012).

→ légistique déconcertante. Réforme ?

# 5. Le droit à l'assistance judiciaire (art. 10 LPA)

## Le droit d'être entendu de l'art. 10 al. 3 LPA

« Le droit genevois prévoit expressément, à l'art. 10 al. 3 LPA/GE, que la partie qui recourt contre le refus de l'assistance juridique doit en principe être entendue. Or, une autorité qui veut déroger au principe de l'audition qui figure dans la loi pour appliquer l'exception doit **motiver sa décision**, qui plus est lorsqu'elle est saisie d'une requête expresse demandant l'application de la règle générale. Comme le droit cantonal prévoit le droit pour un recourant d'être entendu en ce qui concerne l'assistance juridique en matière administrative, **celui-ci doit être en mesure de comprendre pourquoi il n'a pas été donné suite à une requête qui correspond à la règle posée par la procédure administrative et, partant, de remettre en cause les raisons de ce refus devant le Tribunal fédéral**. Une décision qui ne contient aucune précision à cet égard viole l'art. 29 Cst. » (arrêt 2D\_6/2012 du 31 juillet 2012).

# 6. Fin

## Merci de votre attention!

→ La jurisprudence de la Chambre administrative est intégralement publiée sur internet, à l'adresse : <http://justice.geneve.ch/tdb/Decis/TA/ata.tdb>.

→ Me Romain JORDAN, [rjordan@merkt.ch](mailto:rjordan@merkt.ch), +41 22 809 55 99.

## Prochaine conférence le 4 mars:

« Avocat de permanence en matière de mesures de contrainte et d'éloignement visant les étrangers : la gestion d'une audience devant le TAPI et les incontournables de la jurisprudence », par Mes Annette Micucci et Sandro Vecchio, en salle B1 dès 18h45.