

Actualités de procédure administrative

19 juin 2017, 18h45

Stéphane GRODECKI

Chargé de cours à l'Université de Genève,
Premier procureur, Docteur en droit

Romain JORDAN

Avocat, Juge suppléant à la Cour de justice

Plan

1. Le contrôle abstrait
2. La décision et l'acte matériel
3. La notification
4. Le déroulement de la procédure
5. Le droit à la réplique
6. Le licenciement : le législateur a-t-il perdu la tête?
7. L'indemnité de procédure

Questions

1. Le contrôle abstrait

1.1 Le contrôle abstrait d'une ordonnance administrative cantonale (TF 2C_613/2015 du 7 mars 2017)

une **ordonnance administrative** peut exceptionnellement être attaquée par la voie du recours en matière de droit public lorsque:

- elle déploie des **effets externes** et que
- son application ne peut pas se traduire dans une décision formelle contre laquelle l'administré pourra recourir de manière efficace et raisonnable pour violation éventuelle de ses droits fondamentaux.

1. Le contrôle abstrait

1.1 Le contrôle abstrait d'une ordonnance administrative cantonale (TF 2C_613/2015 du 7 mars 2017)

Tel n'est pas le cas d'une ordonnance administrative des Hôpitaux neuchâtelois sur la **transfusion sanguine**.

Critiquable ?

Le contrôle abstrait d'une ordonnance administrative à **Genève**: pas de recours abstrait au niveau cantonal (art. 130B al. 1 let. a *a contrario* LOJ).

1. Le contrôle abstrait

1.2 **Acte attaquable** et qualité pour recourir devant la Chambre constitutionnelle (ACST/6/2017 du 19 mai 2017)

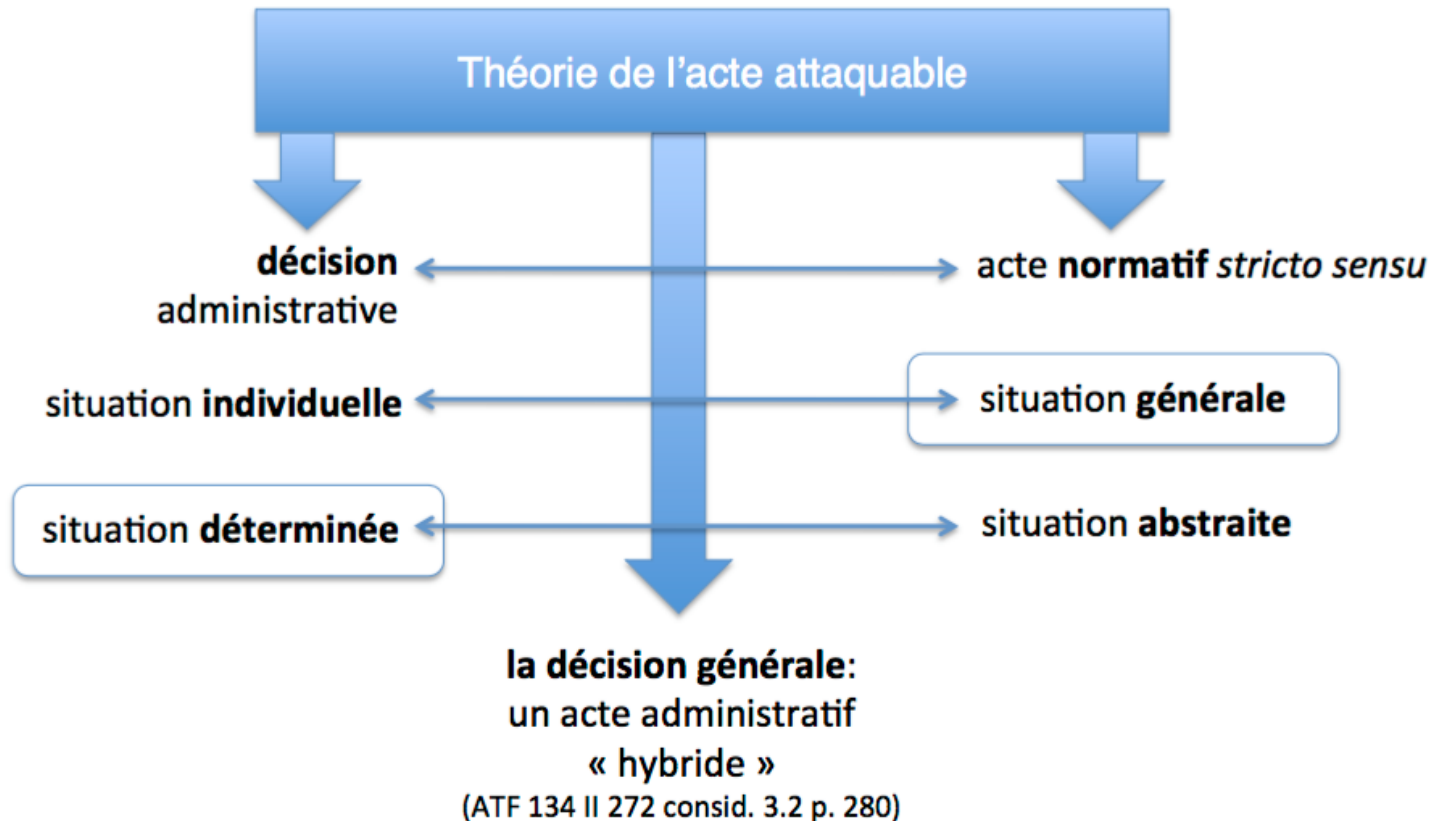
Nonobstant la teneur de l'art. 130B al. 1 let. a LOJ, qui ne mentionne que « les lois constitutionnelles, les lois et les règlements du Conseil d'Etat »

un **arrêté du Conseil d'Etat** est sujet à un contrôle abstrait par la Chambre constitutionnelle à condition de contenir des normes **générales et abstraites**.

Tel est le cas d'un arrêté au sujet de l'affectation du produit des taxes de stationnement.

1. Le contrôle abstrait

1.2 Acte attaquant et qualité pour recourir devant la Chambre constitutionnelle (ACST/6/2017 du 19 mai 2017)



1. Le contrôle abstrait

1.2 Acte attaquable et **qualité pour recourir** devant la Chambre constitutionnelle (ACST/6/2017 du 19 mai 2017)

Une commune a qualité pour recourir au sens de l'art. 60 let. d LPA si elle rend « suffisamment vraisemblable » la violation de son autonomie (art. 132 al. 2 Cst/GE; art. 2 LAC).

Et les droits de partie ?

Par exemple: l'art. 2 al. 2 LAC, qui prévoit que « lorsqu'un projet de portée législative ou réglementaire de rang cantonal **concerne spécifiquement une ou plusieurs communes**, l'Association des communes genevoises, la Ville de Genève et les communes particulièrement concernées sont consultées. »

1. Le contrôle abstrait

1.2 Contrôle concret et abstrait : quelle coordination ? (ATA/99/2017 du 8 février 2017; ATA/43/2016 du 19 janvier 2016; ACST/5/2016 du 19 mai 2016).

Si la constitutionnalité abstraite d'une disposition est contestée et pendante devant la chambre constitutionnelle de la Cour de justice, il se justifiera, en principe, de **suspendre** en application de l'art. 14 LPA la procédure portant sur un cas d'application jusqu'à droit jugé dans le cadre du contrôle abstrait.

A l'occasion d'un **contrôle concret**, le juge peut, en fonction des circonstances du cas d'espèce, s'écarter de l'appréciation générale du juge constitutionnel.

Quelle place pour l'art. 118A LOJ ?

1. Le contrôle abstrait

1.3 L'effet suspensif (ACST/1/2017 du 27 janvier 2017)

Une approche **souple** en comparaison de celle du Tribunal fédéral.

Un effet suspensif **accordé lorsque** la taxation d'un exercice fiscal risque de suivre son cours pour les personnes concernées, sous peine de voir certaines taxations devenir définitives alors qu'elles seraient, en cas d'admission du recours ou même d'admission partielle de celui-ci sur la seule question de la rétroactivité, fondées sur une base légale invalide.

Critiquable ?

2. La décision

2.1 La décision vs l'acte interne (TF 8D_1/2016 du 23 janvier 2017)

Est un **acte interne** le changement de lieu d'activité pour un fonctionnaire cantonal, à moins qu'il soit allégué de façon soutenable qu'il s'agit d'une sanction déguisée ou qu'il soit susceptible de porter atteinte aux droits de la personnalité de l'employé, y compris le droit au respect de sa vie familiale, ou encore lorsqu'il est de nature à porter atteinte à la considération à laquelle il peut prétendre au regard notamment de ses aptitudes.

Distinction avec **ATF 136 I 323** ?

Pourquoi se battre sur la définition de la décision alors qu'existe le **droit à l'acte attaquant** (art. 29a Cst.; art. 25A PA; art. 4A LPA/GE) ?

2. La décision

2.2 Le droit à un acte attaquable : le nouveau pas en avant du Tribunal fédéral (TF 1C_517/2016 du 12 avril 2017, destiné à publication)

Les utilisateurs réguliers d'un point de collecte de déchets disposent d'un droit d'obtenir un acte attaquable suite à la fermeture d'une déchetterie pour ordures ménagères.

Conditions **objective** (intérêt digne de protection) et **subjective** (acte fondé sur le droit fédéral, cantonal ou communal).

Perspectives ?

2. La décision

2.3 Le droit à l'acte attaquant et la responsabilité de l'Etat (TF 1C_848/ 2015 du 25 octobre 2016 in SJ 2017 I 260)

La volonté de demander l'annulation de l'arrêt cantonal de dernière instance refusant la constatation d'une violation des devoirs de fonction d'un tiers en vue d'engager une action en responsabilité de l'Etat **ne suffit pas** à fonder un **intérêt juridique** au sens de l'art. 115 let. b LTF.

Comment concilier le droit à l'acte attaquant et une future action en responsabilité de l'Etat étant rappelé que celle-ci n'est plus ouverte lorsque la décision administrative qui la fonde n'a pas été attaquée par toutes les voies ouvertes (cf. TF 2C_25/2008 du 18 juin 2008, consid. 3.2) ?

3. La notification

Le cas de la Feuille d'avis officielle (FAO) dématérialisée (art. 5 LFAO)

A Genève depuis le 1^{er} janvier 2017.

Une publication **valable** sur le principe (TF 1C_557/2013 du 2 octobre 2013 in ZBL 2014 512).

Qu'en est-il d'un système de **mise en ligne continu**, comme à Genève ?

4. Le déroulement de la procédure

4.1 La validité des auditions faites par le Groupe de confiance en procédure administrative (TF 8C_848/2015 du 24 octobre 2016)

Nonobstant la teneur de l'art. 34 LPA/GE, lorsque l'autorité n'entend pas formellement, mais conformément aux règles qui lui sont applicables, une personne en qualité de témoin – et donc ne l'exhorte pas et ne lui rappelle pas la teneur de l'art. 307 CP – le procès-verbal d'audition demeure valable et l'autorité peut se fonder dessus.

4. Le déroulement de la procédure

4.2 La ténorisation du transport sur place (ATF 142 I 86)

Une LPA muette (art. 37 LPA/GE).

Un droit à la ténorisation (y compris cas échéant la documentation photographique) et à la soumission aux parties pour détermination avant le prononcé de tout jugement consacré par l'art. 29 al. 2 Cst.

5. Le droit à la réplique

Un caractère absolu ou une évolution? (ACEDH C.M. c. Suisse du 17 janvier 2017, req. 7318/09)

12^{ème} condamnation de la Suisse pour violation du droit à la réplique...

Mais § 21:

« La Cour rappelle que, dans l'affaire Holub c. République tchèque ((déc.) no 24880/05, 14 décembre 2010), elle a déclaré irrecevable un grief analogue à celui soulevé dans la présente affaire au motif que le requérant n'avait pas subi un préjudice important au sens de l'article 35 § 3 b) de la Convention (voir aussi Hanzl et Spadrna c. République tchèque (déc.), no 30073/06, 15 janvier 2013, et Kiliç et autres c. Turquie (déc.), no 33162/10, 3 décembre 2013). Elle a fondé cette décision sur le fait que les observations non communiquées des autres parties ne contenaient aucun élément nouveau ou pertinent pour l'affaire et que la décision rendue par la Cour constitutionnelle ne se fondait pas sur celles-ci. Toutefois, dans d'autres affaires portant également sur un grief analogue, la Cour a rejeté l'exception tirée de l'absence d'un préjudice important au motif que les observations non communiquées contenaient des éléments nouveaux qui avaient de plus joué explicitement (BENet Praha, spol. s.r.o. c. République tchèque, no 33908/04, § 135, 24 février 2011) ou au moins potentiellement (3A.CZ s.r.o. c. République tchèque, no 21835/06, § 34, 10 février 2011, et Joos c. Suisse, no 43245/07, § 20, 15 novembre 2012) un rôle pour les jugements adoptés par la suite. »

5. Le droit à la réplique

Un caractère absolu ou une évolution? (ACEDH C.M. c. Suisse du 17 janvier 2017, req. 7318/09)

Une nuance de l'ACEDH Ressegatti c. Suisse du 13 juillet 2006, req. 17671/02, § 32 ?

« Dans son arrêt Ziegler précité, la Cour a déclaré que l'effet réel des observations importait peu et que les parties à un litige doivent avoir la possibilité d'indiquer si elles estiment qu'un document appelle des commentaires de leur part. "Il y va notamment de la confiance des justiciables dans le fonctionnement de la justice: elle se fonde, entre autres, sur l'assurance d'avoir pu s'exprimer sur toute pièce au dossier" (Ziegler, précité, § 38). »

Et maintenant?

6. Le licenciement: le législateur a-t-il perdu la tête ?

Novelle de l'art. 31 LPAC (entrée en vigueur le 19 décembre 2015, ROLG 2015 811):

Art. 31 Recours contre une décision de résiliation des rapports de service

1 Peut recourir à la chambre administrative de la Cour de justice pour violation de la loi tout membre du personnel dont les rapports de service ont été résiliés



2 Si la chambre administrative de la Cour de justice retient que la résiliation des rapports de service ne repose pas sur un motif fondé, elle **ordonne** à l'autorité compétente la réintégration.

3 Si la chambre administrative de la Cour de justice retient que la résiliation des rapports de service est contraire au droit, elle **peut proposer** à l'autorité compétente la réintégration.

4 En cas de décision négative de l'autorité compétente ou en cas de refus du recourant, la chambre administrative de la Cour de justice fixe une indemnité dont le montant ne peut être inférieur à 1 mois et supérieur à 24 mois du dernier traitement brut à l'exclusion de tout autre élément de rémunération; concernant un employé, l'indemnité ne peut être supérieure à 6 mois.

6. Le licenciement: le législateur a-t-il perdu la tête ?

Une distinction entre:

- al. 2 : les cas de **licenciements non fondés**  droit à la réintégration;
- al. 3 : les cas de licenciements fondés, mais donnés en **violation des règles de procédure** (droit d'être entendu par exemple)  pas de droit à la réintégration.

6. Le licenciement: le législateur a-t-il perdu la tête ?

Selon la jurisprudence, il n'est **pas admissible** que l'autorité parvienne, par le biais d'une violation du droit d'être entendu, à un résultat qu'elle n'aurait jamais obtenu en procédant de manière correcte (ATF 135 I 279, consid. 2.6.1 ; TF 2C_780/2016 du 6 février 2017, consid. 3.1).

Il est absurde que l'Etat puisse se voir imposer une réintégration lorsqu'il a respecté toutes les normes de procédure (art. 31 al. 2 LPAC), notamment le droit d'être entendu du fonctionnaire, tandis qu'un licenciement prononcé en violation des règles formelles de procédure sera annulé mais uniquement avec une proposition de réintégration, laquelle peut être refusée pour l'Etat moyennement indemnitée (art. 31 al. 3 et 4 LPAC).

Il pourrait ainsi suffire à l'Etat de violer le droit d'être entendu du fonctionnaire pour éviter tout risque de réintégration...

6. Le licenciement: le législateur a-t-il perdu la tête ?

Un tel mécanisme est en soi **insoutenable (art. 9 Cst.)**.

Pareille situation pose également un sérieux problème en termes **d'égalité de traitement (art. 8 Cst.)**, le fonctionnaire licencié sans motif fondé, mais dont le droit d'être entendu a été violé, se retrouvant dans une moins bonne situation que celui, pourtant licencié pour le même motif, dont les droits procéduraux ont été respectés.

Cette norme est inconstitutionnelle : le juge ne peut donc l'appliquer. Ce dernier ne dispose partant que de son **pouvoir de décision ordinaire** consacré par l'art. 69 LPA/GE : un licenciement mal fondé ou violant les règles de procédure doit ainsi être simplement annulé, le fonctionnaire étant alors toujours en poste.

Exemple des dangers pour la collectivité: ATA/149/2013 du 5 mars 2013; arrêt 8C_339/2013 du 24 avril 2014.

7. L'indemnité de procédure

Arrêt de **principe** rendu en délibération publique par le Tribunal fédéral (TF 2D_35/2016 du 21 avril 2017, considérants encore attendus)

- Droit à l'indemnité de procédure (confirmation de la jurisprudence cantonale) ;
- Obligation de motivation entière en cas de réclamation sur indemnité (art. 87 al. 4 LPA);
- Une indemnité de CHF 1'000.- dans le domaine des marchés publics est indéfendable et viole l'art. 9 Cst.;
- Réflexions sur l'organisation du contentieux (art. 87 al. 4 LPA vs 90 LTF).

7. L'indemnité de procédure

Arrêt de principe rendu en délibération publique (TF 2D_35/2016 du 21 avril 2017, considérants encore attendus)

Fin de la pratique genevoise ? (émoluments, indemnité)

Perspectives ?

Questions ?