

Etudes de droit suisse

Editées par Heinz Hausheer, docteur en droit
Professeur em. à l'Université de Berne



Aurélie Gavillet

Docteur en droit

La pratique administrative dans l'ordre juridique suisse



Stämpfli Editions

Avec un rang intermédiaire entre le droit et le fait, omniprésente dans la réalité mais peu étudiée en doctrine, la pratique administrative occupe une place à part dans l'ordre juridique.

La présente étude en propose une analyse systématique. Elle aborde d'une manière approfondie la position de la pratique dans la théorie des sources du droit, son fonctionnement dans l'ordre juridique (notion et formes de pratique, fondements juridiques, naissance, auteurs, contenu, destinataires, application dans le temps et fin) ainsi que sa portée (impérativité, changement de pratique, moyens de contrôle par les autorités politiques, administratives et judiciaires, publication des pratiques et transparence des autorités sur leur pratique).

Cet ouvrage constitue ainsi un outil indispensable à tout praticien, avocat ou magistrat, confronté aux activités administratives, mais aussi un guide utile pour les autorités administratives elles-mêmes.

Aurélie Gavillet

Docteur en droit

La pratique administrative dans
l'ordre juridique suisse



Stämpfli Editions

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2018
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-4597-8

Dans notre librairie en ligne www.staempflishop.com,
les versions suivantes sont également disponibles :

Print ISBN 978-3-7272-4596-1
Judocu ISBN 978-3-0354-1504-9

printed in
switzerland



PREFACE

Il n'est jamais facile de s'attaquer aux idées reçues, surtout lorsqu'elles concernent des notions que chacun croit connaître et dont la définition se présente avec une évidence fallacieuse. C'est pourtant l'entreprise dans laquelle Aurélie Gavillet a choisi de s'engager, non sans panache, en consacrant sa thèse de doctorat à la pratique administrative dans l'ordre juridique suisse.

Matériellement, la pratique administrative est d'une importance manifeste tant pour la population – les « administrés » – que pour les juristes actifs en droit public : elle est en effet, comme le relève l'auteure, omniprésente. Pourtant, la doctrine ne s'y est jusqu'ici guère intéressée, sous réserve des ouvrages généraux de droit administratif qui traitent ce sujet en passant, parmi d'autres. Il y avait donc place pour une étude théorique et générale de cet objet juridique finalement guère identifié jusqu'ici qu'est la pratique administrative. L'ouvrage d'Aurélie Gavillet comble ainsi avec bonheur ce qui constituait une lacune regrettable de la doctrine suisse de droit public.

L'auteure propose d'emblée une définition de la pratique administrative centrée sur un énoncé juridique reproductible, à savoir la manière dont une autorité administrative fait usage de son pouvoir d'appréciation. En cela, elle s'écarte de l'idée avancée par une majorité de la doctrine – dont l'auteur de ces lignes, qui doit ici admettre le caractère insuffisant de son approche – selon laquelle la pratique résulterait d'une répétition de décisions.

Soumettant cette définition à une vérification sévère, Aurélie Gavillet démontre d'abord la vanité des tentatives de déterminer a priori si la pratique administrative doit être classée ou non parmi les sources du droit, préférant à cette démarche, une approche qu'elle appelle fonctionnelle de la pratique comme instrument de mise en œuvre du droit au niveau infra-réglementaire.

L'auteure montre ensuite, de façon convaincante, que la pratique administrative peut prendre plusieurs formes : outre celle qui peut être déduite d'une ou de plusieurs décisions administratives (pratique décisionnelle), la pratique peut s'exprimer sous forme d'ordonnance administrative interprétative, de renseignements donnés sur le traitement juridique d'un état de fait ou encore d'autres manières. En effet, il n'y a pas de liste exhaustive des formes à travers lesquelles l'administration est susceptible d'indiquer la manière dont elle entend faire usage de son pouvoir d'appréciation. Dans la foulée, l'auteure se penche avec minutie sur les questions, rarement étudiées malgré leur importance, de la naissance, de l'applicabilité temporelle, de la fin et du contenu possible de la pratique administrative.

La dernière partie de l'ouvrage est consacrée à la portée de la pratique administrative, abordant successivement son impérativité – qu'il faut tirer des

principes constitutionnels de l'égalité de traitement, de la bonne foi et de la sécurité du droit –, son invocation par l'administré, son changement – enjeu crucial s'il en est –, son contrôle sous des formes très variées et enfin, sujet beaucoup trop négligé mais fondamental pour les administrés, la nécessaire transparence dont elle devrait faire l'objet.

Dans une langue claire et agréable, Aurélie Gavillet présente véritablement sous un jour nouveau une notion que l'on croyait trop facilement connaître. La rigueur, la perspicacité et le sens de la progression de l'exposé dont l'auteure fait preuve lui permettent d'offrir à la doctrine de droit public suisse une contribution théorique remarquable et novatrice. Cela étant, les précisions qu'apporte l'ouvrage, notamment sur la détermination de l'existence d'une pratique, sur sa portée, sur les conditions de sa modification ou encore sur son accessibilité, concernent très concrètement tant les praticiens du droit administratif – membres d'autorités, juges, avocats – que l'ensemble des administrés. Au-delà de sa valeur théorique, la thèse d'Aurélie Gavillet a donc aussi une utilité incontestable pour la pratique, comprise cette fois dans son sens sociologique.

Thierry Tanquerel

Professeur à l'Université de Genève

REMERCIEMENTS

La présente thèse a bénéficié de l'encadrement et de la disponibilité sans faille du Professeur THIERRY TANQUEREL, qui en a accepté la direction et en a relu, durant plusieurs années, d'innombrables versions intermédiaires. Je ne saurais assez le remercier. Mes vifs remerciements vont également au Professeur FRANÇOIS BELLANGER, pour qui j'ai travaillé durant ces années, et qui m'a permis de réaliser cette thèse dans des conditions optimales.

Je remercie aussi le Professeur CHRISTINE CHAPPUIS, Doyenne de la Faculté, d'avoir présidé la soutenance, de même que les Professeurs BENJAMIN SCHINDLER (Université de Saint-Gall) et ALEXANDRE FLÜCKIGER d'avoir accepté de faire partie du jury.

La Faculté de droit de l'Université de Genève, sa Bibliothèque et son Département de droit public ont constitué un environnement de travail idéal pour la rédaction d'une thèse de doctorat. Merci infiniment à tous leurs collaborateurs !

Merci encore à tous mes anciens collègues et amis de la Faculté qui ont contribué à rendre inoubliables les années de rédaction du présent travail.

Je remercie enfin les collaborateurs des éditions Stämpfli, et en particulier Madame ISABELLE CLERC, pour leur disponibilité efficace dans les dernières étapes de ce périple.

SOMMAIRE

PREFACE	V
REMERCIEMENTS	VII
TABLE DES MATIÈRES	XI
LISTE DES ABRÉVIATIONS	XIX
INTRODUCTION	1
Titre I : La notion de pratique administrative	3
Titre II : But, démarche et plan de l'étude	12
PREMIÈRE PARTIE : LA PRATIQUE ADMINISTRATIVE DANS LA THÉORIE DES SOURCES DU DROIT	19
Titre I : Introduction	20
Titre II : La notion de sources du droit : problèmes actuels et développements doctrinaux récents	22
Titre III : Les sources « classiques » du droit suisse	26
Titre IV : La position controversée de la pratique administrative dans la théorie des sources du droit	40
Titre V : La nécessité d'adopter une autre approche	51
DEUXIÈME PARTIE : LA FONCTION DE MISE EN ŒUVRE DU DROIT REPLIE PAR LA PRATIQUE ADMINISTRATIVE DANS L'ORDRE JURIDIQUE	57
Titre I : Introduction	58
Titre II : Pour une approche fonctionnelle de la pratique administrative	59
Titre III : La fonction de la pratique administrative dans l'ordre juridique.....	62
Titre IV : Les éléments de la mise en œuvre du droit par l'autorité administrative au stade infra-réglementaire	73
Titre V : Synthèse.....	97
TROISIÈME PARTIE : LA PRATIQUE ADMINISTRATIVE DANS L'ORDRE JURIDIQUE SUISSE	99
Titre I : La notion et les formes de la pratique administrative	100
Titre II : Le fondement juridique de la pratique administrative	142
Titre III : Les auteurs de la pratique administrative.....	146
Titre IV : La naissance, l'applicabilité temporelle et la fin de la pratique administrative	163
Titre V : Le contenu de la pratique administrative	186
Titre VI : Les destinataires de la pratique administrative	207

QUATRIÈME PARTIE : LA PORTÉE DE LA PRATIQUE ADMINISTRATIVE ...	213
Titre I : L'impérativité de la pratique administrative	214
Titre II : L'invocation de la pratique administrative par l'administré	242
Titre III : Le changement de pratique administrative	250
Titre V : La transparence des autorités administratives sur leur pratique	346
CONCLUSION.....	377
BIBLIOGRAPHIE	389
INDEX	423

TABLE DES MATIÈRES

PREFACE	V
REMERCIEMENTS	VII
SOMMAIRE	IX
LISTE DES ABRÉVIATIONS	XIX

INTRODUCTION	1
Titre I : La notion de pratique administrative	3
1. La première définition jurisprudentielle	3
2. Les définitions doctrinales	4
3. Les définitions jurisprudentielles récentes	6
4. Synthèse et proposition de définition	7
Titre II : But, démarche et plan de l'étude	12

PREMIÈRE PARTIE : LA PRATIQUE ADMINISTRATIVE DANS LA THÉORIE DES SOURCES DU DROIT

19

Titre I : Introduction	20
Titre II : La notion de sources du droit : problèmes actuels et développements doctrinaux récents	22
Titre III : Les sources « classiques » du droit suisse	26
1. L'article 1, alinéa 1, du Code civil suisse et la notion de règle de droit	26
2. La « primauté du droit édicté » dans l'ordre juridique suisse	28
3. Les sources édictées du droit interne	29
3.1. La hiérarchie des normes	29
3.2. La constitution	30
3.3. La loi	31
3.4. L'ordonnance législative	33
3.4.1. L'ordonnance du parlement	33
3.4.2. L'ordonnance du gouvernement	34
4. Les sources non-édictees du droit interne	36
4.1. La coutume	36
4.2. La jurisprudence	38
Titre IV : La position controversée de la pratique administrative dans la théorie des sources du droit	40
1. L'ordonnance administrative interprétative	41
2. La pratique administrative décisionnelle	47
Titre V : La nécessité d'adopter une autre approche	51

**DEUXIÈME PARTIE : LA FONCTION DE MISE EN ŒUVRE DU DROIT
REPLIE PAR LA PRATIQUE ADMINISTRATIVE DANS L'ORDRE**

JURIDIQUE.....	57
Titre I : Introduction	58
Titre II : Pour une approche fonctionnelle de la pratique administrative.....	59
1. Généralités sur l'approche fonctionnelle.....	59
2. La validité de l'approche fonctionnelle pour l'étude de la pratique administrative.....	61
Titre III : La fonction de la pratique administrative dans l'ordre juridique.....	62
1. L'affirmation de la fonction de mise en œuvre du droit.....	62
2. La notion de mise en œuvre du droit.....	64
2.1. La reconnaissance de l'application du droit comme processus créatif	64
2.2. Éléments terminologiques	66
2.3. La mise en œuvre du droit comme mécanisme fondamental de tout ordre juridique reposant sur une hiérarchie des normes	70
2.4. La mise en œuvre du droit par l'autorité adminis- trative au stade infra-réglementaire	71
Titre IV : Les éléments de la mise en œuvre du droit par l'autorité administrative au stade infra-réglementaire.....	73
1. Les fondements juridiques	73
2. Les autorités compétentes	74
2.1. Le gouvernement et l'administration centrale	74
2.2. L'organe législatif, notamment pour son organisation	77
2.3. Les organes judiciaires, notamment pour leur organisation	78
2.4. Les entités décentralisées et les entités externes à l'administration chargées de l'exercice d'une tâche publique	79
2.4.1. Les entités décentralisées.....	79
2.4.1.1. Leurs formes juridiques	80
2.4.1.2. Leurs tâches	81
2.4.1.3. Leur autonomie et la surveillance dont elles font l'objet	83
2.4.2. Les entités externes à l'administration chargées de l'exercice d'une tâche publique.....	85
2.5. Les cantons et la Confédération dans le cadre du fédéralisme d'exécution.....	87

2.6. Les communes	90
2.7. Les autorités intercantionales ou intercommunales	92
3. Les activités visées	95
Titre V : Synthèse.....	97
TROISIÈME PARTIE : LA PRATIQUE ADMINISTRATIVE DANS L'ORDRE	
JURIDIQUE SUISSE	99
Titre I : La notion et les formes de la pratique administrative	100
1. La notion de pratique administrative.....	100
1.1. La manière dont l'autorité administrative fait usage du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré	101
1.1.1. Le caractère inévitable de la marge de manœuvre de l'autorité	103
1.1.2. Le pouvoir d'appréciation en droit administratif.....	104
1.1.2.1. La notion	104
1.1.2.2. Principes légistiques	106
1.1.2.3. Le contrôle judiciaire limité du pouvoir d'appréciation	107
1.2. Le caractère « reproductible »	108
1.3. Le rattachement à une compétence décisionnelle.....	110
1.4. Autres usages des termes « pratique administrative »	111
2. Les formes de la pratique administrative	117
2.1. La forme principale : la pratique administrative décisionnelle	118
2.2. Les formes « corollaires »	120
2.2.1. L'ordonnance administrative interprétative	120
2.2.1.1. La nécessité d'une délimitation claire....	122
2.2.1.2. Les actes inclus	123
2.2.1.3. La qualification de pratique même en l'absence de décision d'application	127
2.2.2. Le renseignement sur le traitement juridique d'un état de fait	128
2.2.2.1. Eléments généraux	129
2.3. Des formes non exhaustives : les autres formes possibles	134
2.4. Des formes non exclusives	137
2.5. Une qualification sur la base du contenu	137
3. Synthèse	138
Titre II : Le fondement juridique de la pratique administrative	142

Titre III : Les auteurs de la pratique administrative	146
1. L'autorité titulaire de la compétence décisionnelle et du pouvoir d'appréciation y relatif.....	147
2. Les autres autorités ou entités pouvant directement influencer l'exercice du pouvoir d'appréciation	148
2.1. L'autorité hiérarchiquement supérieure.....	149
2.2. Les autorités de surveillance.....	150
2.2.1. Dans la surveillance sur les entités décentralisées	150
2.2.2. Dans le fédéralisme d'exécution.....	152
2.3. Les entités spécialisées de préavis.....	155
3. Synthèse	161
Titre IV : La naissance, l'applicabilité temporelle et la fin de la pratique administrative	163
1. La naissance et l'applicabilité de la pratique administrative.....	163
1.1. Les conditions de la naissance.....	163
1.1.1. Un auteur de pratique administrative.....	164
1.1.2. Pas d'illégalité manifeste	164
1.1.3. Pas de nécessité d'une base légale ou réglementaire	167
1.1.4. Pas de forme ou de procédure à respecter.....	168
1.2. Le moment de la naissance et l'applicabilité temporelle	169
1.2.1. Le moment de la naissance	169
1.2.2. L'applicabilité temporelle.....	173
1.2.2.1. La conception classique et les critiques.....	173
1.2.2.2. L'applicabilité postérieure à la naissance	177
2. La fin de la pratique administrative.....	179
2.1. Les cas de fin de la pratique administrative.....	180
2.1.1. La modification ou l'abrogation du droit sur lequel se fonde la pratique	180
2.1.2. Le constat d'illégalité par une autorité chargée du contrôle	181
2.1.3. Le moment de la fin est fixé par avance	182
2.1.4. Le changement de pratique	183
2.1.5. Pas de fin par le seul écoulement du temps	183
2.2. Le moment de la fin.....	183
3. Synthèse	184

Titre V : Le contenu de la pratique administrative.....	186
1. Précision de la norme, schématisation vs. individualisation.....	186
2. Le principe de la conformité au droit.....	189
3. Le cas particulier du maintien d'une pratique illégale	192
3.1. Eléments généraux.....	192
3.2. L'égalité dans l'illégalité	195
3.2.1. Une pratique constante illégale non appliquée au cas d'espèce	196
3.2.1.1. L'identité de l'autorité	196
3.2.1.2. La pratique vise des cas comparables à celui de l'administré concerné	197
3.2.1.3. Une pratique constante.....	198
3.2.1.4. Une pratique illégale	200
3.2.2. La volonté de l'autorité de poursuivre sa pratique illégale	201
3.2.2.1. La détermination de la volonté de l'autorité.....	201
3.2.2.2. La détermination de la capacité de l'autorité d'appliquer une pratique conforme à la loi	203
3.2.3. L'absence d'intérêt public (ou privé) prépondérant à l'application correcte du droit	204
4. Synthèse	205
Titre VI : Les destinataires de la pratique administrative	207
1. Un cercle large	207
2. Remarque sur l'ordonnance administrative interprétative	208
3. Une confusion à éviter	209
4. Synthèse	211
QUATRIÈME PARTIE : LA PORTÉE DE LA PRATIQUE ADMINISTRATIVE	213
Titre I : L'impérativité de la pratique administrative.....	214
1. Pas d'impérativité différenciée en fonction des destinataires.....	215
2. Une impérativité de principe	216
2.1. Le principe de l'égalité de traitement	219
2.1.1. Les conditions	219
2.1.2. En particulier : le critère de l'identité de l'autorité.....	220
2.2. Le principe de la bonne foi	223
2.2.1. La protection de la confiance.....	225

2.2.2. L'interdiction des comportements contradictoires.....	228
2.2.3. La communication individuelle de la pratique comme critère	231
2.3. Le principe de la sécurité du droit	235
3. L'impérativité de la pratique tant que les conditions de son changement ne sont pas réalisées	237
4. La théorisation de ces éléments par la doctrine : la <i>Selbstbindung</i> et la continuité	238
4.1. La <i>Selbstbindung</i>	238
4.2. La continuité.....	239
5. Synthèse	240
Titre II : L'invocation de la pratique administrative par l'administré.....	242
1. Le lien avec le principe de l'égalité de traitement.....	243
2. Le lien avec le principe de la bonne foi dans sa composante d'interdiction des comportements contradictoires.....	244
3. Le lien avec les principes de la légalité et de l'intérêt public.....	246
4. Synthèse	248
Titre III : Le changement de pratique administrative.....	250
1. La notion de changement de pratique administrative.....	250
2. Les conditions du changement de pratique	253
2.1. Une nouvelle pratique conforme au droit	254
2.2. Des motifs sérieux et objectifs.....	257
2.2.1. L'obligation de motiver	258
2.2.2. Les types de motifs	259
2.2.3. L'intensité des motifs.....	260
2.2.3.1. Exigences élevées	260
2.2.3.2. Exigences moins élevées.....	263
2.2.4. Le pouvoir d'appréciation important de l'autorité.....	264
2.2.5. Exemples de motifs admis ou refusés par la jurisprudence.....	266
2.3. Un examen sérieux et approfondi	268
2.4. Les conditions non retenues	268
2.4.1. Un changement général	269
2.4.2. Un changement immédiat	270
2.4.3. Une pesée des intérêts.....	271
3. Le moment de l'application de la nouvelle pratique	272
3.1. Le changement immédiat.....	273
3.1.1. Les principes.....	273

3.1.2. La question de la rétroactivité.....	274
3.2. Les autres possibilités.....	277
3.2.1. La fixation d'une période transitoire.....	278
3.2.2. Le changement pour le futur.....	279
3.3. Le cas particulier du changement de pratique en matière « procédurale ».....	279
4. L'annonce du changement.....	282
5. Les conséquences du changement de pratique.....	283
5.1. Un changement général.....	284
5.2. En principe pas de conséquence sur les décisions déjà entrées en force.....	285
5.2.1. Décisions portant sur des états de fait uniques ...	285
5.2.2. Décisions portant sur des états de fait de durée ..	287
6. Synthèse.....	287
Titre IV : Le contrôle de la pratique administrative.....	289
1. Le contrôle politique.....	289
1.1. Par le parlement.....	290
1.1.1. Les activités « ordinaires ».....	291
1.1.2. La haute surveillance.....	295
1.1.3. L'évaluation législative.....	300
1.2. Par le gouvernement.....	302
2. Le contrôle juridique.....	306
2.1. Par les autorités administratives.....	306
2.1.1. Les autorités supérieures dans l'administration centrale.....	308
2.1.2. Les autorités administratives indépendantes chargées du contrôle de l'administration.....	310
2.2. Par les autorités judiciaires.....	320
2.2.1. Le pouvoir de cognition limité du juge.....	321
2.2.1.1. Les principes théoriques.....	322
2.2.1.2. L'exclusion du contrôle de l'opportunité par la législation.....	323
2.2.1.3. Les exceptions.....	324
2.2.2. Le contrôle abstrait.....	328
2.2.2.1. La jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'ordonnance administrative.....	330
2.2.2.2. Une extension à la pratique sous toutes ses formes ?.....	332
2.2.2.3. La situation auprès des cours constitutionnelles cantonales.....	337
2.2.3. Le contrôle concret.....	339

2.2.3.1. La décision, pierre angulaire du système du contentieux en droit public	340
2.2.3.2. Un contrôle à l’occasion du contrôle de la décision incorporant la pratique	341
3. Synthèse	342
Titre V : La transparence des autorités administratives sur leur pratique ..	346
1. La publication de la pratique par l’autorité	347
1.1. La publication des règles de droit.....	347
1.2. La publication de la pratique administrative	351
1.2.1. Les cas de publication obligatoire de la pratique sous forme d’ordonnance administrative	352
1.2.1.1. Les réglementations spécifiques	352
1.2.1.2. La publication des ordonnances administratives à « effets externes »	353
1.2.1.3. La publication des « directives » selon la Constitution genevoise.....	355
1.2.2. La publication facultative	356
1.2.2.1. Les bases légales.....	357
1.2.2.2. Les moyens de publication possibles	361
1.3. Pour une publication de principe de la pratique	362
2. Le droit d’accès de l’administré à la pratique en l’absence de publication.....	369
2.1. Selon la législation sur la transparence.....	369
2.2. Selon d’autres législations.....	373
3. Synthèse	373
CONCLUSION.....	377
BIBLIOGRAPHIE	389
INDEX	423

LISTE DES ABRÉVIATIONS

aCst.	ancienne Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 29 mai 1874
aCst./GE	ancienne Constitution de la République et canton de Genève, du 24 mai 1847
aDJPT	ancien Département genevois de justice, police et transports
AFC	Administration fédérale des contributions
AFC/GE	Administration fiscale cantonale (à Genève)
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AIRD	Accord intercantonal sur la reconnaissance des diplômes de fin d'études, du 18 février 1993
AJDA	L'actualité juridique, droit administratif
al.	alinéa(s)
ALCP	Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, du 21 juin 1999
aLRDBH/GE	ancienne Loi genevoise sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement, du 17 décembre 1987
aOLO	ancien office du logement (dans le canton de Genève) ; actuellement OCLPF
Archives	Archives de droit fiscal suisse
AR GVP	Ausserrhodische Gerichts- und Verwaltungspraxis
aRSEE	ancien Règlement d'exécution de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, du 1 ^{er} mars 1949
art.	article(s)
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (voir LPGa)
AVS	Assurance-vieillesse et survivants
BLVGE	Basellandschaftliche Verwaltungsgerichtsentscheide

BO/CE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BO/CN	Bulletin officiel du Conseil national
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (voir Cst.)
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
c.	contre
CA	Commission d'architecture (dans le canton de Genève)
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907
CCoop-HE	Convention entre la Confédération et les cantons sur la coopération dans le domaine des hautes écoles, du 26 février 2015
CdG-E	Commission de gestion du Conseil des Etats
CdG-N	Commission de gestion du Conseil national
CDIP	Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique
CDS	Conférence suisse des directeurs cantonaux de la santé
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950
CENH	Commission fédérale d'éthique pour la biotechnologie dans le domaine non humain
CEPP	ancienne Commission externe d'évaluation des politiques publiques (dans le canton de Genève)
CER-N	Commission de l'économie et des redevances du Conseil national
CFB	ancienne Commission fédérale des banques
CFEA	Commission fédérale pour les expériences sur animaux
CFF	Chemins de fer fédéraux
CFMH	Commission fédérale des monuments historiques
CFMJ	Commission fédérale des maisons de jeu
CFNP	Commission fédérale pour la protection de la nature et du paysage
ch.	chiffre

XX

CHF	francs suisses
cit.	cité(e)
CMNS	Commission des monuments, de la nature et des sites (dans le canton de Genève)
Comco	Commission de la concurrence
Comcom	Commission fédérale de la communication
consid.	considérant(s)
CPA	Contrôle parlementaire de l'administration (auprès de l'Assemblée fédérale)
CPA/JU	Loi de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle du canton du Jura, du 30 novembre 1978 (Code de procédure administrative)
CSC	Caisse suisse de compensation
CSHE	Conférence suisse des hautes écoles
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999
Cst./BE	Constitution du canton de Berne, du 6 juin 1993
Cst./GE	Constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012
Cst./LU	Constitution du canton de Lucerne, du 17 juin 2007
Cst./NE	Constitution de la République et canton de Neuchâtel, du 24 septembre 2000
Cst./UR	Constitution du canton d'Uri, du 28 octobre 1984
Cst./VD	Constitution du canton de Vaud, du 14 avril 2003
DALE	Département de l'aménagement, du logement et de l'énergie (dans le canton de Genève)
DEP	Le droit de l'environnement dans la pratique
DETA	Département de l'environnement, des transports et de l'agriculture (dans le canton de Genève)
DFF	Département fédéral des finances
DFJP	Département fédéral de justice et police
DPC	Droit et politique de la concurrence en pratique

DSE	Département de la sécurité et de l'économie (dans le canton de Genève)
EAE	critères de l'efficacité, de l'adéquation et du caractère économique au sens de l'article 32 LAMal
ECS	L'expert-comptable suisse
éd.	édition
EF	Expert Focus
EIMP	Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale, du 20 mars 1981
EPFZ	Ecole polytechnique fédérale de Zurich
etc.	<i>et cetera</i>
F	francs suisses
FAO-GE	Feuille d'Avis officielle (dans le canton de Genève)
FAQ	<i>frequently asked questions</i>
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
FP	Fondation des parkings (dans le canton de Genève)
GE	Genève
GesKR	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GMEB	gestion par mandat de prestations et enveloppe budgétaire
GVP/SG	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
GVP/ZG	Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
G20	Groupe des vingt
HEP	haute(s) école(s) pédagogique(s)
HES	haute(s) école(s) supérieure(s)
HEU	haute(s) école(s) universitaire(s)
ICF	ancienne Inspection cantonale des finances (dans le canton de Genève)
IFPI	Institut fédéral de la propriété intellectuelle
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération

JdT	Journal des tribunaux
JO	Journal officiel (en France)
KG	Kartellgesetz (voir LCart)
LA AF	Loi fédérale sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale, du 28 septembre 2012
LaIc	Loi fédérale sur l'alcool, du 21 juin 1932
LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 25 juin 1982
LaLAT/GE	Loi genevoise d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, du 4 juin 1987
LaLEpid/GE	Loi genevoise d'application de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, du 14 décembre 1978
LaLEtr/GE	Loi genevoise d'application de la loi fédérale sur les étrangers, du 16 juin 1988
LaLPE/GE	Loi genevoise d'application de la loi fédérale sur la protection de l'environnement, du 2 octobre 1997
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie, du 18 mars 1994
LAsi	Loi fédérale sur l'asile, du 26 juin 1998
LAT	Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, du 22 juin 1979
LCAP	Loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements, du 4 octobre 1974
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, du 6 octobre 1995
LCdF	Loi fédérale sur les chemins de fer, du 20 décembre 1957
LCF	Loi fédérale sur le Contrôle fédéral des finances, du 28 juin 1967
LCFF	Loi sur les Chemins de fer fédéraux, du 20 mars 1998
LCI/GE	Loi genevoise sur les constructions et les installations diverses, du 14 avril 1988
LCo/NE	Loi neuchâteloise sur les communes, du 21 décembre 1964
LCP/GE	Loi genevoise générale sur les contributions publiques, du 9 novembre 1887

LCUA/GE	Loi genevoise sur les commissions d'urbanisme et d'architecture, du 24 février 1961
LD	Loi sur les douanes, du 18 mars 2005
LDFR	Loi fédérale sur le droit foncier rural, du 4 octobre 1991
LDTR/GE	Loi genevoise sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi), du 25 janvier 1996
LEC	Loi fédérale sur l'encouragement de la culture, du 11 décembre 2009
LECO/GE	Loi genevoise sur l'exercice des compétences du Conseil d'Etat et l'organisation de l'administration, du 16 septembre 1993
LeGes	Bulletin de la Société suisse de législation (SSL) et de la Société suisse d'évaluation (SEVAL)
LEHE	Loi fédérale sur l'encouragement des hautes écoles et la coordination dans le domaine suisse des hautes écoles, du 30 septembre 2011
let.	lettre(s)
LEtr	Loi fédérale sur les étrangers, du 16 décembre 2005
LExt/GE	Loi genevoise sur l'extension des voies de communication et l'aménagement des quartiers ou localités, du 9 mars 1929
LFAO/GE	Loi genevoise sur la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (FAO-GE), du 29 novembre 2013
LFaune/GE	Loi genevoise sur la faune, du 7 octobre 1993
LFDER/GE	Loi genevoise instituant 2 fonds pour le développement des énergies renouvelables et les économies d'énergie, du 20 novembre 1998
LFINMA	Loi sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers, du 22 juin 2007
LFo	Loi fédérale sur les forêts, du 4 octobre 1991
LFond/GE	Loi genevoise sur les fondations de droit public, du 15 novembre 1958
LForêts/GE	Loi genevoise sur les forêts, du 20 mai 1999

XXIV

LFPark/GE	Loi genevoise sur la Fondation des parkings, du 17 mai 2001
LFPP/GE	Loi genevoise sur la forme, la publication et la promulgation des actes officiels, du 8 décembre 1956
LGL/GE	Loi genevoise générale sur le logement et la protection des locataires, du 4 décembre 1977
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
LGZD/GE	Loi genevoise générale sur les zones de développement, du 29 juin 1957
LHID	Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, du 14 décembre 1990
LHOM/GE	Loi genevoise sur les heures d'ouverture des magasins, du 15 novembre 1968
LIA	Loi fédérale sur l'impôt anticipé, du 13 octobre 1965
LIetr/GE	Loi genevoise sur l'intégration des étrangers, du 28 juin 2001
LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, du 14 décembre 1990
LIPAD/GE	Loi genevoise sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001
LIPI	Loi fédérale sur le statut et les tâches de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, du 24 mars 1995
LJC/VD	Loi vaudoise sur la juridiction constitutionnelle, du 5 octobre 2004
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats, du 23 juin 2000
LMéd/GE	Loi sur la médiation administrative dans le canton de Genève du 17 avril 2015
LMJ	Loi fédérale sur les jeux de hasard et les maisons de jeu, du 18 décembre 1998
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics, du 16 décembre 1994
LOGA	Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997

LOGA/JU	Loi jurassienne d'organisation du Gouvernement et de l'administration cantonale, du 26 octobre 1978
LOJ/GE	Loi genevoise sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010
LOP	Loi fédérale sur l'organisation de La Poste Suisse, du 17 décembre 2010
LPA/GE	Loi genevoise sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985
LPAir/BE	Loi bernoise sur la protection de l'air, du 16 novembre 1989
LPAL/FR	Loi fribourgeoise sur la publication des actes législatifs, du 16 octobre 2001
LParl	Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002
LPav/GE	Loi genevoise sur la profession d'avocat, du 26 avril 2002
LPD	Loi fédérale sur la protection des données, du 19 juin 1992
LPE	Loi fédérale sur la protection de l'environnement, du 7 octobre 1983
LPêche/GE	Loi genevoise sur la pêche, du 20 octobre 1994
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000
LPMNS/GE	Loi genevoise sur la protection des monuments, de la nature et des sites, du 4 juin 1976
LPN	Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage, du 1 ^{er} juillet 1966
LPO/BE	Loi bernoise sur les publications officielles, du 18 janvier 1993
LPT _h	Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux, du 15 décembre 2000
LPU/TI	Legge sulle pubblicazioni ufficiali, del 22 settembre 2014
L _{Publ}	Loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale, du 18 juin 2004
LRDBHD/GE	Loi genevoise sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement, du 19 mars 2015

LRGC/GE	Loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève, du 13 septembre 1985
LS	Liste des spécialités (selon l'art. 52, al. 1, let. b, LAMal)
LSu	Loi fédérale sur les aides financières et les indemnités, du 5 octobre 1990
LSurv/GE	Loi genevoise sur la surveillance de l'Etat, du 13 mars 2014
LTAF	Loi sur le Tribunal administratif fédéral, du 17 juin 2005
LTC	Loi sur les télécommunications, du 30 avril 1997
LTF	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005
LTJ/GE	Loi genevoise sur les traducteurs-jurés, du 7 juin 2013
LTrans	Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration, du 17 décembre 2004
LTVA	Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée, du 12 juin 2009
LUP/GE	Loi genevoise pour la construction de logements d'utilité publique, du 24 mai 2007
M	Motion (au Grand Conseil genevois)
MGC	Mémorial des séances du Grand Conseil genevois
n°, N°	numéro(s)
NB.	Nota bene
ndlr	note de la rédaction
not.	notamment
OAT	Ordonnance sur l'aménagement du territoire, du 28 juin 2000
OC/BE	Ordonnance bernoise sur les constructions, du 6 mars 1985
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ODM	Office fédéral des migrations
OFEV	Office fédéral de l'environnement
OFJ	Office fédéral de la justice
OFRC	Office fédéral du registre du commerce

OFSP	Office fédéral de la santé publique
OIA	Ordonnance sur l'impôt anticipé, du 19 décembre 1966
OCLPF	Office cantonal du logement et de la planification foncière (dans le canton de Genève)
OLOGA	Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, du 25 novembre 1998
OLPA	Ordonnance de l'Assemblée fédérale portant application de la loi sur le Parlement et relative à l'administration du Parlement, du 3 octobre 2003
OMAP	Ordonnance de l'Assemblée fédérale relative à la loi sur les moyens alloués aux parlementaires, du 18 mars 1988
Ombudscom	Organe de conciliation en matière de télécommunications
OPair	Ordonnance sur la protection de l'air, du 16 décembre 1985
OPB	Ordonnance sur la protection contre le bruit, du 15 décembre 1986
OPubl	Ordonnance sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale, du 7 octobre 2015
ORC	Ordonnance sur le registre du commerce, du 17 octobre 2007
OREF	Ordre romand des experts-fiscaux diplômés
ORInt	Ordonnance de l'Assemblée fédérale sur les relations internationales du Parlement, du 28 septembre 2012
OSCE	Objective Structured Clinical Examination
OSLER	Objective Structured Long Examination Record
OST	Ordonnance sur les services de télécommunication, du 9 mars 2007
OTVA	Ordonnance régissant la taxe sur la valeur ajoutée, du 27 novembre 2009
p.	page
P+R	parc(s) relais
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968
PFPDT	Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence

PL	Projet de loi (au Grand Conseil genevois)
PLQ	Plan localisé de quartier (dans le canton de Genève)
PME	petite(s) et moyenne(s) entreprise(s)
p. ex.	par exemple
PG/ZG	Gesetz über die Veröffentlichung der Gesetze und das Amstblatt des Kanton Zug, vom 29. Januar 1981
PJA	Pratique juridique actuelle
pp.	pages
PPDT	Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (dans le canton de Genève)
PPE	propriété par étage
PVG	Praxis des Verwaltungsgerichtes des Kantons Graubünden
Q	Question parlementaire dans le canton de Genève (jusqu'au 14 septembre 2012)
QUE	Question urgente écrite (au Grand Conseil genevois)
R-CMVMS/GE	Règlement genevois d'application du concordat instituant des mesures contre la violence lors de manifestations sportives, du 13 janvier 2010
RB	Rechenschaftsbericht an den Kantonsrat (Zurich)
RD	Rapport divers (au Grand Conseil genevois)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse
REC/GE	Règlement genevois sur l'état civil, du 29 novembre 2004
réf.	référence(s)
rés.	résumé(e)
RF	Revue fiscale
RFA	Régie fédérale des alcools
RFAP	Revue française d'administration publique
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RGL/GE	Règlement genevois d'exécution de la loi générale sur le logement et la protection des locataires, du 24 août 1992

RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel des lois fédérales
ROLG/GE	Recueil authentique des lois et actes du gouvernement de la République et canton de Genève
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RS/AG	Recueil systématique du canton d'Argovie
RS/BE	Recueil systématique du canton de Berne
RS/BS	Recueil systématique du canton de Bâle-Ville
RS/FR	Recueil systématique du canton de Fribourg
RS/GE	Recueil systématique du canton de Genève
RS/JU	Recueil systématique du canton du Jura
RS/LU	Recueil systématique du canton de Lucerne
RS/NE	Recueil systématique du canton de Neuchâtel
RS/NW	Recueil systématique du canton de Nidwald
RS/OW	Recueil systématique du canton d'Obwald
RS/SG	Recueil systématique du canton de Saint-Gall
RS/TG	Recueil systématique du canton de Thurgovie
RS/TI	Recueil systématique du canton du Tessin
RS/UR	Recueil systématique du canton d'Uri
RS/VD	Recueil systématique du canton de Vaud
RS/ZG	Recueil systématique du canton de Zoug
RS/ZH	Recueil systématique du canton de Zurich
RSAS	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle
RSC	Revue suisse de criminologie
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RTDCiv	Revue trimestrielle de droit civil
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence

XXX

RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (voir LOGA)
SAPEM	Service de l'application des peines et mesures (dans le canton de Genève)
Scom	Service du commerce (dans le canton de Genève)
SJ	La Semaine judiciaire
SOG	Solothurnische Gerichtspraxis
spéc.	spécialement
Swissmedic	Institut suisse des produits thérapeutiques
TAF	Tribunal administratif fédéral
trad.	traduit(e)
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
UE	Union européenne
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz (voir LPE)
vol.	volume(s)
VVGE	Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsentscheide (dans le canton d'Obwald)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (voir PA)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
zsis	Zeitschrift für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht

INTRODUCTION

Une étude intitulée « La pratique administrative dans l'ordre juridique suisse » peut surprendre. La pratique administrative, qui s'inscrit dans le cadre de l'application individuelle et concrète du droit par les autorités administratives, peut-elle être étudiée d'un point de vue théorique ? En outre, ne constitue-t-elle pas une activité relevant du fait, non du droit, et qui n'a donc pas sa place dans une étude juridique ? 1

Ces interrogations paraissent légitimes et manifestent la position inférieure de la pratique administrative dans l'ordre juridique. Effectivement, la pratique a, jusqu'à présent, été peu traitée par la doctrine suisse. Si des études juridiques sur la manière dont le droit est mis en œuvre par les autorités administratives dans un domaine spécifique paraissent régulièrement, aucun auteur n'a encore abordé d'une manière théorique et générale la pratique administrative dans une monographie. 2

Or, malgré son rang inférieur et le peu d'intérêt que lui porte la doctrine, la pratique administrative présente une réelle importance dans l'ordre juridique : elle peut même être considérée comme omniprésente, car, dès lors qu'il y a application du droit par une autorité administrative, une pratique est susceptible de naître. Le terme de « pratique administrative », ou simplement de « pratique »¹, est d'ailleurs très fréquemment employé dans la jurisprudence et la doctrine². 3

En réponse aux questions posées plus haut, il nous semble que la pratique administrative peut véritablement être étudiée d'un point de vue juridique et théorique. En effet, et comme notre travail le montrera, la pratique est susceptible de développer des effets juridiques sur la situation des administrés, et présente, dans cette mesure, une certaine « normativité ». En outre, elle occupe dans l'ordre juridique un rang intermédiaire, entre le droit et le fait : elle n'appartient pas entièrement au droit, mais ne peut pas non plus être considérée comme relevant simplement du fait. Ces éléments – qui seront naturellement traités d'une manière plus approfondie dans la suite du présent travail – font de la pratique administrative un phénomène « partiellement normatif » qui, précisément, rend passionnante son étude sur le plan de la théorie juridique. 4

Ce sont cependant aussi ces éléments qui complexifient l'étude de la pratique administrative. D'une part, en effet, sa position intermédiaire dans l'ordre 5

¹ Les termes « pratique administrative » et « pratique » seront employés comme des synonymes dans la présente étude.

² Par exemple, une recherche des termes « pratique administrative » dans le moteur de recherche Swisslex donne plus de 6'500 résultats.

juridique et son caractère partiellement normatif permettent difficilement d'attribuer à la pratique une place définie dans la théorie du droit et de ses sources. D'autre part, ces caractéristiques influencent le fonctionnement de la pratique administrative, et peuvent conduire, en raison de leur caractère non absolu, à ce que ce fonctionnement puisse varier selon que, dans un cas d'espèce, la pratique présente des traits plus factuels que juridiques, ou inversement. Ces éléments doivent ainsi être en permanence pris en compte dans l'étude de la pratique administrative.

- 6 Dans cette introduction, nous présenterons tout d'abord la notion de pratique administrative. Il est en effet nécessaire que ce que nous entendons par « pratique administrative » soit d'emblée clair pour le lecteur. Nous constaterons que, selon les auteurs et les juridictions, la pratique administrative est définie d'une manière plutôt factuelle, ou, inversement, plutôt juridique. Sa position intermédiaire dans l'ordre juridique, oscillant entre le droit ou le fait, se reflète ainsi dans les définitions qui en sont proposées. Pour notre part, nous retiendrons une définition qui exprime le contenu juridiquement pertinent de la pratique administrative (*infra* Titre I). Dans un second temps, nous présenterons la démarche qui sera suivie, ainsi que le plan de la présente étude (*infra* Titre II).

Titre I : La notion de pratique administrative

Une définition unanimement reconnue de la pratique administrative n'existe pas en droit suisse. L'on trouve en effet dans la jurisprudence et la doctrine plusieurs définitions de la pratique, qui varient sur certains éléments. La notion de pratique administrative que nous retenons devant être claire dès le début de notre étude, il sied de présenter à ce stade les diverses définitions qui ont été élaborées jusqu'à présent, ainsi que celle que nous adopterons.

La pratique administrative est un phénomène identifié relativement récemment par la jurisprudence et la doctrine. Ce n'est en effet qu'en 1976 qu'elle a, pour la première fois, été définie par le Tribunal fédéral (*infra* 1). D'autres définitions, doctrinales et jurisprudentielles, ont ensuite été proposées (*infra* 2 et 3). Après les avoir synthétisées, nous expliquerons le choix de la définition que nous proposons d'adopter (*infra* 4).

1. La première définition jurisprudentielle

La première définition de la pratique administrative dans l'ordre juridique suisse a été énoncée en 1976 par le Tribunal fédéral. Dans son arrêt *Firma Z.*, notre Haute Cour a indiqué que l'autorité administrative doit, lorsqu'elle interprète la loi et fait usage de son pouvoir d'appréciation, développer, pour respecter le principe de l'égalité de traitement, des critères qui dépassent les circonstances d'espèce. Sur cette base, la pratique administrative consiste dans la volonté de l'autorité d'appliquer le droit et d'exercer son pouvoir d'appréciation d'une certaine manière avec constance, en raison de la conviction de la légalité et de l'opportunité de cet usage du pouvoir d'appréciation³.

Cette définition a été reprise dans plusieurs arrêts, fédéraux ou cantonaux, jusque dans les années 2000⁴ ; elle figure aussi dans la doctrine jusqu'à aujourd'hui⁵.

³ ATF 102 Ib 45, *Firma Z.*, consid. 1a : « *Die Verwaltung muss bei der Auslegung des Gesetzes und in der Handhabung ihres Ermessens auf Grund des Rechtsgleichheitsgebotes nach einheitlichen, über den Einzelfall hinaus gültigen Kriterien vorgehen. Verwaltungspraxis ist daher der von der Überzeugung der Gesetz- und Zweckmässigkeit getragene Wille zu einer bestimmten, konstanten Rechts- und Ermessensanwendung gegenüber jedermann* ».

⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 2A.320/2002 et 2A.326/2002, du 2 juin 2003, consid. 4.2.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2A.517/2002, du 21 mai 2003, consid. 3.2 ; décision du Conseil fédéral, du 18 décembre 2002, in : JAAC 2003, n° 56, pp. 477-486, consid. 8.2 ; décision de la Commission de recours en matière d'impôts du canton de Berne, du 11 avril 2000, in : BVR 2001, pp. 452-456, consid. 5 ; décision du Conseil d'Etat

2. Les définitions doctrinales

- 11 À partir des années 1980, la pratique administrative se trouve définie dans des contributions doctrinales. Plusieurs auteurs rappellent, dans des contributions spécifiques, la définition de la pratique administrative telle qu'elle a été donnée par le Tribunal fédéral⁶. La majorité des auteurs d'ouvrages généraux de droit administratif énoncent leur propre définition sans toutefois se référer aux définitions jurisprudentielles ou doctrinales antérieures.
- 12 BLAISE KNAPP considère la pratique administrative comme « la manière dont les règles de droit sont comprises, interprétées et exécutées »⁷. Selon cet auteur, elle prend deux formes : soit la forme de l'ordonnance administrative interprétative, soit la répétition de décisions individuelles et concrètes dans des cas particuliers⁸ (ce que l'auteur qualifie aussi d'« ordonnance administrative non rédigée »⁹).
- 13 PIERRE MOOR, ALEXANDRE FLÜCKIGER et VINCENT MARTENET définissent la pratique administrative comme « la répétition régulière et constante dans l'application d'une norme par les autorités de première instance »¹⁰. Ils insistent en outre sur la question de l'auteur de la pratique administrative, en proposant de distinguer celle-ci clairement de la jurisprudence : cette dernière, en effet, est l'œuvre des autorités chargées de résoudre des questions de droit ; ces autorités (notamment le Tribunal fédéral et les tribunaux cantonaux) sont principalement compétentes pour l'examen de la légalité des actes contestés auprès d'elles, alors que la pratique administrative est l'œuvre des autorités de première instance¹¹.
- 14 Pour JEAN-MARC RIVIER, la pratique administrative découle de l'obligation de respecter le principe de l'égalité de traitement, qui implique que l'autorité « se conforme aux décisions semblables rendues dans les espèces ana-

bernois n° 733, du 21 février 1984, in : BVR 1985, pp. 41-48, consid. 4 ; ATF 108 Ia 122, *Paul Vogler Buchdruckerei und Verlag AG*, consid. 1 ; arrêt du Tribunal administratif du canton des Grisons du 19 avril 1978, in : PVG 1978, p. 170.

⁵ Voir *infra* le N° 11.

⁶ JUTZI (2012), note de bas de page 72 ; EGLI (2011), p. 1166 ; BÄRTSCHI (2007), ch. 1.1 ; STAMPE (2007), p. 10 ; KNOPP PISI (2005), p. 393 ; MÜLLER (1995), N° 43 ; WELLAUER (1978), p. 64. Voir toutefois SCHWARZENBACH-HANHART (1997), pp. 96-97.

⁷ KNAPP (1991), N° 402.

⁸ KNAPP (1985), p. 524.

⁹ KNAPP (1991), N° 402.

¹⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), vol. I, p. 89 ; voir déjà MOOR (1988), vol. I, p. 66.

¹¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), vol. I, p. 89 ; voir déjà MOOR (1988), vol. I, p. 66.

logues », et qui « dégage ainsi des règles quasi-jurisprudentielles sur l'interprétation de la loi et l'exercice de son pouvoir d'appréciation. Ces règles forment la pratique administrative »¹².

Pour THOMAS PROBST, la pratique administrative est la quintessence des décisions (s'inscrivant en principe dans le cadre de la nécessité d'interpréter le contenu d'une norme générale et abstraite et dans sa concrétisation au regard d'un cas individuel et concret) d'une autorité chargée d'appliquer le droit, reposant sur son obligation de traiter de manière égale les situations semblables futures et tendant au respect du droit¹³. 15

Selon ADELIO SCOLARI, la pratique administrative est une attitude cohérente dans le respect constant d'un certain comportement dans l'exercice de la fonction administrative¹⁴. 16

La tendance à définir la pratique administrative comme une succession de décisions semble se manifester dans les ouvrages les plus récents. Ainsi, pour THIERRY TANQUEREL, « [l]a pratique administrative est constituée par la répétition de décisions par les autorités chargées, en première instance, de l'application de la loi »¹⁵. MARKUS REICH et MARCO DUSS proposent une définition similaire¹⁶. THIERRY TANQUEREL relève cependant le caractère partiellement général et abstrait de la pratique administrative, car, en raison de la répétition des décisions administratives, « peuvent apparaître, comme pour la jurisprudence, des règles sur la manière d'interpréter la loi ou de faire usage d'une liberté d'appréciation »¹⁷. 17

Enfin, précisons que tous les ouvrages de droit administratif général ne traitent pas de la pratique administrative. En particulier, elle n'est pas définie dans les manuels récents d'ULRICH HÄFELIN, GEORG MÜLLER et FELIX UHL- 18

¹² RIVIER (1991), p. 84.

¹³ La pratique administrative est « *die Quintessenz sämtlicher – in aller Regel an den auslegungsbedürftigen Sinnesgehalt einer generell-abstrakten Norm anknüpfenden und diese im Hinblick auf den zu beurteilenden Einzelfall konkretisierenden – Entscheidungen rechtsanwendender Behörden, beruhend auf der rechtlichen Pflicht zur gleichen Behandlung künftiger, gleichlagerter Fälle und getragen vom Streben nach Gerechtigkeit* » (PROBST [1993], pp. 89-90).

¹⁴ La pratique administrative est « *un atteggiamento consistente nella costante osservanza di un certo comportamento nell'esercizio della funzione amministrativa* » (SCOLARI [2002], vol. I, p. 76).

¹⁵ TANQUEREL (2011), N° 364.

¹⁶ « *Verfügt die Verwaltungsbehörde in einer Vielzahl von Fällen in einer bestimmten Weise, entsteht eine Verwaltungspraxis* » (REICH [2012], § 3 N° 53 et § 4 N° 112) ; voir dans le même sens DUSS (2012), p. 1002 ; REICH/UTTINGER (2010), p. 163.

¹⁷ TANQUEREL (2011), N° 364.

MANN, de JACQUES DUBEY et JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, ainsi que de PIERRE TSCHANNEN, ULRICH ZIMMERLI et MARKUS MÜLLER¹⁸.

3. Les définitions jurisprudentielles récentes

- 19 Les définitions jurisprudentielles postérieures à l'arrêt *Firma Z.* ont souvent repris l'une ou l'autre des définitions doctrinales de la pratique administrative sans référence à l'arrêt *Firma Z.* Ainsi, pour le Tribunal administratif du canton de Genève qui se situe ici dans la continuité de BLAISE KNAPP, la pratique administrative est soit « l'accumulation de décisions d'exécution allant toujours dans le même sens », soit « une ordonnance administrative non rédigée »¹⁹. La Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral rappelle ces éléments et ajoute, toujours en s'inspirant de la conception de BLAISE KNAPP, que la pratique administrative peut être entendue comme la manière dont les règles de droit sont comprises, interprétées et exécutées par l'autorité²⁰.
- 20 Selon la Commission de recours de l'Université de Genève, la pratique administrative consiste en « un ensemble de décisions liées entre elles par la nécessité de respecter le principe de l'égalité de traitement »²¹.
- 21 Dans une affaire récente, l'arrêt *Deponie Teuftal AG*, le Tribunal administratif fédéral a repris la définition de la pratique administrative donnée par PIERRE MOOR dès 1988²² selon laquelle il s'agit de « la répétition régulière et constante dans l'application d'une norme par les autorités de première instance »²³. Cette définition a aussi été reprise par la Chambre administrative du Tribunal cantonal jurassien²⁴ et est actuellement souvent rappelée par la

¹⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2016) ; DUBEY/ZUFFEREY (2014) ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014).

¹⁹ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Genève, du 29 août 1995, in : RDAF 1996, pp. 154-160, consid. 9b.

²⁰ Décision de la Commission fédérale de recours en matière de personnel fédéral, du 24 octobre 1995 in : JAAC 1996, n° 73, pp. 650-660, consid. 3c.

²¹ Décision de la Commission de recours de l'Université de Genève, du 31 janvier 1986, in : RDAF 1986, pp. 277-282, consid. 10b.

²² Voir *supra* le N° 13.

²³ ATAF 2008/31, *Deponie Teuftal AG*, consid. 9.2. Cette définition a aussi été reprise dans les arrêts du Tribunal administratif fédéral A-4357/2015, du 10 juillet 2017 ; A-1541/2014, du 27 octobre 2015, consid. 2.4.1 ; A-1405/2014, du 31 juillet 2015, consid. 2.5.1 ; A-6777/2013, du 9 juillet 2015, consid. 2.5.1.

²⁴ Arrêt de la Chambre administrative du Tribunal cantonal jurassien, du 10 novembre 2009, in : RJJ 2009, pp. 327-330, consid. 2.

Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève lorsqu'elle a à connaître d'une pratique administrative²⁵.

A noter que la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève, dans un arrêt du 30 août 2016, a aussi repris la définition de la pratique administrative donnée par THIERRY TANQUEREL²⁶.

Ces définitions jurisprudentielles n'apportent pas d'élément nouveau par rapport aux définitions doctrinales énoncées auparavant.

4. Synthèse et proposition de définition

Malgré leurs différences, les définitions énoncées ci-dessus présentent des éléments communs. Tout d'abord, elles reconnaissent l'*autorité administrative* comme l'auteur de la pratique administrative. La pratique doit, à cet égard, être clairement distinguée de la jurisprudence, qui est l'œuvre des autorités judiciaires²⁷. Comme l'exprime ADELIO SCOLARI, la pratique administrative relève en effet de la « fonction administrative »²⁸. Ensuite, l'autorité administrative agit dans le cadre du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré dans la *mise en œuvre du droit au stade infra-réglementaire*. Ces éléments sont importants : nous verrons dans la suite de cette étude qu'ils conditionnent la place et le fonctionnement de la pratique administrative dans l'ordre juridique²⁹.

Certaines de ces définitions soulignent en outre le caractère partiellement « général et abstrait » de la pratique administrative, en ce que celle-ci comprend des éléments qui, dépassant le cas d'espèce dans lequel elle s'exprime, ont vocation à s'appliquer aux cas futurs qu'aurait à connaître l'autorité administrative. Comme l'indiquent certains auteurs, la pratique peut ainsi comprendre des « règles » sur la manière dont l'autorité administrative applique la

²⁵ Arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève ATA/1305/2017, du 19 septembre 2017, consid. 6 ; arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève ATA/1273/2017, du 12 septembre 2017, consid. 13a ; arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève ATA/1097/2017, du 18 juillet 2017, consid. 5a ; arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève ATA/577/2017, du 23 mai 2017, consid. 4a ; arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève ATA/533/2014, du 17 juillet 2014, consid. 14.

²⁶ Arrêt de la Chambre administrative de la Cour de justice du canton de Genève ATA/729/2016, du 30 août 2016, consid. 13b.

²⁷ GAVILLET (2014), p. 144. Voir encore sur la distinction entre les activités administratives et judiciaires *infra* le N° 274.

²⁸ SCOLARI (2002), vol. I, p. 76 et *supra* le N° 16.

²⁹ Voir *infra* les N° 162 ss.

réglementation³⁰. Cet élément est à notre avis important, car il permet, précisément, d'exprimer la caractéristique juridique fondamentale de la pratique administrative, que, dans la présente étude, nous appellerons son *caractère* « *reproductible* »³¹ : la pratique administrative présente un certain caractère général et abstrait impliquant qu'elle peut être appliquée à un nombre indéterminé de situations individuelles et concrètes.

- 26 En outre, certaines des définitions que nous venons de présenter attribuent à la pratique administrative *une certaine constance*. Ainsi PIERRE MOOR, ALEXANDRE FLÜCKIGER et VINCENT MARTENET définissent-ils la pratique administrative comme « la répétition régulière et constante dans l'application d'une norme par les autorités de première instance »³².
- 27 À notre avis cependant, l'élément de constance n'entre pas dans la définition de la pratique administrative. En effet, il implique de déterminer un certain degré de répétition à partir duquel une activité administrative « devient » une pratique. Cela n'est pas réalisable dans la réalité. La constance peut être appréciée différemment en fonction de chaque domaine du droit : dans les domaines où plusieurs dizaines de milliers de décisions sont prises chaque année par une autorité (dans des procédures dites « de masse », comme souvent en droit fiscal), la notion de constance ne peut correspondre à celle que l'on retiendrait dans les domaines où seules quelques décisions sont prises chaque année par l'autorité. En outre, même dans un seul domaine du droit, le nombre de précédents nécessaires pour admettre la réalisation du critère de la constance peut être délicat à déterminer³³. Ce critère doit donc être abandonné au stade de la définition de la pratique administrative : une pratique administrative n'existe pas seulement lorsqu'elle est constante³⁴.
- 28 Cela ne signifie pas que l'élément de constance n'intervient à aucun moment : en effet, en raison du caractère reproductible de la pratique administrative et de l'influence de certains principes constitutionnels, qui, précisément, favorisent la reproduction de la pratique, celle-ci se caractérise souvent par une certaine constance. Nous verrons que la constance est pertinente pour appr-

³⁰ TANQUEREL (2011), N° 364 ; RIVIER (1991), p. 84.

³¹ *Infra* N° 276 ss.

³² *Supra* N° 13. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), vol. I, p. 89 ; voir déjà MOOR (1988), vol. I, p. 66.

³³ Voir sur cette question *infra* les N° 429 ss. L'on constate effectivement que la question du nombre de précédents nécessaires à la formation d'une pratique administrative est très floue, et, dans la jurisprudence, aboutit souvent à ce que l'existence d'une pratique soit niée, au motif que l'autorité n'a pas rendu suffisamment de décisions l'incorporant.

³⁴ Nous verrons *infra* aux N° 31 et 253 ss qu'une pratique existe à notre avis dès que l'autorité a fait, d'une quelconque manière *usage du pouvoir d'appréciation que lui confère la réglementation dans le cadre d'une compétence décisionnelle*.

cier l'impérativité de la pratique, ainsi que l'intensité des motifs qui peuvent justifier un changement de pratique par l'autorité³⁵.

Certaines définitions doctrinales et jurisprudentielles donnent aussi des indications sur les formes que peut prendre la pratique administrative. Si un courant, suivant l'arrêt *Firma Z.* rendu par le Tribunal fédéral, ne spécifie pas ces formes³⁶, la pratique étant alors définie comme l'interprétation constante que fait l'autorité de la réglementation qu'elle applique, deux formes de pratique ont jusqu'à présent été reconnues. Pour certains, la pratique prend la forme de la succession de décisions administratives³⁷. Pour d'autres, la pratique peut prendre une seconde forme, celle de l'ordonnance administrative interprétative, qui permet aux autorités d'indiquer d'une manière générale et abstraite leur interprétation de la réglementation qu'elles sont chargées d'appliquer³⁸.

Nous approuvons les deux formes de la pratique administrative reconnues jusqu'à présent. Nous verrons d'ailleurs que d'autres formes peuvent encore être reconnues³⁹. Cependant, il nous semble que, dans une étude théorique, les formes de la pratique administrative ne devraient pas déjà apparaître au stade de sa définition. En effet, définir la pratique administrative comme une succession de décisions ou comme une ordonnance administrative interprétative ne permet pas d'exprimer en quoi la pratique administrative est véritablement pertinente sur le plan juridique. La pertinence de la pratique ne découle pas de ses formes, mais de sa « substance », de son contenu matériel, qui est d'ailleurs identique pour toutes les formes qu'elle prend. C'est lui qui, précisément, confère à la pratique administrative son caractère « reproductible », et qui implique que la pratique administrative développe des effets dans l'ordre juridique. Il convient donc d'élaborer une définition de la pratique administrative qui permette d'exprimer son contenu matériel juridiquement pertinent.

Sur ces bases, nous définirons la pratique administrative comme la manière dont l'autorité administrative fait usage, dans le cadre d'une compétence décisionnelle, du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré par la réglementation⁴⁰. C'est en effet l'usage du pouvoir d'appréciation⁴¹ indiqué par la pra-

³⁵ *Infra* N° 303 ss, 429 ss et 660.

³⁶ ATF 102 Ib 45, *Firma Z.*, consid. 1a, et *supra* N° 9-10, 13 et 16.

³⁷ Par exemple : TANQUEREL (2011), N° 364, et les références citées *supra* aux N° 14, 15, 17, 20 et 21.

³⁸ Par exemple : KNAPP (1985), p. 524 et les références citées *supra* aux N° 12 et 19.

³⁹ *Infra* N° 299 ss.

⁴⁰ *Infra* N° 253 ss.

⁴¹ Précisons déjà à ce stade que nous suivons la conception « unitaire » du pouvoir d'appréciation, qui ne distingue, contrairement à l'approche « dualiste », pas les deux catégories théoriques de liberté d'appréciation et latitude de jugement, puisque cette distinction ne se retrouve pas dans la réalité. Voir *infra* les N° 259 et 266 ss. Notre définition de la pratique administrative peut sans autre être adaptée à l'approche dualiste

tique administrative qui lui donne son importance sur le plan juridique. Nous verrons qu'il est désormais admis que, dans le cadre de la mise en œuvre du droit, les autorités administratives disposent presque toujours d'une certaine marge de manœuvre ; celle-ci se manifeste en particulier dans le pouvoir d'appréciation que leur octroie la réglementation. Il est souvent nécessaire de connaître l'usage qui est fait par les autorités de ce pouvoir d'appréciation pour véritablement savoir comment le droit sera appliqué dans un cas d'espèce⁴². C'est précisément ce qu'indique la pratique administrative, et c'est là que réside son importance sur le plan juridique. Notre définition permet de souligner cela. Sur ce point, notre proposition n'est pas entièrement nouvelle : le Tribunal fédéral, dans la définition qu'il en avait donnée dans l'arrêt *Firma Z.*, avait, dans le même sens, relevé que la pratique administrative exprime l'usage du pouvoir d'appréciation effectué par l'autorité⁴³.

- 32 Cependant, contrairement à la majorité des définitions proposées jusqu'à présent, il découle de notre définition qu'*un seul usage* du pouvoir d'appréciation suffit à entraîner la qualification de pratique administrative. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, nous ne suivons pas la conception selon laquelle une certaine constance est nécessaire pour que l'existence d'une pratique administrative soit admise. Cela implique que, dès qu'une autorité administrative a fait *un usage* du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré par la réglementation, une pratique existe⁴⁴.
- 33 Notre définition permet aussi de montrer que la pratique administrative *ne constitue pas elle-même un acte juridique, voire matériel*⁴⁵. La manière dont une autorité fait usage de son pouvoir d'appréciation nécessite, pour exister, d'être *incorporée à un acte étatique*. Cela amène à aborder la question des formes prises par la pratique administrative. Le lien étroit entre la pratique et les actes qui l'incorporent se manifeste dans les définitions de la pratique qui identifient celle-ci à une succession de décisions administratives ou à une ordonnance administrative interprétative. La décision administrative et

et reformulée dans ce sens comme l'indication de la manière dont l'autorité fait usage de la liberté d'appréciation ou de la latitude de jugement qui lui sont conférées par la réglementation dans le cadre d'une compétence décisionnelle. La controverse entre l'approche unitaire et l'approche dualiste ne présente donc pas de conséquences pour notre étude.

⁴² *Infra* N° 160 ss.

⁴³ ATF 102 Ib 45, *Firma Z.*, consid. 1a : « *Verwaltungspraxis ist [...] der von der Überzeugung der Gesetz- und Zweckmässigkeit getragene Wille zu einer bestimmten, konstanten Rechts- und Ermessensanwendung gegenüber jedermann* ».

⁴⁴ *Supra* N° 26 et *infra* N° 303. La constance de la pratique intervient à notre avis pour déterminer le degré d'impérativité de la pratique et l'intensité des motifs nécessaires au changement de pratique administrative.

⁴⁵ *Infra* N° 302.

l'ordonnance administrative interprétative ne sont cependant que les actes étatiques qui peuvent incorporer une pratique, c'est-à-dire les formes que celle-ci peut prendre dans l'ordre juridique. Les formes de la pratique ne sont à notre avis pas pertinentes au stade de la définition de la pratique administrative. Nous verrons par la suite que tous les actes étatiques exprimant la manière dont une autorité fait usage du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré par la réglementation constituent des formes de la pratique administrative⁴⁶. Cela permet de proposer un traitement théorique cohérent de ces actes étatiques, qui bien qu'ils soient fort différents, présentent tous la caractéristique de pouvoir exprimer une pratique administrative.

Ainsi, nous verrons que la forme principale par laquelle s'exprime la pratique est la décision administrative, et que l'ordonnance administrative interprétative constitue aussi une forme importante de la pratique. Cependant, d'autres formes peuvent encore être identifiées. La pratique peut notamment être indiquée par l'autorité dans un renseignement donné à un administré qui lui demanderait comment elle ferait usage du pouvoir d'appréciation que lui confère la réglementation dans un cas d'espèce⁴⁷. Nous relèverons que les formes de la pratique administrative ne sont pas exhaustives, et que tous les actes administratifs qui indiquent la manière dont une autorité fait usage de son pouvoir d'appréciation doivent être considérés comme des formes de pratique administrative⁴⁸. 34

Tous ces éléments seront abordés d'une manière plus approfondie dans la suite de notre étude. Il nous semblait cependant nécessaire de les exposer à ce stade, afin que notre conception de la pratique administrative soit claire dès le début de notre travail. 35

⁴⁶ *Infra* N° 299 ss.

⁴⁷ *Infra* N° 325 ss.

⁴⁸ *Infra* N° 340 ss.

Titre II : But, démarche et plan de l'étude

- 36 Notre étude a pour but d'analyser la position, le fonctionnement et la portée de la pratique administrative dans l'ordre juridique suisse. Des questions relatives à la pratique administrative sont susceptibles de se poser chaque fois qu'il y a application du droit par l'autorité administrative : il s'agit donc d'un sujet fondamental en droit administratif.
- 37 Dans une **première partie**, nous examinerons la position de la pratique administrative dans la théorie des sources du droit. Cette question doit en effet être abordée en premier lieu, car le traitement juridique que l'on effectue d'une activité étatique dépend largement de la place de cette activité dans l'ordre juridique, et en particulier, pour les activités présentant une composante normative, dans la théorie des sources du droit. Ainsi, la qualification ou non de source du droit conditionne la manière dont un sujet d'étude est traité sur le plan juridique, et développe donc des conséquences importantes⁴⁹.
- 38 Or, la pratique administrative occupe un rang intermédiaire dans l'ordre juridique, entre la norme générale et abstraite et le cas d'espèce individuel et concret. Nous verrons donc que la question de son appartenance aux sources du droit est controversée ; la réponse à cette question dépend en réalité de la conception que chacun se fait des sources du droit. Sur ce point, deux grandes conceptions peuvent être opposées : la conception formelle traditionnelle qualifie de sources du droit un nombre exhaustif d'activités étatiques, et nie que la pratique administrative en fasse partie, car elle ne prend pas l'une des formes juridiques reconnues. Un second courant, se fondant sur une vision plus matérielle des sources du droit, qualifie comme telles, indépendamment des formes juridiques qu'elles prennent, les activités étatiques présentant une certaine normativité. La pratique administrative est considérée comme une source du droit par les partisans de cette seconde conception. Ainsi, nous verrons que la question de l'appartenance de la pratique administrative aux sources du droit peut appeler des réponses diverses en fonction de la conception des sources du droit que l'on se fait. Aucune réponse définitive ne peut donc être apportée⁵⁰.
- 39 À titre personnel, nous nous prononcerons en défaveur de la qualification de source du droit de la pratique administrative, car cela ne permet, à notre avis, pas de prendre en compte d'une manière satisfaisante son *rang intermédiaire* dans l'ordre juridique. Notre position ne signifie pas qu'il faut nier à la pratique toute importance dans la réalité, mais que cette importance doit être

⁴⁹ *Infra* N° 56 ss.

⁵⁰ *Infra* N° 106 ss.

prise en compte, sur le plan théorique, d'une autre manière que par l'intégration de la pratique au nombre des sources du droit⁵¹.

Une autre approche doit donc être adoptée pour étudier la pratique administrative dans l'ordre juridique⁵². Ainsi, dans une **deuxième partie** de cette étude, nous plaiderons pour une *approche fonctionnelle* : en partant du constat que la pratique administrative exerce dans l'ordre juridique une fonction de *mise en œuvre du droit*, et qu'elle s'inscrit parmi les activités effectuées au stade infra-réglementaire par les autorités administratives, nous tenterons de montrer qu'une approche basée sur cette fonction permet d'intégrer la pratique d'une manière satisfaisante dans la théorie du droit, indépendamment de savoir si la pratique doit ou non être qualifiée de source du droit. Une telle approche permet en effet de prendre en compte l'importance réelle de la pratique administrative aussi bien que sa position intermédiaire dans l'ordre juridique. Elle permet ainsi de proposer une théorisation de la pratique administrative plus nuancée et plus proche du fonctionnement réel de la pratique dans l'ordre juridique que les approches fondées sur l'appartenance aux sources du droit⁵³.

Sur ces bases, l'approche fonctionnelle nous accompagnera tout au long de la présente étude. La détermination de la fonction de la pratique administrative dans l'ordre juridique nous permettra, dans une **troisième partie**, d'aborder la notion et les formes de la pratique administrative (Titre I de la troisième partie). L'approche fonctionnelle nous conduira notamment à montrer que, indépendamment de leur forme juridique, tous les actes étatiques qui expriment la manière dont une autorité fait usage du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré par la réglementation constituent des formes de la pratique administrative, car ils remplissent tous la même fonction⁵⁴.

Nous traiterons ensuite du fondement juridique de la pratique administrative. Là encore, l'approche fonctionnelle sera d'un grand secours : en particulier, nous verrons que le fondement de la pratique administrative réside précisément dans l'octroi aux autorités administratives, par les constitutions fédérale et cantonales, de la compétence de mettre en œuvre le droit au stade infra-réglementaire (Titre II de la troisième partie)⁵⁵.

Puis, nous nous pencherons sur les auteurs de la pratique administrative (Titre III de la troisième partie). Ceux-ci consistent, naturellement, dans les autorités administratives titulaires d'une compétence décisionnelle, et qui font, dans ce cadre, usage du pouvoir d'appréciation qui leur est conféré par la réglementa-

⁵¹ *Infra* N° 140 ss.

⁵² *Infra* N° 130 ss.

⁵³ *Infra* N° 147 ss.

⁵⁴ *Infra* N° 299 ss.

⁵⁵ *Infra* N° 359 ss.

tion. Cependant, nous verrons que les autres autorités ou entités⁵⁶, qui, bien qu'elles ne disposent pas d'une compétence décisionnelle, peuvent influencer d'une manière directe la manière dont l'autorité chargée de la prise de décision fait usage du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré, doivent aussi être considérées comme des auteurs de la pratique. Ce cas de figure vise principalement les autorités de surveillance, qui ont la compétence d'émettre des ordonnances administratives ou des instructions à l'intention des autorités qu'elles surveillent, ainsi que les autorités spécialisées dont le préavis est exigé par la réglementation avant la prise de décision⁵⁷.

- 44 Nous examinerons ensuite les conditions de la naissance et de la fin de la pratique administrative, de même que les questions liées à son applicabilité dans le temps (Titre IV de la troisième partie). Nous verrons, en particulier, que la fonction de mise en œuvre du droit que remplit la pratique dans l'ordre juridique implique que celle-ci doit être conforme au droit, et ne peut pas naître si elle est manifestement contraire au droit⁵⁸. Lorsqu'elle n'est pas manifestement contraire au droit, une pratique prend fin et ne peut plus exister lorsque sa non-conformité au droit est reconnue⁵⁹. La fonction de mise en œuvre du droit exercée par la pratique administrative a aussi pour conséquence que l'applicabilité temporelle de la pratique suit normalement celle de la norme mise en œuvre : par exemple, lorsqu'une nouvelle réglementation est appliquée par une autorité, la pratique y relative vaudra pour tous les cas réalisés à partir de l'entrée en vigueur de cette nouvelle réglementation, même si ils se sont produits avant la naissance de la pratique y afférente⁶⁰. Celle-ci prendra aussi fin lorsque la norme sur laquelle elle repose est abrogée⁶¹.
- 45 Nous nous pencherons alors sur le contenu de la pratique administrative (Titre V de la troisième partie). Comme cela a déjà été souligné, la fonction de mise en œuvre du droit de la pratique administrative implique que celle-ci doit être conforme au droit. Dans ce cadre, la pratique indique la manière dont l'autorité fait usage du pouvoir d'appréciation qui lui est conféré par la réglementation : elle exprime donc la manière dont cette réglementation est concrétisée par l'autorité administrative. En fonction des besoins afférents à

⁵⁶ Nous suivons dans la présente étude la conception de TANQUEREL (2011), N° 79, qui désigne par le terme d'« autorités administratives » les entités titulaires d'une compétence décisionnelle. Lorsque nous employons le terme plus général d'« entités », nous visons aussi celles qui ne disposent pas d'une telle compétence décisionnelle.

⁵⁷ *Infra* N° 368 ss.

⁵⁸ *Infra* N° 414 ss.

⁵⁹ *Infra* N° 455 ss.

⁶⁰ *Infra* N° 428 ss.

⁶¹ *Infra* N° 452 ss.