



## Message 2020-CE-4

28 janvier 2020

### du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant le projet de loi modifiant le code de procédure et de juridiction administrative (actes matériels)

Nous avons l'honneur de vous soumettre un projet de loi modifiant le Code de procédure et de juridiction administrative (CPJA), par l'introduction d'une nouvelle disposition.

#### 1. Introduction

La présente révision vise à donner une suite directe à la motion déposée le 22 mai 2019 par le Député Grégoire Kubski (2019-GC-74) (prolongation de délai de réponse accordée jusqu'au 31 janvier 2020), aux termes de laquelle il est proposé d'introduire dans le CPJA une disposition permettant à qui s'estime lésé-e par un acte matériel illicite d'exiger une décision de l'autorité dont cet acte émane. En effet, l'acte matériel se distingue de la décision en ce qu'il n'a pas pour but de produire des effets juridiques; bien qu'il puisse affecter la situation juridique de particuliers, il ne fait pas l'objet d'une décision formelle, et n'est à ce titre pas susceptible de recours prévu par le CPJA.

Or l'article 30 de la Constitution cantonale comme l'article 29a de la Constitution fédérale prévoient que toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire.

Avec l'introduction de la disposition proposée, la personne qui se trouve particulièrement atteinte dans ses droits par un acte matériel pourra exiger une décision. Cette décision pourra, alternativement ou cumulativement, constater cas échéant l'illicéité de l'acte matériel, en prononcer la cessation, le révoquer, en éliminer les conséquences ou enfin empêcher qu'il soit accompli. Elle est sujette à recours, conformément au CPJA.

La révision proposée permet ainsi de combler une lacune du CPJA, que le Tribunal cantonal a jusqu'ici pallié par une application, par analogie, des règles de procédure existantes, solution peu satisfaisante aussi bien pour les administré-e-s que les autorités judiciaires.

#### 2. Déroulement des travaux

##### 2.1. Examen de la motion 2019-GC 74 du Député Grégoire Kubski

La motion du Député Grégoire Kubski a été soumise à l'examen du Service de législation. Ce dernier a établi une note constatant que, effectivement, le droit fribourgeois contient une lacune, que le Tribunal cantonal s'est efforcé de combler en appliquant par analogie les dispositions légales existantes. Il a été constaté qu'une telle situation n'est pas satisfaisante en termes de clarté et de sécurité du droit. Une solution alternative à la solution proposée par le Député Grégoire Kubski a été envisagée, également susceptible de combler la lacune de notre droit. Elle consisterait à élargir l'objet de l'action de droit administratif, de manière à permettre à la personne lésée de saisir directement le Tribunal cantonal d'une demande visant à faire constater l'illicéité d'un acte matériel, d'en empêcher l'accomplissement, de le faire cesser, d'en obtenir la révocation ou encore d'en éliminer les conséquences. Il ne serait alors plus nécessaire d'exiger de l'autorité dont l'acte émane qu'elle rende une décision afin d'ouvrir la voie du recours. Toutefois, comme il a été relevé par le Service de législation dans le cadre de son examen de la motion, une telle solution irait à contre-courant de la tendance actuelle qui est d'exiger de la collectivité publique qu'elle prenne position sur les prétentions de ses administré-e-s par des décisions sujettes à recours: il appartient ainsi à l'autorité d'établir qu'elle a agi conformément au droit, qui est la base et pose les limites de l'activité de l'Etat, en rendant une décision motivée. Cette tendance peut être illustrée par une modification récente de la loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents<sup>1</sup> dont l'article 13 prévoit que, désormais, l'autorité d'engagement de l'agent-e auteur du dommage statue par décision sujette à recours sur les prétentions de la victime. Auparavant, il appartenait à cette dernière d'ouvrir action par-devant le Tribunal administratif si la collectivité publique rejetait ses prétentions, sans devoir rendre une décision motivée.

<sup>1</sup> RS 16.1, modification du 8.1.2008

## 2.2. Consultation restreinte

Compte tenu du fait que cette adaptation paraît nécessaire et concerne uniquement le fonctionnement de l'administration, le Conseil d'Etat a décidé de donner une suite directe à la motion susmentionnée. La modification du CPJA qui vous est proposée n'a ainsi fait l'objet que d'une consultation restreinte. La proposition d'introduire dans le CPJA une disposition allant dans le sens de la motion 2019-GC-74, a été soumise aux 7 Directions, à la Conférence des Préfets ainsi qu'au Tribunal cantonal dans le cadre d'une consultation restreinte.

## 2.3. Résultat de la consultation restreinte et suivi

6 des 9 instances consultées se sont exprimées en faveur de l'introduction d'un article 110a CPJA, comme le propose la motion. Parmi ces 6 instances, 4 d'entre elles (le Tribunal cantonal, la DEE, la DICS et la DIAF) sont défavorables à la solution alternative qui consisterait à élargir l'objet de l'action de droit administratif (les 2 autres, soit la Conférence des préfets et la DSAS, la considèrent comme une alternative possible). La DSJ et la DFIN ne souhaitent pas l'introduction d'une disposition telle que proposée par la motion, mais s'expriment en faveur de l'élargissement de l'action de droit administratif, la seconde pouvant s'accommoder du statut quo (à l'instar de la DSAS). La DAEC a renoncé à prendre position.

Les instances favorables à l'introduction d'un article 110a CPJA relèvent que le droit fédéral<sup>1</sup> et 11 droits cantonaux<sup>2</sup> contiennent une disposition pour l'essentiel identique à celle proposée par la motion. Les autorités administratives qui devront statuer conformément à cette éventuelle future disposition et, à leur suite, les autorités de recours désignées par la loi, pourront par conséquent s'inspirer de la jurisprudence rendue par le Tribunal administratif fédéral, le Tribunal fédéral et les Tribunaux des cantons concernés. C'est là un point que nous souhaitons souligner. En effet, cette jurisprudence, si elle n'est pas abondante, précise néanmoins les conditions que doit remplir la personne qui se dit lésée par un acte matériel pour pouvoir obtenir une décision susceptible de recours conformément au CPJA.

## 3. Modifications proposées

La modification proposée reprend pour l'essentiel la proposition de la motion, qui elle-même s'inspire du droit fédéral et des droits cantonaux qui ont adopté une solution analogue.

Comme l'explique la motion, un acte matériel se distingue d'une décision par le fait que, contrairement à cette der-

nière, son objectif n'est pas de créer des effets juridiques: elle vise un résultat factuel. Ainsi, dans l'exemple donné par la motion<sup>3</sup>, l'objectif de la communication est de prévenir la population afin de lui éviter un risque sanitaire. Le résultat visé (dans notre exemple, éviter que le public achète et consomme les produits laitiers concernés), de même que les moyens mis en œuvre pour y parvenir (une communication publique) peuvent toutefois avoir pour effet secondaire d'affecter la situation juridique ou les intérêts juridiquement protégés d'une personne, parfois d'une manière qui lui est préjudiciable, bien que cela ne soit pas le but visé (dans notre exemple, une atteinte à la réputation et une perte durable de tout ou partie du chiffre d'affaire).

Un acte matériel se distingue également de l'acte d'exécution d'une décision: ce dernier, comme son intitulé l'indique, est précédé d'une décision formelle, qui peut elle-même faire l'objet d'un recours. Par exemple, la fermeture d'une route à la circulation pour cause de travaux, dans la mesure où elle a été précédée d'une décision formelle publiée, ne constituerait pas un acte matériel susceptible d'être attaqué sur la base de la disposition proposée.

Plusieurs solutions s'offrent au législateur pour permettre à qui se dit lésé par un acte matériel de le contester, conformément aux exigences des dispositions constitutionnelles précitées.

Hormis la solution qui consisterait à élargir l'objet de l'action de droit administratif (écartée pour le motif évoqué plus haut), on peut mentionner la solution adoptée par le canton des Grisons. L'article 49 alinéa 3 de sa «*Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege*» du 31 août 2006, assimile les actes matériels à des décisions. Un acte matériel est ainsi immédiatement attaquant par un recours, sans qu'aucune décision formelle et motivée ne doive préalablement être rendue. Une telle solution ne paraît cependant pas judicieuse, pour trois motifs au moins:

- > Un recours est soumis à un délai. Ce dernier commence à courir dès le lendemain du jour de la communication de la décision attaquée<sup>4</sup>. La date de la remise de la décision par la Poste à son destinataire fait foi, et détermine le point de départ du délai de recours: le destinataire est en effet présumé avoir pris connaissance de la décision le jour de sa notification. La date de la notification peut être prouvée, en règle générale, par l'envoi de la décision

<sup>1</sup> Art. 25a de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA), RS 172.021

<sup>2</sup> Bâle-Ville, Genève, Lucerne, Nidwald, Obwald, Schaffhouse, Soleure, Schwyz, Uri, Zoug et Zürich.

<sup>3</sup> «En l'état actuel du droit administratif fribourgeois, dans l'hypothèse où le Service cantonal de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires devait, par mégarde, déconseiller publiquement la consommation de lait de vache issu de producteurs d'une commune fribourgeoise du fait d'une suspicion de maladies bovines et si rien de sérieux et d'objectif ne devait justifier cette alerte, aucune voie de droit ordinaire ne serait ouverte pour permettre aux producteurs de lait concernés de faire cesser l'atteinte issue de cette recommandation potentiellement illicite. En effet, cette recommandation ne constitue pas une décision administrative sujette à recours, mais un acte matériel».

<sup>4</sup> Art. 27 al. 1 CPJA

- sous pli recommandé. Il n'en va pas de même d'un acte matériel, en particulier si celui-ci s'inscrit dans la durée.
- > L'exigence d'une décision motivée portant sur l'acte matériel permet à celui qui la requiert de se convaincre, cas échéant, de son bien-fondé ou au contraire de son illicéité, et de recourir – ou de s'en abstenir- en connaissance de cause.
  - > Assimiler l'acte matériel à une décision contrevient à la règle qui veut qu'une décision est motivée et indique délai et voie de recours, ainsi que l'autorité à laquelle le recours doit être adressé.

## 4. Commentaire de la disposition proposée

### 4.1. Commentaire général

Comme il ressort de ce qui précède, la voie de droit prévue dans le projet d'article 110a CPJA a un caractère subsidiaire: un acte matériel qui aura été précédé d'une décision ne pourra pas donner lieu à une seconde décision au sens de cette nouvelle disposition. Il ne saurait ainsi être question d'invoquer l'éventuel futur article 110a CPJA pour tenter de contester, au stade de son exécution, une décision entrée en force de chose jugée.

### 4.2. Alinéa premier

Il est en tout point identique à celui proposé par la motion et à l'article 4a al. 1 de la *loi genevoise sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985*. La formule de cette disposition a été préférée à celle utilisée, par exemple, dans la législation lucernoise, car jugée plus précise. La législation lucernoise évoque en effet les «actes fondés sur le droit public»<sup>1</sup>. Même si cette formule englobe le droit fédéral, le droit cantonal et le droit communal, celle retenue à l'article 4a al. 1 de la loi genevoise le dit expressément et prévient ainsi tout doute possible.

A l'exception de la désignation du droit en vertu duquel l'acte matériel a été accompli, le projet d'article 110a al. 1 CPJA est également identique à l'article 25a de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA)<sup>2</sup>: ainsi, l'expression «Toute personne qui a un intérêt digne de protection» doit être comprise dans le sens qu'en donne la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF), notamment dans l'arrêt dit «Lovelife»<sup>3</sup>: la Cour suprême a considéré que les recourants, des enfants mineurs, n'étaient pas plus touchés que d'autres enfants mineurs par une campagne de prévention contre le SIDA et a, pour ce

motif, déclaré leur recours irrecevable. Il en découle que le projet d'article 110a CPJA ne saurait être invoqué dans le seul but d'obtenir un contrôle général de la légalité de l'activité d'une collectivité publique. Par ailleurs, la personne concernée doit avoir un intérêt de fait ou de droit à ce que la situation juridique soit éclaircie par le biais d'une décision. Elle doit en outre être atteinte dans ses droits et obligations avec une certaine intensité ou degré de gravité<sup>4</sup>.

L'acte est illicite s'il ne repose pas sur une base légale, ou si les conditions posées par cette dernière ne sont pas remplies.

Enfin, l'alinéa premier énumère les conclusions que peut prendre la personne qui se dit particulièrement atteinte par un acte matériel qu'elle pense illicite. Le projet d'article 110a CPJA ne lui permet pas d'obtenir réparation du dommage matériel ou du tort moral provoqué par un acte illicite: pour ce faire, la personne qui se dit lésée par un acte matériel illicite devra agir conformément à la loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leur agent<sup>5</sup>. Par ailleurs, la décision prévue dans le projet d'article 110a CPJA, si elle constate l'illicéité de l'acte matériel en cause et est entrée en force de chose jugée, ne privera pas la personne lésée de la possibilité de demander réparation pour le dommage ou le tort moral subi, dès lors que sa prétention à ce titre n'aura pas encore fait l'objet d'une décision entrée en force. Ainsi, dans l'exemple donné par la motion, le laitier lésé pourra, postérieurement à l'entrée en force de la décision rendue en application du projet d'article 110a CPJA – ou de la décision sur recours, cas échéant –, demander réparation de son dommage, une fois celui-ci connu et pour autant, bien sûr que l'illicéité de l'atteinte ait été admise. Il lui restera à établir son dommage et son lien de causalité avec l'acte matériel illicite.

La révocation de l'acte matériel dont il est question à la lettre a) consisterait, dans l'exemple donné, en une nouvelle communication au public, démentant le contenu de la première.

### 4.3. Alinéa 2

L'autorité statue par décision, afin d'ouvrir les voies de recours prévues aux articles 113ss CPJA.

Comme déjà mentionné plus haut, la décision pourra constater l'irrecevabilité de la requête déposée en application de l'alinéa premier, si la personne dont elle émane n'établit pas, conformément à son obligation de collaborer à l'établissement des faits (art. 47 al. 1 let. a CPJA), qu'elle est particulièrement touchée par l'acte matériel visé.

Notons enfin que, dans les cas visés aux articles 130 et 134 CPJA, la personne qui requiert le prononcé d'une décision en application du projet d'article 110a CPJA peut se voir facturer les frais de dite décision, aux conditions prévues par cette loi.

<sup>1</sup> «Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen, dass sie (...)» (art. 44a des *Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege* (VRG) vom 3.7.1972)

<sup>2</sup> La loi fédérale sur la procédure administrative s'applique en effet aux autorités fédérales, qui n'appliquent que le droit fédéral, alors que les autorités cantonales appliquent les droits publics fédéral et cantonal, et les autorités communales les droits publics fédéral, cantonal et communal.

<sup>3</sup> 2C\_601/2016 = ATF 144 II 233

<sup>4</sup> Arrêt du TF précité, considérants 7.1/3

<sup>5</sup> RS 16.1

Il est d'ailleurs proposé de modifier l'article 134 al. 3 en ce sens.

#### **4.4. Absence d'alinéa 3 tel que proposé par la motion**

La motion 2019-GC-74 propose un alinéa 3 libellé comme suit:

*«<sup>3</sup>Lorsqu'elle n'est pas désignée, l'autorité compétente est celle dont relève directement l'intervention étatique en question.»*

Le droit fédéral et les droits cantonaux ne connaissent pas cet alinéa, à l'exception du droit genevois. Les travaux préparatoires de l'article 4a de la loi genevoise sur la procédure administrative ne contiennent aucune explication à son sujet. Son utilité paraît douteuse, voire sa présence problématique dans les cas où l'organe qui a accompli l'acte contesté n'est pas en mesure de rendre lui-même une telle décision; dans pareille cas, la décision doit pouvoir être rendue par l'autorité dont l'organe dépend. Au demeurant, cet alinéa ne fait qu'énoncer une évidence: si l'acte matériel en question repose sur une base légale, l'autorité compétente est nécessairement désignée. Si l'acte matériel n'a aucune base légale, on voit mal quel autre organe que celui qui l'a accompli pourrait rendre la décision requise par l'article 110a al. 2 CPJA.

Par ailleurs, si l'organe saisi par la personne lésée estime que la requête n'est pas de son ressort, il a le devoir, en vertu de l'article 16 al. 2 CPJA, de transmettre la requête à l'autorité qu'il tient pour compétente.

#### **5. Incidences financières de la révision pour l'Etat et les communes**

L'incidence financière, pour l'Etat et les communes, de l'introduction dans le CPJA de la disposition proposée n'est pas mesurable. Elle devrait toutefois être minime. En effet, comme toute requête, celle par laquelle une décision serait exigée conformément au projet d'article 110a CPJA devra répondre à une condition de recevabilité essentielle: le requérant devra établir être particulièrement touché par l'acte matériel contesté, au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en application de l'article 25a PA. A défaut, la requête devra être déclarée irrecevable, et l'autorité concernée ne sera ainsi pas tenue de rendre l'une des décisions prévues par le projet d'article 110a CPJA.

#### **6. Constitutionnalité et compatibilité avec le droit fédéral**

La présente révision vise à satisfaire une exigence découlant de l'article 30 de la Constitution du canton de Fribourg, ainsi que de l'article 29a de la Constitution fédérale. Elle a ainsi précisément pour objectif de rendre le CPJA plus conforme à

la Constitution cantonale et au droit fédéral. Elle a en outre été élaborée en tenant compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière.

#### **7. Référendum**

L'adoption de la disposition proposée sera soumise au référendum législatif, conformément à l'article 46 al. 1 let. a de la Constitution fribourgeoise.

---



## Botschaft 2020-CE-4

28. Januar 2020

### des Staatsrats an den Grossen Rat zum Vorentwurf zur Änderung des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (Realakte)

Wir unterbreiten Ihnen den Vorentwurf zur Änderung des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG) mit der Einfügung einer neuen Bestimmung.

#### 1. Einführung

Die vorliegende Revision erfolgt aufgrund der Einreichung der Motion Grégoire Kubski (2019-GC-74) vom 22. Mai 2019 (die Antwortfrist wurde bis 31. Januar 2020 verlängert), in der vorgeschlagen wird, im VRG eine Bestimmung einzuführen, die es denjenigen, die sich wegen eines rechtswidrigen Realakts beschweren wollen, ermöglicht, von der Behörde, von der diese Handlung ausgeht, einen Entscheid zu verlangen. Der Realakt unterscheidet sich insofern vom Entscheid, als er keine Rechtswirkungen zu erzeugen vermag; auch wenn er einen Einfluss auf die rechtliche Stellung eines Einzelnen haben kann, ist er nicht Gegenstand eines formellen Entscheids und kann als solcher deshalb nicht mit Beschwerde gemäss VRG angefochten werden.

Allerdings sehen die Artikel 30 der Kantonsverfassung und 29a der Bundesverfassung vor, dass jede Person das Recht darauf hat, dass ihre Angelegenheit von einer Gerichtsbehörde beurteilt wird.

Mit der Einführung der vorgeschlagenen Bestimmung kann die Person, deren Rechte durch einen Realakt besonders verletzt worden sind, einen Entscheid verlangen. Der Entscheid kann alternativ oder kumulativ den Realakt für rechtswidrig erklären, ihn für beendet erklären, ihn widerrufen, seine Folgen beseitigen oder seine Ausführung verhindern. Gegen ihn kann gemäss VRG Beschwerde eingelegt werden.

Mit der vorgeschlagenen Revision wird somit eine Lücke des VRG geschlossen, die das Kantonsgericht bis heute durch sinngemässe Anwendung bestehender Verfahrensregeln gefüllt hat, eine Lösung die sowohl für die Bürgerinnen und Bürger als auch für die Gerichtsbehörden wenig befriedigend war.

#### 2. Ablauf der Arbeiten

##### 2.1. Prüfung der Motion 2019-GC 74 von Grégoire Kubski

Die Motion von Grégoire Kubski wurde vom Amt für Gesetzgebung geprüft. Letzteres hat dazu eine Notiz verfasst, in der festgestellt wurde, dass die freiburgische Gesetzgebung effektiv eine Lücke aufweist, die das Kantonsgericht dadurch zu füllen versuchte, indem es sinngemäss bestehende rechtliche Bestimmungen anwendete. Es wurde festgestellt, dass eine solche Situation im Hinblick auf Klarheit und Sicherheit des Rechts unbefriedigend sei. Es wurde eine alternative Lösung zu derjenigen von Grégoire Kubski vorgeschlagen, die ebenfalls geeignet wäre, die Lücke in unserem Gesetz zu füllen. Sie würde darin bestehen, den Gegenstand der verwaltungsrechtlichen Klage zu erweitern, so dass der oder dem Geschädigten die Möglichkeit gegeben wird, direkt vor dem Kantonsgericht zu klagen, um einen Realakt für rechtswidrig erklären zu lassen, seine Ausführung zu verhindern, seine Einstellung oder seinen Widerruf zu erwirken oder seine Folgen zu beseitigen. So wäre es nicht mehr nötig, von der Behörde, von der die Handlung ausgeht, einen Entscheid zu verlangen, um eine Beschwerde einzuleiten. Wie das Amt für Gesetzgebung im Rahmen der Prüfung der Motion unterstrich, würde eine solche Lösung jedoch dem derzeitigen Trend zuwiderlaufen, wonach die Behörden verpflichtet werden, zu den Ansprüchen ihrer Bürgerinnen und Bürger in Entscheiden, die mit Beschwerde angefochten werden können, Stellung zu beziehen: Es ist daher Sache der Behörde, in einem begründeten Entscheid nachzuweisen, dass sie in Übereinstimmung mit dem Gesetz, das die Grundlage und die Grenzen der Tätigkeit des Staates darstellt, gehandelt hat. Diese Tendenz lässt sich anhand einer kürzlich erfolgten Änderung des Gesetzes über die Haftung der Gemeinwesen und ihrer Amtsträger<sup>1</sup> veranschaulichen, dessen Artikel 13 vorsieht, dass künftig die Anstellungsbehörde der oder des schadensverursachenden Angestellten einen Entscheid über die Ansprüche des Opfers trifft, der mit Beschwerde angefochten werden kann. Zuvor war es Aufgabe des Opfers, eine Klage vor dem Verwaltungsgericht einzureichen, falls die

<sup>1</sup> SR 16.1, Änderung vom 8.1.2008

Behörde dessen Anträge abgelehnt hat, ohne einen begründeten Entscheid zu treffen.

## 2.2. Eingeschränktes Vernehmlassungsverfahren

Angesichts der Tatsache, dass diese Anpassung notwendig erscheint und nur die Arbeitsweise der Verwaltung betrifft, beschloss der Staatsrat, der genannten Motion direkt Folge zu leisten. Die Änderung des VRG wurde nur in eine eingeschränkte Vernehmlassung gegeben. Der Antrag, dass im VRG eine Bestimmung im Sinne der Motion 2019-GC-74 eingeführt wird, wurde den 7 Direktionen und der Oberamtmännerkonferenz und dem Kantonsgericht im Rahmen eines eingeschränkten Vernehmlassungsverfahrens vorgelegt.

## 2.3. Ergebnis der eingeschränkten Vernehmlassung und Folge

6 der 9 angehörten Behörden sprachen sich, so wie die Motion es vorschlägt, für die Einführung des Artikels 110 VRG aus. Von den 6 Behörden haben 4 (das Kantonsgericht, die VWD, die EKSD und die ILFD) sich gegen die alternative Lösung, die in einer Erweiterung des Gegenstands der verwaltungsrechtlichen Klage bestand, ausgesprochen (die 2 anderen, d.h. die Oberamtmännerkonferenz und die GSD beurteilten diese als eine mögliche Alternative). Die SJD und die FIND wünschten keine Einführung einer Bestimmung, wie sie in der Motion vorgeschlagen wurde, sprachen sich jedoch für die Erweiterung der verwaltungsrechtlichen Klage aus, die zweite kann mit der bestehenden Situation leben (genau so wie die GSD). Die RUBD hat darauf verzichtet, Stellung zu nehmen.

Die Befürworter der Einführung eines Artikels 110a VRG weisen darauf hin, dass das Bundesrecht<sup>1</sup> und 11 kantonale Rechtsetzungen<sup>2</sup> im Wesentlichen identische Bestimmungen enthalten, wie sie die Motion vorschlägt. Die Verwaltungsbehörden, die nach dieser möglichen künftigen Bestimmung zu entscheiden haben, und im Anschluss daran die vom Gesetz bezeichneten Beschwerdebehörden, können sich folglich an der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, des Bundesgerichts und der betroffenen kantonalen Gerichte orientieren. Dies ist ein Punkt, den wir zu unterstreichen wünschen. Diese Rechtsprechung ist zwar nicht reichlich, legt aber dennoch die Voraussetzungen fest, die erfüllt sein müssen, damit die Person, die behauptet, durch einen Realakt geschädigt worden zu sein, einen Entscheid erwirken kann, gegen den Beschwerde gemäss VRG eingelegt werden kann.

<sup>1</sup> Art. 25a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG), SR 172.021

<sup>2</sup> Basel-Stadt, Genf, Luzern, Nidwalden, Obwalden, Schaffhausen, Solothurn, Schwyz, Uri, Zug und Zürich.

## 3. Vorgeschlagene Änderung

Die vorgeschlagene Änderung nimmt im Wesentlichen den Vorschlag der Motion wieder auf, der sich seinerseits am Bundesrecht und den anderen kantonalen Gesetzgebungen orientiert, die sinngemässe Lösungen enthalten.

Wie in der Motion erklärt wird, unterscheidet sich ein Realakt von einem Entscheid dadurch, dass er im Gegensatz zu Letzterem nicht bezweckt, rechtliche Wirkungen zu erzeugen: Er zielt auf ein faktisches Resultat ab. Und so ist im Beispiel, das die Motion erwähnt<sup>3</sup>, das Ziel der Kommunikation, die Bevölkerung zu warnen, um ein Gesundheitsrisiko zu vermeiden. Das angestrebte Ergebnis (in unserem Beispiel zu verhindern, dass Käuferinnen und Käufer Milchprodukte kaufen und konsumieren) und die umgesetzten Mittel zur Erreichung dieses Ziels (eine öffentliche Kommunikation) können jedoch die Nebenwirkung haben, dass die rechtliche Stellung oder rechtlich geschützte Interessen einer Person mitunter in einer für sie nachteiligen Weise beeinträchtigt werden, obwohl dies nicht beabsichtigt ist (in unserem Beispiel: Rufschädigung und dauerhafter Verlust des gesamten Umsatzes oder eines Teils davon).

Ein Realakt unterscheidet sich ebenfalls von der Handlung zum Vollzug eines Entscheids: Letzterem geht, wie der Name schon sagt, eine formale Entscheid voraus, gegen den Beschwerde eingereicht werden kann. So würde beispielsweise die Sperrung einer Strasse für den Verkehr wegen Bauarbeiten, sofern ihr ein formeller und veröffentlichter Entscheid vorausgegangen wäre, keinen Realakt darstellen, der auf der Grundlage der vorgeschlagenen Bestimmung angefochten werden könnte.

Dem Gesetzgeber stehen mehrere Lösungen zur Verfügung, um denjenigen, die behaupten, durch einen Realakt geschädigt worden zu sein, die Möglichkeit zu geben, diesen gemäss den Anforderungen der oben genannten Verfassungsbestimmungen anzufechten.

Abgesehen von der Lösung, die in der Erweiterung des Gegenstands der verwaltungsrechtlichen Klage bestehen würde (und die aus dem oben genannten Grund abgelehnt wird), kann man die Lösung, die der Kanton Graubünden verabschiedet hat, erwähnen. Artikel 49 Absatz 3 des «Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege» vom 31. August 2006 setzt die Realakten den Entscheiden gleich. Ein Realakt kann sofort mit einer Beschwerde angefochten werden, ohne dass zuvor ein formeller und begründeter Entscheid gefällt wer-

<sup>3</sup> «Im geltenden kantonalen freiburgischen Verwaltungsrecht stünde im Fall, dass das kantonale Amt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen aufgrund eines Verdachts auf Rinderkrankheiten versehentlich öffentlich vom Konsum von Kuhmilch von Erzeugern in einer Freiburger Gemeinde abrät und nichts Ernstes und Objektives eine solche Warnung rechtfertigen würde, kein ordentlicher Rechtsbehelf zur Verfügung, der es den betroffenen Milcherzeugern ermöglichen würde, den aus dieser möglicherweise rechtswidrigen Empfehlung resultierenden Verstoß zu unterbinden. In der Tat stellt diese Empfehlung nämlich keinen beschwerdefähige Verwaltungsentscheid, sondern einen materiellen Rechtsakt dar».

den muss. Eine solche Lösung scheint aber aus mindestens drei Gründen nicht sinnvoll zu sein.

- > Ein Beschwerde unterliegt einer Frist. Letztere beginnt am Vortag des Tages zu laufen, an dem die Bekanntgabe des angefochtenen Entscheids erfolgt<sup>1</sup>. Der Tag, an dem die Entscheidung von der Schweizerischen Post dem Adressaten zugestellt wird, gilt als verbindlich und bestimmt den Beginn der Beschwerdefrist. Es wird in der Tat angenommen, dass der Empfänger am Tag seiner Benachrichtigung den Entscheid zur Kenntnis genommen hat. Das Datum der Benachrichtigung kann generell dadurch geprüft werden, dass der Entscheid per Einschreiben zugestellt wird. Dasselbe gilt nicht für einen Realakt, insbesondere, wenn dieser andauert.
- > Das Erfordernis eines begründeten Entscheids über den Realakt ermöglicht es dem Antragsteller, sich gegebenenfalls zu überzeugen, dass der Realakt begründet oder im Gegenteil rechtswidrig ist, und in voller Kenntnis der Sachlage Beschwerde zu führen – oder davon abzusehen.
- > Die Gleichstellung des Realakts mit einem Entscheid verstösst gegen die Regel, dass ein Entscheid mit Gründen zu versehen ist und die Frist und der Rechtsweg sowie die Behörde, an welche die Beschwerde zu richten ist, anzugeben sind.

## 4. Kommentar zur vorgeschlagenen Bestimmung

### 4.1. Allgemeiner Kommentar

Wie aus den obigen Ausführungen folgt, hat der im Entwurf des Artikels 110a VRG vorgesehene Rechtsweg subsidiären Charakter: Ein Realakt, dem ein Entscheid vorausging, kann im Sinne dieser neuen Bestimmung nicht zu einem zweiten Entscheid Anlass geben. Es kann also nicht die Rede davon sein, sich allenfalls auf den künftigen Artikel 110a des VRG zu berufen, um zu versuchen, einen rechtskräftig gewordenen Entscheid im Stadium seiner Vollstreckung anzufechten.

### 4.2. Erster Absatz

Er ist vollständig identisch mit demjenigen in der Motion und in Artikel 4a Abs. 1 des *Genfer Gesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 12. September 1985*. Die Formulierung dieser Bestimmung wurde der der Luzerner Gesetzgebung vorgezogen, da sie als präziser beurteilt wurde. Die Luzerner Gesetzgebung spricht von «Handlungen, die auf öffentlichem Recht beruhen»<sup>2</sup>. Auch wenn diese Formulierung eidgenössisches, kantonales und kommunales Recht mit einschliesst,

wird dies in der in Artikel 4a Absatz 1 des Genfer Gesetzes verwendete Formulierung ausdrücklich festgehalten und damit jeder mögliche Zweifel ausgeschlossen.

Der Entwurf des Artikels 110a Abs. 1 VRG ist mit Ausnahme der Bezeichnung des Rechts, unter dem der Realakt vorgenommen wurde, auch mit Artikel 25a des Bundesverwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) identisch<sup>3</sup>: So ist der Ausdruck «Wer ein schutzwürdiges Interesse hat» in dem Sinne zu verstehen, wie er in der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BG), insbesondere im sogenannten «Lovelife»-Entscheid, verwendet wird<sup>4</sup>: Das oberste Gericht war der Ansicht, dass die Beschwerdeführer, minderjährige Kinder, nicht mehr als andere Minderjährige von einer AIDS-Präventionskampagne betroffen waren, und erklärte deshalb ihre Beschwerde als unzulässig. Daraus kann abgeleitet werden, dass der Entwurf des Artikels 110a VRG nicht allein zum Zweck geltend gemacht werden kann, eine allgemeine Überprüfung der Rechtmässigkeit der Tätigkeit eines Gemeinwesens zu erwirken. Darüber hinaus muss die betroffene Person ein faktisches oder rechtliches Interesse daran haben, dass die Rechtslage in einem Entscheid geklärt wird. Sie muss überdies ziemlich intensiv und schwer in ihren Rechten und Pflichten beeinträchtigt werden<sup>5</sup>.

Die Handlung ist rechtswidrig, wenn es keine Rechtsgrundlage dafür gibt oder wenn die in der Rechtsgrundlage festgelegten Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

Schliesslich werden im ersten Absatz die Schlussanträge aufgeführt, welche die Person stellen kann, die behauptet, durch einen ihrer Meinung nach unrechtmässigen Realakt beeinträchtigt zu werden. Der Entwurf des Artikels 110a VRG ermöglicht es ihr nicht, eine Entschädigung für den Schaden oder das Unrecht zu erhalten, der oder das durch eine rechtswidrige Handlung verursacht wurde: Um dies zu erreichen, muss die Person, die behauptet, durch eine rechtswidrigen Realakt geschädigt worden zu sein, gemäss dem Gesetz über die Haftung der Gemeinwesen und ihrer Amtsträger handeln<sup>6</sup>. Darüber hinaus nimmt der im Entwurf von Artikel 110a VRG vorgesehene Entscheid dem Geschädigten nicht die Möglichkeit, Ersatz für den erlittenen Schaden oder das erlittene Unrecht zu verlangen, wenn festgestellt wird, dass der fragliche Realakt rechtswidrig ist, und er Rechtskraft erlangt hat und sofern sein diesbezüglicher Anspruch noch nicht Gegenstand eines rechtskräftigen Entscheids ist. Wie in dem in der Motion aufgeführten Beispiel hat der geschädigte Milchhändler die Möglichkeit, nach dem Inkrafttreten des Entscheids gemäss Entwurf von Artikel 110a des VRG – oder

<sup>1</sup> Art. 27 Abs. 1 VRG

<sup>2</sup> «Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen, dass sie (...)» (Art. 44a des *Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege* (VRG) vom 3.7.1972)

<sup>3</sup> Das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren findet Anwendung auf die Bundesbehörden, die nur Bundesrecht anwenden, die kantonalen Behörden wenden das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone an, und die kommunalen Behörden wenden das öffentliche Recht des Bundes, der Kantone und der Gemeinden an.

<sup>4</sup> 2C\_601/2016 = BGE 144 II 233

<sup>5</sup> Zitierter Entscheid des BG (siehe Erwägungsgründe 7.1/3)

<sup>6</sup> SR 16.1

gegebenenfalls des Entscheids über die Beschwerde – Schadenersatz zu verlangen, sobald der Schaden bekannt ist und natürlich unter der Voraussetzung, dass die Rechtswidrigkeit des Verstosses eingeräumt wurde. Er muss nur seinen Schaden und den entsprechenden Kausalzusammenhang mit dem rechtswidrigen Realakt nachweisen können.

Die Aufhebung des unter Buchstabe a) genannten Realakts im angeführten Beispiel würde in einer neuen Mitteilung an die Öffentlichkeit bestehen, die den Inhalt der ersten Mitteilung dementiert.

#### **4.3. Absatz 2**

Die Behörde trifft einen Entscheid, um den Rechtsweg gemäss den Artikeln 113 ff. zu öffnen.

Wie bereits weiter oben erwähnt, kann der Entscheid den gemäss Absatz 1 eingereichten Antrag für unzulässig erklären, falls die Person, die ihn stellt, nicht entsprechend ihrer Pflicht zur Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhalts (Art. 47 Abs. 1 Bst. a VRG) nachweist, dass sie vom Realakt besonders betroffen ist.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass in den Fällen nach den Artikeln 130 und 134 VRG der Person, die einen Entscheid nach dem Entwurf des Artikels 110a VRG beantragt, die Kosten dieses Entscheids unter den Voraussetzungen nach diesem Gesetz in Rechnung gestellt werden können. Daher wird vorgeschlagen, den Artikel 134 Abs. 3 in diesem Sinne zu ändern.

#### **4.4. Fehlen des in der Motion vorgeschlagenen Absatzes 3**

Die Motion 2019-GC-74 schlägt einen Absatz 3 mit folgendem Wortlaut vor:

*«<sup>3</sup>Wird sie nicht bezeichnet, so ist die zuständige Behörde diejenige, die unmittelbar für den betreffenden staatlichen Eingriff zuständig ist»*

Das Bundesrecht und die kantonalen Gesetzgebungen kennen, mit Ausnahme der Genfer Gesetzgebung, keinen solchen Absatz. Die vorbereitenden Arbeiten zum Artikel 4a des Genfer Gesetzes über das Verwaltungsverfahren enthalten keinerlei Erläuterungen zu diesem Sachverhalt. Seine Nützlichkeit erscheint zweifelhaft und sein Vorhandensein ist problematisch in Fällen, in denen das Organ, das die angefochtene Handlung vorgenommen hat, nicht selber imstande ist, einen Entscheid zu treffen; in solchen Fällen muss der Entscheid von der Behörde gefällt werden, der das Organ untersteht. In diesem Absatz wird ausserdem lediglich eine Offensichtlichkeit festgehalten: Falls der fragliche Realakt sich auf eine gesetzliche Grundlage stützt, muss die zuständige Behörde notwendigerweise bezeichnet werden. Falls der

fragliche Realakt keine gesetzliche Grundlage hat, ist schwer erkennbar, welches andere Organ als dasjenige, das ihn ausgeführt hat, den Entscheid nach Artikel 110a Abs. 2 VRG fällen könnte.

Wenn das Organ, bei dem die geschädigte Partei das Gesuch einreichte, nicht zuständig ist, ist es ausserdem nach Artikel 16 Abs. 2 VRG verpflichtet, den Antrag an die Behörde weiterzuleiten, die es für zuständig hält.

### **5. Finanzielle Auswirkung der Revision für den Staat und die Gemeinden**

Die finanzielle Auswirkung für Staat und Gemeinden, die aus der Einführung der vorgeschlagenen Bestimmung in das VRG resultieren, ist nicht messbar. Sie sollte jedoch minimal sein. Wie bei jedem Gesuch muss auch die Person, die einen Entscheid gemäss dem Entwurf von Artikel 110a VRG verlangt, eine wesentliche Zulassungsbedingung erfüllen: Sie muss nachweisen, dass sie vom angefochtenen Realakt im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts nach Artikel 25a VwVG besonders betroffen ist. Ist dies nicht der Fall, so muss das Gesuch für unzulässig erklärt werden, so dass die betreffende Behörde nicht verpflichtet ist, einen Entscheid nach Entwurf des Artikels 110a VRG zu fällen.

### **6. Verfassungsmässigkeit und Vereinbarkeit mit der Bundesgesetzgebung**

Mit der vorliegenden Revision soll eine Anforderung erfüllt werden, die sich aus Artikel 30 der Verfassung des Kantons Freiburg und aus dem Artikel 29a der Bundesverfassung ergibt. Sie hat genau zum Ziel, dafür zu sorgen, dass das VRG stärker der kantonalen Verfassung und dem Bundesrecht entspricht. Sie wurde auch unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichts entwickelt.

### **7. Referendum**

Der Erlass der vorgeschlagenen Bestimmung untersteht gemäss Artikel 46 Abs. 1 Bst. a der Verfassung des Kantons Freiburg dem Gesetzesreferendum.



Projet du 28.01.2020

Entwurf vom 28.01.2020

**Loi modifiant le code de procédure et de juridiction  
administrative (actes matériels)**

*du...*

---

Actes concernés (numéros RSF):

Nouveau: –  
Modifié(s): **150.1**  
Abrogé(s): –

---

*Le Grand Conseil du canton de Fribourg*

Vu l'article 30 de la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 (Cst.);

Vu le message 2020-CE-4 du Conseil d'Etat du 28 janvier 2020;

Sur la proposition de cette autorité,

*Décète:*

**I.**

L'acte RSF 150.1 (Code de procédure et de juridiction administrative (CPJA), du 23.05.1991) est modifié comme il suit:

**Gesetz zur Änderung des Gesetzes  
über die Verwaltungsrechtspflege (Realakte)**

*vom...*

---

Betroffene Erlasse (SGF Nummern):

Neu: –  
Geändert: **150.1**  
Aufgehoben: –

---

*Der Grosse Rat des Kantons Freiburg*

gestützt auf Artikel 30 der Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004 (KV);

nach Einsicht in die Botschaft 2020-CE-4 des Staatsrats vom 28. Januar 2020;

auf Antrag dieser Behörde,

*beschliesst:*

**I.**

Der Erlass SGF 150.1 (Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRG), vom 23.05.1991) wird wie folgt geändert:

**Art. 110a** (nouveau)

Décisions portant sur des actes matériels

<sup>1</sup> Toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité compétente pour des actes fondés sur le droit public 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 l'illicéité de tels actes.

<sup>2</sup> L'autorité statue par décision.

**Art. 134 al. 3** (modifié)

<sup>3</sup> Les frais relatifs à une décision rendue à la suite d'une procédure de constatation et les frais relatifs à une décision portant sur des actes matériels sont fixés conformément à l'article 130.

**II.**

*Aucune modification d'actes dans cette partie.*

**III.**

*Aucune abrogation d'actes dans cette partie.*

**IV.**

La présente loi est soumise au referendum législatif. Elle n'est pas soumise au referendum financier.

Le Conseil d'Etat fixe la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

**Art. 110a** (neu)

Entscheid über Realakte

<sup>1</sup> Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, die sich auf öffentliches Recht des Bundes, des Kantons oder einer Gemeinde stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen, dass sie:

- a) widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft;
- b) die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt;
- c) die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt.

<sup>2</sup> Die Behörde fällt einen Entscheid.

**Art. 134 Abs. 3** (geändert)

<sup>3</sup> Bei einem Entscheid, der ein Feststellungsverfahren abschliesst, und bei einem Entscheid über Realakte werden die Kosten nach Artikel 130 festgesetzt.

**II.**

*Keine Änderung von Erlassen in diesem Abschnitt.*

**III.**

*Keine Aufhebung von Erlassen in diesem Abschnitt.*

**IV.**

Dieses Gesetz untersteht dem Gesetzesreferendum. Es untersteht nicht dem Finanzreferendum.

Der Staatsrat legt das Inkrafttreten dieses Gesetzes fest.