



Chapitre d'actes

2014

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La preuve en procédure administrative : prérogatives ou pouvoirs
exorbitants de l'Etat?

Dupont, Anne-Sylvie; Dubois, Camille

How to cite

DUPONT, Anne-Sylvie, DUBOIS, Camille. La preuve en procédure administrative : prérogatives ou pouvoirs exorbitants de l'Etat? In: Les preuves. Alain Thévenaz (Ed.). Amsterdam. Berne : Stämpfli, 2014. p. 29–65.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:81357>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 15.03.2023 01:11

LA PREUVE EN PROCÉDURE ADMINISTRATIVE : PRÉROGATIVES OU POUVOIRS EXORBITANTS DE L'ÉTAT ?

par

Anne-Sylvie DUPONT¹ et Camille DUBOIS²

1. INTRODUCTION

Les Journées internationales 2013 de l'Association Henri Capitant avaient la preuve pour thème général. La preuve en procédure administrative était l'un des sous-thèmes soumis aux délégations nationales. Le questionnaire élaboré par le Professeur Juan Carlos Henao³, rapporteur général, posait la question du rapport de l'Etat à la preuve : simple prérogative, ou pouvoir exorbitant ?

Ce questionnement est l'occasion d'un tour d'horizon en droit suisse, après rappel des règles générales régissant l'organisation et la procédure administratives, des pouvoirs et des devoirs des autorités, tant administratives que judiciaires, dans le cadre de l'administration des preuves.

Le questionnaire soumis par le Recteur Henao opérait une distinction entre la phase interne de la procédure, soit la phase relevant de la compétence des autorités administratives, et la phase judiciaire. Pour chacune des deux phases, les questions renvoyaient ensuite aux possibilités et aux limites tant des autorités judiciaires qu'administratives. Les principes généraux s'appliquant à l'administration des preuves étant, en droit suisse, bien souvent identiques indépendamment de la phase de la procédure dans laquelle on se trouve, nous avons privilégié, dans le cadre de cette contribution écrite, une approche thématique, chaque thème faisant, pour autant que de besoin, l'objet des distinctions utiles entre la procédure administrative et la procédure judiciaire. Nous avons néanmoins conservé la structure du questionnaire, pour aborder, dans la partie consacrée à la procédure judiciaire, quelques éléments spécifiques au contrôle par les tribunaux de l'activité de l'administration.

¹ Dr iur, avocate, chargée d'enseignement à la Faculté de droit de Neuchâtel (Suisse).

² MLaw, avocate, collaboratrice scientifique à l'Office fédéral de la justice à Berne (Suisse).

³ Recteur de l'Universidad externado de Colombia.

2. QUELQUES GÉNÉRALITÉS SUR LA PROCÉDURE ADMINISTRATIVE

A. L'organisation de l'activité administrative

En raison de la structure fédérale de la Confédération helvétique, les autorités administratives s'organisent sur plusieurs niveaux. Elles sont rattachées aux entités de base de l'administration que sont les collectivités publiques prévues par la Constitution, soit la Confédération, les cantons et les communes⁴. Chacune de ces entités est dotée d'une loi⁵ qui définit les règles de procédure s'appliquant en matière administrative. A l'échelon fédéral, il s'agit de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)⁶. Cette loi s'applique à la procédure dans les affaires administratives qui doivent être réglées par les décisions d'autorités administratives fédérales statuant en première instance ou sur recours⁷. A l'échelon cantonal, on trouve des lois « parallèles », réglant la procédure applicable aux affaires administratives ressortissant de la compétence cantonale. Leur dénomination peut varier d'un canton à l'autre⁸. Ces lois s'appliquent souvent aussi aux procédures communales.

A chacun des échelons, il arrive que l'exercice de la puissance publique soit exercé par des structures intermédiaires qui peuvent prendre des formes diverses. Ces structures sont dotées de la compétence décisionnelle pour les affaires qui entrent dans leur domaine de compétence. Les lois auxquelles elles sont soumises contiennent en général des dispositions particulières sur la procédure à laquelle les administrés qui dépendent d'elles sont soumis. Par exemple, les universités sont des établissements de droit public cantonal⁹, régis par des lois spécifiques qui contiennent des règles particulières s'agissant, notamment, de la procédure d'examen.

⁴ Cf. art. 42, 43 et 50 Cst.

⁵ Ou d'un règlement au niveau communal.

⁶ RS 172.021.

⁷ Art. 1 al. 1 PA.

⁸ On trouve par exemple (en Suisse romande) la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative dans le canton de Vaud (LPA-VD), la loi du 27 juin 1979 sur la procédure et la juridiction administratives dans le canton de Neuchâtel (LPJA-NE), le code de procédure et de juridiction administrative du 23 mai 1991 dans le canton de Fribourg (CPJA-FR), la loi du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative dans le canton de Genève (LPA-GE) et la loi du 30 novembre 1978 de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle dans le canton du Jura (CPA-JU).

⁹ Cf. art. 1 al. 1 de la loi neuchâteloise du 5 novembre 2002 sur l'Université (LU-NE) ; art. 1 de la loi du 6 juillet 2004 sur l'Université de Lausanne (LUL-VD) ; art. 1 al. 1 de la loi du 13 juin 2008 sur l'Université (LU-GE).

Pour un autre exemple, à l'échelon fédéral, citons le droit des cartels, qui instaure une « commission de la concurrence » chargée d'appliquer la législation topique¹⁰.

Il existe en outre des domaines spécifiques, régis par des lois fédérales, mais dont l'exécution est déléguée, en tout ou partie, à des autorités ou des structures d'échelons inférieurs. On peut citer, à titre d'exemple, les assurances sociales¹¹ ou encore le droit des étrangers¹². Les lois fédérales topiques contiennent alors des règles de procédure qui doivent être appliquées par les autorités inférieures. En principe, les règles fédérales sont alors concrétisées par le droit cantonal, voire le droit communal.

Quelle que soit la configuration retenue, la procédure administrative comprend en principe toujours deux phases : la phase administrative (ou interne), et la phase juridictionnelle (devant un tribunal). La première phase débute par une procédure dite non contentieuse, qui mène à la prise d'une décision de première instance ; elle se poursuit dans le cadre du contentieux administratif, qui permet à l'administré de faire valoir ses griefs à l'encontre d'une décision auprès d'une autorité administrative en principe hiérarchiquement supérieure à celle qui l'a rendue, éventuellement auprès de l'autorité elle-même¹³. La loi peut prévoir plusieurs instances internes à l'administration¹⁴.

Contre la décision de l'autorité administrative de dernière instance, le recourant dispose ensuite, la plupart du temps¹⁵, d'un recours « externe », devant un tribunal indépendant de l'administration (recours de droit administratif). En principe, les décisions rendues par une autorité administra-

¹⁰ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart ; RS 251).

¹¹ Cf. loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1), ainsi que les différentes lois fédérales spécifiques à chaque branche d'assurance.

¹² Cf. loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr ; RS 142.20) et loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi ; RS 142.31).

¹³ En matière d'assurances sociales, par exemple, la procédure d'opposition permet à l'administré de faire valoir ses griefs auprès de l'assureur qui a statué au premier chef (cf. art. 52 al. 1 LPGA).

¹⁴ Par exemple, en matière académique, des résultats d'examens peuvent en principe être contestés dans un premier temps devant les autorités de la faculté compétente (décanat), puis de l'université (rectorat, ou direction), puis devant une commission de recours ad hoc.

¹⁵ Exceptions : cf. art. 29a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101) ; art. 86 al. 3 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110).

tive fédérale de dernière instance peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif devant le Tribunal administratif fédéral (TAF)¹⁶. Les décisions rendues par une autorité administrative cantonale de dernière instance peuvent, elles, faire l'objet d'un recours devant le tribunal administratif cantonal¹⁷. La procédure de recours est alors régie par les différents droits cantonaux¹⁸.

Les jugements rendus par le Tribunal administratif fédéral ou par les tribunaux administratifs cantonaux peuvent en principe¹⁹ faire l'objet d'un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral²⁰. La procédure est alors régie par la LTF.

Dans certaines situations très particulières, il est possible de saisir directement l'autorité judiciaire par la voie de l'action administrative, sans qu'une autorité administrative ait statué préalablement²¹. La procédure est alors régie par des règles propres, largement inspirées de la procédure applicable aux actions civiles, quand elles n'y renvoient pas tout simplement²².

¹⁶ Art. 31 ss de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF ; RS 173.32). La procédure est alors régie principalement par la PA (art. 37 LTAF), sous réserve de quelques dispositions spécifiques (art. 38 à 43 LTAF).

¹⁷ Ces tribunaux ont des appellations qui peuvent varier selon les cantons. Dans le canton de Vaud, par exemple, il s'agit de la Cour de droit administratif et public (CDAP) du Tribunal cantonal, et dans le canton de Neuchâtel, de la Cour de droit public du Tribunal cantonal (CDP).

¹⁸ Cf. note 8. Certaines dispositions du droit fédéral doivent cependant être respectées, y compris en procédure cantonale (cf. notamment les art. 110, 111 et 112 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF ; RS 173.110], ainsi que l'art. 1 al. 3 PA. Il existe par ailleurs des dispositions dans certaines lois spéciales).

¹⁹ L'art. 83 LTF dresse la liste des exceptions, soit les cas dans lesquels le recours en matière de droit public n'est pas recevable. Dans ces hypothèses, l'administré peut, à certaines conditions, déposer en lieu et place un recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF).

²⁰ Art. 82 ss LTF.

²¹ Par exemple, cf., au plan fédéral, art. 35 LTAF et, au plan cantonal, art. 58 ss LPJANE et 146 ss CPA-JU. La voie de l'action de droit administratif est souvent prévue, en droit cantonal, en matière de responsabilité de l'Etat.

²² Cf. par exemple art. 44 al. 1 LTAF.

B. Principes de procédure

1. Les maximes applicables en procédure administrative

a. *Maxime d'office et maxime de disposition*

Dans une procédure dominée par la maxime d'office, l'autorité décide d'ouvrir la procédure, en détermine l'objet et y met fin. Elle n'est pas liée par les conclusions et les motifs invoqués par les parties. Dans une procédure soumise à la maxime de disposition ce sont les parties qui décident de l'ouverture de la procédure, en déposant une requête ou un recours principalement. Les parties déterminent, par leurs conclusions, l'objet de la procédure. L'autorité ne peut en principe procéder ni à une *reformatio in melius*, ni à une *reformatio in pejus*. En procédure administrative non contentieuse, l'application de l'une ou l'autre des maximes dépend de la nature de la décision à prendre. Les décisions ayant trait à la protection de l'ordre et de l'intérêt public (retrait de permis de conduire, interdiction de périmètre), ou les décisions en matière fiscale ou disciplinaires (retrait de l'autorisation de pratiquer à un médecin, à un avocat) seront régies par la maxime d'office. Les décisions prises sur requête des administrés (demande de bourse, demande de permis de construire, action en responsabilité), seront en revanche largement soumises à la maxime de disposition²³.

En procédure administrative contentieuse, la maxime de disposition s'applique en procédure de recours, mais pas en procédure d'opposition²⁴. L'application du principe est cependant nuancée. En effet, les autorités soumises à la PA peuvent aller au-delà des conclusions d'une partie et modifier la décision attaquée à son avantage. Elles peuvent en outre modifier la décision au détriment d'une partie lorsque celle-là viole le droit fédéral ou repose sur une constatation inexacte des faits. Des motifs d'inopportunité permettent aussi à l'autorité de modifier la décision au détriment d'une partie, pour autant que la modification profite à la partie adverse. Lorsque l'autorité envisage une *reformatio in pejus*, elle doit informer la partie de son intention et lui donner l'occasion de s'exprimer

²³ Sur cette question, voir TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, Genève/Zurich/Bâle 2011, N 1523 ss.

²⁴ TANQUEREL (note 23), N 1525; KIENER REGINA/RÜTSCHKE BERNHARD/KUHN MATTHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, Zurich/St-Gall 2012, N 83 ss. L'art. 104 CPA-JU, limite toutefois la *reformatio in pejus* en procédure d'opposition aux cas dans lesquels la décision viole la loi ou repose sur une constatation inexacte ou incomplète des faits.

et cas échéant de retirer son recours²⁵. Les droits cantonaux romands connaissent en partie des règles similaires²⁶. Le Tribunal fédéral est lui lié par les conclusions des parties²⁷. Toutefois, lorsqu'une autorité fédérale recourt en vertu de l'art. 89 al. 2 let. a LTF, elle peut demander une *reformatio in pejus* de la décision de dernière instance cantonale au détriment de l'administré concerné²⁸.

b. *Maxime inquisitoire et maxime des débats*

Lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire, l'autorité dirige la procédure, détermine d'office les faits pertinents et ordonne les preuves nécessaires à l'établissement d'un état de fait exact et complet. Elle n'est pas liée par les allégués des parties et leurs offres de preuve. Lorsque la maxime des débats s'applique, ce sont les parties qui doivent apporter les faits et les prouver. L'autorité ne peut tenir compte de faits que les parties n'auraient pas allégués ni faire administrer des preuves qu'elles n'auraient pas offertes ou sollicitées. Elle doit en outre considérer comme établis les faits admis par les parties à la procédure²⁹. En procédure administrative non contentieuse, c'est la maxime inquisitoire qui s'applique³⁰. Elle est cependant atténuée par le devoir des parties de collaborer à l'établissement des faits³¹ ainsi que par leur faculté de participer à l'établissement des faits, déduite notamment de leur droit d'être entendu³². La maxime inquisitoire s'applique également, sous réserve de l'obligation de motiver du recourant, en procédure contentieuse devant les autorités administratives fédérales et le Tribunal administratif fédéral, ainsi que

²⁵ Art. 62 PA. A noter qu'il n'y a pas de véritable *reformatio in pejus* lorsque la décision est modifiée au désavantage d'une partie lorsqu'il s'agit de faire suite aux conclusions de l'autre partie (ATF 117 Ib 20 c. 3).

²⁶ Art. 43 LPJA-NE, 89 LPA-VD, 104 CPA-JU. Plus restrictifs, s'agissant du pouvoir des tribunaux : art. 95 al. 1 CPJA-FR, 143 CPA-JU et 69 al. 1 LPA-GE, qui exclut cette faculté.

²⁷ Art. 107 al. 1 LTF.

²⁸ TF, arrêt IC_35/2011 du 29 août 2011, c. 1.4 ; ATF 136 II 359 c. 1.2.

²⁹ MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, Droit administratif Vol. II, Berne 2011, pp. 292 s et références citées.

³⁰ Art. 12 PA et au plan cantonal par exemple art. 58 CPA-JU, 14 LPJA-NE et 28 LPA-VD.

³¹ Art. 13 PA. Au plan cantonal, par exemple, art. 30 LPA-VD, 22 LPA-GE. La LPJA-NE ne prévoit pas expressément le devoir de collaborer des parties. La règle est toutefois implicite (RJN 2002, p. 220 ss).

³² Art. 29 al. 2 Cst.

devant les tribunaux cantonaux romands³³. Devant le Tribunal fédéral, la maxime inquisitoire ne s'applique que de manière très limitée. Ce dernier est, sauf exception³⁴, lié par les faits établis par l'autorité précédente et par son appréciation des preuves³⁵. Il ne peut rectifier ou compléter d'office les constatations de l'autorité que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF³⁶.

En Suisse, les décisions revêtent une « présomption de validité » (*Selbstbezeugung*). Cette présomption vaut *a priori* pour tous les faits figurant dans la décision. Elle n'a cependant, selon nous, de portée juridique que s'agissant des faits pertinents pour la cause, soit ceux sur lesquels se fonde le dispositif de la décision. L'intérêt à recourir est par ailleurs en principe nié lorsque l'administré conteste uniquement les considérants d'une décision, et non son dispositif.

2. Quelques mots sur l'application du droit

Les autorités administratives de première instance appliquent le droit d'office, sans exception. Il en va de même pour les autorités administratives de recours et les tribunaux administratifs³⁷, l'administré restant toutefois tenu de motiver son recours³⁸. L'autorité ne devrait pas – sans pour autant être contrainte d'examiner de manière exhaustive toutes les questions juridiques que pourrait susciter l'acte attaqué – se limiter à examiner les seuls griefs soulevés par le recourant³⁹. La procédure devant le Tribunal fédéral connaît une particularité. En vertu de l'art. 106 al. 2 LTF, ce dernier n'examine la violation de droits fondamentaux ainsi que celle de disposi-

³³ Art. 12 PA, 37 LTAF et, par exemple, art. 28 LPA-VD, 58 CPA-JU et 43 al. 2 LPJA-NE.

³⁴ Lorsque le recours porte sur une décision concernant l'octroi ou le refus de prestations en espèces de l'assurance-accident ou de l'assurance militaire (art. 97 al. 2 et 105 al. 3 LTF).

³⁵ Art. 105 al. 1 LTF. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (note 24), N 1484 ss. La raison en est qu'en principe une autorité judiciaire, cantonale ou fédérale, a auparavant déjà statué sur l'état de fait.

³⁶ Art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF.

³⁷ Art. 106 al. 1 LTF, 62 al. 4 PA et en droit cantonal 69 al. 1 LPA-GE ou 43 al. 1 LPJA-NE.

³⁸ Art. 42 al. 1 et 2 LTF, 52 PA et en droit cantonal art. 79 al. 1 LPA-VD, 81 al. 1 CPJA-FR ou 35 al. 1 let. b et 52 al. 1 let. b LPJA-NE.

³⁹ MOOR/POLTIER (note 29), p. 300 et les références citées, KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (note 24), N 83 ss.

tions de droit cantonal et intercantonal que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant.

Lorsque le législateur confère à l'autorité administrative de première instance une liberté d'appréciation ou une latitude de jugement⁴⁰, l'autorité de recours et le juge doivent les respecter. Ils n'interviennent qu'avec retenue, ou en cas d'excès ou d'abus du pouvoir d'appréciation dont l'autorité intimée dispose⁴¹.

3. Quelques mots sur les conséquences d'une décision viciée

Une décision ou un jugement, pour être valables, doivent d'une part avoir été pris dans le respect de certaines règles et principes de procédure (validité formelle), et d'autre part appliquer correctement le droit de fond qu'ils mettent en œuvre (validité matérielle). L'exigence de sécurité du droit implique une présomption de validité des décisions (*Selbstbezeugung*) selon laquelle les décisions produisent leurs effets tant que l'autorité dont elles émanent ou une autre autorité n'a pas déclaré le contraire, et ce indépendamment du vice susceptible de l'affecter⁴².

La conséquence ordinaire de l'irrégularité d'une décision est son annulabilité. Cela signifie que les administrés doivent agir dans un certain délai par la voie du recours ou de l'opposition pour requérir l'annulation de la décision. A défaut, cette dernière entre en force et déploie tous ses effets. Il subsiste alors la possibilité d'une demande de réexamen ou de révision⁴³.

⁴⁰ Tel est le cas en particulier lorsqu'il s'agit de trancher des questions d'appréciation ou d'interpréter des notions juridiques imprécises ou indéterminées qui sont liées à des circonstances locales, techniques ou personnelles que l'autorité inférieure est plus à même d'apprécier.

⁴¹ Art. 49 let. a PA, 95 let. a LTF, 33 let. a LPJA-NE, ou 61 al. 1 LPA-GE. Sur ces questions voir TANQUEREL (note 23), N 500 ss.

⁴² MOOR/POLTIER (note, 29), p. 358; TANQUEREL (note 23), N 877.

⁴³ Le réexamen (ou la reconsidération) et la révision s'adressent à l'autorité qui a rendu la décision, ou à l'autorité de recours, si recours il y a eu. La demande de réexamen s'exerce en principe à l'encontre d'une décision administrative de première instance entrée en force de chose jugée (force formelle de chose jugée). Lorsque la loi ne la prévoit pas (comme la PPA), le Tribunal fédéral la déduit du droit d'être entendu (art. 29 Cst.). La demande de révision s'exerce à l'encontre des décisions administratives rendues sur recours, ainsi que contre les décisions judiciaires entrées en force (force matérielle de chose jugée). Elle doit être prévue par la loi (cf. art. 121 ss LTF, 66 ss PA et art. 57 LPJA-NE ou 80 LPA-GE).

Toute irrégularité n'entraîne pas forcément l'annulation de la décision. Cette dernière peut parfois perdurer, soit parce que le dispositif reste parfaitement valable malgré des erreurs de fait ou de droit, soit parce que, faute de moyen de remettre en cause la décision, celle-ci est réputée valable malgré les vices qui l'affectent. On peut par exemple citer le cas de l'administré qui recourt valablement malgré l'absence d'indication des voies de droit⁴⁴ ou malgré l'indication erronée de celles-là⁴⁵ ou celui de l'autorité de recours qui substitue des motifs valables aux motifs juridiquement erronés de la décision attaquée⁴⁶. L'annulation de la décision ne déploie en règle générale pas d'effet rétroactif, d'où l'importance de l'effet suspensif.

Certains vices peuvent parfois entraîner la nullité de la décision. La nullité de la décision emporte des effets rétroactifs. Dans ce cas la décision est censée n'avoir jamais existé, de même que l'ensemble des actes d'exécution la concernant⁴⁷. On distingue trois moyens d'invoquer la nullité d'une décision, l'autorité ayant par ailleurs la compétence de la constater d'office. L'administré peut tout d'abord saisir l'autorité de recours ou d'opposition. Il doit alors respecter le délai prévu. Ensuite, l'administré peut demander à l'autorité qui a rendu la décision, ou de recours si recours il y a eu, qu'elle constate le vice dans une nouvelle décision (réexamen ou révision). Enfin, l'administré peut invoquer la nullité de la décision devant une tierce autorité, lorsque celle-ci, pour exercer ses attributions, doit se fonder sur la décision d'une autre autorité. L'autorité statue alors sur la nullité de cette décision à titre préjudiciel. Notons que dans ce dernier cas la nullité de la décision est relative, et n'a d'effets que dans la procédure en cause⁴⁸.

Compte tenu du danger qu'elle représente pour la sécurité du droit, la nullité d'une décision n'est admise qu'exceptionnellement, soit lorsque l'annulabilité n'offre pas la protection nécessaire. En dehors des cas expressément prévus par la loi⁴⁹, elle ne peut être prononcée qu'aux conditions cumulatives suivantes : le vice est particulièrement grave, il est manifeste ou à tout le moins facilement décelable, et la constatation de la

⁴⁴ ATF 114 Ib 115 c. 2a.

⁴⁵ ATF 121 II 77 c. 2a.

⁴⁶ ATF 125 V 368 c. 3.

⁴⁷ Dans les faits il s'agira le plus souvent de réparer les conséquences de l'acte nul, la plupart du temps par l'allocation de dommages-intérêts par le moyen de l'action en responsabilité.

⁴⁸ MOOR/POLTIER (note 29), p. 364 s.

⁴⁹ Par exemple : art. 22 al. 1 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP ; RS 281.1).

nullité ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit⁵⁰. Les vices matériels n'entraînent en principe que l'annulation de la décision. En revanche, de graves vices de procédure, ainsi que l'incompétence fonctionnelle ou matérielle de l'autorité ayant rendu la décision sont susceptibles d'entraîner une telle conséquence. La jurisprudence a par exemple considéré comme nuls : la modification d'un plan d'affectation qui, contrairement aux règles impératives de la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire⁵¹, n'a fait l'objet d'aucune publication privant ainsi les administrés de toute possibilité de le contester⁵² ou le jugement rendu sans que le défendeur ait été informé de la procédure et ait ainsi pu y prendre part⁵³.

D'un point de vue dogmatique, on peut admettre que la nullité d'une décision renverse la présomption de validité, car elle est censée n'avoir jamais existé et l'écoulement des délais de recours ou d'opposition n'a aucun effet guérisseur à son égard. Une telle décision n'a que l'apparence d'une décision⁵⁴, mais même dans ce cas, sa nullité doit être constatée par une autorité, à défaut de quoi l'autorité administrative pourra en poursuivre l'exécution.

4. Quelques mots sur l'effet suspensif

L'administré, s'il veut empêcher la décision d'entrer en vigueur, doit recourir ou faire opposition. Un moyen de droit exercé à l'encontre d'une décision a un effet suspensif s'il empêche la décision de déployer ses effets. Lorsqu'il n'en a pas, la décision est exécutoire, ce qui veut dire que les obligations qu'elle prévoit doivent être exécutées et que les droits qu'elle confère peuvent être exercés. Les recours portés devant l'administration fédérale, le Tribunal administratif fédéral ou les tribunaux cantonaux ont un effet suspensif automatique⁵⁵. Le recours porté devant le Tribunal fédéral n'a en revanche pas d'effet suspensif, à moins que le juge instructeur, d'office ou sur requête, n'en décide autrement⁵⁶. Sauf pour les prestations pécuniaires, l'effet suspensif automatique prévu par la PA

⁵⁰ ATF 130 II 249 c. 2.4.

⁵¹ LAT ; RS 700.

⁵² TF, arrêt 1P.423/2006 du 14 mars 2007 ; ATF 114 Ib 180.

⁵³ ATF 129 I 361 c. 2.

⁵⁴ TANQUEREL (note 23), N 909.

⁵⁵ Art. 55 al. 1 PA, art. 37 LTAF (exceptions : art. 28 al. 1 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics [LMP ; RS 172.056.1], 40 LPJA-NE, 132 al. 1 CPA-JU et 66 al. 1 LPA-GE.

⁵⁶ Art. 103 al. 1 et 117 LTF.

peut, à certaines conditions, être retiré par l'autorité qui rend la décision, ainsi que par l'autorité de recours⁵⁷. Celle-ci a également la faculté, d'office ou sur requête, de restituer l'effet suspensif à une décision qui en avait été privée⁵⁸.

3. ADMINISTRATION DES PREUVES EN PROCÉDURE ADMINISTRATIVE : POUVOIRS ET DEVOIRS

A. Le principe de la libre administration des preuves

L'application, en procédure administrative, de la maxime inquisitoire⁵⁹ implique que l'autorité *administre librement les preuves* afférentes aux faits pertinents. Il n'existe ainsi pas de droit à la preuve, y compris dans les affaires entrant dans le champ d'application de l'art. 6 CEDH. Les prérogatives de la puissance publique se heurtent aux limites habituelles des droits fondamentaux et autres interdictions postulées par la législation, notamment pénale.

Pour mémoire, l'art. 6 CEDH ne s'applique pas à l'ensemble de l'activité administrative, mais uniquement dans la mesure où la procédure porte sur des « droits et obligations de caractère civil » ou vise au prononcé d'une sanction à caractère pénal. Ces conditions sont examinées à la lumière de chaque cas d'espèce. Les actes administratifs adoptés par une autorité dans l'exercice de la puissance publique tombent ainsi sous le coup de l'art. 6 CEDH s'ils produisent un effet déterminant sur des droits de caractère civil. C'est notamment le cas du moment que le justiciable, atteint dans ses moyens d'existence, invoque un intérêt patrimonial, sans se trouver dans un rapport spécial avec l'administration qui userait de prérogatives discrétionnaires⁶⁰. A titre d'exemple, mentionnons les décisions portant sur des prestations d'assurances sociales ou sur des cotisations, ainsi

⁵⁷ Art. 55 al. 2 PA, 40 al. 2 let. a et b, et al. 4 LPJA, ou 84 al. 2 CPJA-FR.

⁵⁸ Art. 55 al. 3 PA. Au niveau cantonal, voir les art. 84 al. 3 CPJA-FR ou 66 al. 2 LPA-GE et 99 al. 2 CPA-JU (dont les textes subordonnent la restitution de l'effet suspensif à une requête d'une partie). La possibilité de restituer l'effet suspensif est implicite dans le canton de Neuchâtel.

⁵⁹ Cf. II.B.I.b.

⁶⁰ CourEurDH, *Arrêt Schuler-Zraggen contre Suisse du 24 juin 1993*, Série A vol. 263 § 46 ; *Arrêt Salesi contre Italie du 26 février 1993*, Série A vol. 257 § 17 ss.

que sur les prestations de l'aide sociale, à condition que la législation topique y octroie un droit⁶¹.

Dans la mesure où il incombe à l'autorité judiciaire d'établir les faits, elle dispose du pouvoir d'administrer les preuves. En d'autres termes, elle peut décider seule des preuves nécessaires pour établir les faits juridiquement pertinents. Dans ce sens, elle a la possibilité de rejeter les réquisitions de preuve des administrés, le droit d'être entendu lui imposant uniquement d'admettre les moyens de preuve offerts par les parties s'ils paraissent propres à élucider les faits⁶². Un refus ne constitue en principe pas une violation du droit au procès équitable, dès lors que l'administré peut faire corriger l'administration des preuves dans le cadre de la procédure au fond.

En pratique, l'administration – comme le juge par la suite – procède à l'administration anticipée des preuves, ce qui lui permet de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves déjà administrées lui ont permis de forger sa conviction et qu'elle a acquis la certitude que les preuves encore offertes par l'administré ne pourraient l'amener à modifier son opinion⁶³.

Le refus d'administrer une preuve requise par l'administré peut revêtir la forme d'une décision séparée, qui est alors considérée comme une décision incidente, soit une décision prise en cours de procédure, sans mettre fin à celle-ci⁶⁴. Dans certains cas, l'autorité administrative a l'obligation de rendre une décision incidente. A l'occasion d'un arrêt désormais entré dans l'histoire⁶⁵, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que c'était notamment le cas pour les décisions tendant à la mise en œuvre d'expertises médicales à l'occasion de l'instruction d'une demande de

⁶¹ TF, arrêt 8C_522/2012 du 2 novembre 2012, c. 2.2-2.3.

⁶² Art. 33 al. 1 PA.

⁶³ ATF 130 II 425 c. 2.1.

⁶⁴ Cf. TANQUEREL (note 23), N 828.

⁶⁵ ATF 137 V 210. Cet arrêt, rendu en juin 2011, prenait position sur la pratique de l'instruction des demandes de prestations de l'assurance-invalidité en faisant exécuter des expertises par des centres d'expertise organisés sous forme de sociétés commerciales à but lucratif, liées à l'Office fédéral des assurances sociales par un contrat de droit administratif résiliable unilatéralement par ce dernier (COMAI). L'impartialité de ces centres était systématiquement mise en cause par les assurés. Le Tribunal fédéral, sans mettre en cause le système, a néanmoins admis qu'il créait une inégalité entre les parties. Il a donc renforcé les droits de participation des assurés, revenant sur une jurisprudence qui, jusque-là, ne reconnaissait pas le caractère de décision incidente à la décision visant à mettre en œuvre une expertise (ATF 132 V 93).

prestations d'assurances sociales⁶⁶. Cela vaut également lorsque l'assureur veut ordonner une expertise à laquelle l'assuré s'oppose, ou lorsque l'assuré et l'assureur ne se mettent pas d'accord sur l'étendue de l'examen ou l'identité des experts.

Les décisions incidentes notifiées séparément de la décision sur le fond peuvent, comme les autres décisions faire l'objet de recours (après opposition cas échéant) jusqu'au Tribunal fédéral. Le recours n'est toutefois recevable que si elles peuvent causer un préjudice irréparable, ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse⁶⁷. La condition du préjudice irréparable, en particulier, a donné lieu à une abondante casuistique, et doit toujours être examinée à la lumière de tous les éléments du cas d'espèce.

En pratique, les décisions incidentes concernant les preuves sont rares, et le refus de l'administration d'une preuve requise par l'administré est motivé dans la décision finale, qui peut alors être attaquée par les voies de recours usuelles.

B. La mise en œuvre de l'administration des preuves

1. Généralités

Les moyens de preuve admis en procédure administrative sont énumérés dans les différentes lois de procédure⁶⁸. En procédure administrative fédérale, sont ainsi admis les documents, les renseignements des parties, les renseignements ou témoignages de tiers, les visites des lieux et les expertises⁶⁹. A notre sens, cette liste n'est pas exhaustive⁷⁰. En effet, la loi sur la procédure fédérale prévoit aussi que l'autorité doit admettre les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits⁷¹. Dans le même sens, la loi vaudoise de procédure administrative (LPA-

⁶⁶ ATF 137 V 210 c. 3.4.2.6 et 3.4.2.7.

⁶⁷ Art. 93 al. 1 LTF et 46 al. 1 PA. Cf. également art. 68 al. 2 et 74 al. 4 LPA-VD, 27 LPJA-NE ou 57 let. c LPA-GE.

⁶⁸ L'affirmation doit être nuancée pour le témoignage, qui est admis devant toutes les autorités judiciaires, mais très rarement devant les autorités administratives (cf. art. 14 al. 1 PA, art. 55 LTF), au plan fédéral à tout le moins.

⁶⁹ Art. 12 PA.

⁷⁰ La question n'est toutefois pas tranchée, et fait l'objet d'une controverse doctrinale (cf. MOOR/POLTIER [note 29], p. 296 s. et les références citées en note 560).

⁷¹ Art. 33 al. 1 PA.

VD) prévoit, à côté d'une liste énumérative similaire à celle du droit fédéral, que « d'autres moyens peuvent être utilisés s'ils sont propres à fournir la preuve et s'il n'en résulte pas une atteinte à la liberté personnelle »⁷². Cela concrétise l'idée qu'il incombe à l'autorité d'établir les faits. La loi neuchâteloise de procédure administrative (LJPA-NE) ne prévoit d'ailleurs – et ce de manière indirecte – que le témoignage et la production de documents (art. 15 et 18). Nous pensons que les moyens usuels doivent être admis par application analogique de l'art. 168 du Code de procédure civile du 19 décembre 2008⁷³.

2. Les preuves recueillies illicitement

Le pouvoir – et le devoir – de l'autorité administrative d'instruire d'office ne la place pas au-dessus du droit. Ainsi, les preuves doivent être recueillies dans le respect des règles de l'ordre juridique, et les preuves obtenues de manière illicite ne peuvent être prises en considération que si l'autorité aurait pu les obtenir licitement ou si un intérêt public important le justifie⁷⁴. Les droits constitutionnels des administrés représentent ainsi une limite générale à la récolte des preuves par les autorités administratives.

Il en va de même des comportements réprimés par le droit pénal, comme la violation de domicile⁷⁵, des communications privées⁷⁶ ou du secret professionnel⁷⁷. Ainsi, à défaut de disposition légale topique⁷⁸, l'administration doit obtenir au préalable l'autorisation nécessaire. Dans certains cas, la loi attribue à une autorité administrative la compétence de statuer sur la requête de l'administration tendant à l'autorisation d'investigations con-

⁷² Art. 29 al. 2 LPA-VD.

⁷³ CPC ; RS 272.

⁷⁴ TF, arrêt 1C_201/2012 du 12 décembre 2012, c. 3.1.

⁷⁵ Art. 186 CP.

⁷⁶ Art. 179^{octies} CP.

⁷⁷ Art. 321 CP.

⁷⁸ Par exemple, la loi sur l'asile habilite l'autorité compétente à fouiller un requérant hébergé dans un centre d'enregistrement ou dans un logement privé ou collectif, ainsi que ses biens, pour rechercher des documents de voyage, des pièces d'identité ou des objets dangereux, des drogues ou des valeurs patrimoniales de provenance douteuse (art. 9 al. 1 LAsi).

trevenant aux interdictions mentionnées ci-dessus⁷⁹. Dans les autres cas, l'autorité judiciaire doit être saisie⁸⁰.

Qu'il s'agisse de délivrer une autorisation ou d'apprécier a *posteriori* la justification de l'obtention d'une preuve par un moyen illégal, l'autorité – administrative ou judiciaire – doit tenir compte des règles générales en matière de restriction des droits fondamentaux⁸¹. Il faut donc qu'une base légale prévienne la restriction⁸², qu'un intérêt public prépondérant la justifie⁸³, et qu'elle respecte le principe de la proportionnalité⁸⁴. Ces conditions sont examinées *in concreto*, en tenant compte de tous les intérêts en présence. La possibilité de recueillir une preuve qui imposerait au justiciable un comportement ou restreindrait d'une autre manière sa sphère privée suppose, notamment, une base légale. La loi fédérale sur la procédure administrative prévoit ainsi, pour quiconque, l'obligation de témoigner et de produire des pièces⁸⁵. Les médias jouissent toutefois d'un secret quasiment absolu, garanti par la Constitution⁸⁶.

En droit des assurances sociales, cette question est régulièrement traitée par le Tribunal fédéral, les assureurs sociaux mettant souvent en œuvre

⁷⁹ En droit de la concurrence, la commission de la concurrence peut ordonner des perquisitions et des saisies (art. 42 al. 2 LCart).

⁸⁰ Par exemple pour obtenir une surveillance de la correspondance par poste et télécommunication en dehors d'une procédure pénale (cf. art. 3 al. 4 *in fine* Loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication ; RS 780.1; LSCPT).

⁸¹ Cf. art. 36 Cst.

⁸² Plus l'atteinte est grave, plus la base légale doit être claire et précise. Une atteinte importante suppose une base légale dans une loi, alors que des restrictions de moindre portée peuvent être prévues dans un acte de niveau inférieur (règlement, ordonnance), voire sur la base d'une clause générale (TANQUEREL [note 23], N 481).

⁸³ Cf. TANQUEREL (note 29), N 542 ss.

⁸⁴ L'examen de la proportionnalité est triple : la mesure doit effectivement permettre d'atteindre le but recherché (aptitude) ; elle doit, parmi tous les moyens à disposition, être la moins incisive (nécessité) ; elle doit finalement être dans un rapport raisonnable avec le sacrifice demandé à l'administré (proportionnalité au sens étroit). Cf. TANQUEREL (note 23), N 552 ss.

⁸⁵ Art. 15 ss PA. Seules quelques autorités, cependant, sont autorisées à ordonner l'audition de témoins (cf. art. 14 al. 1 PA). De plus, il s'agit d'un moyen de preuve subsidiaire auquel l'autorité ne doit recourir que si les faits ne peuvent pas être élucidés d'une autre façon, ceci en raison de la sanction pénale sévère qui frappe le faux témoignage (ATF 130 I 169 c. 2.3.3). En droit cantonal, cf. art. 15 LPJA-NE, 54 CPJA-FR, 29 al. 4 et 27 al. 3 LPA-GE.

⁸⁶ Art. 17 al. 3 Cst. Cf. également art. 28a CP, et en particulier les exceptions consacrées à l'alinéa 2.

des détectives privés pour surveiller les bénéficiaires de prestations ou les personnes ayant déposé des demandes. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a validé les images obtenues par un détective privé, sur mandat de l'assureur social, d'une assurée occupée à nettoyer son balcon, dès lors que la scène était visible depuis le domaine public, et que le détective n'avait donc pas eu à enfreindre l'interdiction de la violation de domicile pour les obtenir⁸⁷.

3. L'obtention des preuves

La PA ne prévoit aucun moyen de coercition lorsque la preuve n'est pas fournie par celui qui la détient. L'autorité administrative peut éventuellement en ordonner la production sous la menace d'une peine d'amende, possibilité expressément prévue par le Code pénal⁸⁸. La possibilité de recourir à la contrainte directe, par exemple en ordonnant une perquisition, semble a priori exclue⁸⁹, et est en tout cas combattue par la majorité de la doctrine⁹⁰.

Il arrive cependant qu'une loi spéciale autorise expressément l'autorité administrative à recourir à la contrainte directe⁹¹. Ainsi, en droit de la concurrence, l'autorité chargée de veiller à son bon déroulement (« Commission de la concurrence ») peut « contraindre les parties à l'enquête à faire des dépositions »⁹², « ordonner des perquisitions et saisir des pièces à conviction », les perquisitions et les saisies devant être or-

⁸⁷ ATF 137 I 327. Pour un état des lieux détaillé et critique, cf. MOSER-SZELESS MARGIT, La surveillance comme moyen de preuve en assurance sociale, in : RSAS 2/2013, p. 129 ss.

⁸⁸ Art. 292 CP : « Celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents sera puni d'une amende ». Les lois spéciales contiennent parfois des dispositions spécifiques (cf. en matière fiscale l'art. 174 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct [LIFD; RS 642.11]).

⁸⁹ Dans une prise de position du 7 avril 1986, l'Office fédéral de la Justice laisse entendre qu'elle serait admissible en fonction des intérêts en jeu (JAAC 1987/51.54).

⁹⁰ Cf. MOOR/POLTIER (note 29), p. 297 et les références citées en note 564.

⁹¹ Pour un exemple en matière de douanes, cf. art. 100 de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur les douanes (LD ; RS 631.0).

⁹² Art. 42 al. 1 LCart. Les art. 16 PA et 42 DPA protègent toutefois les personnes concernées, soit les représentants des entreprises concernées, de l'auto-incrimination, conformément aux exigences de l'art. 6 § 1 CEDH, applicable aux procédures dirigées contre des entreprises en vertu du droit de la concurrence (CourEDH, *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c/ Italie*, 27.09.2011, requête n° 43509/08).

données, sur requête du secrétariat, par un membre de la présidence⁹³. Ces mesures doivent alors se dérouler en conformité avec les prescriptions générales du droit pénal administratif⁹⁴.

L'obligation générale de collaborer à l'administration des preuves, qui incombe à tout administré qui initie une procédure, qui prend des conclusions indépendantes dans une procédure initiée par un tiers ou lorsqu'une loi spéciale le prévoit⁹⁵, reste ainsi le meilleur moyen de coercition à disposition de l'autorité administrative : en l'absence de la collaboration requise, l'autorité pourra statuer sur la base des seuls éléments en sa possession, voire refuser d'entrer en matière⁹⁶.

De facto, l'obligation de collaborer permet à l'administration d'obtenir facilement des informations « spontanées » de la part de l'administré, en particulier dans l'administration de prestations (assurances sociales, aide sociale). Si l'administré refuse de s'y plier, il peut en effet se voir couper du jour au lendemain ses moyens de subsistance, en toute légalité.

C. Le droit de l'administré de consulter le dossier

Dans le cadre de la procédure (contentieuse ou non), les parties ont le droit de consulter les pièces de leur dossier en vertu principalement de leur droit d'être entendu⁹⁷ et aussi dans les procédures judiciaires entrant dans son champ d'application, de l'art. 6 CEDH. Ce droit s'étend à toutes les pièces qui concernent les faits pertinents et servent de moyens de preuve. A moins que la loi ne le prévoie, il ne s'étend toutefois pas aux documents internes à l'administration, qui servent à l'élaboration de la

⁹³ Art. 42 al. 2 LCart.

⁹⁴ Art. 45 à 50 DPA. Ces dispositions décrivent, notamment, à quelles conditions une perquisition peut être conduite dans des locaux fermés ou une fouille à corps peut être effectuée. Pour plus de détails sur l'application de l'art. 42 LCart, cf. CR CONCURRENCE-BOVET/SABRY, N 17 ss ad art. 42 LCart.

⁹⁵ En matière d'assurances sociales, cf. l'art. 28 LPGa, qui impose une obligation de collaborer non seulement à l'assuré lui-même, mais aussi à « toutes les personnes et institutions, notamment les employeurs, les médecins, les assurances et les organes officiels » qui détiennent des informations nécessaires pour établir le droit aux prestations.

⁹⁶ Cf. art. 13 al. 2 PA. Cf. également art. 32 LAsi. Le refus d'entrer en matière doit cependant rester l'*ultima ratio* et on y recourt assez peu en pratique (cf. AUER CHRISTOPH, in : Kommentar zum Bundesgesetz über Verwaltungsgesetz, Zurich/St-Gall 2008, N 24 s. ad art. 13).

⁹⁷ Art. 29 Cst.

décision (notes personnelles, projets)⁹⁸. Il n'est pas toujours aisé de faire la différence entre un document interne et externe, si bien que la plupart des auteurs se prononcent aujourd'hui pour l'abolition de la distinction. Ils estiment qu'il faut se limiter à la question de savoir si la pièce est propre à permettre l'évaluation d'un fait pertinent pour la décision à prendre. Si tel est le cas, elle doit être consultable⁹⁹. Le droit de consulter le dossier n'est pas absolu et la communication de certaines pièces peut être refusée si des intérêts publics ou privés importants l'exigent¹⁰⁰. Dans ce cas, l'autorité (de même que le juge saisi d'un refus de consultation ou saisi d'une requête de preuve) peut tenir compte des pièces tenues confidentielles, mais ne peut les utiliser au désavantage de l'administré que si elle lui en a préalablement communiqué le contenu essentiel et lui a donné l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves¹⁰¹, en l'orientant sur les conclusions de fait qu'elle entend en tirer. Une autre solution est de faire consulter la pièce par un expert soumis au secret professionnel, lorsque la garantie d'un résumé impartial est requise¹⁰².

En dehors de toute procédure, et en l'absence de disposition spéciale, la règle – déduite principalement du droit d'être entendu consacré à l'art. 29 al. 2 Cst. – est que l'administré a le droit de consulter des pièces détenues par l'administration s'il dispose d'un intérêt digne de protection et spécifique et qu'aucun intérêt public ou privé ne s'y oppose¹⁰³.

Un droit d'accès spécial des particuliers aux données les concernant est consacré par la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992¹⁰⁴. Cette loi protège toute personne contre le traitement illicite de données personnelles la concernant. Elle concrétise le droit à l'autodétermination informationnelle garantie à l'art. 13 al. 2 Cst. Elle garantit non seulement l'accès aux données en question¹⁰⁵, mais aussi, à certaines con-

⁹⁸ TF, arrêt 2C_250/2009 du 2 juin 2009, c. 2.1 ; ATF 125 II 473 c. 4a.

⁹⁹ MOOR/POLTIER (note 29), p. 327 s. et les références citées.

¹⁰⁰ Art. 27 PA. Au niveau cantonal voir par exemple art. 23 LPJA-NE et 35 s LPA-VD.

¹⁰¹ Art. 28 PA. Pour le droit cantonal voir art. 24 LPJA-NE, 36 al. 2 LPA-VD, ou 81 CPA-JU.

¹⁰² MOOR/POLTIER (note 29), p. 330 et les références citées. En matière de sécurité intérieure par exemple, l'article 18 de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure du 21 mars 1997 (LMSI ; RS 120) fait intervenir le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence ainsi que le Président de la Cour I du TAF (voir pour un exemple : TF 1C_289/2009 du 2 novembre 2011).

¹⁰³ TF, arrêt 1C_187/2010 du 21 juin 2010, c. 4.1 ; ATF 129 I 249 c. 3.

¹⁰⁴ LPD ; RS 235.1.

¹⁰⁵ Art. 8 LPD.

ditions, leur rectification, voire leur suppression¹⁰⁶. Cette loi s'applique tant au traitement de données personnelles par des personnes privées que par des organes fédéraux¹⁰⁷. Dans la mesure où elle s'applique aussi lors de procédures administratives non contentieuses en cours¹⁰⁸, elle se recoupe partiellement avec le droit de consulter le dossier. Les deux garanties peuvent d'ailleurs être invoquées séparément. Le droit d'accès résultant de la LPD est plus étroit que le droit d'être entendu, car il ne vise que les données personnelles de la personne intéressée¹⁰⁹, et non pas toutes les pièces pertinentes du dossier. Toutefois, il est aussi plus large car il peut être invoqué sans qu'il faille se prévaloir d'un intérêt particulier, et ce même en dehors de toute procédure¹¹⁰.

Un autre droit d'accès spécial résulte de la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration¹¹¹. Cette loi prévoit un droit individuel de tout un chacun de consulter les documents officiels de l'administration fédérale¹¹². Le droit d'accès connaît aussi des exceptions résultant pour la plupart de la présence d'intérêts publics ou privés contraires¹¹³. La relation entre les art. 26 ss PA et la LTrans n'est pas clairement établie. Certains auteurs estiment par exemple que les restrictions de la PA, s'agissant notamment de l'accès aux pièces internes, devraient s'effacer devant le régime plus large de la LTrans¹¹⁴.

¹⁰⁶ Art. 5, 15 et 25 LPD.

¹⁰⁷ Le traitement de données par des organes cantonaux ou communaux est réglé par le droit cantonal, qui doit, lorsqu'il est question d'appliquer le droit fédéral, assurer un niveau de protection adéquat (art. 37 al. 1 LPD).

¹⁰⁸ Art. 2 al. 2 let. c LPD.

¹⁰⁹ Soit toutes les informations se rapportant à une personne identifiée ou identifiable (art. 3 let. a LPD).

¹¹⁰ ATF 127 V 219, MOOR/POLTIER (note 29), p. 335 ; TANQUEREL (note 23), N 1547 ss. Cf. également art. 47 LPGA et, à ce sujet, DUPONT ANNE-SYLVE, Le droit de réplique en assurances sociales, in : Le droit de réplique, François Bohnet (édit.), Neuchâtel 2013, p. 83 ss, N 57 ss.

¹¹¹ LTrans ; RS 152.3.

¹¹² La consultation des documents de l'administration cantonale et communale est régie par le droit cantonal.

¹¹³ Art. 7 LTrans.

¹¹⁴ Notamment MOOR/POLTIER (note 29), p. 335.

D. L'appréciation des preuves

1. Généralités

Les autorités administratives apprécient librement les preuves recueillies. Il leur appartient ainsi de déterminer dans un premier temps la valeur probante de chaque moyen à disposition, pris pour lui-même. Dans l'hypothèse où plusieurs moyens sont à disposition, il s'agit de déterminer, après une évaluation globale, ce qu'il convient d'en déduire. Il n'existe en règle générale pas de hiérarchie s'agissant de la valeur probatoire des différents moyens de preuve¹¹⁵.

Chaque partie doit, si la loi ne prescrit pas le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit¹¹⁶. Lorsqu'une décision est rendue au détriment de l'administré au terme d'une procédure inquisitoire, l'administration supporte le fardeau de la preuve de l'état de fait qu'elle juge déterminant, pour autant que l'administré nie avec une certaine vraisemblance le comportement qui lui est rattaché et qu'il collabore dans toute la mesure où on peut l'attendre à la constatation des faits¹¹⁷. En cas de recours, l'autorité saisie soit estime que l'état de fait est clair et que sa conviction est acquise, soit doit résoudre le litige en appliquant les règles sur la répartition du fardeau de la preuve¹¹⁸.

L'autorité ne doit considérer un fait comme prouvé que si elle est convaincue de sa réalité, c'est-à-dire qu'elle ne doit tenir pour existants que les faits dûment prouvés. Dans certains cas, eu égard à la difficulté d'établir certains faits avec un degré de certitude absolue, il suffit d'en démontrer *la vraisemblance prépondérante*. L'autorité retient les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables. En d'autres termes, parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, l'autorité doit retenir ceux qui lui paraissent les plus probables¹¹⁹. Ce principe est notamment applicable dans le domaine des assurances sociales, ou encore en matière de droit d'asile, lorsqu'il s'agit de prouver la qualité de réfugié. Il suffit que celle-ci soit rendue vraisem-

¹¹⁵ Pour l'appréciation des avis médicaux dans les litiges en matière d'assurances sociales, cf. toutefois ATF 125 V 351 c. 3b.

¹¹⁶ Art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

¹¹⁷ TAF, arrêt B-532/2010 du 13 avril 2011, c. 6.1. Pour un exemple en matière de retrait de naturalisation : ATF 135 II 161.

¹¹⁸ TAF, arrêt A-5927/2007 du 3 septembre 2010, c. 3.1.

¹¹⁹ TF, arrêt K.15/2007 du 20 mars 2008, c. 4.2.

blable par le requérant, ce qui est le cas lorsque l'autorité estime qu'elle est hautement probable¹²⁰.

2. L'activité sanctionnatrice de l'administration en particulier

Une sanction prononcée par l'autorité administrative est toujours subordonnée à la faute – intentionnelle ou par négligence¹²¹ – de l'administré concerné. Cela vaut aussi bien lorsque la sanction est prononcée dans un contexte disciplinaire, soit à l'égard d'une personne qui en raison de son statut ou d'un lien particulier avec la collectivité, fait l'objet d'une surveillance spéciale¹²², ou en application de normes appartenant au corpus du droit pénal administratif, soit aux dispositions pénales contenues dans la législation administrative et dont l'instruction ou la répression est, en première instance, confiée à l'autorité administrative¹²³.

Il n'existe pas, à proprement parler, de situation dans laquelle la faute de l'administré est présumée. En revanche, la sanction étant une décision administrative au même titre que les autres, elle est prononcée au terme d'une instruction dont l'autorité administrative est maîtresse. En principe, l'autorité administrative de première instance accorde à l'administré, avant de statuer, un bref délai pour présenter ses explications.

Si l'administré entend contester la sanction prise à son encontre, il dispose des voies de droit habituelles. Devant l'autorité administrative supérieure, puis devant l'autorité judiciaire cas échéant, il appartiendra à l'autorité qui a statué d'établir la faute de l'administré et, partant, de justifier la sanction prononcée. Conformément aux principes énoncés ci-dessus, l'autorité statuant sur opposition devra procéder à l'appréciation des preuves fournies par toutes les parties.

En matière de circulation routière, la loi du 24 juin 1970 sur les amendes d'ordre¹²⁴ prévoit une procédure simplifiée permettant de sanctionner les violations des prescriptions fédérales en matière de circulation routière par des amendes qui ne peuvent excéder Fr. 300.-. Cette procédure relève du droit pénal administratif¹²⁵; en cas de désaccord avec la décision notifiant

¹²⁰ Art. 7 LAsi.

¹²¹ Cf. MOOR/POLTIER (note 29), p. 142. ATF 110 Ia 95.

¹²² On distingue trois types de situations : la fonction publique, les divers régimes de rapports de puissance publique particuliers (soldats, détenus, etc.) et les professions libérales.

¹²³ Cf. TANQUEREL (note 23), N 1232.

¹²⁴ LAO ; RS 741.03.

¹²⁵ Cf. loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA ; RS 313.0).

l'amende d'ordre, l'administré peut porter sa cause devant le juge pénal, qui statuera selon les règles de la procédure pénale ordinaire¹²⁶.

La présomption d'innocence n'intervient dans le processus décisionnel administratif qu'à la condition que les mesures envisagées par l'administration aient un caractère pénal, compte tenu de la définition de l'infraction, de sa nature ainsi que du degré de sévérité de la sanction encourue. Le Tribunal fédéral a jugé à plusieurs reprises que des amendes de procédure ou des amendes disciplinaires de faible montant ne revêtaient pas de caractère pénal¹²⁷. En revanche, un retrait du permis de conduire à des fins d'admonestation revêt un caractère pénal¹²⁸. Si, dans un cas d'espèce, la mesure ou la sanction administrative se voit reconnaître un caractère pénal au sens de l'art. 32 Cst (ou 6 § 2 et 3 CEDH), les garanties habituelles, dont la présomption d'innocence, doivent être respectées. La violation de la présomption d'innocence n'entraîne pas *per se* la nullité de la décision, et l'administré n'est pas dispensé d'attaquer la décision par les voies ordinaires. Il revient alors, dans le cadre de cette procédure, à l'autorité qui a statué en première instance de démontrer la faute de l'assuré.

E. La motivation des décisions

L'obligation pour l'administration de motiver ses décisions découle de dispositions topiques contenues dans les lois de procédure¹²⁹, subsidiairement du droit d'être entendu consacré par la Constitution¹³⁰. Pour respecter cette obligation, « il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Elle n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut se limiter à ceux qui, sans arbitraire, appa-

¹²⁶ Cf. art. 10 LAO.

¹²⁷ ATF 135 I 313 ; ATF 125 I 417 ; ATF 121 I 379.

¹²⁸ ATF 121 II 22. Le Tribunal fédéral précise toutefois qu'il s'agit d'une sanction administrative indépendante de la sanction pénale, avec une fonction préventive et éducative prépondérante (ATF 137 I 363 c. 2.4). Cf. également TAF, arrêt A-5692/2011 du 25 octobre 2012, c. 4.3, qui transpose cette jurisprudence au retrait de licence de pilote sur la base de la loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation (LA ; RS 748.0).

¹²⁹ Art. 35 al. 1 PA. Cf. également art. 42 let. c et 43 LPA-VD ; art. 4 al. 1 let. d LPJANE ; art. 66 al. 1 let. c et 67 CPJA-FR ; art. 46 al. 1 LPA-GE.

¹³⁰ Art. 29 al. 2 Cst.

raissent pertinents»¹³¹. Plus l'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation, plus le devoir de motiver est grand¹³².

Comme on l'a vu ci-dessus, les droits fondamentaux peuvent être restreints aux conditions de l'art. 36 Cst. (base légale, intérêt public, proportionnalité). L'essence même des droits fondamentaux doit en outre être préservée¹³³. Ces règles s'appliquent à presque tous les droits reconnus par la Constitution, qu'ils soient individuels ou collectifs. Dans le cadre de l'analyse de la proportionnalité, l'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Le devoir de motiver incombant à l'administration en est donc d'autant plus grand, pour que l'administré comprenne les intérêts en jeu et la pondération à laquelle l'autorité a procédé.

L'administration ayant la mainmise sur l'administration des preuves¹³⁴, elle doit évidemment avoir en vue son obligation de devoir justifier sa décision lorsque celle-ci restreint des droits fondamentaux. Logiquement, plus la procédure est susceptible d'aboutir à une restriction importante des droits fondamentaux des administrés, plus elle devra être rigoureuse lors de l'administration des preuves.

F. L'exécution des décisions

I. En général

Les autorités administratives bénéficient, en droit suisse, du privilège de l'exécution d'office. Cela signifie qu'elles peuvent recourir à l'exécution forcée dès lors qu'un administré n'exécute pas les obligations qu'une norme ou une décision lui imposent. Cette faculté est justifiée par « la finalité des obligations de droit public », qui « visent à assurer qu'une certaine situation se maintienne, se rétablisse ou se produise »¹³⁵.

Les modalités de l'exécution forcée dépendent de la nature de l'obligation qui n'a pas été honorée¹³⁶ :

¹³¹ TANQUEREL (note 23), N 1572.

¹³² Cf. par exemple ATF 135 V 353.

¹³³ Cette disposition est à l'origine destinée aux limitations des libertés constitutionnelles. Le Tribunal fédéral en admet l'application, par analogie, aux limitations des droits politiques (cf. TF, arrêt 1C_11/2009 du 3 juin 2009, c. 3.1).

¹³⁴ Cf. Introduction, partie B.

¹³⁵ Cf. MOOR/POLTIER (note 29), p. 113.

¹³⁶ Cf. art. 40-43 PA.

- Les *obligations de nature pécuniaire* sont exécutées selon les règles de la LP. La procédure débute par un commandement de payer¹³⁷, notifié à l'administré sur réquisition de l'administration. Selon les règles habituelles, l'administré peut faire opposition au commandement de payer, l'administration devant alors demander à un juge la mainlevée de cette opposition¹³⁸. Si la mainlevée est requise sur la base d'une décision entrée en force, l'opposition sera levée¹³⁹ et la procédure d'exécution forcée (en principe une saisie) se poursuivra. Seule la nullité de la décision peut être relevée par le juge de la mainlevée, mais non sa justification matérielle. En d'autres termes, l'administré ne peut faire valoir, dans le cadre de la procédure de mainlevée, des arguments qu'il aurait dû faire valoir en attaquant la décision de base¹⁴⁰.
- Si l'administration a entamé des poursuites à l'encontre de son administré sans avoir rendu de décision au préalable, elle a la faculté de lever l'opposition formée au commandement de payer par voie de décision. L'administré dispose alors de la procédure habituelle pour contester tant le fond de la décision que la mainlevée de son opposition. Si la décision est entrée en force, soit qu'elle n'a pas été contestée, soit qu'elle a été confirmée par le juge administratif, la poursuite peut suivre son cours (en principe avec une saisie)¹⁴¹.
- Les obligations de nature non pécuniaire sont exécutées, principalement, soit par la voie de la contrainte directe, soit par la voie de l'exécution par équivalent. Dans le premier cas, il s'agit d'entraver directement l'administré, soit dans l'usage de ses biens, soit dans sa liberté personnelle, afin d'assurer le respect de son obligation. Dans le second cas, l'administration exécute elle-même, ou fait exécuter par un tiers, aux frais de l'administré, l'obligation à laquelle celui-ci se soustrait¹⁴². L'exécution suppose qu'une décision ait été rendue, au terme d'une procédure offrant toutes les garanties nécessaires¹⁴³. Là encore, si l'assuré a omis de contester la décision de base, il ne pourra plus faire valoir ses moyens dans le cadre de l'opposition qu'il formerait à la décision d'exécution.

¹³⁷ Art. 69 ss LP.

¹³⁸ Art. 79 ss LP.

¹³⁹ Art. 80 al. 2 ch. 2 LP.

¹⁴⁰ Cf. TANQUEREL (note 23), N 1179.

¹⁴¹ ATF 121 V 109.

¹⁴² Pour des exemples des deux types de situations, cf. TANQUEREL (note 23), N 1185 s.

¹⁴³ Pour plus de détails, cf. MOOR/POLTIER (note 29), p. 115 s.

Dans tous les cas, l'administration qui recourt à l'exécution forcée doit respecter les principes généraux du droit administratif, en particulier ceux de la légalité et de la proportionnalité.

La procédure administrative fédérale¹⁴⁴ et certaines lois cantonales romandes¹⁴⁵ précisent que les mesures en matière d'exécution à l'encontre de l'administré (*Vollstreckungsverfügungen*) constituent des décisions sujettes à recours. Cela permet d'assurer une protection juridique systématique, là où, sinon, il n'y aurait pas toujours de recours possible faute de décision¹⁴⁶.

2. L'expropriation en particulier

Il existe, en droit suisse, deux types d'expropriation : on parle d'*expropriation matérielle* lorsque le bien demeure la propriété de l'administré, mais dont l'usage est restreint à ce point que les effets de la restriction équivalent à une expropriation. Dans cette hypothèse, le propriétaire a droit au versement d'une indemnité équitable (art. 5 al. 2 LAT). Les mesures équivalant à une expropriation matérielle doivent pouvoir être attaquées devant une autorité judiciaire¹⁴⁷. Elles devront donc faire l'objet d'une décision formelle, cas échéant sur demande de l'administré. Dans le cadre de cette procédure, les principes exposés ci-dessus en matière d'accès de l'administré à la preuve s'appliquent.

Par ailleurs, les propriétaires concernés doivent disposer d'une procédure judiciaire pour faire valoir leur créance en indemnisation. Cette procédure prend en principe la forme d'une action, relevant tantôt de la compétence du juge administratif¹⁴⁸, tantôt de la compétence du juge civil¹⁴⁹. Dans tous les cas, la décision rendue par l'autorité cantonale de dernière ins-

¹⁴⁴ Art. 5 al. 2 PA. Les mesures en question figurent à l'art. 41 al. 1 let. a et b PA. Pour un exemple : TAF, arrêt A-5646/2009 du 18 mai 2010, c. 4.1.

¹⁴⁵ Art. 2 al. 2 CPA-JU, 3 al. 2 LPJA-NE, 4 al. 2 CPJA-FR, 2 al. 2 CPA-JU. La LPA-VD et la LPA-GE ne mentionnent pas ces mesures.

¹⁴⁶ Ces « décisions » pourraient constituer selon les cas des actes matériels, soit des actes qui, au contraire de la décision, n'ont pas pour but de créer des droits et obligations, et qui ne sont en principe pas susceptibles de recours (exception : l'art. 49 al. 3 de la Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege [VRG] du 21 août 2006 du canton des Grisons). A noter que l'acte d'exécution forcée en lui-même est lui, clairement, un acte matériel (cf. MOOR/POLTIER [note 29], p. 321 s.).

¹⁴⁷ En vertu de l'art. 6 § 1 CEDH (cf. TANQUEREL [note 23], N 762).

¹⁴⁸ Cf art. 62 al. 1 LEX-GE.

¹⁴⁹ Cf. art. 116 al. LE-VD.

tance peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral¹⁵⁰.

L'*expropriation formelle* est « une procédure de droit public qui permet le transfert, l'extinction ou la modification d'un droit patrimonial protégé par la garantie de propriété au profit de l'Etat ou d'un délégataire, moyennant indemnisation »¹⁵¹. Cette procédure est régie par une loi fédérale¹⁵² lorsque les travaux la justifiant sont dans l'intérêt de la Confédération ou d'une partie considérable du pays, ou pour d'autres buts d'intérêt public reconnus par une loi fédérale¹⁵³. Lorsque l'expropriation est le fait d'un canton, en vertu d'intérêts publics cantonaux, c'est le droit cantonal qui est applicable¹⁵⁴.

En droit fédéral, l'expropriation formelle débute nécessairement par une décision portant sur le principe du recours à l'expropriation¹⁵⁵. Elle se poursuit par l'établissement de plans¹⁵⁶, qui doivent être publiés, le public disposant d'un délai de 30 jours pour faire valoir ses oppositions, présenter ses requêtes de modifications ainsi que d'éventuelles requêtes d'indemnisation¹⁵⁷. S'ensuit une procédure de conciliation¹⁵⁸, puis une décision de l'autorité compétente dans l'hypothèse où il subsisterait des oppositions¹⁵⁹. Finalement, une procédure d'estimation doit être entreprise en cas de désaccord sur les indemnités à verser¹⁶⁰.

Les cantons prévoient des procédures aux caractéristiques similaires, avec toujours une phase de mise à l'enquête publique¹⁶¹. Dans le cadre de cette phase de consultation, les administrés ont la possibilité de faire valoir leurs arguments à l'encontre d'une déclaration d'utilité publique, y compris en produisant des moyens de preuve à l'appui de leurs allégations (par exemple des expertises).

¹⁵⁰ Art. 82 ss LTF et 34 al. 1 LAT.

¹⁵¹ TANQUEREL (note 23), N 1738.

¹⁵² Loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation (LEx ; RS 711).

¹⁵³ Cf. art. 1 al. 1 LEx.

¹⁵⁴ Chaque canton a en effet sa propre loi sur l'expropriation, dont l'intitulé exact peut varier.

¹⁵⁵ Art. 3 al. 1 LEx.

¹⁵⁶ Art. 27 LEx.

¹⁵⁷ Art. 30 LEx.

¹⁵⁸ Art. 45 ss LEx.

¹⁵⁹ Art. 55 LEx.

¹⁶⁰ Art. 57 ss LEx.

¹⁶¹ Cf. par exemple art. 12 al. 1 LE-VD, 15 LEXUP-NE, 26 Lex-GE, 38-40 Lex-FR.

3. Les procédures collectives

En raison de l'organisation de la procédure administrative, il est assez facile pour les administrés de bloquer le processus décisionnel, par des oppositions d'abord et des recours ensuite. Ces procédures prenant du temps, les autorités seront en général enclines à élaborer la solution rencontrant le consensus le plus large possible.

En matière d'aménagement du territoire, notamment, une participation adéquate de la population doit être garantie avant l'adoption de plans¹⁶². En outre, dès qu'il est question de protection de l'environnement ou de la nature, les associations ont, à certaines conditions¹⁶³, qualité pour s'opposer, puis pour recourir contre des décisions administratives.

Il est donc usuel, en Suisse, de procéder à l'audition des milieux concernés avant la prise de décision, pour éviter des blocages. Lorsque, malgré ces discussions préalables, les décisions des autorités sont frappées d'opposition, puis de recours, ces affaires sont généralement tranchées, au-delà de l'examen des conditions matérielles de l'application du droit, sous l'angle de l'existence d'un intérêt public d'une part, mais surtout, d'autre part, sous l'angle de la proportionnalité.

En matière d'aménagement du territoire, la méthode de pondération globale des intérêts – publics et privés – est expressément codifiée. Ainsi, l'art. 3 de l'ordonnance du 28 juin 2000 sur l'aménagement du territoire¹⁶⁴ commande aux autorités qui accomplissent et coordonnent des tâches ayant des effets sur l'organisation du territoire et qui, ce faisant, disposent d'un pouvoir d'appréciation, de peser les intérêts en présence. Pour ce faire, elles doivent dans un premier temps déterminer les intérêts concernés (al. 1 let. a), puis apprécier ces intérêts notamment en fonction du développement spatial souhaité et des implications qui en résultent (al. 1 let. b), et finalement fonder leur décision sur cette appréciation, en veillant à prendre en considération, dans la mesure du possible, l'ensemble des intérêts concernés (al. 1 let. c). Le résultat de leur pondération doit être exposé dans la motivation de la décision (al. 2). Plusieurs dispositions légales exigent une coordination matérielle¹⁶⁵. La pesée globale des intérêts est une question de droit et fait ainsi, en principe, l'objet d'un libre examen par les tribunaux sous réserve de la retenue qu'ils s'imposent lors-

¹⁶² Cf. art. 4 al. 2 LAT. Cf. également ci-dessous l'introduction précédant la résolution du cas pratique.

¹⁶³ Cf. art. 55 LPE et 12 LPN, 48 al. 2 PA.

¹⁶⁴ OAT ; RS 700.1.

¹⁶⁵ Cf. art. 1 et 3 LAT, 24 let. b LAT, 5 al. 2 LFo, 8 LPE, 9 LPE, 22 al. 2 LPN.

qu'il s'agit de tenir compte de circonstances locales ou de trancher de pures questions d'appréciation.

4. L'ADMINISTRATION DES PREUVES EN PROCÉDURE JUDICIAIRE : QUELQUES ÉLÉMENTS SPÉCIFIQUES

A. Le pouvoir d'examen du juge

1. Généralités

Dans la mesure où les tribunaux appliquent le droit d'office¹⁶⁶, ils peuvent en théorie relever d'office des moyens à l'encontre de l'acte administratif. Comme nous l'avons vu, le juge se limite cependant souvent aux griefs soulevés. Le Tribunal fédéral n'examine par ailleurs la violation de droits fondamentaux ainsi que celles de dispositions de droit cantonal et intercantonal que si ces griefs ont été invoqués et motivés par le recourant. Lorsque le législateur confère à l'autorité administrative de première instance une liberté d'appréciation, les tribunaux agissent avec retenue.

Le Tribunal administratif fédéral et les tribunaux cantonaux romands ne sont pas liés par les faits constatés par l'instance inférieure et peuvent administrer de leur propre chef, ou sur requête, des nouvelles preuves qui peuvent cas échéant conduire à l'annulation de la décision. Le Tribunal fédéral ne peut le faire que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF. Le Tribunal administratif fédéral et les tribunaux cantonaux romands ne sont pas liés par le sens donné à un moyen de preuve par l'autorité précédente. Ils les apprécient librement et peuvent leur donner une autre portée. Tel n'est pas le cas du Tribunal fédéral, qui est lié, sauf si l'appréciation des preuves est arbitraire.

Il faut aussi noter que le Tribunal administratif fédéral¹⁶⁷, ainsi que certains tribunaux cantonaux romands¹⁶⁸, peuvent s'écarter des conclusions de l'administré à son avantage et lui accorder plus que ce qu'il de-

¹⁶⁶ Art. 106 al. 1 LTF, 62 al. 4 PA et 43 al. 1 LPJA-NE.

¹⁶⁷ Art. 62 al. 1 PA.

¹⁶⁸ Art. 43 LPJA-NE et 89 LPA-VD. L'art. 95 CPJA-FR limite cette possibilité aux domaines des contributions publiques et des assurances sociales, l'art. 143 CPA-JU aux cas prévus par des règles cantonales ou fédérales spéciales et l'art. 69 LPA-GE l'exclut tout simplement.

mande¹⁶⁹. Le Tribunal fédéral est en revanche lié par les conclusions des parties¹⁷⁰.

2. Les moyens de l'administré contre l'action administrative

Comme déjà mentionné, le recours au juge, en dehors des cas d'action, est subordonné à l'épuisement des voies de recours internes. Lorsque l'administration agit de manière infondée, c'est tout d'abord auprès de celle-ci que l'administré doit faire valoir ses droits ; il n'existe pas de mécanisme général¹⁷¹ permettant au juge d'enjoindre à l'administration de stopper son action. En droit suisse, la protection juridique des administrés est largement subordonnée à l'existence d'une décision, car il s'agit bien souvent du seul acte susceptible de recours¹⁷². L'ouverture d'une procédure, de même que les actes internes préparant une décision, ne constituent, sauf règle particulière, pas des décisions, mais bien plutôt des actes matériels, qui ne créent eux-mêmes pas de droits et obligations. En droit fédéral, l'art. 25a PA¹⁷³ permet à l'administré qui dispose d'un intérêt digne de protection et qui est touché dans ses droits et obligations, de notamment demander à l'administration de s'abstenir d'actes matériels illicites. L'autorité doit statuer par décision. A cette occasion, l'administré peut solliciter des mesures provisionnelles qui permettront de paralyser l'action de l'administration¹⁷⁴. Toutefois, l'intérêt digne de protection est

¹⁶⁹ Art. 62 al. 1 PA.

¹⁷⁰ Art. 107 al. 1 LTF.

¹⁷¹ Il n'est pas impossible que certaines lois matérielles spéciales prévoient un tel mécanisme.

¹⁷² Art. 82 al. 1 LTF, 44 PA ou 26 LPJA-NE.

¹⁷³ Le canton de Genève connaît une disposition similaire (art. 4a LPA-GE). Une partie de la doctrine estime que lorsqu'il s'agit de l'application du droit fédéral, le principe d'unité de procédure et la nécessité de l'accès au TF contraignent les autorités cantonales à rendre au moins des décisions à ce sujet (cf. MOOR/POLTIER [note 29], p. 44). Peu importe le mécanisme mis en place ; il peut s'agir d'un système similaire à l'art. 25a PA ou d'un recours direct, comme aux Grisons, contre les actes matériels (WEBER-DÜRLER BEATRICE, in : Auer/Müller/Schindler, Kommentar zum Bundesgesetz über Verwaltungsgesetz, Zurich/St-Gall 2008, N 18 ad art. 25a PA). Certains auteurs estiment que l'on arrive au même résultat en appliquant l'art. 29a Cst., qui garantit l'accès au juge (WÜRZBURGER Alain, in : Corboz et al. (édit.), Commentaire de la LTF, Berne 2009, N 60 ad. Art. 82 LTF). En ce qui concerne les actes matériels relevant uniquement du droit cantonal, la question doit s'apprécier sous l'angle de l'art. 29a Cst. principalement (cf. MOOR/POLTIER [note 29], p. 48 et références citées).

¹⁷⁴ MOOR/POLTIER (note 29), p. 47.

nié lorsque l'administré peut contester ces actes matériels ultérieurement, dans le cadre du recours contre la décision finale¹⁷⁵.

L'administré peut également dénoncer les agissements de l'autorité inférieure (qu'il s'agisse de décisions ou non) à l'autorité de surveillance¹⁷⁶. La plainte n'est soumise à aucune exigence de forme, de délai ou concernant la qualité pour agir. Elle ne confère toutefois pas la qualité de partie, ni le droit à obtenir une décision de l'autorité de surveillance. Elle ne confère pas non plus le droit d'être entendu et le dénonciateur ne peut recourir contre le refus d'entrer en matière de l'autorité, refus qui ne constitue d'ailleurs pas une décision. Les autorités fédérales n'entrent en matière qu'en cas de violation claire et répétée (ou susceptible de se répéter) du droit matériel ou formel, et en l'absence de voie de recours ordinaire¹⁷⁷. Le Tribunal fédéral estime quant à lui qu'une autorité de surveillance ne peut annuler une décision qu'en cas de violation manifeste de règles claires, de dispositions essentielles de procédure ou de l'intérêt public¹⁷⁸. L'autorité de surveillance pourra prendre des mesures provisionnelles, et bloquer l'action de l'autorité inférieure¹⁷⁹.

Il est enfin des cas dans lesquels la loi prévoit une procédure formalisée qui permet aux administrés ayant un intérêt digne de protection de se plaindre auprès d'une instance désignée du comportement d'autorités et de solliciter des mesures par voie de décision¹⁸⁰. L'intérêt digne de protection est en principe admis lorsque la plainte vise à faire constater la violation de droits des administrés ou à faire prendre or une mesure protégeant leurs droits¹⁸¹. Parfois l'intérêt digne de protection n'est même pas requis¹⁸². Dans ce cadre également, des mesures provisionnelles visant à paralyser l'action de l'administration sont en principe possibles.

¹⁷⁵ WEBER-DÜRLER BEATRICE (note 173), N 31 ad art. 25a PA ; TSCHOPP-CHRISTEN MARIANNE, *Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes* (Artikel 15 VwVg), Zurich/Bâle/Genève 2009, p. 131.

¹⁷⁶ Art. 71 PA.

¹⁷⁷ TANQUEREL (note 23), N 1449 et les références citées.

¹⁷⁸ ATF 110 Ib 38.

¹⁷⁹ JAAC 1993, n° 34, p. 310.

¹⁸⁰ Par exemple, le droit de s'opposer au traitement illicite de données personnelles ou de demander la rectification de données inexactes prévu à l'art. 25 LPD, ou la procédure prévue en cas de discrimination par l'art. 5 de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (LEg ; RS 151.1).

¹⁸¹ TANQUEREL (note 23), N 1410 ss et 1450.

¹⁸² Art. 94 de la loi fédérale sur la radio et la télévision du 24 mars 2006 (LRTV ; RS 784.40).

B. La valeur en justice des preuves recueillies par l'autorité administrative

Dans les procédures administratives ordinaires, c'est-à-dire celles qui se concluent par une décision de l'administration, le recours au juge est subordonné à l'épuisement des voies de recours internes. Les faits sont établis dans le cadre de la procédure d'instruction menant à la décision. L'autorité qui doit prendre une décision ou qui envisage de le faire peut à certaines conditions¹⁸³ prendre d'office ou sur requête des mesures provisionnelles, voire superprovisionnelles. Ces mesures ont notamment pour but de maintenir intact l'état de fait (ou de droit) à la base de l'éventuelle décision ultérieure. L'autorité peut en particulier, avant même l'ouverture d'une procédure formelle, recueillir une preuve qui est menacée de disparaître¹⁸⁴. La preuve ainsi récoltée a la même valeur qu'une preuve recueillie par un tribunal. Dans le cadre de l'instruction, l'autorité peut au surplus faire procéder à des expertises ou à l'établissement de rapports. Tel est le cas notamment dans le domaine des assurances sociales¹⁸⁵. Le Tribunal fédéral n'exclut pas que l'autorité puisse, en l'absence de doutes quant à leur bien-fondé, statuer en grande partie, voir exclusivement, sur leur base¹⁸⁶. Pour ce qui est des expertises judiciaires, le juge ne s'écarte en principe pas sans motifs impératifs de leurs conclusions¹⁸⁷.

Dans les procédures qui suivent la voie de l'action de droit administratif, la situation est différente. Dans ce cas le litige est porté pour la première fois directement devant un juge (en tous cas dans les cantons romands et au plan fédéral), l'administration et l'administré étant, comme en droit privé, sur un pied d'égalité. Les constats de l'administration ne vaudront que comme de simples allégations. Les expertises qu'elles produiront auront en principe une valeur moindre qu'une expertise judiciaire. Dans ce cas c'est exclusivement le tribunal qui peut, d'office ou sur requête, prononcer des mesures provisionnelles, ou ordonner une expertise judiciaire.

¹⁸³ Une telle mesure ne pourra être prise que si, notamment, elle constitue un moyen proportionnel d'éviter un dommage irréparable et si elle présente un caractère d'urgence.

¹⁸⁴ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (note 24), N 679. Par exemple, la nomination d'un chargé d'enquête par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA à titre de mesure provisionnelle (ATF 137 II 284, c. 4.2.2 à 4.2.4).

¹⁸⁵ Sur toute cette question, cf. DUPONT (note 110), N 98 ss.

¹⁸⁶ TF, arrêt 9C_55/2008 du 26 mai 2008, c. 4.2.

¹⁸⁷ ATF 132 II 257 c. 4.4.1 ; 125 V 351.

C. Le contrôle judiciaire en cas d'inexécution des contrats de droit administratif

En cas d'inexécution d'un contrat de droit administratif, on applique en effet par analogie les règles usuelles du droit civil, l'autorité se trouvant sur un pied d'égalité avec l'administré et devant cas échéant porter le litige devant un juge par la voie de l'action de droit administratif. Une autorité ne peut ainsi en principe pas constater unilatéralement l'inexécution d'un contrat de droit administratif et en tirer d'éventuelles conséquences juridiques¹⁸⁸.

Cette règle connaît deux exceptions. Premièrement, en présence d'un contrat de collaboration¹⁸⁹, il est admis que l'autorité décide unilatéralement de l'inexécution et prenne des mesures (exécution par substitution, contrainte directe....) pour obliger l'autre partie à exécuter le contrat lorsque l'intérêt public l'exige. La raison en est que la prestation du cocontractant constitue la mise en œuvre d'un intérêt public, et que l'administration doit pouvoir prendre les mesures nécessaires à sa sauvegarde¹⁹⁰. Deuxièmement, il y a des cas dans lesquels la loi elle-même donne à l'autorité la faculté de statuer par voie de décision sur la portée des obligations d'un contrat de droit administratif¹⁹¹.

Dans les deux hypothèses, l'administration n'est pas libre de constater arbitrairement l'inexécution ; elle doit établir d'office et correctement les faits pertinents, motiver sa décision, et respecter le droit d'être entendu de l'administré. Le recourant devra motiver son recours et expliquer pourquoi il estime la décision erronée. En revanche, il appartiendra à l'autorité d'apporter la preuve de l'inexécution, dans la mesure où la décision est prise au détriment de l'administré, et que l'inexécution est la condition pour l'administration d'agir par contrainte directe ou par substitution.

¹⁸⁸ Pour un exemple : ATF 132 I 140 c. 3.2.3.

¹⁸⁹ Un contrat est de collaboration lorsque la prestation déterminante est celle du cocontractant. Il s'agit par exemple des contrats de subvention ou de stockage obligatoire. Ils visent une activité d'intérêt public qu'ils privatisent (MOOR/POLTIER [note 29], p. 434 s.).

¹⁹⁰ ATF 103 Ib 335 c. 4. MOOR/POLTIER (note 29), p. 480 ; TANQUEREL (note 23), N 1020.

¹⁹¹ Art. 14 al. 1 de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers ; RS 172.220.1).

5. L'AMÉNAGEMENT DU TERRITOIRE EN PARTICULIER

Le questionnaire soumis aux délégations nationales par le Rapporteur général comportait un cas pratique, décrivant la situation d'une municipalité imposant par la force une réaffectation de certaines zones de son territoire, en particulier de terrains appartenant à des particuliers. C'est l'occasion, dans le cadre de cet article, de rappeler brièvement les principes généraux qui s'appliquent en Suisse, à ce sujet.

A. Généralités

En raison de l'organisation fédéraliste décrite ci-dessus, l'aménagement du territoire est, en Suisse, également régi à plusieurs niveaux. La Constitution fédérale attribue à la Confédération la seule compétence de fixer les principes applicables à l'aménagement du territoire, qui incombe aux cantons¹⁹². Ces derniers peuvent à leur tour attribuer des compétences aux communes¹⁹³.

Au niveau de l'Etat fédéral, l'aménagement du territoire fait l'objet d'une loi-cadre, la LAT, qui prévoit une obligation générale, pour les trois niveaux de collectivités publiques (Etat fédéral, cantons, communes), d'établir des plans d'aménagement, en veillant à les faire concorder entre eux. Dans un premier temps, il appartient donc aux cantons d'établir des plans directeurs sur la base d'études sur la façon de coordonner les activités ayant un effet sur l'organisation du territoire¹⁹⁴. Dans un deuxième temps, le mode d'utilisation du sol doit être réglé par des plans d'affectations délimitant trois types de zones (zones à bâtir, zones agricoles et zones à protéger)¹⁹⁵. Finalement, toute construction ou installation suppose la délivrance d'une autorisation, qui n'intervient que si celle-ci est conforme à l'affectation de la zone, et si le terrain est équipé¹⁹⁶. En conséquence, les cantons sont tous dotés d'une loi régissant l'aménagement de leur territoire. Ces lois délèguent à leur tour des tâches aux communes, éventuellement à d'autres entités administratives.

¹⁹² Art. 75 al. 1 Cst.

¹⁹³ Cf. par exemple art. 17 LATC-VD.

¹⁹⁴ Art. 6, 8 et 9 LAT.

¹⁹⁵ Art. 14 LAT.

¹⁹⁶ Art. 22 al. 1 et 2 LAT.

B. L'adoption des plans d'affectation

Le cas pratique soumis aux délégations nationales posait l'hypothèse d'un plan qui, en droit suisse, aurait été qualifié de plan d'affectation, soit un plan réglant concrètement l'affectation du sol. L'adoption de plans de ce type relève en principe de la compétence des cantons et des communes, qui doivent prévoir, à leur niveau de législation, une procédure d'adoption ad hoc.

Cette procédure doit respecter des standards minimaux, imposés par la législation fédérale. Ces standards minimaux sont notamment :

- une participation adéquate de la population (art. 4 al. 2 LAT) ;
- une mise à l'enquête publique des plans d'affectation (art. 33 al. 1 LAT)¹⁹⁷ ;
- les plans communaux doivent dans tous les cas faire l'objet d'une approbation par une autorité cantonale (art. 25 LAT).

Les plans communaux doivent respecter les plans cantonaux¹⁹⁸, qui eux-mêmes doivent respecter les prescriptions du droit fédéral.

Des graves vices de procédure dans l'adoption des plans, en particulier l'absence totale de publication, sont des motifs de nullité.

Sous l'angle du contrôle préjudiciel, un plan d'affectation au sens de l'art. 14 LAT est traité comme une décision. Il est donc indispensable de recourir contre le plan directement, le contrôle préjudiciel, par exemple au moment de l'octroi ou du refus d'une autorisation, n'est en principe pas possible¹⁹⁹.

Par exception, le contrôle préjudiciel du plan dans le cadre d'une décision individuelle est possible dans deux cas :

- lorsque les conditions d'un réexamen obligatoire du plan sont remplies (c'est-à-dire principalement lorsque les circonstances ont changé et l'intérêt public des restrictions d'utilisation liées au plan n'existe plus²⁰⁰) ;

¹⁹⁷ Les projets de plans n'ont en revanche pas à faire l'objet d'une publication (ATF 135 II 286).

¹⁹⁸ Cf. par exemple art. 74 LATC-VD.

¹⁹⁹ ATF 131 II 103.

²⁰⁰ ATF 127 I 103.

- lorsque la procédure d'adoption n'a pas permis aux intéressés de protéger à temps leurs intérêts ou d'évaluer la portée juridique des restrictions imposées²⁰¹.

Les conditions de la seconde exception sont remplies en l'espèce, de sorte que l'autorité ne pourrait se prévaloir de l'absence de recours contre le plan d'affectation au moment de son adoption. C'est d'autant moins le cas qu'en l'espèce, le plan est nul, et que cette nullité peut être relevée en tout temps, y compris à l'occasion d'un recours contre une décision individuelle subséquente.

C. Les décisions individuelles et leur exécution

Les mesures d'aménagement du territoire prises en application des plans doivent faire l'objet de décisions individuelles au sens de l'art. 5 PA. Sauf cas particuliers²⁰², le droit suisse ne reconnaît pas la forme orale dans les relations entre l'administration et les administrés. Une décision doit donc, en principe, revêtir une forme écrite, et seule la notification d'un acte écrit fait courir un délai de recours. Lorsque la notification orale est admise, une trace écrite doit en principe être conservée, par exemple sous la forme d'un procès-verbal²⁰³.

Si l'administration refuse de délivrer une décision écrite indiquant à l'administré les voies de droit pour la contester, ce dernier peut interjeter un recours pour déni de justice auprès du tribunal compétent²⁰⁴.

Les décisions individuelles peuvent être attaquées par la voie ordinaire de l'opposition puis du recours devant les tribunaux administratifs. Ces moyens de droit ont, automatiquement dans de nombreux cantons, et sur

²⁰¹ ATF 123 III 337.

²⁰² Dans le canton de Neuchâtel, les décisions peuvent être notifiées oralement en cas d'urgence, mais doivent alors être confirmées par écrit dans un délai de cinq jours (art. 4 al. 3 LJPA-NE); le canton de Fribourg prévoit une réglementation similaire « si la nature de la décision ou les circonstances l'exigent » (art. 69 al. 1 CPJA-FR; cf. également art. 46 al. 3 LPA-GE). Le droit vaudois impose une notification écrite (art. 44 al. 2, 2^{ème} phrase LPA-VD).

²⁰³ Ainsi, dans la procédure d'asile, les décisions peuvent, si la situation le justifie, être notifiées oralement et motivées sommairement. La notification orale et la motivation doivent alors être consignées dans un procès-verbal, dont le requérant reçoit un extrait (art. 13 al. 1 et 2 LASI).

²⁰⁴ Cf. art. 46a PA. Pour un autre exemple, cf. art. 56 al. 2 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1).

décision du juge instructeur auprès du Tribunal fédéral²⁰⁵, un effet suspensif. En cas d'urgence, l'administré a la faculté de requérir des mesures superprovisionnelles, sur lesquelles l'autorité peut statuer sans entendre les parties. Dans tous les cas, elle doit statuer sans délai.

Lorsqu'une décision est définitive et exécutoire, ou alors que le moyen de droit exercé ne déploie pas d'effet suspensif, soit qu'il n'ait pas été octroyé²⁰⁶, soit qu'il ait été retiré, l'autorité peut en poursuivre elle-même l'exécution, notamment par le biais d'une exécution directe contre la personne de l'obligé ou ses biens²⁰⁷, éventuellement en recourant à l'aide de la police cantonale ou communale²⁰⁸.

6. CONCLUSION

Dans la relation administrative, l'établissement de l'état de fait pertinent pour l'application du droit incombe en priorité à l'administration, qui dispose, logiquement, des moyens nécessaires à la bonne exécution de sa mission. Dans un Etat de droit, ces moyens sont, tout aussi logiquement, encadrés par les garanties fondamentales reconnues par la Convention européenne des droits de l'Homme dans les causes qui portent sur des "droits et obligations de caractère civil". En Suisse, ces garanties sont presque toutes reprises dans la Constitution fédérale. Ainsi, l'administré n'est, du point de vue formel à tout le moins, pas livré à l'arbitraire de l'administration, qui doit pouvoir justifier de la légalité de sa démarche probatoire. La preuve apparaît ainsi comme une prérogative de l'Etat, nécessaire à la bonne marche de son action.

Lorsque l'administré sollicite l'Etat pour obtenir de sa part une prestation positive à laquelle il estime avoir droit (par exemple une autorisation ou des prestations sociales), il a le devoir de collaborer à l'établissement de l'état de fait pertinent. La concrétisation de ce principe, lui-même au service de l'intérêt supérieur de la collectivité à une correcte allocation des deniers publics, a justifié l'adoption d'une pratique administrative et judiciaire, parfois même de dispositions légales, donnant aux autorités administratives un important pouvoir d'incursion dans la sphère privée de l'administré. Ce dernier, qui dépend en général économiquement de

²⁰⁵ Le recourant doit alors démontrer que sa cause n'apparaît pas d'emblée dénuée de chances de succès et que l'octroi de l'effet suspensif est une mesure proportionnelle pour éviter un dommage irréparable vraisemblable.

²⁰⁶ Dans le cadre par exemple d'un recours au Tribunal fédéral (cf. art. 103 al. 3 LTF).

²⁰⁷ Cf. art. 41 al. 1 let. b PA ; art. 61 al. 1 let. a LPA-VD.

²⁰⁸ Cf. art. 61 al. 2 LPA-VD.

l'autorisation ou des prestations qu'il sollicite, est contraint de tolérer le contrôle étatique et, même, de fournir spontanément tous les éléments requis par l'autorité. Dans de telles hypothèses, le pouvoir de l'Etat court le risque de l'exorbitance, d'autant plus que l'administré se trouve rarement en position de contester les mesures d'instruction opérées par l'administration, faute de moyens et de connaissances suffisantes.

Il paraît ainsi, paradoxalement, que plus l'administré est démuni, plus le pouvoir de l'administration est susceptible de tendre à l'exorbitance. La nécessité d'une saine gestion des biens publics justifie sans doute, pour une partie, la liberté d'action de l'administration. Il faut toutefois se garder de franchir les garanties essentielles au maintien de l'Etat de droit, sous peine de susciter et d'entretenir la méfiance des citoyens, génératrice de conflit social.