



Actes de conférence

2022

Published version

Open Access

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

Les grands principes du droit administratif

Bellanger, François (ed.); Bernard, Frédéric (ed.)

How to cite

BELLANGER, François, BERNARD, Frédéric, (eds.). Les grands principes du droit administratif. Genève : Schulthess, 2022. (Pratique du droit administratif)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:161577>

Pratique du droit administratif

Les grands principes du droit administratif

Edité par
François Bellanger et Frédéric Bernard

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



Les grands principes du droit administratif

Les grands principes du droit administratif

Édité par
François Bellanger et Frédéric Bernard

Citation suggérée: FRANÇOIS BELLANGER / FRÉDÉRIC BERNARD (éds), *Les grands principes du droit administratif*, collection «Pratique du droit administratif», Schulthess Éditions Romandes 2022

ISBN 978-3-7255-8814-5

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich 2022
www.schulthess.com

Diffusion en France: LEXTENSO – La Grande Arche – Paroi Nord – 1, Parvis de La Défense,
92044 Paris La Défense
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

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

Sommaire

THIERRY TANQUEREL	Les grands principes : origine, état des lieux et perspectives	9
CLÉMENCE GRISEL RAPIN	La légalité	37
FRANÇOIS BELLANGER	Le principe de la proportionnalité	63
PHILLIP LANDOLT	La proportionnalité comme principe réglant le pouvoir d'appréciation en droit anglais et américain	87
VÉRONIQUE BOILLET	L'égalité de traitement <i>Portée pratique à l'aune de la pandémie</i>	111
MILENA PIREK	L'application du droit dans le temps et la non-rétroactivité	135
FRÉDÉRIC BERNARD	La protection de la bonne foi	155

Avant-propos

Au fil du temps, le droit administratif a vu croître en son sein un ensemble de grands principes dont la fonction consiste à régir et encadrer l'activité de l'administration. Ces principes appartiennent pleinement au « patrimoine commun » du droit administratif puisque, bénéficiant d'une consécration de rang constitutionnel, ils s'imposent dans toutes les branches du droit administratif spécial. Au surplus, au cours des dernières décennies, cet ensemble a connu un développement sans précédent.

Le moment est donc apparu propice pour faire le point sur l'état actuel de ces grands principes et approfondir la réflexion sur leur rôle dans la mise en œuvre du droit administratif dans un Etat régi par le droit. Telle était la mission assignée à la 24^e Journée de droit administratif, qui s'est tenue le 22 juin 2021 et dont les Actes sont présentés ici.

L'ouvrage offre d'abord un état des lieux général des grands principes du droit administratif, dans une perspective à la fois historique et prospective. Il se consacre ensuite à l'étude de la légalité, de la proportionnalité, de l'égalité de traitement, de l'application du droit dans le temps et de la bonne foi. Il propose enfin de prendre un peu de distance par rapport au principe cardinal de la proportionnalité, en présentant son rôle dans le système de la *common law*.

Les éditeurs tiennent à exprimer leur gratitude à celles et ceux qui ont permis le succès du colloque et la publication de ses Actes, Mesdames Margaux Terradas, Christina Strelchouk et Camille Vallier et Monsieur Nicolas Conti, avec des remerciements tout particuliers à Madame Isabella Tonna, qui a géré l'organisation de la Journée.

François Bellanger

Frédéric Bernard

Les grands principes : origine, état des lieux et perspectives

THIERRY TANQUEREL

Professeur honoraire de l'Université de Genève

I Introduction

A. Captatio benevolentiae

Il y avait, il faut l'avouer, une certaine témérité à accepter de traiter, dans une Journée consacrée aux grands principes du droit administratif, à la fois de leur origine, de l'état des lieux du droit positif qui les consacre et de leurs perspectives de développement. Comment éviter de tomber dans le panorama superficiel de tout le champ du colloque et d'exposer sommairement ce que les contributions plus spécifiques expliquent de manière complète et fouillée ?

A cela s'ajoute que l'auteur de ces lignes n'est pas historien – fût-ce du droit – et qu'il serait bien incapable de présenter dans toute sa complexité l'histoire doctrinale et jurisprudentielle des grands principes du droit administratif. L'indulgence des lecteurs sera ici requise.

L'approche choisie pour tenter de contourner le piège de la superficialité consiste à centrer le présent exposé sur les traits communs des grands principes et sur leurs relations réciproques, dans une chronologie en trois temps : celui de la reconnaissance progressive, celui de la consécration contemporaine et celui d'un possible dépassement.

B. Objet de l'exposé

Les « grands principes » dont il sera question ici sont les principes de droit matériel qui régissent le droit administratif, désormais ancrés dans la Constitution fédérale et qui occupent une place centrale dans tous les traités contemporains de droit administratif¹ : légalité, intérêt public,

¹ DUBEY/ZUFFEREY (2014) p. 162 ss; GRISEL (1984) p. 305 ss et (1970) p. 161 ss; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) p. 76 ss; KNAPP (1991) p. 95 ss; MOOR/

proportionnalité, égalité, bonne foi, interdiction de l'arbitraire. Il existe aussi, bien sûr, des principes de procédure, comme l'accès à la justice ou le droit d'être entendu, lesquels ne seront pas examinés pour eux-mêmes dans cette contribution.

En ce qui concerne les origines des grands principes, on distinguera deux rythmes d'évolution : celui de la légalité et celui des autres principes. Mais tous les grands principes présentent une caractéristique commune, à savoir leur fondement constitutionnel, même si celui-ci n'était pas, au départ, explicite. Il reste qu'ils sont la marque d'un droit administratif qui, d'emblée, comme l'a souligné Alfred KÖLZ, a été conçu comme du « droit constitutionnel concrétisé »².

La phase contemporaine, « l'état des lieux », est d'abord celle de la consécration explicite des grands principes dans la Constitution fédérale. Elle est ensuite celle d'une justiciabilité étendue de ces principes, dont la portée est toutefois modulée selon différents critères. Il y a aussi lieu de mentionner les rapports différenciés qui peuvent lier les grands principes dans le fonctionnement actuel du système du droit administratif.

En ce qui concerne les perspectives, on se demandera s'il n'est pas temps d'envisager un certain dépassement du régime des grands principes du droit administratif en direction d'une reconnaissance d'un droit à la bonne administration. Cette réflexion s'appuiera sur quelques exemples d'actions administratives discutables et de « droits de bonne administration » qui pourraient répondre aux lacunes constatées. Elle sera complétée par quelques considérations sur les moyens de contrôler le respect de ces potentiels nouveaux droits.

II. Origines

A. La légalité

1. *Source*

Le principe de la légalité est toujours cité le premier lorsque sont énumérés les grands principes du droit administratif, le présent exposé ne

FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 621 ss; TANQUEREL (2018) p. 157 ss; TSCHAN-
NEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 19 ss.

2 KÖLZ (2004) p. 831 ss.

faisant pas exception à cette règle. Cet usage dénote la prééminence du principe de la légalité en droit administratif. Il renvoie aussi à l'antériorité de sa reconnaissance.

Certes, le principe de la légalité n'est mentionné expressément ni dans la Constitution fédérale de 1848, ni dans celle de 1874. Sa mise en évidence procède donc d'un développement jurisprudentiel et doctrinal.

Traditionnellement, le principe de la légalité est présenté comme l'émanation du principe de la séparation des pouvoirs³ : l'administration applique la loi que le législateur édicte ; si elle fait autre chose, qui revient à créer sa propre loi, elle empiète sur la compétence du législateur. Le pouvoir de faire la loi prime ainsi sur celui de l'appliquer⁴.

A cela s'ajoute, pour l'administration restrictive – à savoir les actions de l'administration susceptibles de limiter la liberté des personnes – la relation du principe de la légalité avec le catalogue des droits fondamentaux⁵ : ceux-ci ne peuvent être restreints que par la loi. L'inspiration de cette règle remonte à la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Selon l'article 4 de ladite déclaration, « [l]a liberté constitue à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. *Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.* », et, selon son article 5 « [l]a loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. *Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint de faire ce qu'elle n'ordonne pas* »⁶. Dès lors qu'une action humaine est garantie par un droit constitutionnel – qui n'est alors d'ailleurs plus seulement « naturel », mais de droit positif – la logique de la déclaration ne permet de poser des limites à une telle action que par la loi.

Depuis quelques dizaines d'années, la justification largement admise du principe de la légalité – surtout sous sa composante d'exigence d'une

3 GIACOMETTI (1960) p. 226 ss. Sur l'influence d'OTTO MAYER et FRITZ FLEINER à cet égard, cf. KÖLZ (2004) p. 832 ss. Rendant compte de cette tradition, MOOR (2005) p. 37 s.

4 MAYER (1914) p. 66.

5 GIACOMETTI (1960) p. 231 et 250.

6 C'est nous qui mettons en évidence.

base légale (« réserve de la loi ») – s’est expressément élargie à d’autres fonctions : outre la séparation des pouvoirs et la protection des droits fondamentaux, sont évoquées l’égalité, garantie par le caractère général et abstrait de la loi, la prévisibilité, assurée par la publicité de la loi, et la démocratie, vu la légitimité démocratique du législateur, légitimité encore accrue en Suisse par les instruments de démocratie directe⁷. Cela ne signifie d’ailleurs pas que la doctrine plus ancienne ignorait ces fonctions de la loi⁸, mais simplement que la justification plurielle du principe de la légalité y apparaissait de façon moins explicite.

Quelle que soit, en définitive, la ou les fonctions qui lui sont assignées, le principe de la légalité trouve sa source dans la Constitution : d’abord de façon implicite, les exigences de la légalité étant présentées, dans un premier temps, comme des corollaires de la séparation des pouvoirs ancrée dans la Constitution et des droits fondamentaux reconnus par celle-ci, puis, dans un deuxième temps, comme relevant d’une palette plus large de justifications constitutionnelles ; ensuite, depuis 2000, de façon explicite en vertu des articles 5, alinéa 1, et 36, alinéa 1, Cst.⁹

2. *L’évolution de la jurisprudence sur la légalité*

Il ne s’agit pas ici de décrire dans le détail la très abondante jurisprudence relative au principe de la légalité. On renverra à ce sujet aux ouvrages cités plus haut¹⁰ qui traitent de ce principe et surtout à la contribution de Clémence GRISEL RAPIN dans ce volume.

Il suffit, pour notre approche, de mentionner deux éléments essentiels de l’évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de légalité.

Le premier élément est bien sûr le tournant de l’arrêt *Wäffler*¹¹, rendu en 1977, lequel étend l’application du principe de la légalité à l’ensemble de

7 GRISEL (1984) p. 312 s.; voir aussi, reprenant, sous des formulations variables, certaines de ces fonctions, DUBEY/ZUFFEREY (2014) p. 166 s.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) 650 ss; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) p. 80 s.; TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) p. 141.

8 Ainsi, par exemple, à propos de l’égalité et de la « représentation populaire », FLEINER (1920) p. 125 ; pour l’égalité, GIACOMETTI (1960) p. 231.

9 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

10 *Supra* note 1. Voir aussi DUBEY (2021a) p. 191 ss; EPINEY (2015) p. 97 ss; SCHINDLER (2014) p. 112 ss; UHLMANN (2020) p. 1030 ss.

11 ATF 103 1977 Ia, 369.

l'activité étatique et non plus seulement à l'exercice de la puissance publique à l'égard des administrés. GIACOMETTI, qui prônait une applicabilité large du principe de la légalité¹², avait vu un signe d'une reconnaissance générale du principe de la légalité matérielle de l'administration déjà dans un arrêt de 1945¹³, lequel proclamait que « la ligne directrice suprême pour l'activité de l'administration, là où elle ne dispose pas expressément d'un pouvoir d'appréciation complet, est la loi. Est applicable le principe de la légalité de l'administration. Ses décisions n'ont force obligatoire que dans la mesure où elles sont conformes au droit »¹⁴. Le signe était sans doute trop timide et son interprétation prématurée. Il a fallu encore plus de 30 ans pour que l'applicabilité généralisée du principe de la légalité à toute activité administrative devienne la ligne du Tribunal fédéral. Ce n'est sans doute pas un hasard si cet élargissement du champ d'application du principe de la légalité par la jurisprudence a coïncidé avec la reconnaissance explicite par la doctrine d'une approche large de ses fonctions: la protection des droits constitutionnels n'était désormais plus toujours en cause et la séparation des pouvoirs, de plus en plus relativisée dans un droit administratif devenu foisonnant, ne pouvait prendre toute la place.

Le deuxième élément est le développement d'une jurisprudence très fine, parfois presque pointilliste, concernant le niveau d'exigence découlant de la légalité dans différentes circonstances et dans différents domaines. On se contentera de mentionner ici, à titre d'exemple, la question de l'application différenciée du principe de la légalité en matière d'impôts, taxes causales et émoluments¹⁵ et le fait que les exigences de la légalité sont assouplies en ce qui concerne l'administration de prestations¹⁶.

Pour résumer en une phrase l'essentiel de l'évolution de la jurisprudence concernant le principe de la légalité, on dira qu'elle est marquée

¹² GIACOMETTI (1960) p. 227 et 251.

¹³ ATF 71 1945 I 190, 197, c. 1; GIACOMETTI (1960) p. 283.

¹⁴ C'est nous qui traduisons. Dans la version originale: « Oberste Richtschnur für die Tätigkeit der Verwaltung ist dort, wo sie nicht ausdrücklich auf ihres freies Ermessen verwiesen wird, das Gesetz. Es gilt der Grundsatz der Gestzmässigkeit der Verwaltung. Ihre Verfügungen haben verbindliche Kraft nur insoweit als sie rechtmässig sind ».

¹⁵ Voir, par exemple, ATF 143 2017 I 227, 232 ss, c. 4.

¹⁶ Voir, par exemple, ATF 141 2015 V 688, 692 ss, c. 4.2.

par la généralisation de l'empire de la légalité et la complexité de son application.

3. *L'évolution du principe de légalité*

Même dans les premiers temps du constitutionnalisme, l'application de la loi, conçue comme norme conditionnelle encadrant l'action de l'administration, n'a jamais relevé de l'automatisme auquel la figure du syllogisme juridique semble renvoyer : le pouvoir d'appréciation de l'administration et les notions juridiques indéterminées ont toujours existé¹⁷. Cela ne signifie toutefois pas que le principe de la légalité, en tant que tel, n'a pas évolué entre la genèse de sa reconnaissance et l'état actuel de l'action administrative.

C'est un truisme de relever que le champ d'action de l'Etat s'est considérablement élargi depuis 1848 ou 1874. Cette émergence d'un Etat omniprésent s'est accompagnée d'une extension considérable du domaine et, pourrait-on dire, de la masse de la loi : il n'est plus guère de secteurs de l'activité humaine qui échappent à son empire et la quantité de normes légales a augmenté de façon spectaculaire. Le phénomène a souvent été qualifié d'inflation législative¹⁸.

L'évolution de la loi, qui a suivi celle du rôle de l'Etat, n'a pas été seulement quantitative mais aussi qualitative. Le « tissu normatif » s'est progressivement transformé. Sans entrer dans les détails, on mentionnera le recours croissant à la délégation législative, aux normes ouvertes, aux notions juridiques indéterminées. On remarquera aussi, dans la technique législative, la présence de plus en plus marquée de la pesée des intérêts, de la réglementation par les principes directeurs, de mécanismes incitatifs, de procédés contractuels. Le phénomène de privatisation qui a caractérisé l'histoire des institutions administratives ces dernières décennies n'a pas renversé la tendance, bien au contraire : il a induit un besoin de nouveau de « régulation », dont les méthodes s'éloignent souvent de la réglementation classique par voie de norme conditionnelle.

Ces développements ont été analysés, au tournant du siècle, notamment par MORAND, ainsi que par MOOR. Le premier décrit les diffé-

¹⁷ MORAND (1999) p. 31.

¹⁸ Ainsi, notamment, MOOR (2005) p. 29.

rents avatars de l'Etat – successivement, sans que les nouvelles fonctions suppriment les précédentes : libéral, providence, propulsif, réflexif et incitateur¹⁹ – et les transformations du droit qui ont correspondu à ces différentes étapes. Il relève notamment un besoin de flexibilité qui « remet en cause les exigences de légalité aussi bien au plan de la suprématie que de la réserve de la loi »²⁰ et une augmentation de la flexibilité et du flou du droit²¹. Le second constate aussi un droit devenu flou, flexible et souple²² et relève une densité normative faible du droit des activités administratives²³. Mais il souligne que la loi n'a jamais été aussi dense qu'on a voulu le dire ; le droit aurait en réalité toujours été flou, flexible et souple et c'est l'extension de son champ d'action qui rendrait ces qualités visibles²⁴.

Que l'extension du domaine de la loi ait révélé des caractéristiques longtemps masquées de celle-ci ou qu'elle ait réellement modifié le tissu normatif, il reste que l'on est en présence d'une évolution qui a vu la loi embrasser plus largement, mais étreindre souvent de manière moins serrée, surtout dans les nouveaux domaines qu'elle est appelée à investir.

Ce n'est donc pas un hasard si, dans le même temps, les autres grands principes ont gagné en visibilité : il y avait un rôle normatif à prendre pour encadrer le pouvoir d'appréciation – l'exercice de la « micropolitique »²⁵ – de l'administration.

B. La montée en puissance des autres principes

En ce qui concerne les grands principes du droit administratif autres que celui de la légalité, seul le principe d'égalité de traitement était expressément consacré dans les constitutions de 1848 et 1874 (dans les deux cas à l'article 4). La reconnaissance des principes de l'intérêt public, de

¹⁹ MORAND (1999), spéc. p. 16.

²⁰ *Id.* p. 196.

²¹ *Id.* p. 209.

²² MOOR (2005) p. 50 et 80.

²³ *Id.* p. 50.

²⁴ *Id.* p. 80 ss. MORAND (1999) p. 209, note lui aussi que nombre des traits attribués au droit « post-moderne » étaient déjà présents, mais masqués, dans la construction du droit moderne.

²⁵ Pour reprendre l'expression forgée par MOOR (2005).

la proportionnalité, de la bonne foi et de l'interdiction de l'arbitraire découle donc de développements jurisprudentiels et doctrinaux.

Parmi les premiers, il y a, d'une part, la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'article 4 de la Constitution de 1874, qui a élaboré les différents aspects du droit à l'égalité de traitement en tant que telle, mais qui a aussi tiré de cet article un droit à échapper à l'arbitraire²⁶ et un droit à la protection de la bonne foi²⁷. On ne traitera pas ici des droits de nature procédurale que le Tribunal fédéral a fait découler de la même disposition. Le Tribunal fédéral a, d'autre part, développé une longue pratique relative aux conditions de restriction des droits fondamentaux. Ainsi, notamment, les principes d'intérêt public et de proportionnalité ont acquis, dans ce contexte, le statut de règles non écrites du droit constitutionnel²⁸. Pour certains des droits fondamentaux en cause, les dispositions topiques de la Constitution de 1874 mentionnaient d'ailleurs ces principes parmi les conditions de restriction : ainsi l'intérêt public figurait-il à l'article 22^{ter}, alinéa 2, relatif à la garantie de la propriété, et « l'intérêt général » à l'article 31^{bis}, alinéa 3, relatif à la liberté du commerce et de l'industrie²⁹.

En ce qui concerne les développements doctrinaux, il faut relever que, pendant un temps, certains des principes ici évoqués, ont été mentionnés en quelque sorte « en passant », brièvement, à propos des limites du pouvoir de police ou du pouvoir d'appréciation. Tel était ainsi le cas chez MAYER, à propos du premier³⁰ ou chez FLEINER en ce qui concerne le second³¹. Plus tard, ces principes ont été présentés par GIACOMETTI comme des « substituts » au principe de la légalité, sous la forme d'une applicabilité directe de la Constitution³².

26 GRISEL (1984) p. 364 ss.

27 *Id.* p. 388 ss.

28 DUBEY (2021b) p. 1056 s.

29 *Id.*, p. 1057.

30 MAYER (1914) p. 221 ss.

31 FLEINER (1920) p. 131.

32 GIACOMETTI (1960) p. 283 ss.

C'est dès les années 1970, que ces principes ont occupé une place à part entière dans les ouvrages de droit administratif, qui les ont traités de façon explicite et approfondie³³.

On y a déjà fait allusion en évoquant l'évolution du principe de la légalité: dans la mesure où, dans des cas de figure de plus en plus nombreux, il a fallu compter avec une densité normative de la loi plutôt faible, l'importance des autres principes s'est accrue. Comme cela a été souvent souligné, lorsque l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation – sous forme de liberté d'appréciation expressément accordée par la loi, en particulier lorsque l'application de celle-ci repose sur des pesées d'intérêts complexes, ou en raison d'une latitude de jugement résultant de l'emploi de notions juridiques indéterminées – elle ne saurait agir selon son bon plaisir. L'exercice de son pouvoir d'appréciation est limité par les principes d'intérêt public, de proportionnalité, d'égalité de traitement, de bonne foi et d'interdiction de l'arbitraire³⁴.

La montée en puissance des « autres principes » est bien illustrée par le fait que le Tribunal fédéral a admis qu'ils avaient une portée propre même lorsque le principe de la légalité était en quelque sorte hors-jeu. Dans l'arrêt *Decaux*³⁵, encore rendu sous l'empire de la Constitution de 1874, il devait statuer sur l'admissibilité d'une concession conférant à une seule société le droit exclusif d'apposer de la publicité par voie d'affichage sur le domaine public. Considérant que le monopole de l'affichage sur le domaine public dont disposait la commune constituait un monopole de fait résultant de la maîtrise qu'elle exerçait sur le domaine public, le Tribunal fédéral a jugé qu'une base légale expresse n'était pas nécessaire. Mais il a néanmoins examiné si ce monopole répondait à un intérêt public et était proportionnel, questions auxquelles il a répondu par l'affirmative. Il a aussi considéré que l'octroi de la concession n'était pas arbitraire. Il faut relever que bien que le Tribunal fédéral parle de l'intérêt public et de la proportionnalité du monopole de la commune, le problème examiné est en réalité celui des modalités d'exercice de ce monopole, à savoir l'octroi d'une concession exclusive. En l'absence d'un droit à obtenir une concession dont auraient bénéficié les soumission-

³³ Parmi les premiers, GRISEL (1970) p. 171 ss et IMBODEN (1971) p. 218 ss.

³⁴ TANQUEREL (2018) p. 174 s. et 179.

³⁵ ATF 125 1999209, 221 ss, c. 10,

naires malheureux, le fait que les modalités de celle-ci aient néanmoins fait l'objet d'une analyse sous l'angle de l'intérêt public et de la proportionnalité dénote la portée large de ces principes.

III. Etat des lieux

A. Des principes expressément consacrés dans la Constitution fédérale

La consécration expresse des grands principes du droit administratif lors de la révision totale de la Constitution fédérale intervenue en 1999 constitue l'aboutissement logique de l'évolution qui vient d'être exposée tant pour la légalité que pour les autres principes. Dans tous les cas, la source constitutionnelle de ces principes, fût-elle implicite, ne faisait pas de doute. La Constitution actuelle fait œuvre utile en exprimant ces principes de façon explicite. Sur le fond, elle n'invente rien : les principes en cause constituaient déjà du droit positif avant son entrée en vigueur³⁶.

Le principe de la légalité est donc aujourd'hui ancré, d'abord, à l'article 5, alinéa 1, Cst., comme base et comme limite de l'activité de l'Etat, ce qui correspond à ses composantes de réserve et de primauté de la loi³⁷. Il est à nouveau mentionné à l'article 36, alinéa 1, Cst. comme condition de restriction des droits fondamentaux (exigence de la base légale) et à l'article 127, alinéa 1, Cst. en matière fiscale.

L'intérêt public et la proportionnalité figurent comme principes de l'activité de l'Etat régi par le droit à l'article 5, alinéa 2, Cst. et comme conditions de restriction des droits fondamentaux à l'article 36, alinéa 2, respectivement alinéa 3, Cst.

L'égalité de traitement reste consacrée constitutionnellement, désormais à l'article 8 Cst.

La bonne foi est mentionnée comme principe à l'article 5, alinéa 3, Cst. et est reconnue comme droit constitutionnel à l'article 9 Cst.

Enfin, le droit à être traité sans arbitraire est consacré à l'article 9 Cst.

³⁶ DUBEY (2021a) p. 177; EPINEY (2015) p. 89.

³⁷ DUBEY (2021a) p. 192.

Le rang constitutionnel, qui est donc désormais explicite, des grands principes du droit administratif a comme conséquence juridique leur primauté sur le droit de rang inférieur. Sous réserve de l'article 190 Cst., leur prise en compte est susceptible d'entraîner la non-application d'une règle de droit qui leur serait contraire. Il n'y a, en revanche, pas de hiérarchie entre eux et, comme on le verra plus loin, leurs rapports peuvent varier suivant les circonstances³⁸.

B. Une justiciabilité étendue et une portée modulée

1. *Justiciabilité*

On peut considérer, aujourd'hui, que la justiciabilité des grands principes du droit administratif, comprise comme la possibilité donnée aux administrés d'en faire vérifier l'application par un tribunal, est étendue.

L'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2007, de l'article 29a Cst., qui garantit l'accès à la justice, a contribué à parachever le développement de la juridiction administrative, déjà bien stimulé par les exigences résultant de l'article 6, paragraphe 1, CEDH³⁹ : le champ des décisions étatiques qui peuvent encore, en raison de leur caractère politique prépondérant, échapper à un contrôle judiciaire s'est extraordinairement réduit, même si le potentiel d'exceptions selon l'article 29a *in fine* Cst. peut paraître encore significatif sur le plan fédéral⁴⁰.

Parallèlement, la possibilité de faire contrôler la conformité au droit, et donc notamment aux grands principes du droit administratif, des actions matérielles de l'Etat s'est élargie avec l'adoption de l'article 25a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA)⁴¹ et des dispositions cantonales analogues⁴², ainsi qu'en raison de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui garantit l'accès à une voie de droit

³⁸ *Infra* III, C.

³⁹ TANQUEREL (2018) p. 428 ss.

⁴⁰ GRODECKI (2021) p. 888 ss.

⁴¹ RS 172.021.

⁴² Voir, par exemple, l'art. 4A de la loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (RS/GE E 5 10).

lorsqu'une action matérielle de l'Etat met en cause la situation juridique des intéressés, même si aucun droit fondamental n'est atteint⁴³.

Enfin, en ce qui concerne la qualité pour agir, un élargissement mécanique est intervenu devant le Tribunal fédéral avec l'introduction du recours en matière de droit public, qui a remplacé pour une large part l'ancien recours de droit public, et pour lequel une atteinte à un simple intérêt digne de protection⁴⁴, et non plus à un intérêt juridique, suffit. En comparaison internationale, la jurisprudence helvétique en matière de qualité pour agir reste cependant restrictive. On rappellera aussi que, en ce qui concerne le droit à ne pas être traité arbitrairement, le Tribunal fédéral a refusé de tirer toutes les conséquences de sa reconnaissance explicite : pour le recours constitutionnel subsidiaire, il n'admet pas que l'article 9 Cst. donne à lui seul l'intérêt juridique exigé par l'article 115, lettre b, LTF pour fonder la qualité pour agir⁴⁵. Il en va de même du principe d'égalité de traitement⁴⁶.

2. *Portée*

Le fait que, sous réserve de quelques cas exceptionnels, les grands principes du droit administratif soient justiciables ne signifie pas que leur portée soit en toutes circonstances identique. Les subtilités relatives à chacun d'entre eux à cet égard sont exposées dans les contributions spécifiques de cet ouvrage. On se limitera ici à esquisser les axes selon lesquels la portée des grands principes est susceptible d'être modulée.

La question de l'application différenciée du principe de la légalité a déjà été évoquée plus haut⁴⁷ : ce principe n'a donc pas la même portée selon que l'on se trouve, par exemple, en droit fiscal, en administration de prestations, dans le cadre d'un rapport de droit spécial ou encore en présence d'un monopole de fait.

⁴³ ATF 143 2017 I 336, 341 ss, c. 4.3 s.

⁴⁴ Art. 89, al. 1, let. c, de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF – RS 173.110).

⁴⁵ ATF 133 2007 I 185, 191 ss, c. 4 ss; jurisprudence à ce jour constante, cf. ATF 147 2021 I 89, 93, c. 1.2.2.

⁴⁶ ATF 138 2012 I 305, 308 s., c. 1.3.

⁴⁷ *Supra* II, A, 2.

La portée des grands principes peut aussi varier en fonction de l'instance de contrôle saisie. On sait que, dans le cadre d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral, si le respect de la légalité et de la proportionnalité est examiné librement quand du droit fédéral est en cause, il en va différemment, hors de l'hypothèse d'une violation des droits fondamentaux, si c'est la violation du droit cantonal qui est invoquée: dans ce cas l'examen du Tribunal fédéral est limité à l'arbitraire⁴⁸.

Enfin, il faut relever la différence de portée de l'intérêt public et de la proportionnalité suivant qu'ils s'appliquent en tant que principes au sens de l'article 5 Cst. ou en tant que conditions de restriction aux droits fondamentaux au sens de l'article 36 Cst. Dans le premier cas, le Tribunal fédéral pose en effet des exigences moins sévères pour admettre que les principes en cause sont respectés⁴⁹.

On notera encore que, dans l'arrêt *Decaux* déjà cité, le Tribunal fédéral a appliqué les principes d'intérêt public et de proportionnalité de manière assez souple dès lors qu'ils intervenaient dans le cadre de l'exercice d'un monopole de fait⁵⁰.

C. Des rapports à géométrie variable entre les principes

1. Rapport d'intégration

Il n'est pas rare que la loi elle-même incorpore dans sa formulation les principes d'intérêt public, de proportionnalité ou de bonne foi.

Ainsi en est-il, par exemple, respectivement pour l'intérêt public et pour la proportionnalité, lorsque l'article 1^{er} de la loi fédérale sur l'expropriation 20 juin 1930⁵¹ prévoit, à son alinéa 1, que « [l]e droit d'expropriation peut être exercé pour des travaux qui sont dans l'intérêt de la Confédération ou d'une partie considérable du pays, ainsi que pour d'autres buts d'intérêt public reconnus par une loi fédérale » et qu'il poursuit, à son alinéa 2, en précisant que ce droit « ne peut s'exercer que dans la mesure nécessaire pour atteindre le but poursuivi ». Ainsi en

⁴⁸ ATF 143 2017 I 321, 324, c. 6.1.

⁴⁹ ATF 138 2012 I 378, 393 ss, c. 8.2 (pour l'intérêt public) et c. 8.7 (pour la proportionnalité).

⁵⁰ ATF 125 1999 I 208, 209 ss, c. 10c et 10d.

⁵¹ LEX – RS 711.

est-il encore, pour la bonne foi, lorsque l'article 49 LTF énonce la règle selon laquelle « [u]ne notification irrégulière, notamment en raison de l'indication inexacte ou incomplète des voies de droit ou de l'absence de cette indication si elle est prescrite, ne doit entraîner aucun préjudice pour les parties ».

La conséquence de l'intégration d'un principe comme l'intérêt public, la proportionnalité ou la bonne foi dans la formulation même de la loi est que l'éventuelle violation de ce principe constitue en même temps une violation de la légalité.

2. *Rapport de complémentarité*

La complémentarité entre les grands principes constitutionnels se révèle d'abord à propos de l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'administration. Dès lors que le principe de la légalité n'occupe jamais tout le champ normatif du droit administratif, les autres principes vont prendre le relais pour encadrer l'action de l'administration, cela surtout lorsque la loi présente une faible densité normative⁵². Suivant les circonstances, le poids respectif de ces autres principes pourra varier. Dans une majorité de cas, la question de l'existence d'un intérêt public est toutefois claire et celle de la bonne foi ne se pose pas au vu des faits pertinents, c'est alors le principe de proportionnalité qui constitue le complément essentiel de celui de la légalité. Les circonstances dans lesquelles il convient de peser différents intérêts publics constituent un cas particulier, dans lequel les principes d'intérêt public et de proportionnalité sont quasiment fusionnés.

En matière de restriction aux droits fondamentaux, le rapport de complémentarité est explicite : en vertu de l'article 36 Cst., il ne suffit pas qu'une restriction repose sur une base légale, il faut encore qu'elle soit justifiée par un intérêt public et soit proportionnée au but visé.

Outre ces cas de figure très généraux, la complémentarité des grands principes se concrétise dans une série de problèmes techniques de droit administratif. Ainsi, par exemple, l'admissibilité de la rétroactivité fait appel à la légalité, à l'intérêt public, à la proportionnalité, à l'égalité de

⁵² *Supra* II, B.

traitement et à la bonne foi⁵³. La question de l'applicabilité du droit dans le temps se résout, en l'absence de règle légale topique, par application des principes d'intérêt public et de bonne foi⁵⁴. La révocation d'une décision entrée en force n'est justifiée que conformément aux principes de bonne foi, d'intérêt public et de proportionnalité⁵⁵. Un changement de pratique doit respecter le principe d'égalité de traitement et être justifié par un motif sérieux (relevant de la légalité ou de l'intérêt public)⁵⁶.

D'une certaine manière, les grands principes constituent ainsi une « boîte à outils » qui permet d'apporter une réponse aux questions que la simple lecture de la loi laisse encore ouvertes.

3. *Rapport d'opposition*

Dans un premier rapport d'opposition, que l'on qualifiera de « simple », le principe de la légalité peut être mis en échec par l'application d'un autre grand principe. On donnera quelques exemples principaux de ce cas de figure, en écartant le cas de l'annulation directe, sur contrôle abstrait, d'une règle, puisque, dans ce cas il n'y a justement, vu l'annulation, pas de loi mise en échec par un autre principe.

On mentionnera d'abord le cas dans lequel l'application d'une règle légale dans un cas particulier est écartée par un tribunal, car la règle elle-même est considérée comme ne respectant pas le principe d'intérêt public ou de proportionnalité⁵⁷.

Une hypothèse un peu différente est celle dans laquelle une règle en elle-même conforme au droit ne peut être appliquée dans un cas précis, le principe de proportionnalité étant alors violé en raison des circonstances particulières du cas: par exemple si un ordre de démolition d'une construction illégale apparaît disproportionné dans un cas d'espèce⁵⁸. L'application du principe de proportionnalité conduit alors à tolérer l'existence d'une situation non conforme au droit.

⁵³ ATF 138 2012 I 189, 193, c. 3.4.

⁵⁴ TANQUEREL (2018) p. 139 ss.

⁵⁵ ATF 143 2017 II 1, 5, c. 5.1.

⁵⁶ ATF 146 2019 I 105, 111 s., c. 5.2.2.

⁵⁷ Par exemple, ATF 116 1990 Ia 355 (disproportion d'une exigence de domicile professionnel dans le canton pour un architecte).

⁵⁸ Par exemple, Arrêt du TF 1C_150/2016 du 20.09.2016.

Un troisième cas, bien connu, est celui dans lequel une personne s'est fiée à une promesse ou à un renseignement de l'administration non conforme à la loi : si une série de conditions cumulatives et strictes sont remplies, le principe de la bonne foi pourra faire prévaloir la promesse sur le respect de la loi⁵⁹.

Un dernier exemple est fourni par la question de l'égalité dans l'illégalité. Celle-ci ne peut être en principe revendiquée, sauf si l'autorité a une pratique illégale établie à laquelle elle n'entend pas renoncer⁶⁰. C'est alors le principe d'égalité de traitement qui, dans cette situation très particulière et rarement reconnue, fera obstacle à l'application de la loi.

Il existe toutefois un deuxième rapport d'opposition, que l'on pourrait qualifier d'« aller-retour », qui voit, dans les deux dernières hypothèses évoquées, un troisième principe, à savoir celui de l'intérêt public, venir au secours de celui de la légalité.

En effet, lorsque dans le cas du renseignement erroné, les conditions pour que le principe de la bonne foi fasse échec à la légalité sont remplies, on fera néanmoins primer celle-ci si un intérêt public prépondérant l'exige. Il en va de même lorsque, en première analyse, un droit à l'égalité dans l'illégalité existe. Dans ces deux cas de figure, le principe de l'intérêt public peut ainsi empêcher que le principe de la bonne foi, respectivement celui de l'égalité de traitement, prime sur celui de la légalité.

IV. Perspectives

A. Au-delà des principes, vers un droit à la bonne administration ?

Au vu de ce qui précède, on peut considérer que le système formé par les grands principes du droit administratif est arrivé à maturité. Ces principes ont, depuis un peu plus de 20 ans, une consécration expresse dans la Constitution. La jurisprudence à leur sujet est abondante. La doctrine les concernant est tout aussi riche. Une pratique bien établie met en évidence leurs rapports complexes.

⁵⁹ ATF 141 2015 V 530, 538, c. 6.2.

⁶⁰ ATF 139 2012 II 49, 61, c. 7.1.

Mais tout système est perfectible. Une voie naturelle serait de conserver un rythme de croisière paisible et un cap inchangé, en insistant sur la plus grande effectivité possible des grands principes.

Une piste un peu plus ambitieuse pourrait aussi être envisagée. Il s'agirait alors de passer d'une administration « conforme au droit » (et en particulier aux grands principes) à une « bonne administration », voire à un « droit à une bonne administration ». On précisera d'emblée que par « bonne administration », on n'entend pas ici l'approche économiste et centrée sur les résultats concrets qui a été au cœur du mouvement de la nouvelle gestion publique. Le cadre de référence est plutôt celui de la recommandation relative à la bonne administration du Conseil de l'Europe. Il ne s'agit pas de rompre avec le régime des grands principes du droit administratif, mais de les prolonger, voire de les dépasser, sans les renier, en intégrant des dimensions de fonctionnement objectif de l'administration qui ont un effet sur les administrés. Ces dimensions ne sont actuellement pas vraiment prises en considération quand les droits des administrés sont en jeu.

La Recommandation CM/Rec(2007) du Comité des Ministres aux Etats membres relatives à une bonne administration⁶¹ se compose de deux parties: d'une part, la recommandation elle-même, précédée de longs considérants; d'autre part, en annexe, le Code de bonne administration.

Le Code regroupe essentiellement des principes classiques de droit administratif, comme les principes de légalité (art. 2), d'égalité (art. 3), d'impartialité (art. 4) et de proportionnalité (art. 5), ainsi que des droits de procédure, comme le droit d'être entendu (art. 14) ou le droit d'obtenir une réponse à une requête individuelle (art. 13 al. 4). Il n'y a pas là matière à dépassement d'un régime de grands principes.

C'est dans la recommandation proprement dite et dans ses considérants qu'une approche plus large est reconnaissable. Il y est ainsi affirmé que « la bonne administration doit être assurée par la qualité de la réglementation, qui doit être appropriée et cohérente, claire, compréhensible et accessible » et que « la bonne administration implique la réalisation de prestations répondant aux besoins essentiels de la société ». Sous cet angle, on peut discerner une dimension objective de la bonne adminis-

⁶¹ Accessible à l'adresse: <<https://rm.coe.int/16807096ba>>.

tration, qui va au-delà des grands principes. La dernière invite de la recommandation mentionne expressément le droit à la bonne administration, que les Etats membres doivent promouvoir.

En prenant au mot l'expression « bonne administration » et les considérants de la recommandation, on peut, à titre d'exemples, esquisser quelques pistes d'exigences qui pourraient être juridiquement imposées à l'administration, au-delà du cadre normatif actuel. On construira ces pistes à partir de situations concrètement observées⁶².

B. Quelques exemples envisageables de droits de bonne administration

1. Un droit à la cohérence de l'administration

a. Le cuisinier et l'architecte

Frank A., titulaire d'un certificat fédéral de capacité (CFC) de cuisinier, travaillait depuis plusieurs années dans un restaurant de fort honnête réputation, lorsque la crise du Covid a frappé et a conduit son employeur à la faillite. Compte tenu des circonstances de l'époque, très défavorables au secteur de la restauration, Frank a décidé de se reconvertir en tentant d'obtenir un CFC d'employé de commerce.

Frank a été encouragé dans sa démarche par un article de son journal préféré expliquant les bienfaits d'une récente modification de la législation genevoise sur les bourses, qui visait à faciliter l'obtention de celles-ci par des personnes en reconversion. Un responsable de l'administration avait justement donné l'exemple d'un cuisinier qui souhaiterait se reconvertir en raison de la crise sanitaire.

Frank a présenté sa candidature à un très grand nombre de places d'apprentissage. Malgré un bon dossier, aucune de ses postulations n'a eu de succès. Frank a eu l'occasion de s'en entretenir avec un employeur public potentiel, qui lui a indiqué qu'il ne pouvait pas l'engager, car il avait déjà un CFC et que le service cantonal compétent pour les questions

⁶² Pour protéger les données personnelles des personnes concernées, les protagonistes des exemples exposés prennent ici, avec des profils modifiés, l'identité du mythique Frank, dont les malheurs administratifs, imaginés par BELLANGER/AUBERT-LEBET/OBERSON (1994) ont fait cogiter de nombreuses volées d'étudiants à la fin du siècle passé. Les actions administratives décrites sont, quant à elles, bien réelles.

d'apprentissage refuserait certainement, pour cette raison, d'approuver le contrat d'apprentissage. Très surpris, Frank a mené une petite enquête et a découvert que le service avait envoyé en 2018 une circulaire à tous les employeurs du canton, laquelle soulignait que la priorité dans l'attribution des places d'apprentissage était clairement donnée aux jeunes sans titre ou diplôme préalable, glissait au passage que le service n'avait pas pu approuver plusieurs contrats d'apprentissage et affirmait que les candidats au bénéfice d'une expérience professionnelle étaient orientés vers d'autres dispositifs. Le but de cette circulaire, clairement atteint, était donc de dissuader les employeurs d'engager comme apprentis des personnes en reconversion.

La circulaire en cause pourrait être analysée sous l'angle du principe de la légalité : en effet, pour une autorité cantonale dépourvue légalement du pouvoir de refuser d'approuver un contrat d'apprentissage en raison de la formation préalable de l'apprenti, le procédé consistant à atteindre le même but au moyen d'une circulaire « fermement incitative » est très douteux. Mais, il n'y a là rien de très original et ce n'est pas la question la plus intéressante, laquelle subsisterait même si l'autorité cantonale disposait d'un large pouvoir d'appréciation pour approuver ou non un contrat d'apprentissage.

En effet, ce qui frappe dans l'exemple qui vient d'être exposé, c'est l'incohérence des actions – et du discours – du canton, qui, d'une part, modifie sa législation pour encourager financièrement les reconversions professionnelles et, d'autre part, agit concrètement pour empêcher celles-ci lorsqu'elles ne se dirigent pas vers des formations supérieures⁶³.

On peut donner un deuxième exemple de la même problématique. Frank B. est architecte. Il a été chargé de transformer un local inutilisé dans une vaste demeure de la campagne genevoise, mise à l'inventaire en raison de son intérêt architectural. L'instruction de la demande d'autorisation de construire a été particulièrement longue. D'abord, en raison des inévitables demandes de précisions qu'une intervention sur un bâtiment protégé entraîne. Mais aussi parce que le service chargé des questions énergétiques tenait à la pose de panneaux solaires, opération fermement

⁶³ Selon les derniers renseignements obtenus par Frank, le responsable actuel du service s'est dit conscient du problème et a cherché à atténuer les effets de la circulaire par une nouvelle communication.

exclue par le service chargé de la protection du patrimoine. Frank a longtemps attendu en vain que les services concernés parlent et se mettent d'accord. Il a finalement reçu une autorisation de construire, comportant encore des contradictions internes sur la question litigieuse.

Là encore, la question essentielle est celle de la cohérence de l'action administrative.

Il faut souligner deux traits communs aux situations qui viennent d'être décrites. Le premier est l'existence de conséquences négatives précises pour des personnes déterminées. Le second est l'absence de faute ou même de simple erreur de la part d'agents de l'Etat, qui aurait conduit à un excès ou à un abus du pouvoir d'appréciation. Dans les deux cas, les agents concernés ont mené une « micropolitique » qu'ils considéraient de bonne foi comme répondant à un intérêt public et cela, sous la réserve écartée plus haut, sans violer la loi. Le problème vient du fait qu'au sein de la même collectivité deux pratiques contradictoires ont été mises en place, sans que le besoin de coordination n'ait été identifié. Plutôt que d'une erreur individuelle – ce qui est typiquement le cas lorsqu'une décision administrative est prise en violation des grands principes – il s'agit ici d'un problème d'organisation de l'administration: l'information nécessaire n'y circule pas correctement et la concertation entre services est insuffisante, ce qui ouvre la voie à des actions incohérentes. Cette lacune est évidemment plus étonnante dans le deuxième exemple, où les deux services en cause appartiennent au même département. Mais le problème reste celui de l'inadéquation de l'organisation et du fonctionnement objectif de l'administration plutôt que celui d'une mauvaise application du droit.

b. D'un principe politique à un principe juridique
et à un droit

La question de la cohérence de l'action de l'Etat est d'abord d'ordre politique. L'argument de la cohérence, ou le plus souvent de l'incohérence, est régulièrement avancé dans les campagnes référendaires ou électorales: tel gouvernement offre ses bons offices pour la résolution de conflits armés, mais encourage son industrie d'armement à exporter; tel autre – ou le même – fait de la lutte contre le réchauffement climatique une priorité, mais soutient fiscalement l'utilisation de véhicules polluants. Il est difficile en Suisse de porter ce type de débat sur le plan

juridique, voire judiciaire, comme l'illustre le sort réservé par le Tribunal fédéral à l'action des « aînées pour le climat »⁶⁴.

La situation est différente dans les cas où l'incohérence de l'action étatique peut être clairement cernée et où elle touche de façon particulière la situation de personnes déterminées, même lorsqu'il n'est pas possible de démontrer une violation des grands principes du droit administratif. On pourrait en effet admettre, dans le prolongement de ceux-ci, l'existence d'un principe de cohérence de l'action de l'Etat dans ses interactions avec les administrés. Ce principe pourrait être vu comme un élargissement, ou en tout cas comme un parent, du principe d'interdiction de l'arbitraire.

Puisque, par hypothèse, le principe de cohérence, tel qu'esquissé ici, serait appelé à intervenir non pas à propos de politiques très générales touchant l'ensemble de la population, mais dans la pratique concrète de l'administration vis-à-vis de personnes déterminées, il n'y aurait pas d'obstacle insurmontable à passer d'un principe à un droit des personnes concernées.

2. *Un principe de la bonne foi étendu*

Frank C., originaire de Genève, a travaillé en France, comme exploitant d'un centre de vacances. A la fin de 2020, ayant perdu son emploi et épuisé son droit au chômage en France, il a décidé de rentrer en Suisse. Il s'est installé à Genève en mars 2021. Il est toujours en recherche d'emploi, n'a pas droit aux allocations de chômage et survit grâce à l'aide de sa famille et à de petits travaux occasionnels. Frank souhaite demander un subside pour le paiement de sa prime d'assurance-maladie. Ayant consulté le site Internet du service compétent, il a constaté, avec perplexité, qu'il devait fournir « tous les justificatifs de revenus et de la fortune de la famille en 2021 », le site précisant que, si des documents manquaient à l'appui de sa demande, le traitement de celle-ci serait retardé. Ne sachant pas comment justifier de revenus futurs et aléatoires, Frank, avec l'aide d'un mandataire bénévole, a demandé au service des précisions sur la manière de remplir sa demande. Le service a informé Frank qu'il ne pourrait pas lui adresser une réponse « avant dix à douze semaines ». Finalement, le service a répondu fort courtoisement, après sept semaines seulement, en donnant quelques précisions utiles, sans toutefois expliquer comment

⁶⁴ ATF 146 2020 I 145.

justifier, courant 2021, des revenus non encore acquis lors du reste de l'année en cause. Il faut cependant relever que, une fois la demande de subside remplie tant bien que mal et déposée, son traitement a été extrêmement rapide.

Cet exemple illustre les limites du principe de la bonne foi, conçu, dans le cas des informations fournies par l'administration, comme n'ayant de conséquences juridiques que lorsque l'administration a donné des garanties spécifiques à des personnes déterminées. Dans le cas cité en exemple, on est en présence d'une information générale lacunaire, qui, à première vue et prise à la lettre, exige quelque chose d'impossible de personnes requérant une prestation étatique, avec la menace d'un retard de traitement si l'impossible n'est pas réalisé. Qui plus est, une demande de précision formulée par un mandataire n'a obtenu de réponse que près de deux mois plus tard et de façon incomplète. Ce type de situation est de plus en plus fréquent : pour de nombreuses prestations étatiques, en matière sociale ou de formation par exemple, les administrés sont renvoyés à des informations en ligne. Lorsque des précisions sont demandées ou des incohérences relevées, il est souvent difficile d'obtenir une réponse et il arrive que celle-ci se contente de renvoyer à nouveau au site du service concerné.

Là encore, il n'est en général pas question de fautes ou d'erreurs de la part d'agents de l'Etat, sous réserve de cas anecdotiques et isolés de personnes peu amènes. Il s'agit bien d'une question d'organisation de l'Etat, qui, dans la perspective d'une bonne administration, devrait s'assurer que le public peut comprendre les démarches administratives à effectuer pour obtenir une prestation ou pour s'inscrire à une formation sans devoir faire appel à un juriste professionnel.

Dans cette optique, on peut imaginer une extension du principe de la bonne foi vers une exigence générale de « fair-play » qui serait applicable même en l'absence d'assurances particulières. Il en résulterait une obligation de prestations positives : la mise à disposition du public d'informations facilement accessibles, exactes et claires ; la possibilité d'obtenir dans un délai bref des explications sur les démarches à effectuer ; la possibilité d'avoir un échange personnalisé, oral ou écrit, avec un agent de l'Etat, sans être confiné à des systèmes automatisés.

3. *De nouveaux droits procéduraux*

Le présent exposé est centré sur les principes matériels qui régissent le droit administratif. Les droits de procédure, dont le droit d'être entendu, n'ont pas été analysés. Il n'est cependant pas possible d'évoquer la perspective d'une transition vers un droit à la bonne administration sans relever qu'une telle démarche aura nécessairement aussi un volet procédural.

A cet égard, deux idées peuvent être lancées dans le débat. La première serait de reconnaître un droit des administrés à pouvoir communiquer avec une personne identifiée dans le cadre d'un processus administratif donné. Cette possibilité a déjà été largement supprimée dans le secteur privé, par exemple en matière de télécommunications ou de transport aérien. Le secteur public semble tenté par ce modèle, tentation qu'il conviendrait de repousser. La seconde idée serait d'instituer un droit de consultation publique pour les actes généraux et abstraits de niveau infra-légal, ainsi que pour les mesures générales et concrètes ayant des effets directs sur les administrés : le récent tollé provoqué par la décision d'une institution genevoise, prise sans consultation ou information préalable, de repousser la date de versement des rentes AVS/AI illustre l'urgence de cette question.

C. **Les moyens de contrôle**

1. *Les contrôles non juridictionnels*

L'éventuelle reconnaissance de nouveaux droits des administrés, dans le cadre d'un principe général de bonne administration, n'aura d'effet que si elle est accompagnée de moyens de contrôle adéquats.

Parmi ces moyens, il convient de ne pas négliger les mécanismes non juridictionnels. Ces mécanismes présentent des avantages parfois sous-estimés : ils sont gratuits pour les administrés, ils sont souples, ils peuvent souvent être enclenchés par autosaisine de l'organe compétent. Ils peuvent se révéler particulièrement utiles lorsque les atteintes aux droits en cause sont multiples, mais minimes, ce qui n'incite pas les administrés concernés à agir.

Un premier moyen non juridictionnel est le contrôle parlementaire⁶⁵, qui peut notamment être provoqué par une pétition collective ou individuelle. Ce type de contrôle a l'avantage de la souplesse et de l'absence de formalisme. Il a l'inconvénient d'être soumis aux pressions politiques, susceptibles de favoriser la critique de l'administration ou au contraire son exonération pour des raisons plus partisans qu'objectives.

Une deuxième voie est celle des organes de contrôles spécialisés.

On peut mentionner, à titre d'exemple, la Cour des comptes genevoise instituée par l'article 128 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst./GE)⁶⁶. Celle-ci peut notamment s'autosaisir ou entrer en matière sur une communication de tiers. Elle vérifie non seulement la régularité des comptes publics, mais aussi la légalité des activités étatiques et le bon emploi des fonds publics. Elle est en outre chargée de l'évaluation des politiques publiques.

Cependant, la Cour des comptes assume une mission d'intérêt public plus que de protection des droits des personnes. On pourrait imaginer, pour cette dernière mission, l'instauration d'un défenseur des droits, sur le modèle français⁶⁷, dont l'activité est remarquable, mêlant appui individuel et prises de positions générales, tout en démontrant une réelle indépendance. On ne discerne toutefois pas, dans le débat public helvétique, de réel mouvement dans cette direction.

2. *Quelle justiciabilité ?*

La justiciabilité d'éventuels nouveaux droits tels qu'esquissés plus haut risque de se heurter à trois difficultés.

La première est la question de l'acte attaqué. Sous l'angle d'un droit à la cohérence de l'action de l'Etat ou d'un principe de la bonne foi étendu, il est à prévoir que les atteintes alléguées résulteront souvent non pas de décisions administratives, mais d'actions concrètes de l'administration, comme cela était le cas dans deux des exemples exposés. Le contrôle juridictionnel d'un droit à la bonne administration exigera sans doute

⁶⁵ Voir à ce sujet, ZIMMERLI (2008).

⁶⁶ RS/GE A 2 00. Voir aussi les articles 20 ss de la loi genevoise sur la surveillance de l'Etat du 13 mars 2014 (LSurv – RS/GE D 1 09).

⁶⁷ Voir le site du défenseur des droits: <www.defenseurdesdroits.fr>.

d'étendre encore la faculté de soumettre au juge des actes matériels de l'administration.

La deuxième difficulté est celle de la qualité pour agir. Si l'on peut regretter les tendances restrictives de la jurisprudence helvétique à ce sujet, il n'est pas réaliste, en tout cas à court et moyen terme, d'espérer les voir évoluer dans une direction plus libérale. La seule solution réside dans l'élargissement, sur le plan fédéral ou cantonal, des droits de recours accordés à des associations défendant l'intérêt public ou les intérêts collectifs des administrés. On pourrait aussi imaginer conférer un droit de recours à des organes de contrôle, comme un éventuel défenseur des droits.

Enfin, la troisième difficulté est celle du pouvoir d'examen des juridictions. Dans l'optique d'un droit à la bonne administration, qui sera surtout en lien avec l'organisation et le fonctionnement de l'Etat, on peut s'attendre à ce que les juges fassent preuve de retenue dans leur examen des actions de l'administration. Un large pouvoir d'appréciation risque d'être reconnu à celle-ci pour optimiser son fonctionnement. Cette difficulté ne doit cependant pas être surestimée. D'une part, elle ne remet pas en cause la nécessité même d'un accès au juge: un contrôle retenu vaut mieux que pas de contrôle du tout. D'autre part, il faut prendre en considération l'effet préventif tout à fait réel d'un accès au juge pour les actions de l'administration qui y sont soumises.

V. Conclusion

Au terme d'une évolution de plus d'un siècle et demi, le système constitué par les grands principes du droit administratif a atteint une certaine maturité. L'administration est aujourd'hui bien encadrée par la Constitution: un ensemble de principes y contribuent, dans des rapports complexes, sur la base d'une jurisprudence et d'une doctrine bien développées. Mais les exemples fournis montrent que la relation entre l'administration et le public peut encore être améliorée. La perspective d'un principe de bonne administration, voire d'un droit à la bonne administration, donne des pistes pour envisager le développement du droit administratif au-delà des grands principes qui lui donnent son cadre actuel.

Bibliographie

- BELLANGER FRANÇOIS, AUBERT-LEBET SUZANNE, OBERSON XAVIER (1994), *Le droit administratif en pratique*, 2^e éd., Bâle.
- DUBEY JACQUES (2021a), « Art. 5 », in MARTENET/DUBEY (éds), *Constitution fédérale*, Bâle, p. 171 ss.
- DUBEY JACQUES (2021b), « Art. 36 », in MARTENET/DUBEY (éds), *Constitution fédérale*, Bâle, p. 1052 ss.
- DUBEY JACQUES, ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE (2014), *Droit administratif général*, Bâle.
- EPINEY ASTRID (2015), « Art. 5 », in: WALDMANN/BELSER/EPINEY (éds), *Bundesverfassung – Basler Kommentar*, Bâle, p. 85 ss.
- FLEINER FRITZ (1920), *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 5^e éd., Tübingen.
- GIACOMETTI ZACCHARIA (1960), *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zurich.
- GRISEL ANDRÉ (1970), *Droit administratif suisse*, Neuchâtel.
- GRISEL ANDRÉ (1984), *Traité de droit administratif*, Neuchâtel.
- GRODECKI STÉPHANE (2021), « Art. 29a », in: MARTENET/DUBEY (éds), *Constitution fédérale*, Bâle, p. 879 ss.
- HÄFELIN ULRICH, MÜLLER GEORG, UHLMANN FELIX (2020), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^e éd., Zurich/Saint-Gall.
- IMBODEN MAX (1971), *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, Bâle/Stuttgart.
- KNAPP BLAISE (1991), *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main.
- KÖLZ ALFRED (2004), *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Vol. 2: Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848*, Berne.
- MAYER OTTO (1914), *Deutsches Verwaltungsrecht*, Vol. I, 2^e éd., Munich/Leipzig.
- MOOR PIERRE (2005), *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris.
- MOOR PIERRE, FLÜCKIGER ALEXANDRE, MARTENET VINCENT (2012), *Droit administratif, Vol. I: Les fondements*, 3^e éd., Berne.
- MORAND CHARLES-ALBERT (1999), *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris.

- SCHINDLER BENJAMIN (2014), « Art. 5 », in: EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER (éds), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, Zurich, p. 100 ss.
- TANQUEREL THIERRY (2018), *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle.
- TSCHANNEN PIERRE, ZIMMERLI ULRICH, MÜLLER MARKUS (2014), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Berne.
- UHLMANN FELIX (2020), « Legalitätsprinzip », in: DIGGELMANN/HERTIG RANDALL/SCHINDLER (éds), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich/Bâle/Genève, p. 1025 ss.
- ZIMMERLI ULRICH (2008), « Le contrôle parlementaire », in: BELLANGER/TANQUEREL (éds), *Surveillance et contrôles de l'administration*, Genève/Zurich/Bâle, p. 111 ss.

La légalité

CLÉMENCE GRISEL RAPIN

Professeure à Université de Fribourg

I. Les fondements

A. Introduction

Le principe de la légalité est un des fondements de notre ordre juridique et de notre Etat de droit et trouve aujourd'hui ancrage dans plusieurs dispositions constitutionnelles. Tout ouvrage de droit constitutionnel ou administratif consacre plusieurs chapitres à en délimiter les contours, à en définir les multiples facettes, le champ d'application, la portée, les limites ou encore les correctifs, ainsi qu'à détailler la multitude de sous-principes qui en découlent (ainsi le parallélisme des formes, la hiérarchie des normes...). Et puis gravitent autour de la légalité toute une série de problématiques et questions annexes, par exemple liées à l'application du droit dans le temps, à la publication des actes normatifs, aux rapports avec le droit privé...

La jurisprudence est par ailleurs incontournable, autant qu'abondante. Aussi fondamental soit-il, le principe de la légalité suscite de nombreuses questions délicates et conduit à un important travail du juge, qu'il s'agisse d'interpréter certaines notions, de préciser des critères ou encore de clarifier des conditions.

Dans ce contexte, la contribution qui suit ne saurait avoir d'autre ambition que de présenter une très brève synthèse de ce que peut recouvrir le principe de la légalité: ses définitions, son champ d'application, sa portée, les correctifs et enfin son contrôle par le juge.

B. La légalité et la séparation des pouvoirs

Au titre des fondements, on rappellera simplement que le principe de la légalité est indissociable du principe de la séparation des pouvoirs, dans lequel il trouve une de ses justifications et qu'il contribue par ailleurs à

mettre en œuvre¹. L'idée est de protéger les administrés contre l'arbitraire qui pourrait découler du fait qu'une seule autorité adopte, puis applique le droit². L'étendue du contrôle de la légalité par le juge ramène d'ailleurs à ce fondement.

La légalité est aussi conçue comme un corollaire du système politique démocratique, en ce sens qu'elle assure que certains actes revêtent la légitimité accrue que confère le processus démocratique³: les agents et organes de l'Etat sont tenus d'appliquer le droit; droit qui correspond à la volonté populaire⁴.

C. La légalité et l'Etat de droit

La légalité est à la base de l'Etat de droit, c'est-à-dire un Etat gouverné par le droit. Si l'on tire la notion d'Etat de droit de l'article 5 Cst.⁵, en particulier de son titre marginal: « Activité de l'Etat régi par le droit »⁶, notre ordre juridique ne la définit en réalité pas. De manière très lapidaire, on pourrait retenir qu'il s'agit de la prééminence du droit, en ce sens que toute activité de l'Etat est soumise au droit et qu'aussi bien les privés que les agents de l'Etat, quel qu'en soit le pouvoir, sont tenus par le droit⁷.

Le principe de la légalité est en quelque sorte « le principe des principes », en tant qu'il apparaît comme le premier pilier de l'Etat de droit et le garant de tous les autres, indispensable à la conception même d'un Etat

1 DUBÉY (2021) ad art. 5 Cst. n° 3; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021) n° 1794; cf. eg. ATF 141 II 169.

2 DUBÉY (2021) ad art. 5 Cst. n° 12.

3 ATF 140 II 169, 171, c. 3.1; ATF 128 I 113, 121, c. 3.c; AEMISEGGER (2017) p. 32; DUBÉY/ZUFFEREY (2014) n° 466; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) nos 328 et 333; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021) n° 1851; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) par. 19 n° 12.

4 DUBÉY (2021) ad art. 5 Cst. nos 7 s.; DUBÉY/ZUFFEREY (2014) n° 478; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021) n° 1851; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n° 333.

5 Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

6 AEMISEGGER (2017) p. 32; DUBÉY (2021) ad art. 5 Cst. nos 2 et 6; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 621.

7 DUBÉY (2021) ad art. 5 Cst. n° 7; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n° 325; UHLMANN (2020) n° 1.

de droit⁸. Les principes de légalité, d'égalité de traitement, de bonne foi et de protection contre l'arbitraire servent ainsi ensemble l'idée d'un Etat de droit qui garantirait la sécurité juridique, la prévisibilité du droit, l'égalité et les libertés individuelles⁹. Ainsi, la légalité sert l'égalité. Elle met aussi en œuvre l'intérêt public: le caractère dynamique de l'intérêt public se perçoit d'ailleurs dans l'activité des parlements, que ces derniers cherchent à accompagner et à mettre en œuvre par leur travail législatif. Bien entendu, la légalité sert (à préserver) les libertés des citoyens face aux atteintes étatiques, en leur assurant une certaine sécurité.

A certains égards, ces principes se complètent, non seulement en raison de leur but commun, mais aussi dans la mise en œuvre de ce but. Par exemple en matière de taxes causales, la jurisprudence admet qu'un déficit de légalité puisse être compensé par un contrôle de proportionnalité, lorsque celui-ci permet un contrôle efficace de la taxe¹⁰.

Parfois, en revanche, les principes de l'Etat de droit s'opposent. La proportionnalité ou la protection de la bonne foi peuvent entrer en conflit avec le principe de légalité, c'est-à-dire appeler des solutions plus proportionnelles ou conformes à des promesses de l'autorité, mais qui ne seraient pas légales. Cela, parce qu'il convient de trouver dans chaque cas particulier une solution individuelle et juste, que la légalité très formelle et surtout très générale ne permet pas toujours d'atteindre. Le conflit qui peut exister entre légalité et égalité de traitement est aussi une problématique classique: lorsqu'une pratique est durablement contraire au droit, on peut admettre à certaines conditions qu'une situation illégale soit préférée à une situation inégale¹¹.

II. Les sources et définitions

A. Les sources

L'article 5 Cst. consacre le principe de légalité en disposant que le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat. Selon cette disposition, la

⁸ DUBEY (2021) ad art. 5 Cst. n° 32.

⁹ UHLMANN (2020) n° 10. Voir à ce sujet la contribution de TANQUEREL dans ce même ouvrage.

¹⁰ AUBRY GIRARDIN (2021) ad art. 127 Cst. n°s 17 ss.

¹¹ Cf. p.ex.: ATF 108 Ia 212, 214, c.4.

légalité recouvre deux aspects, sur lesquels on reviendra plus loin : elle se présente à la fois comme *base* de l'activité de l'Etat – que l'on comprend comme l'exigence d'une base légale (réserve de la loi) – et comme *limite* de l'activité de l'Etat, soit la primauté (ou suprématie) de la loi.

L'article 164 Cst. est une autre source fondamentale. Il impose que toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit soient édictées sous la forme d'une loi fédérale et contient une liste exemplative de dispositions qui appartiennent à cette catégorie (alinéa 1). D'une certaine manière, cette disposition concrétise une partie des exigences du principe de légalité en droit fédéral, en mettant en œuvre les principes de primauté de la loi et surtout d'exigence d'une base légale au sens formel¹². La portée du principe de légalité, en particulier sous l'angle de la nécessité d'une base légale suffisante, ne peut ainsi se comprendre qu'au regard des exigences de l'article 164 Cst., qui portent à la fois sur le niveau et le contenu de la norme.

De même, on ne saurait appréhender la portée du principe de la légalité dans la perspective des droits fondamentaux sans se référer à l'article 36, alinéa 1, Cst., qui réserve l'exigence d'une base légale pour toute restriction d'un droit fondamental, voire d'une base légale au sens formel pour les restrictions graves.

L'article 127 Cst. contient une réserve similaire en exigeant que les principes généraux régissant le régime fiscal, notamment la qualité de contribuable, l'objet de l'impôt et son mode de calcul soient définis par la loi. En droit pénal, le principe « pas de peine sans loi » ancré à l'article 1 CP¹³ exprime la même exigence.

B. Les délimitations

La notion de légalité renvoie à celles de loi, de norme juridique ou de règle de droit : on entend par là des actes généraux (adressés à un nombre indéterminé de personnes), abstraits (censés s'appliquer à un nombre indéterminé de situations), obligatoires et donc édictés (dans le sens de publiés, et donc accessibles et connus).

¹² DUBEY (2021) ad. art 164 n° 4.

¹³ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

Ces quelques critères invitent à de nombreux développements et précisions, que l'ampleur modeste de cette contribution ne peut accueillir. Ils conduisent aussi à des distinctions, par exemple par opposition à tous les actes généraux et abstraits qui ne seraient pas obligatoires ou qui ne seraient pas publiés (ainsi certains actes internes à l'administration). Or, la publication des normes est un enjeu capital¹⁴. De même, la loi doit être clairement distinguée d'autres actes étatiques obligatoires, mais qui ne seraient pas généraux et abstraits (principalement la décision administrative). Cette distinction est importante à maints égards : non seulement sous l'angle de la séparation des pouvoirs et du partage des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, avec les conséquences que cela implique au plan démocratique¹⁵, mais aussi en termes procéduraux, sous l'angle de la protection juridique.

C. Les définitions

1. Une définition en deux sous-principes

La légalité se définit traditionnellement sous la forme de deux sous-principes : la suprématie de la loi (ou primauté de la loi) et la réserve de la loi (ou principe de la base légale)¹⁶.

2. La suprématie de la loi

La loi comme limite de l'activité de l'Etat (*Gesetzesvorrang*), se comprend comme l'idée d'une prééminence ou primauté de la loi (ici entendue comme de loi au sens matériel) ou plus précisément une primauté du droit¹⁷. Le principe de la primauté du droit signifie que l'activité de l'Etat est tenue par la loi : tout organe ou agent de l'Etat est soumis dans

14 Sur le rapport entre légalité et publication, cf. p.ex. : UHLMANN (2020) n^{os} 53 ss.

15 MALINVERNI/HOTTELLIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021) n^{os} 1858 ss.

16 Certains auteurs remettent en question la compréhension du principe de la légalité fondée sur la distinction entre ces deux sous-principes, estimant qu'elle ne correspond plus à l'évolution du droit et à la portée que l'on donne aujourd'hui à la légalité. Sur le débat et pour les références, Cf. : DUBEY (2021) ad art. 5 Cst. n^{os} 35 et 42 s.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) par. 19 n^{os} 8 ss.

17 DUBEY (2021) ad art. 5 Cst. n^o 36; DUBEY/ZUFFEREY (2014) n^o 471; TANQUEREL (2018) n^o 448.

toutes ses activités à toutes les règles de droit (valablement adoptées), indépendamment de leur rang; il doit respecter le droit¹⁸.

Du (sous-) principe de la primauté de la loi dérivent une série de conséquences, connues comme autant de principes de notre ordre juridique: le droit inférieur doit respecter le droit supérieur (principe de la hiérarchie des normes); l'auteur de la norme est tenu de respecter ses propres normes (principe du parallélisme des formes); les autorités de rang supérieur respectent aussi le droit des collectivités inférieures (en vertu du respect des compétences d'édicter le droit)¹⁹.

3. *La réserve de la loi: l'exigence d'une base légale (suffisante)*

a. La définition générale

La loi comme base de l'activité de l'Etat (*Gesetzesvorbehalt*) exprime une exigence supplémentaire: celle de la nécessité d'une base légale. Tout acte étatique doit reposer sur une base légale (au sens matériel). Il ne saurait y avoir d'activité étatique qui ne repose sur le droit, c'est-à-dire sans base légale²⁰. Historiquement, l'exigence de la base légale se comprenait dans le sens d'une « réserve de la loi » pour certaines activités étatiques, en particulier les atteintes aux droits fondamentaux et le droit fiscal.

Dans une conception très générale, la base légale s'entend d'un acte adopté par le pouvoir législatif, ou du moins par *un* pouvoir doté de compétences législatives²¹. Elle doit contenir des règles de droit, c'est-à-dire des normes juridiques générales, abstraites et obligatoires²². Ainsi, selon cette définition générale, le principe impose que toute activité de l'Etat repose au moins sur un acte adopté par une autorité disposant

¹⁸ DUBÉY (2021) ad art. 5 Cst. n° 36; DUBÉY/ZUFFEREY (2014) n° 471; TANQUEREL (2018) n° 467.

¹⁹ Cf. sur ces trois notions: DUBÉY (2021) ad art. 5 Cst. nos 64 ss; DUBÉY/ZUFFEREY (2014) n° 472; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 632 ss et 643; TANQUEREL (2018) nos 393, 467 et 470 ss.

²⁰ DUBÉY (2021) ad art. 5 Cst. n° 38; DUBÉY/ZUFFEREY (2014) n° 475.

²¹ DUBÉY/ZUFFEREY (2014) n° 512.

²² DUBÉY (2021) ad art. 5 Cst. n° 39; DUBÉY/ZUFFEREY (2014) n° 512; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n° 338.

d'un certain pouvoir législatif et qui contienne des règles générales, abstraites et obligatoires à effets externes²³.

Mais l'exigence d'une base légale doit se comprendre aussi comme la nécessité d'une base légale *suffisante* à deux égards: aussi bien quant à son contenu (densité normative) que quant au niveau ou rang de la norme, sous l'angle de la hiérarchie des normes²⁴.

b. L'exigence d'une base légale d'une densité suffisante

Le principe de la légalité comprend une exigence de densité normative suffisante: la base légale doit non seulement exister pour servir de base à l'activité étatique, mais doit encore présenter un certain contenu, une densité normative suffisante. On peut parler d'un aspect qualitatif, qui concerne la loi elle-même²⁵.

Selon cette exigence, la norme doit être suffisamment compréhensible et prévisible pour que le citoyen sache et puisse anticiper son comportement et être en mesure d'évaluer les conséquences juridiques de ses actes. Elle sert en ce sens la prévisibilité du droit²⁶.

La norme doit être encore suffisamment claire et précise²⁷. Il s'agit d'éviter le blanc-seing aux autorités d'exécution, qui viderait de son sens l'exigence de légalité²⁸.

Cette nécessité de conférer à la loi une densité suffisante pose néanmoins des questions d'interprétation sous l'angle de la portée de la règle. Pour être générale et abstraite, la loi est en effet nécessairement *indéterminée*. Les exigences de base légale, notamment quant à la précision et à la clarté de la règle, varient en fonction des matières à régler, voire des domaines du droit. On y reviendra (*infra* IV.C).

23 DUBÉY/ZUFFEREY (2014) n^{os} 512 s.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n^{os} 340 s.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 653.

24 UHLMANN/FLEISCHMAN (2017) p. 9 s.

25 DUBÉY (2021) ad art. 5 Cst. n^o 46; TANQUEREL (2018) n^o 478.

26 ATF 139 I 280, 284, c. 5.1; ATF 109 Ia 273, 282 ss, c. 4d; DUBÉY (2021) ad art. 5 Cst. n^o 46; DUBÉY/ZUFFEREY (2014) n^o 518; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n^o 343; UHLMANN/FLEISCHMAN (2017) p. 8.

27 DUBÉY/ZUFFEREY (2014), n^o 521; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), n^o 340.

28 DUBÉY/ZUFFEREY (2014), n^o 518; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), n^o 340.

c. L'exigence d'une base légale suffisante en termes de hiérarchie des normes

L'exigence d'une base légale suffisante en termes de hiérarchie des normes porte sur le niveau de la base légale (*Normstufe*). Il ne suffit en effet pas toujours d'une base légale au sens matériel avec un certain contenu, encore faut-il que cette base présente un certain rang dans la hiérarchie des normes. En d'autres termes, il doit parfois s'agir d'une loi au sens formel, soit une règle de droit adoptée par le pouvoir législatif et soumise au referendum facultatif ou obligatoire²⁹. Cette exigence d'une base légale formelle est intimement liée à la fonction démocratique du principe de légalité³⁰.

L'exigence d'une base légale au sens formel n'est pas imposée directement par l'article 5 Cst. En revanche, le constituant a fixé à l'article 164, alinéa 1 Cst. la règle selon laquelle toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent figurer dans une « loi ». Les restrictions graves des droits fondamentaux doivent aussi être prévues par une loi (art. 36, al. 1, 2^{ème} phrase, Cst.).

Ces deux dispositions donnent matière à interprétation : il s'agit de déterminer quelles sont les dispositions « importantes » qui requièrent une base légale formelle, respectivement ce qu'il faut entendre par « restriction grave » d'un droit fondamental (cf. *infra* IV).

III. Le champ d'application

Aujourd'hui, la question du champ d'application du principe de légalité n'est plus guère sujette à discussion : le principe de la légalité s'applique à toute l'activité étatique. Ainsi, l'exigence de la base légale ne vaut plus seulement pour l'administration dite de police ou restrictive (restrictions des droits fondamentaux, fisc), mais aussi pour l'administration dite de promotion ou de prestation³¹. Le Tribunal fédéral a établi depuis longtemps que le principe de la base légale s'applique également à l'adminis-

²⁹ DUBEY (2021) ad art. 5 Cst. n° 42.

³⁰ DUBEY/ZUFFEREY (2014) n° 531.

³¹ MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021) n°s 1794 et 1863; DUBEY (2021) ad art. 5 Cst. n° 50; TANQUEREL (2018) n° 459; UHLMANN (2020) n° 36; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n°s 379 ss.

tration de prestation³². L'idée de la « réserve de la loi » est désormais la règle et non plus l'exception³³.

Parallèlement, on observe que le champ de l'activité étatique elle-même s'est considérablement étendu et que, indépendamment de la question de la nécessité d'une base légale, le législateur se préoccupe des besoins changeants de la population et des évolutions de la société, qui le conduisent à légiférer. Cependant, cette extension du champ d'application de la légalité s'est aussi accompagnée d'une plus grande tendance à la délégation législative de certaines compétences législatives. Ce mouvement de délégation pose la question non pas du principe de l'exigence d'une base légale, mais de sa portée sous l'angle du niveau de la norme. A cet égard, la Constitution et la pratique différencient selon les domaines et l'objet de la réglementation (cf. supra V, B).

IV. La portée

A. L'exigence de rang

1. *En vertu de l'article 164 Cst.*

La portée du principe de la légalité s'apprécie différemment s'agissant des exigences de rang (ou niveau) de la norme et de contenu (densité normative) de celle-ci.

L'exigence du niveau de la norme est régie principalement par les articles 164 Cst. et 36 Cst., qui appellent des précisions et des interprétations par les tribunaux. Il s'agit en effet de déterminer quelles sont les dispositions « importantes qui fixent des règles de droit », qui requièrent une base légale formelle, respectivement ce qu'il faut entendre par « restriction grave » d'un droit fondamental.

L'article 164, alinéa 1, Cst. impose que certaines dispositions soient édictées sous la forme d'une loi fédérale. Il s'agit en principe d'un acte adopté par le pouvoir législatif et soumis au referendum facultatif.

Déterminer la portée de l'article 164, alinéa 1, Cst. suppose de définir ce que le constituant entend par les termes « dispositions importantes qui

³² Arrêt ATF 103 Ia 369. 380 ss, c. 5 ss (arrêt *Wäffler*).

³³ MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021) n° 1850; TANQUEREL (2018) n° 476.

fixent des règles de droit »³⁴. Il s'agirait de tout texte écrit de portée normative (« disposition »), fixant des règles de droit au sens de l'article 163, alinéa 1, Cst. et de l'article 22, alinéa 4, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement³⁵. Ces dispositions doivent encore être importantes, ce qui s'apprécie au regard de leurs conséquences, donc de leurs effets juridiques³⁶. Jurisprudence et doctrine ont mis en évidence une série de critères qui doivent permettre d'appréhender cette importance, aussi bien qualitative que quantitative : parmi ceux-ci, l'intensité de l'atteinte, le nombre de sujets de droit touchés, les conséquences financières, l'importance politique³⁷. Par ailleurs, l'article 164, alinéa 1, Cst. contient une liste exemplative de matières ou de dispositions « importantes ».

Aux exigences d'une base légale formelle peuvent parfois s'opposer des impératifs de flexibilité, de technicité ou d'adaptabilité, qui conduisent la doctrine et les tribunaux à reconnaître une certaine marge de manœuvre au législateur dans son appréciation³⁸. La jurisprudence montre aussi que l'exigence du niveau de la norme varie selon les domaines³⁹.

2. *En vertu de l'article 36 Cst.*

En vertu de l'article 36 Cst., « toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi ». Si la première phrase ne pose aucune exigence

³⁴ Pour une analyse détaillée, cf. DUBEY (2021) ad art. 164 Cst. n^{os} 19 ss Cf. également : UHLMANN (2020) n^{os} 13 ss; UHLMANN/FLEISCHMANN (2017) p. 10.

³⁵ LParl – RS 171.10; L'art. 22, al. 4, LParl a la teneur suivante : « *Sont réputées fixant des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences.* ». Cf. également : DUBEY (2021) ad art. 164 n^{os} 19 et 20.

³⁶ DUBEY (2021) ad art. 164 Cst. n^o 21.

³⁷ UHLMANN (2020) n^o 14; DUBEY (2021) ad art. 164 Cst. n^o 22.

³⁸ Cf. par exemple l'ATF 143 I 227, 236, c. 4.5 : S'agissant du contrôle du tarif des frais judiciaires dans le canton de Vaud, le Tribunal fédéral constate que les lois cantonales ne prévoient pas, même de façon sommaire, un cadre tarifaire quelconque ou le mode de calcul des émoluments judiciaires qu'est en droit de percevoir la justice administrative. Il conclut que ce défaut est contraire au principe de la légalité fiscale (art. 127 Cst.), avant de préciser que ce constat doit être relativisé « *à l'aune de la réalité juridique et des exigences de la pratique* ».

³⁹ UHLMANN (2020) n^{os} 32 ss. Pour des exemples récents, cf. p.ex. : ATF 146 II 56, 144 II 376 et 141 II 169.

quant au rang de la base légale, la deuxième impose que les restrictions « graves » trouvent une assise dans une base légale au sens formel⁴⁰.

Pour juger de la constitutionnalité d'une atteinte à un droit constitutionnel, il est ainsi nécessaire d'apprécier la gravité de la restriction, c'est-à-dire son intensité. Or, il n'existe aucune définition générale, ni aucun critère général qui permette d'apprécier *in abstracto* la gravité d'une atteinte à un droit fondamental. La jurisprudence l'apprécie donc en fonction du droit touché et de toutes les circonstances du cas, selon une approche aussi objective que possible⁴¹. On peut dégager de la pratique quelques critères, parmi lesquels le genre et la durée de la restriction, ses effets et conséquences pour l'administré, ou le nombre d'individus touchés⁴². La jurisprudence est abondante⁴³.

B. L'exigence de densité normative

L'exigence de la base légale vise non seulement le rang, mais aussi le contenu de la base légale. On pose ici la question de la densité normative que doit revêtir la norme. Cette exigence d'une densité normative suffisante se déduit de l'article 5 Cst., mais aussi des articles 36 Cst. et 164 Cst.

L'exigence d'une densité normative suffisante implique que la loi présente un certain niveau de clarté et de précision. Mais cette densité est par essence relative, voire variable, selon les domaines à réglementer, les intérêts visés et touchés, les enjeux, mais aussi en raison du caractère nécessairement indéterminé, général et abstrait de la norme. D'un côté, il faut que les administrés comprennent à quelles conditions et dans quelles circonstances la loi s'applique et quels effets juridiques elle déploie. De l'autre, les autorités d'application doivent disposer d'une souplesse qui leur permette de prendre en compte la diversité des situations

⁴⁰ Par quoi il faut comprendre une loi fédérale au sens des art. 163 et 164, al. 1, Cst, étant précisé qu'une disposition de rang conventionnel ou constitutionnel satisfait aussi cette définition. Cf.: DUBEY (2021) ad art. 36 Cst. n° 83.

⁴¹ DUBEY (2021) ad art. 36 Cst. n° 42; EPINEY (2015) ad art. 36 n° 21.

⁴² DUBEY (2021) ad art. 36 Cst. n° 42; EPINEY (2015) ad art. 36 n° 21.

⁴³ Parmi quelques exemples récents, cf. par exemple ATF 143 I 377 (surveillance régulière par un détective), ATF 143 I 253 (inscription dans une banque de données), ATF 139 I 280 (interdiction du port du voile), ATF 125 I 322 (autorisation de pratiquer).

et les circonstances particulières de chaque cas, c'est-à-dire d'accueillir la dimension individuelle et concrète des situations auxquelles la loi s'applique. Le législateur doit pouvoir moduler ce paramètre par le biais de normes plus ou moins ouvertes, qui laissent donc la marge de manœuvre adéquate aux autorités d'application, en tenant compte notamment de l'intérêt public et des exigences d'égalité.

Le Tribunal fédéral reconnaît ainsi que le législateur ne peut pas éviter de recourir à des concepts généraux plus ou moins flous⁴⁴ : il y aurait ainsi « une appréciation que l'on ne peut faire objectivement qu'au moment où se présente le cas concret d'application de la loi »⁴⁵.

Les exigences de densité normative varient donc en fonction des buts de la norme, de ses effets sur les droits et les obligations des administrés, de la diversité des situations qu'elle peut viser, de la complexité et de la prévisibilité des décisions qui seront prises dans les cas d'espèce⁴⁶. Les besoins de flexibilité doivent aussi être pris en compte. Ces exigences sont aussi à géométrie variable selon les domaines à réglementer. Traditionnellement, elles sont moins strictes s'agissant de l'administration de prestation, la gestion du domaine public ou le contrat de droit administratif, tandis que le domaine fiscal ou la restriction des droits fondamentaux requièrent une densité plus grande⁴⁷.

V. Les correctifs

A. La liberté d'appréciation et la latitude de jugement

Le principe de la légalité connaît plusieurs sortes de correctifs. Certains concernent le contenu de la loi, d'autres plutôt l'exigence liée au rang de la base légale.

⁴⁴ Cf. ATF 141 V 688, 692, c. 4.2.2 : « L'exigence de la densité normative n'est toutefois pas absolue, car on ne saurait exiger du législateur qu'il renonce totalement à recourir à des notions générales, comportant une part nécessaire d'interprétation. Cela tient en premier lieu à la nature générale et abstraite inhérente à toute règle de droit, et à la nécessité qui en découle de laisser aux autorités d'application une certaine marge de manœuvre lors de la concrétisation de la norme. ».

⁴⁵ ATF 135 I 169, 173, c. 5.4.1.

⁴⁶ Cf. ATF 136 I 87, 90 s., c. 3.1 ; ATF 131 II 13, 29, c. 6.5.1 ; UHLMANN (2020) n° 16.

⁴⁷ Cf. p.ex. : ATF 144 I 126 et 133 II 331. Cf. aussi : DUBEY (2021) ad art. 5 n° 51 ; UHLMANN (2020), n°s 32 ss ; TANQUEREL (2018) n° 478.

La loi est générale, et donc parfois schématique. Elle n'est cependant appliquée que dans des cas d'espèce, c'est-à-dire dans des circonstances individuelles et spécifiques qui nécessitent des nuances. Le législateur peut essayer de tenir compte de cet impératif de plusieurs façons : en ménageant un pouvoir d'appréciation aux autorités d'application, en adoptant des *Kann-vorschriften*, en introduisant des notions juridiques indéterminées ou un critère de proportionnalité dans la disposition⁴⁸. Cette manière de faire doit permettre une application juste du droit, c'est-à-dire plus individualisée et appropriée à chaque cas d'espèce, mais aussi par exemple au temps qui passe. On distingue ainsi les normes fermées, qui lient les autorités d'application, des normes ouvertes, qui laissent aux autorités d'application une certaine marge de manœuvre⁴⁹.

Le législateur peut donc, tout en restant dans les limites de la légalité, c'est-à-dire en respectant l'exigence d'une base légale suffisamment dense et précise, aménager une certaine marge d'appréciation à l'autorité d'application⁵⁰. En soi, cela ne pose pas de problème de séparation des pouvoirs, puisque le législateur fait usage de sa compétence de légiférer sans transférer de compétence ni accorder de blanc-seing au pouvoir exécutif.

On distingue traditionnellement deux manières d'aménager cet espace : la liberté d'appréciation et la latitude de jugement. En lui accordant une liberté d'appréciation, le législateur donne à l'administration le choix entre plusieurs possibilités, toutes légales (elle peut agir ou non, ou choisir entre différentes mesures)⁵¹. Parmi toutes ces solutions légales, l'autorité d'application peut choisir celle qui est la plus opportune⁵². La latitude de jugement se réfère traditionnellement à l'usage de notions juridiques indéterminées, qui laissent à l'autorité d'exécution le choix du

48 DUBEY/ZUFFEREY (2014) n^{os} 417 s.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n^{os} 391 s.

49 DUBEY/ZUFFEREY (2014) n^{os} 418 ss; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n^{os} 391 s.

50 DUBEY (2021) ad art. 5 Cst. n^{os} 58 s.

51 DUBEY (2021) ad art. 5 Cst. n^{os} 58 s.; DUBEY/ZUFFEREY (2014) n^o 427; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n^{os} 398 ss; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021) n^{os} 1889 ss; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 739; TANQUEREL (2018) n^o 500.

52 DUBEY (2021) ad art. 5 Cst. n^{os} 58 s.; DUBEY/ZUFFEREY (2014) n^o 427; TANQUEREL (2018) n^o 500.

sens à leur donner, c'est-à-dire de l'interprétation⁵³. La distinction entre les deux notions est parfois remise en cause en doctrine⁵⁴ et souvent difficile à tracer en pratique⁵⁵. Mais elle reste actuelle, du moins sous l'angle du contrôle exercé par le juge, selon qu'il peut porter sur l'opportunité ou se limite à la légalité (*infra* VI.C).

B. La délégation législative

La délégation législative est une délégation de la compétence de légiférer, soit un transfert de compétence du pouvoir législatif au pouvoir exécutif (ou éventuellement judiciaire) d'édicter des règles primaires, sous la forme d'ordonnances indépendantes⁵⁶. Le mécanisme de la délégation législative touche à l'exigence de la *Gesetzform*. Il crée un régime d'exception, sous l'angle de la séparation des pouvoirs et de la démocratie, puisqu'il consiste à déroger à l'exigence du niveau de la norme.

Le Tribunal fédéral a développé depuis longtemps une jurisprudence sur les conditions de validité de la délégation législative : elle ne doit pas être interdite par la Constitution, être contenue dans une loi au sens formel, se limiter à une matière déterminée et contenir les grandes lignes de la réglementation à adopter⁵⁷. Désormais, l'article 164, alinéa 2, Cst. dispose expressément qu'une loi fédérale peut prévoir une délégation de la compétence d'édicter des règles de droit, à moins que la Constitution ne l'exclue. La doctrine met en évidence la difficulté dogmatique de concilier les conditions jurisprudentielles de la délégation législative – notamment la nécessité d'un contenu minimal dans la loi au sens formel – avec l'exigence du niveau de la norme ancrée à l'article 164, alinéa 1, Cst.⁵⁸

⁵³ DUBEY/ZUFFEREY (2014), n° 448; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), n°s 413 ss; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 756 ss.

⁵⁴ Pour une analyse de cette problématique, cf. : TANQUEREL (2018) n°s 509 ss.

⁵⁵ Ainsi par exemple lorsqu'il s'agit de distinguer : « L'autorité peut autoriser [...] » et « Lorsque les circonstances le justifient, l'autorité autorise [...] ».

⁵⁶ Sur les deux types de délégation, cf. : HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n° 364.

⁵⁷ Pour plus de détails, cf. p.ex. : ATF 134 I 322, 327, c. 2.4 ou 128 I 113, c. 3; DUBEY/ZUFFEREY (2014) n° 536; TANQUEREL (2018) n°s 493 ss; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n°s 368 ss; UHLMANN (2020) n° 24; UHLMANN/FLEISCHMANN (2017) p. 15.

⁵⁸ UHLMANN (2020) n° 28. A ce sujet, voir aussi DUBEY (2021) ad art. 164 Cst. n° 54.

L'articulation des deux alinéas de l'article 164 Cst. se révèle d'ailleurs délicate en pratique⁵⁹.

C. La clause générale de police

1. Introduction

La clause générale de police est un principe général, en vertu duquel l'Etat est fondé exceptionnellement à prendre des mesures dépourvues de toute base légale – ou de la base légale nécessaire – afin de préserver l'ordre et la sécurité publique, en cas de danger sérieux, direct et imminent⁶⁰. Elle est fondée sur l'idée que puissent survenir des circonstances imprévisibles et si extraordinaires qu'elles justifient, voire exigent, une action immédiate de l'Etat⁶¹. Exceptionnellement, un acte étatique peut donc être dépourvu de tout fondement légal.

La clause générale de police est ainsi *l'exception qui confirme la règle*; elle rappelle l'importance que chaque citoyen attache au principe auquel, précisément, elle déroge.

2. Les fondements

La clause générale de police est considérée comme un principe non écrit. Elle trouve cependant deux fondements en droit fédéral. De manière générale, l'article 185, alinéa 3, Cst. prévoit que le Conseil fédéral peut édicter des ordonnances (indépendantes) et prendre des décisions afin de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou intérieure⁶². Plus spécifiquement en matière de restriction des droits fondamentaux, l'article 36, alinéa 1, 3^{ème} phrase, Cst. permet de renoncer à l'exigence de la base légale en cas de danger sérieux, direct et imminent.

⁵⁹ Pour une illustration récente, cf.: ATF 141 II 169, c. 6.2.1.

⁶⁰ ATF 128 I 327, 340 s., c.4.2; DUBEY (2021) ad art. 5 Cst. n° 54; DUBEY/ZUFFEREY (2014) n°s 1291 s.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021) n°s 1897 ss; TANQUEREL (2018) n° 460.

⁶¹ DUBEY (2021) ad art. 5 Cst. n° 54; DUBEY/ZUFFEREY (2014) n° 1291; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 669.

⁶² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 668; TANQUEREL (2018) n° 460.

La loi fédérale du 17 décembre 2010 sur la sauvegarde de la démocratie, de l'Etat de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires⁶³ précise notamment les conditions dans lesquelles le Conseil fédéral peut faire usage de cette possibilité. Quant à l'article 7d de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration⁶⁴, il fixe des limites temporelles à ces ordonnances⁶⁵. Par ailleurs, plusieurs lois spéciales, notamment la loi fédérale sur les épidémies⁶⁶, anticipent le risque de situation extraordinaire. Le législateur a fait le choix de laisser au Conseil fédéral une grande liberté, en lui conférant des compétences législatives primaires⁶⁷. L'application de ces différentes sources a fait l'objet de nombreuses discussions à la suite des mesures que le Conseil fédéral a prises durant les derniers mois dans le cadre de la lutte contre le coronavirus⁶⁸.

3. *Les conditions*

Le recours à la clause générale de police doit demeurer exceptionnel et motivé par un intérêt de police super-prépondérant. Il doit être proportionné, en ce sens qu'il doit se limiter à ce qui est nécessaire et être limité dans le temps⁶⁹. Le caractère imprévisible est plus discuté⁷⁰. Le Tribunal fédéral a par ailleurs admis l'extension du champ d'application à des dangers qui ne sont pas à proprement parler « de police »⁷¹.

⁶³ RO 2011 1381.

⁶⁴ LOGA – RS 172.010.

⁶⁵ Cf. Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national, FF 2010 p. 1450 ss.

⁶⁶ LEp – RS 818.101.

⁶⁷ Dans ce sens, cf. p.ex. : BERNARD (2020a) p. 132 ; HOTTELIER (2020a) p. 7.

⁶⁸ Parmi les nombreuses publications récentes sur ce sujet, cf. p.ex. : BERNARD (2020a) ; BERNARD (2020b) ; BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (2020) ; KLEY (2020).

⁶⁹ DUBEY/ZUFFEREY (2014) n° 1292.

⁷⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 673 ss.

⁷¹ ATF 137 II 431 (risque systémique de la faillite d'une grande banque). Cf. : MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 670 s.

VI. Le contrôle du respect de la légalité

A. L'objet

Le principe, ses contours et sa portée une fois définis, il convient de se demander par quels moyens s'assurer que toutes les exigences du principe de la légalité sont respectées et correctement mises en œuvre. Cela revient à se demander quels actes sont susceptibles d'être contrôlés, sous quel angle et avec quel pouvoir d'examen.

Le contrôle peut d'abord porter sur différents objets. Premièrement, tout acte étatique individuel et concret doit reposer sur une base légale : il doit donc être possible de contrôler les actes d'application des autorités administratives, afin de s'assurer notamment du respect de l'exigence de la base légale (existence de la base légale, bonne application ou interprétation de celle-ci).

Deuxièmement, la base légale elle-même doit être suffisante, c'est-à-dire valable, précisément pour servir de fondement aux actes individuels de l'administration. Dans certains cas et à certaines conditions, les tribunaux peuvent ainsi contrôler la base légale elle-même.

Troisièmement, il est possible – dans une certaine mesure seulement – de contrôler la délégation législative. Le droit de rang inférieur doit aussi respecter la légalité, en particulier la hiérarchie des normes : il peut se révéler en lui-même insuffisant (sous l'angle de la densité), mais aussi contenir des normes primaires alors qu'une base formelle s'imposait, ou encore violer la base légale sur laquelle il se fonde.

B. La portée

1. *Dans le cadre d'un contrôle concret*

Dans la perspective du contrôle concret, il faut rappeler que la légalité est un principe, mais non un droit constitutionnel indépendant (sauf en matière d'impôts en vertu de l'art. 127 Cst.)⁷². Cela signifie qu'en dehors de la restriction d'un droit ou d'une liberté fondamentale, sa violation ne peut être portée devant le juge constitutionnel, par le recours consti-

⁷² DUBEY/ZUFFEREY (2014) n° 483; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021) n° 1857; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 687 s.; TANQUEREL (2018) n° 456; UHLMANN (2020) n° 42.

tutionnel subsidiaire, qu'en lien avec une violation de la séparation des pouvoirs, de l'égalité de traitement, de l'arbitraire⁷³ ou de la primauté du droit fédéral⁷⁴.

Le grief de violation du principe de légalité est en revanche recevable dans le recours en matière de droit public au Tribunal fédéral (art. 95 LTF) et dans les recours de droit administratif devant les Tribunaux cantonaux et le Tribunal administratif fédéral (art. 49, lettre a, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative⁷⁵). Devant le Tribunal fédéral, il faut toutefois distinguer droit fédéral et droit cantonal, car le grief est limité s'agissant du contrôle du droit cantonal; le Tribunal fédéral ne revoit l'application du droit cantonal que sous l'angle restreint de l'arbitraire (*infra* VI.C.3).

Par ailleurs, il faut préciser dans ce contexte que le contrôle de la légalité ne correspond pas exactement au contrôle de la *violation du droit*. La violation du principe de légalité comprend par exemple l'absence de base légale suffisante, de délégation législative, un abus ou un excès du pouvoir d'appréciation, tandis que la violation du droit est une autre notion, qui englobe des griefs bien plus larges⁷⁶.

2. *Dans le cadre d'un contrôle abstrait*

La question du contrôle de la légalité se pose différemment dans le cadre du contrôle abstrait d'une norme: ce dernier porte alors sur la base légale elle-même, pour remédier à un vice relatif à son contenu (densité, précision), à son niveau (validité de la base légale matérielle, conditions de la délégation législative), ou sur le fond, à une irrégularité sous l'angle de la suprématie de la loi (contrôle de la conformité au droit supérieur).

⁷³ MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021) n° 1857.

⁷⁴ ATF 136 I 241, 249, c. 2.4 s.; TANQUEREL (2018) n° 458; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 688.

⁷⁵ PA – RS 172.021.

⁷⁶ Sur la violation du droit fédéral, cf. p.ex.: DONZALLAZ (2008) n° 3430 ss.

C. Les limites du contrôle judiciaire

1. *Du droit cantonal*

Le contrôle abstrait du droit cantonal est possible selon les voies prévues par le droit cantonal ou directement devant le Tribunal fédéral (art. 82, let. b, et art. 87 LTF), au motif notamment que la norme serait contraire au droit supérieur⁷⁷. En ce sens, la légalité de la norme attaquée peut faire l'objet d'un contrôle sous divers aspects.

La question se pose en des termes différents pour le contrôle des actes individuels fondés sur le droit cantonal. S'il est bien entendu possible de porter la contestation jusque devant le Tribunal fédéral (art. 82, let. a, et art. 86, al. 1, let. d, LTF), il faut préciser que le Tribunal fédéral ne peut pas contrôler la violation du droit cantonal. Cette limitation ressort de l'article 95 LTF, qui restreint les griefs invocables à la violation du droit *fédéral*. Ainsi, le Tribunal fédéral est un juge du droit fédéral plutôt qu'un juge de la légalité⁷⁸. L'autonomie des cantons quant à l'application du droit cantonal s'impose à la Confédération et l'interprétation du droit cantonal incombe aux cantons eux-mêmes⁷⁹.

Il existe toutefois deux exceptions : en matière de droit pénal et de droit fiscal, la légalité est un droit constitutionnel indépendant dont le particulier peut se prévaloir directement (art. 127 Cst.)⁸⁰. Le contrôle de la légalité du droit cantonal peut aussi être exigé en cas de restriction grave d'un droit fondamental (art. 36 Cst.)⁸¹.

Il existe également un correctif à cette limitation du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral de contrôler le droit cantonal. La jurisprudence admet que les questions de légalité du droit cantonal soient abordées sous l'angle de la séparation des pouvoirs, voire de l'égalité de traitement ou de l'interdiction de l'arbitraire, qui peuvent être invoqués comme tels⁸².

⁷⁷ Sur le contrôle abstrait des normes cantonales, cf. HOTTELIER (2020b) n^{os} 69 ss pour le Tribunal fédéral, et cf. TANQUEREL (2020) n^{os} 23 ss pour les TC.

⁷⁸ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 689.

⁷⁹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 689; UHLMANN (2020) n^o 42.

⁸⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 688; UHLMANN (2020) n^o 42.

⁸¹ Sur la question, cf. : MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 689 ss.

⁸² ATF 136 I 241, 249, c. 2.5; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 690 ss; UHLMANN (2020) n^o 42.

2. *Du droit fédéral*

Dans le cadre d'un contrôle concret d'un acte fondé sur le droit fédéral, il est possible d'invoquer une violation du principe de la légalité : le contrôle de la violation du droit fédéral est possible sans restriction (art. 95 LTF). Le recourant peut ainsi invoquer aussi bien un défaut de base légale, qu'une base légale insuffisante en termes de niveau ou de densité, ou encore une mauvaise application ou interprétation du droit fédéral.

Par contre, le contrôle de la légalité se lit au regard de l'article 190 Cst. en matière de contrôle abstrait des normes. Ainsi, la base légale de droit fédéral elle-même ne peut pas être contrôlée sous l'angle de sa constitutionnalité (cf. art. 82, let. b, LTF *a contrario*)⁸³. Cette règle a pour conséquence que le juge peut être obligé d'appliquer une norme contraire à la Constitution. Le système est critiqué (notamment par rapport aux systèmes étrangers qui connaissent ce contrôle par le biais de cours constitutionnelles) et parfois remis en question ; jusque-ici, sans succès.

Dans ce contexte, la question du contrôle de la délégation législative est aussi délicate. Le Tribunal fédéral a développé une pratique fondée sur la distinction entre ordonnances dépendantes et indépendantes qui permet, dans une certaine mesure, de contrôler la délégation législative. En vertu de l'article 190 Cst., il ne peut certes contrôler la loi qui contient la délégation, ni une ordonnance dont l'inconstitutionnalité serait couverte par la loi, c'est-à-dire lorsque l'inconstitutionnalité est contenue déjà dans la loi au sens formel⁸⁴. La pratique est la suivante : « Le Tribunal fédéral peut examiner à titre préjudiciel la légalité et la constitutionnalité d'ordonnances du Conseil fédéral. Il examine en principe librement la légalité et la constitutionnalité des ordonnances, dites dépendantes, de cette autorité qui reposent sur une délégation législative. Il analyse, dans un premier temps, si l'ordonnance reste dans les limites des pouvoirs conférés par la loi au Conseil fédéral, mais il ne peut pas contrôler si la délégation elle-même est admissible. Si l'ordonnance est conforme à la loi, il examine, dans un second temps, sa conformité à la Constitution, à moins que la loi permette d'y déroger. Lorsque la délégation législative

⁸³ Elle peut l'être sous l'angle de sa compatibilité avec la CEDH; CHAIX (2021) ad art. 189 Cst. n^{os} 34 ss; DONZALLAZ (2008) n^{os} 2694 s.

⁸⁴ ATF 139 II 460.

est relativement imprécise et que, par la force des choses, elle donne au Conseil fédéral un large pouvoir d'appréciation, cette clause s'impose au Tribunal fédéral en vertu de l'article 190 Cst. Dans un tel cas, le Tribunal fédéral doit se borner à examiner si les dispositions incriminées sortent manifestement du cadre de la délégation de compétence donnée par le législateur à l'autorité exécutive ou si, pour d'autres motifs, elles sont contraires à la loi ou à la Constitution; il n'est pas habilité à substituer sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral. Il se limite à vérifier si la disposition litigieuse est propre à réaliser objectivement le but visé par la loi, sans se soucier, en particulier, de savoir si elle constitue le moyen le plus approprié pour atteindre ce but. Il ne revient pas au Tribunal fédéral d'examiner l'opportunité de l'ordonnance ou de prendre position au sujet de l'adéquation politique, économique ou autre d'une disposition d'une ordonnance »⁸⁵.

Par ailleurs, le Tribunal fédéral limite l'étendue de son contrôle lorsque la base légale formelle confère un (trop) large pouvoir d'appréciation au pouvoir exécutif⁸⁶.

3. *De la liberté d'appréciation et de la latitude de jugement*

Le contrôle de l'application des normes ouvertes pose aussi de délicates questions. Si la distinction entre liberté d'appréciation et latitude de jugement est remise en question à la fois par la doctrine et par la réalité pratique, elle demeure néanmoins actuelle dans le contexte très concret de l'étendue du contrôle par le juge de l'application et de l'interprétation de ce type de normes.

⁸⁵ ATF 146 II 56, 66, c. 6.2.2; cf. ég.: ATF 147 V 251, 254, c. 5; 141 II 169, 172, c. 3.4; ATF 139 II 460, 464, c. 2.3.

⁸⁶ Selon l'ATF 144 II 454, 461, traduit au JT 2019 I 236, c. 3.3: « Lorsque la clause de délégation législative confère au Conseil fédéral un très large pouvoir d'appréciation dans la conception des règles à adopter, ce pouvoir d'appréciation doit être respecté par le Tribunal fédéral et les autres autorités appliquant le droit. Dans le contrôle de l'ordonnance, le Tribunal fédéral ne substitue pas sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral; il se limite à examiner si l'ordonnance excède manifestement les compétences déléguées au gouvernement ou se révèle, pour d'autres motifs, contraire à la loi ou à la Constitution. L'opportunité des règles adoptées échappe au contrôle du Tribunal fédéral. Il n'appartient pas au Tribunal fédéral de prendre position sur la pertinence d'une disposition d'une ordonnance sous l'angle politique ou économique ».

Ce sont les lois de procédure qui déterminent le pouvoir de cognition de l'autorité de recours. D'après la majorité des lois de procédure – à l'exception notable de l'article 49 PA – le juge peut généralement contrôler la légalité, y compris l'excès ou l'abus de la liberté d'appréciation, mais non *l'opportunité* d'une décision.

Ainsi, face à une norme ouverte, il faudrait se demander dans un premier temps si elle aménage une latitude de jugement ou une liberté d'appréciation. Dans le premier cas, le contrôle de l'interprétation relève de la légalité; il est donc en principe libre. Dans le second, la marge de manœuvre correspond à un pouvoir de décider en opportunité, qui ne peut en principe pas être revu, sauf lorsque la loi le prévoit.

Pour une partie de la doctrine récente, la distinction entre ces manières de conférer une marge de manœuvre ne se justifie plus: peu importe comment la norme est ouverte, seul le but du législateur serait déterminant. C'est en fonction de ce but que les Tribunaux seraient habilités ou non à examiner si l'administration a fait un bon usage de sa liberté. Cette conception impliquerait de déterminer non seulement si l'usage d'une norme ouverte comprend ou non un pouvoir de décider en opportunité, mais aussi dans quelle mesure il doit pouvoir, selon le sens et le but de la loi, être contrôlé par le juge⁸⁷.

Il faut toutefois admettre que cet enjeu est largement relativisé par la pratique des tribunaux, qui n'exercent pas toujours pleinement le pouvoir de contrôle que la loi leur confie, que ce soit sous l'angle de l'opportunité ou même sous l'angle de la légalité, c'est-à-dire de l'interprétation de la loi. Dans les deux cas, les juges font preuve de retenue, en ce sens qu'ils se retiennent d'exercer pleinement leur pouvoir d'examen⁸⁸.

⁸⁷ Sur cette question, cf.: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n^{os} 426 et 442 ss; TANQUEREL (2018) n^{os} 521 ss.

⁸⁸ «Nicht ohne Not Praxis». Cf. p.ex.: ATF 139 II 185 ou ATF 137 V 71. Sur cette question cf. également: TANQUEREL (2013) p. 230.

VII. Conclusion

La légalité, en raison ou malgré son importance fondamentale dans notre ordre juridique, continue de susciter une multitude de questions et d'enrichir la jurisprudence et la doctrine. Elle confronte le législateur à une difficulté au moment de déterminer quel devra être le contenu de la loi et son rang, puis les autorités d'exécution à d'autres questions au moment de l'application du droit. Enfin, certains aspects se présentent sous un angle différent au juge appelé à juger de la conformité d'une norme ou d'un acte étatique individuel.

Bibliographie

- AEMISEGGER HEINZ (2017), « Das Legalitätsprinzip – Überlegungen aus dem Blickwinkel des Bundesgerichts », in: UHLMANN (édit.), *Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre*, Zurich/Saint-Gall, p. 31 ss.
- AUBRY GIRARDIN FLORENCE (2021), « art. 127 Cst. » in: MARTENET/DUBÉY (édit.), *Commentaire romand – Constitution fédérale*, vol. II « Art. 81 Cst. – dispositions finales », Bâle.
- BERNARD FRÉDÉRIC (2020a), *Lutte contre les nouveau coronavirus et respects des droits fondamentaux*, in: Sécurité & Droit 3/2020 p. 130 ss.
- BERNARD FRÉDÉRIC (2020b), *La loi sur les épidémies à l'épreuve du nouveau coronavirus*, in: Jusletter 20.03.2020.
- BRUNER FLORIAN, WILHELM MARTIN, FELIX UHLMANN (2020), *Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts*, in: PJA 2020 p. 685 ss.
- CHAIX FRANÇOIS, « art. 189 Cst. », in: MARTENET/DUBÉY (édit.), *Commentaire romand – Constitution fédérale*, vol. II « Art. 81 Cst. – dispositions finales », Bâle.
- DONZALLAZ YVES (2008), *Loi sur le Tribunal fédéral – Commentaire*, Berne.
- DUBÉY JACQUES (2021), « art. 127 » et « art. 64 Cst. », in: MARTENET/DUBÉY (édit.), *Commentaire romand – Constitution fédérale*, vol. II « Art. 81 Cst. – dispositions finales », Bâle.
- DUBÉY JACQUES (2021), « art. 5 » et « art. 36 Cst. », in: MARTENET/DUBÉY (édit.), *Commentaire romand – Constitution fédérale*, vol. I « Préambule – art. 80 Cst. », Bâle.
- DUBÉY JACQUES, ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE (2014), *Droit administratif général*, Bâle.
- EPINEY ASTRID (2015), « art. 36 Cst. », in: WALDMANN/BELSER/EPINEY (édit.), *Basler Kommentar – Bundesverfassung*, Bâle.
- HÄFELIN ULRICH, MÜLLER GEORG, UHLMANN FELIX (2020), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^e éd., Zürich/St-Gall.
- HOTTELLIER MICHEL (2020a), *Démocratie, État de droit et droits fondamentaux face à la pandémie de Covid-19 – La situation en Suisse*,

- Confluence des droits – La revue, <<https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=1206>> (au 25.11.2021).
- HOTTELIER MICHEL (2020b), *La juridiction constitutionnelle fédérale*, in: *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich/Bâle/Genève, p. 1095 ss.
- KLEY ANDREAS (2020), « *Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.* » – *Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV*, in: ZBl 121/2020 p. 268 ss.
- MALINVERNI GIORGIO, HOTTELIER MICHEL, HERTIG RANDALL MAYA, FLÜCKIGER ALEXANDRE (2021), *Droit constitutionnel suisse*, vol. I « L'Etat », 4^e éd., Berne.
- MOOR PIERRE, FLÜCKIGER ALEXANDRE, MARTENET VINCENT (2012), *Droit administratif*, vol. I « Les fondements », Berne.
- TANQUEREL THIERRY (2013), « Le contrôle de l'opportunité », in: BELLANGER/TANQUEREL (édit.), *Le contentieux administratif*, Genève/Zürich/Bâle.
- TANQUEREL THIERRY (2018), *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Genève/Zurich.
- TANQUEREL THIERRY (2020), « La juridiction constitutionnelle dans les cantons », in: DIGGELMANN/HERTIG RANDALL/SCHINDLER (édit.), *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich/Bâle/Genève, p. 1127 ss.
- TSCHANNEN PIERRE, ZIMMERLI ULRICH, MÜLLER MARKUS (2014), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Berne.
- UHLMANN FELIX (2020), « Legalitätsprinzip », in: DIGGELMANN/HERTIG RANDALL/SCHINDLER (édit.), *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich/Bâle/Genève, p. 1025 ss.
- UHLMANN FELIX, FLEISCHMANN FLORIAN (2017), « Das Legalitätsprinzip – Überlegungen aus dem Blickwinkel der Wissenschaft », in: UHLMANN (édit.), *Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtssetzungslehre*, Zurich/Saint-Gall, p. 7 ss.

Le principe de la proportionnalité¹

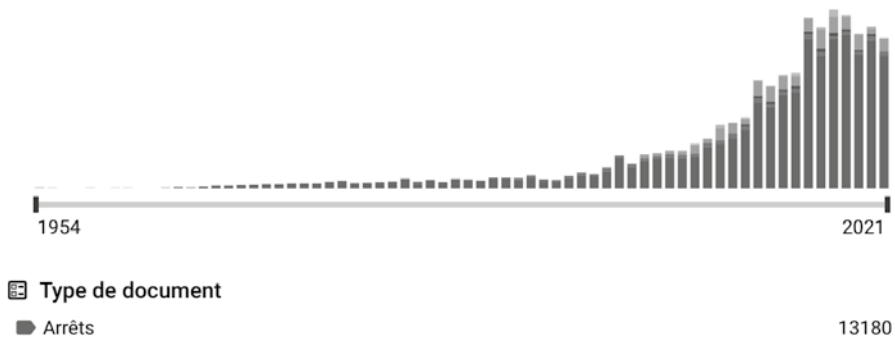
FRANÇOIS BELLANGER

Professeur à l'Université de Genève, avocat

I. Introduction

Le principe de la proportionnalité, inscrit à l'article 5, alinéa 2, Cst.², est un des plus anciens principes constitutionnels régissant l'ordre juridique suisse. On le perçoit souvent comme le « couteau suisse » pour l'application du droit de fond, car il concrétise le « bon sens helvétique » en imposant le choix d'une solution raisonnable aussi respectueuse que possible des intérêts de l'administré au regard des intérêts publics, voire privés, en jeu. Il est aujourd'hui fréquemment invoqué pour ce motif, mais cela n'a pas toujours été le cas.

Une recherche historique, effectuée sur SWISSLEX, de 1954³ à ce jour, avec les termes « principe de la proportionnalité » permet de constater l'existence de 13 180 arrêts contenant ces mots.



1 Je remercie Madame Christina Strelchouk, titulaire du brevet d'avocat, assistante à la Faculté de droit, qui a contribué à la mise au point de l'appareil critique du présent article.

2 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. – RS 101).

3 C'est la première année pour laquelle des données sont disponibles sur cette base de données.

Cette courbe pourrait ressembler à celles que nous avons tous suivies depuis mars 2020. Heureusement, il ne s'agit pas d'une « vague » d'arrêts mais simplement d'une illustration de l'importance toujours croissante de l'invocation du principe de la proportionnalité.

De quelques arrêts par année dans les décennies 50 et 60, le cap de 100 arrêts par année a été dépassé en 1999, avant un pic de 1028 arrêts répertoriés en 2018. Il faut évidemment intégrer dans l'examen de cette courbe l'augmentation des publications digitales des arrêts depuis le début des années 2000. Toutefois, même avec ce facteur, elle reste caractéristique de l'importance croissante du principe de la proportionnalité dans la jurisprudence.

Avec ce nombre d'arrêts impressionnant, il serait possible de présumer que tout été écrit ou jugé sur ce principe. Ce n'est heureusement pas le cas comme en atteste par exemple l'arrêt de principe du Tribunal administratif fédéral E-3822/2019 du 28 octobre 2020⁴ dans lequel cette juridiction a admis l'obligation pour le Secrétariat d'Etat aux migrations d'appliquer le principe de la proportionnalité en cas de levée d'admission provisoire. Cet arrêt, parmi d'autres, démontre qu'après plus de huit décennies d'existence, il reste toujours une marge pour des progrès imposés par la Jurisprudence.

Afin d'analyser la portée du principe de la proportionnalité, tant dans une perspective historique qu'actuelle, nous commencerons par retracer la naissance et l'évolution de ce principe (II.). Nous continuerons par une analyse du rôle du principe de la proportionnalité comme pilier de l'état de droit (III.) avant de détailler ses composantes (IV.) et de terminer avec les modalités particulières de sa prise en compte par le Tribunal fédéral (V.).

II. Un principe historique

Le principe de la proportionnalité s'est construit et développé en relation avec la liberté économique, appelée alors liberté du commerce et de l'industrie⁵. Dès 1926, le Tribunal fédéral a exigé que des règles relatives au

⁴ ATAF 2020 VI/9.

⁵ L'ancien art. 31, al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 prévoyait que « [l]a liberté du commerce et de l'industrie est garantie sur

commerce n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour garantir la protection de la santé, sans toutefois se référer au principe de la proportionnalité⁶. Dans un arrêt du 2 juin 1939, ce principe est expressément mentionné en relation avec l'ancien article 31, alinéa 1, aCst.: « [c]ette disposition constitutionnelle, qui garantit la liberté du commerce et de l'industrie, réserve le droit de l'Etat (de l'Etat cantonal, tant que la Confédération n'en a pas fait usage) de soumettre à des prescriptions de police l'exercice des professions industrielles et commerciales, aux fins, notamment, d'assurer la loyauté des transactions et de protéger le public contre des procédés fallacieux et dommageables. Ces mesures cessent d'être compatibles avec l'art. 31 CF, non seulement si elles entravent le libre jeu de la concurrence et favorisent certains concurrents au détriment des autres, mais aussi lorsqu'elles ne sont pas nécessaires pour sauvegarder les intérêts que l'Etat a le devoir de défendre. L'intervention de la police doit en effet être proportionnée au but visé (FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes* p. 404/5). L'autorité n'a pas le droit de s'arrêter à une solution qui rend particulièrement difficile l'exercice d'une profession, alors qu'une solution plus libérale permettrait aussi bien d'atteindre le résultat désiré (cf. pour la pratique du Conseil fédéral, BALLS, *Droit fédéral*, n° 780; de même le Tribunal fédéral, RO 52 I 236, arrêt non publié du 30 avril 1937 dans la cause *Elsener*). Or ce principe de proportionnalité doit s'appliquer non seulement au contenu même des prescriptions qui régissent la profession, mais aussi à la manière dont la surveillance est exercée »⁷.

Cet arrêt, qui concernait la conformité d'une réglementation cantonale du courtage immobilier avec la liberté du commerce et de l'industrie, contient les prémisses du principe que nous connaissons actuellement avec l'expression d'un principe proche du critère de « nécessité » : l'autorité n'a pas le droit d'imposer une solution qui rend particulièrement difficile l'exercice d'une profession, alors qu'une solution plus libérale

tout le territoire de la Confédération, sous réserve des dispositions restrictives de la constitution et de la législation qui en découle ».

6 ATF 52 I 230, 236, c. 4, *Apothekerverein des Kantons Schaffhausen u. Sprenger*.

7 ATF 65 I 65, 72-73, c. 3c, *Association fribourgeoise des agents immobiliers*.

permettrait aussi bien d'atteindre le résultat désiré; il faut donc trouver la solution qui n'est pas plus rigoureuse que ne l'exige le but visé⁸.

L'application du principe de la proportionnalité s'est d'abord étendue au contrôle du respect de la garantie de la propriété dès la fin des années 1950⁹, avant de s'appliquer progressivement à d'autres domaines du droit¹⁰.

A ce moment, la définition du contenu du principe par le Tribunal fédéral laisse planer une incertitude sur ce qui relève de la simple exigence d'un intérêt public suffisant ou du principe de la proportionnalité: « [l]e principe selon lequel une restriction du droit de propriété doit être conforme à l'intérêt public, souvent énoncé dans la jurisprudence sous cette forme lapidaire (RO 90 I 340, 89 I 467), présente en réalité des aspects divers. En effet, la mesure envisagée n'est pas conforme à la garantie de la propriété par cela seul qu'elle répond à un intérêt public quelconque. D'une part, il faut que l'intérêt public allégué soit suffisamment important pour justifier une atteinte à des intérêts privés. La solution de cette question dépend de la comparaison des intérêts en présence (cf. RO 87 I 517). D'autre part, supposé que l'intérêt public l'emporte, il reste à savoir si les mesures prises permettent d'atteindre le but d'intérêt public visé ou si, au contraire, elles le dépassent et, partant, limitent la propriété dans une mesure que n'exige pas la fin recherchée. Autrement dit, il s'agit de déterminer si la restriction ordonnée est conforme au principe de proportionnalité »¹¹.

Cet arrêt contient en réalité trois éléments.

⁸ Voir également, notamment, ATF 70 I 140, 147 et 149, c. 2, *Aebischer et consorts*; ATF 71 I 81, 87, c. 3, *Schild*; ATF 73 I 1, 10, c. 5, *Dr. Nader*; ATF 78 I 298, 304-305, c. 6, *Ciné-Spectacles SA*.

⁹ ATF 85 I 225, 233, c. 2, *Eiger Baugesellschaft A.-G.*; ATF 88 I 224, 228, c. 1, *Schärlin und Mitbeteiligte*; ATF 89 I 460, 464, c. 2b, *Société immobilière Rue du Puits-St-Pierre 2*; ATF 90 I 334, 341, c. 3, *Affolter und Mitbeteiligte*; ATF 91 I 329, 335-336, c. 2, *Barret et consorts*; ATF 93 I 703, 706-707, c. 5, *Erben Grossmann und Mitbeteiligte*.

¹⁰ Voir, par exemple, ATF 91 I 321, 328, c. 4, *Rassemblement jurassien* (clause générale de police); ATF 91 I 480, 486-487, c. 2, *Association de l'Ecole française* (liberté de langue).

¹¹ ATF 91 I 329, 335-336, c. 2, *Barret et consorts*; voir également ATF 93 I 703, 706-707, c. 5.

Les deux premières phrases correspondent au rappel de l'exigence standard de l'intérêt public suffisant pour justifier une restriction à un droit fondamental, soit, dans le cas d'espèce, la garantie de la propriété.

Les deux phrases suivantes, introduites par les termes « d'une part » visent une exigence d'intensité de l'intérêt public qui a été identifié. Il faut que cet intérêt public soit suffisant pour justifier la mesure envisagée. Cette exigence correspond à la règle de nécessité telle qu'énoncée par André GRISEL dans son *Traité de droit administratif*¹². En revanche, après avoir posé cette condition de nécessité, le Tribunal fédéral évoque une pesée des intérêts en se référant à l'arrêt 87 I 517. Cet arrêt ne contient pas de référence expresse au principe de la proportionnalité, mais il y est exposé que l'intérêt à la protection de la nature et du paysage prime celui d'un propriétaire privé¹³. Il porte ainsi le germe de la pesée des intérêts qui est la clef de la condition de la proportionnalité au sens étroit appliquée actuellement. A ce stade de l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral, il ne s'agit toutefois pas encore d'une condition indépendante, cela reste une composante de la nécessité, qui commence à être esquissée par le Tribunal fédéral, alors que dans les jurisprudences précédentes, seule la condition exposée dans les deux dernières phrases de la citation était appliquée.

Enfin, les deux dernières phrases expriment la composante historique du principe de la proportionnalité. Elles contiennent les prémisses du critère de l'aptitude¹⁴, selon lequel il convient de vérifier si la mesure envisagée permet d'atteindre l'intérêt public poursuivi, sans toutefois l'exprimer comme une exigence séparée de la condition énoncée. Celle-ci consiste en l'expression de la subsidiarité, selon laquelle la mesure envisagée ne doit pas porter une atteinte supérieure aux intérêts privés concernés par rapport à l'intérêt public poursuivi¹⁵.

La jurisprudence du Tribunal fédéral comprend ainsi tous les éléments qui seront ensuite repris dans la définition actuelle du principe de la

¹² GRISEL (1984), p. 349; KNAPP (1991), N° 537, qui qualifie la règle de « principe de l'adéquation ».

¹³ ATF 87 I 515, *Kipfer und Mitbeteiligte*.

¹⁴ GRISEL (1984), p. 349.

¹⁵ FLEINER-GERSTER (1980), p. 129-130, qui traite cette règle sous la forme d'une pesée des intérêts; GRISEL (1984), p. 350, qui qualifie cette règle de « proportionnalité au sens étroit »; KNAPP (1991), n° 537; GIACOMETTI (1960), p. 562.

proportionnalité. Elle peut être résumée avec l'expression du principe de la proportionnalité énoncée dans le message du Conseil fédéral à l'appui de la future loi fédérale sur la procédure administrative. Le moyen proportionné est « celui qui est le plus approprié et le moins rigoureux »¹⁶.

Progressivement, le principe de la proportionnalité a été mis en œuvre non seulement en relation avec un droit fondamental, mais aussi lors du contrôle de l'application du droit par des décisions administratives¹⁷. Ce développement du champ d'application du principe de la proportionnalité a entraîné une évolution de son contenu.

Ainsi, dans une affaire concernant un boulanger, travailleur frontalier au Tessin, qui s'est vu supprimer ses prestations d'assurance pendant sa maladie, car il avait quitté sa résidence sans autorisation et s'était rendu à Oria dans un garage, le Tribunal fédéral des assurances a examiné la proportionnalité de la sanction. Son raisonnement se fondait sur l'article 3 LaMAL de 1968, qui obligeait les assureurs maladie à agir selon le principe de la mutualité. Selon le Tribunal fédéral des assurances, il doit y avoir un équilibre entre les prestations et les cotisations et cet équilibre serait rompu si des sanctions violaient le principe de proportionnalité. Tel serait le cas, par exemple, si l'affilié devait être pénalisé par la suppression de prestations importantes, voire exclu de la caisse, pour une infraction mineure aux dispositions de la caisse. Après avoir rappelé l'origine du principe de la proportionnalité comme une condition de restriction de la liberté économique et fait le point des positions de la doctrine, le Tribunal fédéral des assurances relève que ce principe commence à être reconnu comme un principe général du droit administratif et se demande si ce principe ne serait pas une émanation du principe d'égalité lui-même, selon lequel ce qui est égal doit être traité de manière égale et ce qui est essentiellement inégal doit être traité de manière inégale. En effet, pour le Tribunal fédéral des assurances, si des faits substantiellement différents ne se voyaient pas attribuer des conséquences juridiques graduées correspondant aux circonstances, cela signifierait que des circonstances substantiellement différentes seraient toujours soumises aux mêmes conséquences juridiques, ce qui contredi-

¹⁶ Message du Conseil fédéral du 24 septembre 1965 à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur la procédure administrative, FF 1965 1383, 1405.

¹⁷ Voir, par exemple, ATF 94 I 492, 495-496, c. 4, *Achermann* (refus d'autorisation de construire fondé sur la loi fédérale sur les eaux).

rait le principe d'égalité. Partant de ce raisonnement fondé sur le nécessaire respect de l'égalité de traitement, le Tribunal fédéral des assurances admet que le principe de proportionnalité s'applique également en droit fédéral de la sécurité sociale, avec pour conséquence, une annulation de la sanction jugée excessive¹⁸.

Il s'agit, selon nous, d'un des premiers arrêts, si ce n'est le premier publié, faisant le lien entre le principe d'égalité et le principe de la proportionnalité. Il n'est pas surprenant que ce lien ait émané du Tribunal fédéral des assurances qui était souvent considéré, à l'époque, comme une juridiction plus progressiste que le Tribunal fédéral. Cet arrêt a été suivi par d'autres qui ont ancré dans le principe d'égalité devant la loi tel qu'énoncé à l'ancien article 4 de la Constitution¹⁹ les principes constitutionnels ou de procédure sur lesquels le droit administratif s'est construit ces dernières décennies²⁰.

La notion de « principes généraux régissant l'activité administrative » s'est, quant à elle, développée à partir des années 1980²¹, sans que cela n'implique une modification du contenu du principe de la proportionnalité. Ceci avant d'aboutir à l'inscription du principe de la proportionnalité à l'article 5, alinéa 2, Cst.²².

III. La proportionnalité comme pilier de l'état de droit

Le principe de proportionnalité figure à l'article 5, alinéa 2, Cst. comme principe de l'activité de l'État et à l'article 36, alinéa 2, Cst. comme condition nécessaire pour toute restriction à une liberté individuelle. Il s'agit d'un principe de droit général qui invite l'État à employer des moyens adaptés à ses buts, aussi bien dans les normes qu'il élabore que dans l'ensemble de ses activités, et plus particulièrement celles impli-

¹⁸ ATFA 1968 160, 162 ss, *Medardi*.

¹⁹ L'ancien art. 4, al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 prévoyait que « [t]ous les Suisses sont égaux devant la loi. Il n'y a en Suisse ni sujets, ni privilèges de lieu, de naissance, de personnes ou de familles ».

²⁰ Voir, notamment, KNAPP (1991), n° 444.

²¹ Voir, par exemple, RDAF 1993 310, 313.

²² Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, 34, 44 et 133.

quant une restriction à un droit constitutionnel²³. Ainsi, même dans la poursuite d'un but d'intérêt public légitime, l'Etat ne doit utiliser que des moyens appropriés et non excessifs²⁴.

Ce principe s'applique à toutes les collectivités publiques, Confédération, cantons et communes, de même qu'à toute entité publique ou privée accomplissant une tâche étatique²⁵. Le terme « Etat » utilisé à l'article 5, alinéa 2, Cst. doit être entendu dans un sens très large, en visant toute autorité administrative en charge de la réalisation d'une tâche publique. Par ailleurs, il doit être respecté dans toute situation que ce soit en relation avec l'adoption d'actes juridiques ou matériels, l'exercice d'activités de puissance publique ou de service public ou encore l'accomplissement d'une tâche étatique. Il s'agit donc d'un principe applicable à toutes les formes de mise en œuvre du droit.

En conditionnant la mise en œuvre de l'action étatique à la vérification qu'une mesure fondée sur une base légale et prise dans l'intérêt public est appropriée et n'entraîne pas une contrainte excessive pour son destinataire, le principe de la proportionnalité fixe une limite générale aux actions pouvant être menées légalement dans la poursuite de l'intérêt public²⁶. Il remplit une fonction essentielle en droit administratif en imposant en permanence une ligne de conduite aux autorités et juridictions administratives destinée à assurer une poursuite des différents intérêts publics qui s'inscrive dans un rapport raisonnable avec l'atteinte portée aux droits des administrés²⁷. Pilier essentiel de l'Etat de droit, il intervient ainsi comme un agent modérateur de l'action publique²⁸. Toutefois, cette modération peut varier d'intensité en fonction du cadre constitutionnel ou légal²⁹. En particulier, ce principe est souvent intégré, sous diverses formes, dans des dispositions légales ou dans un autre

23 DUBÉY (2021), n° 77; DUBÉY/ZUFFEREY (2014), n° 627; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), n° 520; MALINVERNI/HOTTELIÉR/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021), p. 115; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 811; TANQUEREL (2018), n° 551; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), p. 169.

24 ATAF 2011/60, c. 5.3.1.

25 DUBÉY (2021), n° 94; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 810.

26 DUBÉY (2021), n° 101.

27 DUBÉY/ZUFFEREY (2014), n° 615; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), n° 514.

28 DUBÉY/ZUFFEREY (2014), n° 609.

29 DUBÉY (2021), n° 95; DUBÉY/ZUFFEREY (2014), n° 614.

principe juridique avec des conséquences pour son application, voire son absence d'application. Nous distinguerons cinq cas : la proportionnalité comme instrument d'orientation de l'exercice du pouvoir d'appréciation (A.), comme condition d'adoption d'une décision (B.), comme élément de la pesée d'intérêts (C.), comme composante du principe d'équivalence (D.) et comme paramètre de l'interdiction du formalisme excessif (E.).

A. La proportionnalité comme instrument d'orientation de l'exercice du pouvoir d'appréciation

Dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, une autorité administrative doit souvent choisir de prendre ou non une mesure, voire de se limiter à notifier un avertissement. Elle peut également avoir le choix entre plusieurs mesures, comme des sanctions d'une sévérité progressive³⁰. L'exercice de ce pouvoir d'appréciation est une prérogative de l'autorité administrative et ne peut être contrôlé par une juridiction administrative, sous réserve de l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation³¹, à moins que la loi de procédure applicable autorise le contrôle de l'opportunité à l'instar de l'article 49 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA)³². Cette absence de contrôle n'est évidemment pas un blanc-seing pour l'autorité administrative, car la décision qui est le fruit de l'exercice de son pouvoir d'appréciation doit respecter l'ordre juridique et, en particulier, le principe de la proportionnalité. En conséquence, si l'opportunité n'est pas contrôlée, le résultat de l'exercice du pouvoir d'appréciation l'est.

Face à cette situation, il arrive que le législateur entende orienter, voire restreindre l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'autorité en incluant l'obligation de respecter le principe de proportionnalité non pas seulement au stade du résultat, mais déjà en amont, durant l'exercice du pouvoir d'appréciation. Il exige que ce pouvoir soit exercé en tenant compte du principe de la proportionnalité³³. Ainsi, l'article 96, alinéa 1, de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI)³⁴

³⁰ En général, sur cette notion, voir TANQUEREL (2018), n° 500 ss.

³¹ TANQUEREL (2018), n° 521.

³² RS 172.021.

³³ DUBEY (2021), n° 96.

³⁴ RS 142.20.

prévoit que « *[l]es autorités compétentes tiennent compte, en exerçant leur pouvoir d'appréciation, des intérêts publics, de la situation personnelle de l'étranger, ainsi que de son intégration* ». L'alinéa 2 de cette disposition précise que « *[l]orsqu'une mesure serait justifiée, mais qu'elle n'est pas adéquate, l'autorité compétente peut donner un simple avertissement à la personne concernée en lui adressant un avis comminatoire* ». Tel qu'il est formulé, cet article rappelle le pouvoir d'appréciation de l'autorité de décision, tout en imposant à celle-ci d'évaluer la situation personnelle du destinataire de la mesure et de peser soigneusement les intérêts publics et les intérêts privés³⁵, comme cela est prévu par le principe de la proportionnalité.

Dans la version proposée par le Conseil fédéral, en 2002, le texte du projet d'article 91, alinéa 2, qui est devenu l'actuel article 96, alinéa 2, LEI, était: « *[l]orsqu'une mesure légale n'est pas proportionnée, l'autorité compétente peut donner un simple avertissement à la personne concernée en la menaçant de prendre la mesure en question* ». Cette formulation a été précisée lors des travaux parlementaires pour introduire la notion de mesure justifiée, qui ne serait pas adéquate. Le texte actuel se réfère ainsi au critère de l'adéquation ou aptitude selon lequel la mesure doit être apte à atteindre le but poursuivi. Il prévoit donc une obligation légale d'appliquer ce premier critère de la proportionnalité avec une conséquence précise selon le résultat du test d'aptitude: une menace peut remplacer la mesure. Comme le relève le Conseil fédéral en 2013 dans son message relatif à la modification de l'article 96, alinéa 2, LEI en relation avec l'article 62 LEI: « *En outre, l'autorité compétente se doit d'examiner si la révocation, qui a des conséquences lourdes, constitue, dans le cas d'espèce, une mesure adéquate. En particulier, elle évaluera si une menace de révocation ou une autre sanction ne serait pas plus pertinente dans un premier temps (cf. art. 96, al. 2, LEtr)* »³⁶.

³⁵ Dans le même sens, voir l'art. 17, al. 1 ou 2 de la loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (LSR – RS 221.302), qui permet à l'ASR de prononcer une commination avant de prendre une mesure de retrait d'agrément. Selon la jurisprudence, la commination de retrait se présente comme une concrétisation légale du principe de la proportionnalité (voir notamment l'arrêt TF 2C_125/2015 du 1^{er} juin 2015, c. 5.2 et ATAF 2017 IV/6, c. 7.1.2.).

³⁶ Message du Conseil fédéral du 8 mars 2013 relatif à la modification de la loi fédérale sur les étrangers, FF 2013 2131, 2164.

L'objectif d'une telle formulation est d'inscrire dans la loi un mécanisme permettant de garantir le contrôle du respect du principe de la proportionnalité au niveau de la mesure elle-même, ce qui permet de ne pas faire un examen distinct de la proportionnalité³⁷. A défaut de non-respect de cette obligation de contrôle du respect du principe de proportionnalité, la mesure est illégale. En revanche, dans un tel cas, si le contrôle est effectué par l'autorité administrative, cela suffit à remplir l'exigence légale. La référence au principe de la proportionnalité est uniquement un moyen d'orienter le pouvoir d'appréciation de l'autorité en imposant à celle-ci d'intégrer l'analyse du respect de ce principe dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'appréciation. Une fois la mesure prise, cette disposition permet de contester éventuellement la manière dont le pouvoir d'appréciation a été exercé dans les limites du pouvoir d'examen de la juridiction concernée. C'est possible dans une procédure fédérale en application de l'article 49 PA. En revanche, l'invocation de ce grief sera plus compliquée devant une juridiction cantonale ayant un pouvoir d'examen limité aux faits et au droit.

La loi peut, à l'inverse, exclure complètement l'application du principe de la proportionnalité tant dans l'exercice du pouvoir d'appréciation que dans le contrôle de son résultat en imposant un automatisme absolu entre un état de fait et une mesure à prendre. C'était l'enjeu de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral E-3822/2019 du 28 octobre 2020³⁸ relatif à l'article 84 LEI. Selon l'alinéa 1 de cette disposition, le SEM vérifie périodiquement si l'étranger remplit les conditions de l'admission provisoire. L'alinéa 2 affirme que « [s]i tel n'est plus le cas, il lève l'admission provisoire et ordonne l'exécution du renvoi ou de l'expulsion. ». Pris littéralement, ce texte semble établir un automatisme entre la constatation de la non-réalisation d'au moins une des conditions de l'admission provisoire et la prise d'un ordre de renvoi ou d'expulsion. Dans un tel cas, la loi elle-même exclurait l'application du principe de la proportionnalité et prévoirait un renvoi automatique. Ceci aurait pour conséquence que le renvoi de la personne n'ayant commis aucune infraction pénale devrait automatiquement être mis en œuvre sans un examen préalable de sa situation personnelle. Un tel résultat serait choquant, car il aurait eu pour effet de permettre l'application du principe de la proportionnalité

37 Arrêt TF 2C_754/2018 du 28 janvier 2019, c. 6.1.

38 ATAF 2020 VI/9.

pour les personnes admises à titre provisoire ayant commis des infractions pénales tout en l'excluant pour celles qui n'auraient commis aucun délit en Suisse.

Compte tenu des conséquences d'une telle application littérale, le Tribunal administratif fédéral a estimé nécessaire de procéder à une interprétation de cette norme afin de déterminer si le SEM est tenu ou non de procéder à l'examen du principe de proportionnalité lorsque toutes les conditions de l'exécution du renvoi sont remplies³⁹. Après une analyse approfondie « *sur le pluralisme pragmatique, confirmée par l'interprétation conforme à la Constitution, le Tribunal arrive à la conclusion que, lorsque toutes les conditions de l'exécution du renvoi sont réunies (cf. art. 83 al. 2 à 4 LEI), le SEM est tenu d'examiner de façon séparée si la levée de l'admission provisoire au sens de l'art. 84 al. 2 LEI est conforme au principe de proportionnalité (cf. art. 5 al. 2 Cst. et art. 96 al. 1 LEI)* »⁴⁰. Il procède ensuite à l'examen du cas d'espèce au regard des articles 5, alinéa 2, Cst. et 96 LEI, pour aboutir à la constatation que la levée de l'admission provisoire n'est pas proportionnée⁴¹.

Deux leçons sont à retenir de cet arrêt. D'une part, une exclusion de l'application du principe de la proportionnalité n'est possible que si une base légale formelle le prévoit expressément et sans qu'il y ait de doute possible sur la nature et la portée de cette exclusion. A défaut, une interprétation similaire à celle opérée par le Tribunal administratif fédéral permettrait d'exclure l'exclusion. D'autre part, la base légale formelle doit forcément être une loi fédérale bénéficiant de la protection de l'article 190 Cst., en raison du conflit entre la norme d'exclusion et l'article 5, alinéa 2, Cst. *A fortiori*, une telle restriction ne serait pas admissible dans une base légale cantonale en raison de la primauté du droit fédéral.

B. La proportionnalité comme condition d'adoption d'une décision

Le principe de proportionnalité peut également être incorporé dans une norme légale comme condition d'application d'une décision. Il s'agit

³⁹ ATAF 2020 VI/9, c. 9.

⁴⁰ ATAF 2020 VI/9, c. 11.

⁴¹ ATAF 2020 VI/9, c. 12 et 13.

d'une situation différente par rapport au cas précédent. En effet, il ne s'agit plus seulement d'orienter l'exercice du pouvoir d'appréciation et de s'assurer que cet exercice soit effectué, mais d'imposer le respect de la proportionnalité comme une des conditions légales de la décision à prendre, avec comme conséquence d'un non-respect de la proportionnalité, une illégalité de la mesure en raison du défaut de réalisation d'une des conditions légales requises pour admettre sa validité. De plus, dans un tel cas, le non-respect du principe de la proportionnalité étant assimilé à la violation d'une norme de droit fédéral, il peut être invoqué dans le cadre d'un recours au Tribunal fédéral comme une violation ordinaire du droit fédéral et non comme la violation du principe constitutionnel de la proportionnalité ou d'une liberté fondamentale⁴².

Un exemple flagrant et bien connu est l'article 3 de la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI)⁴³. Selon l'alinéa 1 de cette disposition, la liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions d'accès au marché ne sont autorisées que si elles s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux, sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants et, surtout, répondent au principe de la proportionnalité. L'article 3, alinéa 2, LMI définit au surplus les conditions d'un non-respect de la condition relative à la proportionnalité⁴⁴. Il s'agit notamment⁴⁵ des situations dans lesquelles une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance, les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisants, le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative ou une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance.

⁴² Voir, *infra*, IV.

⁴³ RS 943.02 ; en général sur l'art. 3 LMI, voir BIANCHI DELLA PORTA (2013), n° 1 ss.

⁴⁴ BIANCHI DELLA PORTA (2013), n° 37 ss.

⁴⁵ La liste contenue à l'art. 3, al. 2, LMI est exemplative selon le Tribunal fédéral (ATF 134 II 329, c. 6.2.3).

C. La proportionnalité comme élément de la pesée d'intérêts

La troisième variante de l'intégration du principe de la proportionnalité dans une norme légale est celle de l'obligation de prendre ce principe en considération lors de la pesée des intérêts.

La loi sur l'égalité pour les handicapés⁴⁶ constitue une illustration intéressante de cette situation. Cette loi a pour but de prévenir, de réduire ou d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées (art. 1, al. 1, LHand). Elle prévoit de nombreuses mesures devant être prises pour atteindre ce but en octroyant des droits subjectifs aux personnes handicapées en matière de constructions, d'équipements, de véhicules ou de prestations (art. 7 et 8 LHand). Comme celles-ci peuvent avoir des conséquences importantes, notamment financières, pour les personnes ou entreprises devant implémenter les mesures, la section 3 de la LHand, intitulée « proportionnalité », contient deux articles, 11 et 12, visant à tempérer la mise en œuvre de la LHand. Ils permettent à l'autorité administrative ou une juridiction en cas de recours de ne pas ordonner les mesures requises pour éliminer une inégalité en cas de disproportion entre l'avantage qui serait procuré aux personnes handicapées par rapport à la dépense requise pour atteindre ce résultat, l'éventuelle atteinte qui serait portée à l'environnement, à la nature ou au patrimoine ou encore à la sécurité du trafic ou de l'exploitation. Par exemple, dans les transports publics, il doit être au moins possible d'utiliser un wagon avec un accès adapté aux personnes handicapées; il n'est pas nécessaire que chaque wagon d'un train dispose d'un accès adapté⁴⁷.

D. La proportionnalité comme composante du principe d'équivalence

Les contributions causales doivent, selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, respecter le principe de l'équivalence⁴⁸ qui est l'expression du principe de la proportionnalité en matière de contributions

⁴⁶ Loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 13 décembre 2002 (LHand – RS 151.3).

⁴⁷ ATF 139 II 289, 295 c. 2.2.2; voir également arrêt TAF A-592/2014 du 9 mars 2015, c. 5.3.2; arrêt TF 5A _323/2016 du 17 novembre 2016, c. 5.2; arrêt TF 1C_394/2010 du 10 juin 2011, c. 6.3.

⁴⁸ ATF 143 I 220, 225, c. 5.2; ATF 135 I 130, 133, c. 2; ATF 129 I 346, 353, c. 5.1.

publiques⁴⁹. Selon celui-ci, le montant de la contribution exigée d'une personne déterminée doit être en rapport avec la valeur objective de la prestation fournie et rester dans des limites raisonnables⁵⁰. La valeur de la prestation se mesure soit à son utilité pour l'administré, soit à son coût par rapport à l'ensemble des dépenses de l'activité administrative en cause⁵¹. Toutefois, selon le Tribunal fédéral, ce principe n'exige pas que la contribution corresponde dans tous les cas exactement à la valeur de la prestation, un certain schématisme dans le calcul, avec la prise en compte de la vraisemblance et de moyennes, est admissible, pour autant qu'il se fonde sur des critères objectifs et ne crée pas des différences qui ne seraient pas justifiées par des motifs pertinents⁵². Tel est le cas, par exemple, d'une taxe d'utilisation du domaine public de CHF 1400.– pour des taxis qui correspond à CHF 120.– par mois, soit six courses à CHF 20.–, ce qui semble raisonnable par rapport à l'avantage octroyé, notamment une visibilité et un accès à des voies de circulation plus rapides accrus⁵³. A l'inverse, une augmentation, même limitée dans le temps, de 5% à 40%, puis 25%, de la redevance versée à l'Etat de Genève pour l'usage du domaine public pour les câbles de distribution de l'électricité ne répond pas à des critères objectifs et crée des différences qui ne sont pas justifiées par des motifs pertinents⁵⁴. De même, un barème d'émoluments trop rigide ne respecte pas le principe d'équivalence⁵⁵.

Le principe d'équivalence est l'expression presque parfaite de la proportionnalité comme une exigence de rapport raisonnable entre le but et les moyens. Ce rapport doit modérer le montant des taxes causales lorsque la base légale prévoyant celles-ci laisse une large marge d'appréciation à l'exécutif pour leur fixation.

49 DUBÉY/ZUFFEREY (2014), n° 645.

50 ATF 143 I 220, 225, c. 5.2.2; ATF 135 I 130, 133, c. 2.

51 ATF 132 II 371, 374-375, c. 2.1.

52 ATF 143 I 220, 225, c. 5.2.2; ATF 138 II 70, 76, c. 7.2.

53 Arrêt TF 2C_772/2017 du 13 mai 2019, c. 4.5.7.

54 Arrêt TF 2C_226/2012 du 10 juin 2013, c. 4.

55 ATAF 2008/3, c. 3.4.2.

E. La proportionnalité comme élément de l'interdiction du formalisme excessif

Le principe d'interdiction du formalisme excessif contient l'exigence d'un rapport raisonnable entre le but et le moyen qui est en cause. Il implique de mesurer le rapport entre l'objectif poursuivi par une norme de procédure et la sanction de sa violation.

Ainsi, les règles strictement impératives, comme le respect des délais fixés par la loi selon l'article 22 PA, sont essentielles. Dans ce cas, la sanction admise est la péremption du droit de l'administré, sauf cas exceptionnel de restitution du délai. La sanction est la plus sévère avec la perte définitive d'un droit, mais elle est jugée admissible au regard de l'importance de la règle qui a été violée, sans qu'une appréciation de la proportionnalité soit nécessaire. Il y a donc dans ce cas un automatisme lié à une exclusion du principe de la proportionnalité du fait, d'une part, de l'importance de la règle en cause et, d'autre part, de la clause de sauvegarde sous la forme d'une restitution de délai possible aux conditions de l'article 24 PA. En revanche, pour la plupart des autres règles, la violation est analysée au regard du principe de proportionnalité, qui se traduit notamment par l'interdiction du formalisme excessif. La conséquence est que souvent un délai supplémentaire sera accordé ou un délai sera restitué afin de parfaire l'acte imparfait. Tel est par exemple le cas d'une demande devant être effectuée dans un certain délai sur une formule officielle mais qui, effectuée dans le même délai, par pli simple, est également valable, sous réserve de la preuve de ladite demande⁵⁶.

IV. Les composantes du principe de la proportionnalité

Selon le Tribunal fédéral, « ... *pour être conforme au principe de la proportionnalité (également ancré à l'art. 5 al. 2 Cst.), une mesure restrictive doit être apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude), lesquels ne peuvent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité); le principe de la proportionnalité interdit en outre toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la*

⁵⁶ Arrêt TAF C-2224/2013 du 11 décembre 2013, c. 8.2.2.

proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts...) »⁵⁷. Le Tribunal administratif fédéral utilise une formulation un peu différente pour exprimer la même règle: « [l]e principe de la proportionnalité, ancré à l'art. 5 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), se compose traditionnellement des règles d'aptitude – qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé – de nécessité – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés – et de proportionnalité au sens étroit – qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et sur le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public »⁵⁸.

Il ressort de ces arrêts, qui reflètent l'état actuel de la jurisprudence⁵⁹, que trois conditions cumulatives doivent être réalisées pour admettre le respect du principe de la proportionnalité: l'aptitude, la nécessité et la pesée des intérêts (proportionnalité au sens étroit)⁶⁰. Nous allons les examiner successivement.

Selon la **condition d'aptitude**, le moyen choisi doit être propre à atteindre le but fixé, autrement dit, la mesure doit être apte à atteindre l'intérêt public visé par la loi en cause ou la règle légale qui est appliquée lorsqu'elle prévoit un intérêt particulier⁶¹. Pour vérifier si cette exigence est respectée, il faut donc commencer par identifier le but poursuivi par la législation ou la norme, soit l'intérêt public dont l'existence est néces-

⁵⁷ ATF 144 I 306, 315, c. 4.4.1; voir aussi, par exemple, ATF 143 I 403, 412, c. 5.6.3; ATF 140 I 381, 389 c. 4.5; ATF 135 I 233, 246, c. 3.1.

⁵⁸ ATAF 2013/19, 241 c. 4.2.

⁵⁹ ATF 143 I 403, 412, c. 5.6.3; ATF 142 I 76, 84, c. 3.5.1; ATF 140 I 218, 235, c. 6.6.3; ATF 138 I 331, 346, c. 7.4.3; ATF 137 I 167, 175, c. 3.5; ATF 126 I 219, 221-222, c. 2c.

⁶⁰ DUBEY (2021), n° 97; DUBEY/ZUFFEREY (2014), n° 635 ss; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), n° 521; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 814; TANQUEREL (2018), n° 550; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), p. 162.

⁶¹ DUBEY (2021), n° 102; DUBEY/ZUFFEREY (2014), n° 635s; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), n° 522 ss; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021), p. 117; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 814 ss; TANQUEREL (2018), n° 552-553; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), p. 164. Voir, par exemple, l'arrêt TAF A-379/2016 du 8 septembre 2016, c. 6.2, qui concerne l'application de l'art. 22 de la loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (LAAM – RS 510.10) relatif à une exclusion de l'armée suite à une condamnation pénale.

saire selon l'article 5, alinéa 2, Cst. Ce lien entre la condition de l'adéquation et le principe constitutionnel d'intérêt public crée un lien étroit entre ce dernier et le principe de la proportionnalité, justifiant souvent leur examen simultané⁶². Ensuite, il s'agit de vérifier que la mesure administrative soit apte à atteindre cet intérêt, même si ce n'est pas la mesure la plus efficace. Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, il suffit que la mesure contribue à atteindre, dans une mesure plus ou moins effective, un résultat appréciable⁶³. La condition ne sera donc pas réalisée si la mesure ne poursuit pas un intérêt public, poursuit un intérêt public autre que celui visé par la législation concernée ou ne permet pas ou peu d'atteindre le but poursuivi. Le Tribunal fédéral est plus strict lorsque l'évaluation d'une mesure dépend de connaissances techniques controversées en affirmant n'admettre « une violation du principe de proportionnalité que si l'inaptitude de cette mesure à atteindre le résultat recherché paraît manifeste »⁶⁴. Il s'agit toutefois de cas particuliers donnant lieu à une jurisprudence peu nombreuse. L'enjeu de son application est l'existence des connaissances techniques controversées. Font partie de celles-ci l'évaluation de la publicité sur le domaine public sur les comportements des consommateurs⁶⁵ ou le port du masque comme moyen de lutte contre la propagation du coronavirus⁶⁶.

Dans la plupart des arrêts du Tribunal fédéral, l'examen de la condition de l'aptitude est succinct dès lors que la mesure permet d'atteindre le but poursuivi par la législation. Par exemple, dans le cadre d'un contrôle abstrait de dispositions cantonales permettant l'observation préventive secrète de personnes pour détecter la commission de crimes et délits ou d'en empêcher la commission, le Tribunal fédéral affirme que « l'observation préventive est apte à produire le résultat escompté, à savoir le maintien de l'ordre public et la prévention d'infractions (règle de l'aptitude) »⁶⁷. De même, en matière d'expropriation, l'envoi en possession

62 ATF 140 II 194, 200, c. 5.8.2.

63 Voir, par exemple, l'arrêt TAF A-4357/2015 du 10 juillet 2017, c. 2.3.

64 ATF 128 I 295, 308 ss, c. 5 b./cc.

65 Arrêt TF 1C_427/2020 du 25 mars 2021, c. 7.4.1 ; arrêt TF 2P.207/2000 du 28 mars 2002, c. 5 b./cc.

66 Arrêt TF 2C_793/2020 du 8 juillet 2021, c. 5.3.3.

67 ATF 140 I 381, 389-390, c. 4.5.1.

anticipée est une mesure apte à permettre la réalisation de l'infrastructure publique pour laquelle l'expropriation est mise en œuvre⁶⁸.

La **condition de la nécessité**, appelée aussi parfois de subsidiarité⁶⁹, exige qu'entre plusieurs moyens envisageables, l'autorité choisisse celui qui, tout en atteignant le but visé et donc vérifiant la condition de l'aptitude, ménage plus les droits de son destinataire⁷⁰. Une mesure ne remplira donc pas la condition de la nécessité, si une autre mesure, qui s'avère également appropriée, mais est moins incisive pour son destinataire, suffit pour atteindre le but recherché⁷¹. Il faut donc s'assurer que le résultat escompté ne puisse pas être atteint par une mesure moins incisive, l'intervention de l'autorité ne devant pas aller au-delà de ce qui est nécessaire sur le plan matériel, spatial, temporel et personnel⁷². A titre d'exemple, en matière d'expropriation, l'expropriant ne peut exiger l'expropriation totale (et définitive) d'un droit de propriété lorsque l'objectif visé peut aussi être atteint par la seule expropriation partielle (ou temporaire) d'un tel droit⁷³.

Cette règle est particulièrement importante lorsque l'autorité dispose d'un grand pouvoir d'appréciation, car elle permet de vérifier que la mesure choisie par l'autorité au moyen de son pouvoir d'appréciation respecte le principe de la proportionnalité. En revanche, elle n'a aucune portée lorsque la base légale prévoit un automatisme entre l'état de fait et la mesure à prendre⁷⁴.

La condition de la pesée des intérêts, appelée **proportionnalité au sens étroit**, met en balance la gravité des effets de la mesure choisie sur les droits de son destinataire ainsi que les autres intérêts privés ou publics

68 Arrêt TAF A-3172/2013 du 29 août 2013, c. 4.2.2.1.

69 Voir, par exemple, l'arrêt TF 6B_113/2021 du 8 juillet 2021, c. 6.1; arrêt TF 6B_343/2015 du 2 février 2016, c. 2.2.2.

70 DUBEY (2021), n° 103; DUBEY/ZUFFEREY (2014), n° 637 ss; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), n° 527 ss; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021), p. 118-119; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 818-819; TANQUEREL (2018), n° 554-555; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), p. 168-169.

71 ATF 142 I 76, 84, c. 3.5; arrêt TF 6B_343/2015 précité, c. 2.2.2.

72 ATF 135 I 176, 180-181, c. 3.3; ATAF 2009/44, c. 3.3.

73 ATAF 2012/23, c. 31.4.

74 Voir, par exemple, l'arrêt TAF A-379/2016 précité, c. 6.2.

concernés et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public⁷⁵. Elle impose l'existence d'un rapport raisonnable entre le but visé et les intérêts privés ou publics compromis, qui est vérifiée par une pesée des intérêts⁷⁶. Il permet de vérifier si une mesure qui respecte les deux premières conditions, ne porte pas une atteinte déraisonnable aux intérêts privés qui conduirait à renoncer à la prendre⁷⁷. C'est donc le test ultime permettant de vérifier la proportionnalité de la mesure concernée. La seule réserve est l'existence de circonstances locales, dont l'appréciation incombe en premier lieu au canton concerné, qui justifie selon le Tribunal fédéral, qu'il fasse preuve de retenue dans l'examen de ces circonstances⁷⁸.

V. L'application judiciaire du principe de la proportionnalité

Le principe de la proportionnalité remplit une fonction essentielle dans notre ordre juridique. Toutefois, en dépit de son inscription à l'article 5, alinéa 2, Cst., ce principe ne revêt pas la qualité d'un droit fondamental, il est uniquement qualifié de principe constitutionnel⁷⁹. Son traitement par le Tribunal fédéral va donc dépendre des circonstances dans lesquelles ce principe est invoqué.

En tant que principe constitutionnel, la proportionnalité fait partie du droit fédéral au sens de l'article 95, lettre. a, de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF)⁸⁰. Une éventuelle violation de ce principe peut donc être invoquée à ce titre dans tout recours, indé-

75 DUBÉY (2021), n° 104 ss; DUBÉY/ZUFFEREY (2014), n° 640 ss; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), n° 555 ss; MALINVERNI/HOTTELIÉR/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021), p. 119 ss; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 819 ss; TANQUEREL (2018), n° 556; TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), p. 165 ss.

76 Voir, par exemple, ATF 142 I 76, 84-85, c. 3.5.2.

77 Voir, par exemple, ATF 146 I 157, 170, c. 5.9; ATF 145 I 73, 100-101, c. 7.1.2; ATF 143 I 403, 412 ss, c. 5.6.3 ss; ATF 140 I 381, 389 ss, c. 4.5.1; ATF 141 I 20, 33 ss, c. 6.2.4; ATF 131 II 361, 382, c. 6.6.

78 ATF 141 I 141, 151, c. 6.5.3; ATF 140 I 218, 236-237, c. 6.7.3.

79 ATF 142 I 76; DUBÉY/ZUFFEREY (2014), n° 643; TSCHANEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014), p. 170.

80 RS 173.110.

pendamment de toute atteinte à un droit fondamental⁸¹. Toutefois, le Tribunal fédéral fait une distinction selon que cette violation est liée à l'application du droit fédéral ou cantonal.

Dans le premier cas, le Tribunal fédéral applique le droit d'office conformément à l'article 106, alinéa 1, LTF et examine donc librement le grief⁸². Il doit toutefois faire l'objet d'une motivation suffisante selon l'article 42, alinéa 2, LTF.

En revanche, dans le second cas, le Tribunal fédéral ne revoit le respect du principe de la proportionnalité qu'en relation avec un droit⁸³. Il s'agira d'abord de la violation alléguée d'un droit fondamental ou du droit à l'égalité de traitement. Lorsque le recours porte sur la compatibilité d'une restriction à une liberté fondamentale avec l'article 36, alinéa 3, Cst., la situation est différente. Le Tribunal fédéral a jugé que cette disposition constitutionnelle constitue une *lex specialis* par rapport à l'article 5, alinéa 2, Cst. En conséquence, en tant que le respect du principe de la proportionnalité est une condition posée par l'article 36, alinéa 3, Cst. pour qu'une restriction puisse être admise, le Tribunal fédéral vérifie si cette condition est réalisée ou non qu'une norme de droit fédéral ou cantonal soit en cause⁸⁴. Il limite toutefois volontairement son pouvoir d'examen en s'imposant une certaine retenue lorsqu'il doit se prononcer sur de pures questions d'appréciation ou tenir compte de circonstances locales, dont les autorités cantonales ont une meilleure connaissance que lui⁸⁵.

En l'absence de droit, le grief de la violation de la proportionnalité devra être avancé conjointement avec celui de la violation de l'interdiction de l'arbitraire, l'éventuelle atteinte au principe de la proportionnalité se confondant alors avec le grief d'arbitraire⁸⁶. Du point de vue du Tribunal fédéral, l'objet du grief est une norme de droit cantonal qui ne fait pas partie de la liste des normes visées à l'article 95 LTF, il traite donc la

81 ATF 141 I 1, 7-8, c. 5.3.2; ATF 140 I 257, 267-268, c. 6.3.1.

82 DUBEY (2021), n° 112.

83 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021), p. 812.

84 ATF 137 I 167, 175-176, c. 3.6.

85 ATF 140 I 168, 173, c. 4.2.1; ATF 135 I 176, 181, c. 6.1; DUBEY (2021), n° 113; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021), p. 812.

86 ATF 141 I 1, 7-8, c. 5.3.2.

question d'une éventuelle application disproportionnée de cette norme de droit cantonal comme une question relevant du droit cantonal et exclut donc une invocation directe du principe de la proportionnalité avec pour conséquence le lien obligatoire à l'interdiction de l'arbitraire. Cette approche est, à notre avis, critiquable dans le cas du recours en matière de droit public selon l'article 82 LTF, car elle ignore le fait que l'enjeu du grief est le respect d'un principe constitutionnel appartenant au droit fédéral. Il s'agit donc de veiller à l'application uniforme du droit fédéral, même si la décision en cause se fonde sur du droit cantonal. La situation est donc différente de celle où c'est le contenu du droit cantonal qui est en cause ; il s'agit du respect d'un principe de droit fédéral lors de l'application du droit cantonal. Le Tribunal fédéral admet l'invocation du principe de l'égalité de traitement indépendamment de l'interdiction de l'arbitraire ; il n'existe aucun motif de traiter différemment le principe de la proportionnalité, qui a le même rang constitutionnel⁸⁷.

De plus, dans cette situation, selon les articles 42, alinéa 2, et 106, alinéa 2, LTF, ce grief doit être invoqué et motivé de façon détaillée, en précisant en quoi consiste la violation, sous peine d'irrecevabilité⁸⁸. Enfin, le Tribunal fédéral ne s'écartera de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si celle-ci, tant dans sa motivation que son résultat⁸⁹, apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs et en violation d'un droit certain⁹⁰.

VI. Conclusion

Le principe de la proportionnalité est un principe fondateur et essentiel de notre ordre juridique. Ancré à l'article 5, alinéa 2, Cst., il a le rang de principe constitutionnel et déploie ses effets tant dans le contenu des actes normatifs que dans leur mise en œuvre dans des décisions indi-

⁸⁷ Voir également la critique de cette jurisprudence fondée sur l'argument d'une mauvaise délimitation entre pouvoir d'examen et grief d'arbitraire en ce qui concerne le recours en matière de droit public dans MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (2021), p. 813.

⁸⁸ ATF 142 III 364, 368, c. 2.4 ; ATF 139 I 229, 232, c. 2.2 ; ATF 138 I 232, 237, c. 3.

⁸⁹ ATF 140 I 201, 205, c. 6.1.

⁹⁰ ATF 141 I 49, 53, c. 3.4.

viduelles ou d'autres actes. Le principe de la proportionnalité est ainsi présent sous de multiples formes tant au niveau fédéral que cantonal.

L'examen de la jurisprudence montre qu'il est très fréquemment invoqué dans le cadre de contestation de normes ou d'actes administratifs. Pour les normes, c'est parfaitement compréhensible dès lors que le respect du principe de la proportionnalité est une condition de limitation des libertés individuelles selon l'article 36, alinéa 3, Cst. En revanche, pour les actes administratifs, lorsque la proportionnalité n'est intégrée à une norme légale – ce qui reste rare – seul vaut le principe général de l'article 5, alinéa 2, Cst. Même s'il est très général, il reste une condition s'appliquant à tous les actes administratifs. Ceci explique sans doute qu'en cas de contestation d'un acte administratif, le grief de la violation de la proportionnalité soit très fréquemment invoqué. En revanche, l'admission de ce grief reste relativement rare.

Le domaine privilégié du contentieux du principe de la proportionnalité reste ainsi celui des limitations aux droits fondamentaux et la mise en œuvre de principes ou normes légales intégrant, sous une forme ou une autre, le principe de la proportionnalité.

Bibliographie

- BIANCHI DELLA PORTA MANUEL (2013), « Article 3 LMI », in: BOVET CHRISTIAN/MARTENET VINCENT/TERCIER PIERRE (éd.), *Commentaire romand – Droit de la concurrence*, 2^e éd., Bâle.
- DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE (2014), *Droit administratif général*, Bâle.
- DUBEY JACQUES (2021), « Article 5 Cst. », in: DUBEY JACQUES/MARTENET VINCENT (éd.), *Commentaire romand – Constitution fédérale*, Bâle.
- FLEINER-GERSTER THOMAS (1980), 2^e éd., *Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts*, Zurich.
- GIACOMETTI ZACCARIA (1960), *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zurich.
- GRISEL ANDRE (1984), *Traité de droit administratif*, vol. I, Neuchâtel.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX (2020), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^e éd., Zurich/Saint-Gall.
- KNAPP BLAISE (1991), *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Bâle.
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE (2021), *Droit constitutionnel suisse – Vol. II: Les droits fondamentaux*, 4^e éd., Berne.
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT (2012), *Droit administratif – Vol. I: Les fondements*, 3^e éd., Berne.
- TANQUEREL THIERRY (2018), *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle.
- TSCHANNEN PIERRE, ZIMMERLI ULRICH, MÜLLER MARKUS (2014), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Berne.

La proportionnalité comme principe réglant le pouvoir d'appréciation en droit anglais et américain¹

PHILLIP LANDOLT

*Docteur en droit, avocat (Genève), solicitor (England & Wales),
chargé de cours à l'Université de Genève*

I. L'évidence de la proportionnalité comme institution juridique

Il n'est pas étonnant que la *common law* connaisse la proportionnalité du moins prise comme instrument générique de pesée d'intérêts. En effet, il n'y a rien de plus naturel en droit que la nécessité de concilier deux intérêts qui se chevauchent et se contredisent. Cette conciliation visera à conserver, autant que possible, chacun de ces intérêts. Il faudra également peser ces deux intérêts, afin de déterminer leurs valeurs relatives respectives.

Le principe de la proportionnalité ne figure pas parmi les principes généraux de droit international énoncés dans le célèbre livre du professeur Bin CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, paru en 1953, pas même dans son index de termes. Mais il trouve sa place dans l'ouvrage de 2017 de Charles KOTUBY, Jr. et Luke A. SOBOTA² qui se veut une mise à jour du livre du professeur CHENG.

Selon KOTUBY et SOBOTA, le principe de la proportionnalité était déjà présent chez ARISTOTE et CICERON, et dans cette période moderne a « émergé comme principe général de droit »³. Ainsi, ce principe serait-il

1 L'auteur exprime ses remerciements à M. Pietro GERUNDINO pour son aide à la préparation de cet article.

2 CHARLES T. KOTUBY JR./LUKE A. SOBOTA, *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes*, Oxford 2017.

3 KOTUBY/SOBOTA (n. 2) n° 1, p. 114 (« *the notion of proportionality traces back to Aristotle and Cicero, and has emerged in modern times as a general principle of law* »).

une « espèce de prohibition de l'abus de droit », en ce qu'il règle le bon exercice d'un droit (« *gauges the proper exercise of a legal right* »)⁴.

Mais si la proportionnalité est un principe général de droit pour KOTUBY et SOBOTA, c'est aussi et surtout parce qu'ils trouvent ce principe en droit administratif moderne dans des systèmes civilistes phares comme le droit allemand, français et suisse.

La *Magna Carta* est souvent évoquée comme exemple de la présence précoce et fondamentale du principe de la proportionnalité en droit anglais. La *Magna Carta* est certes « grande » en ce qu'elle marque le moment où l'absolutisme des rois anglais subissait des limites en faveur des grands barons du Royaume. Le roi Jean D'ANGLETERRE (premier et dernier du nom), est contraint à Runnymede, quelques kilomètres à l'ouest de Londres, de sceller la reconnaissance des droits revenant à autrui.

Ce fonctionnement est destiné à se perpétuer et se répandre dans la *common law*, notamment à travers l'œuvre de Sir Edward COKE, le juge fondateur de certaines importantes notions de la *common law*. Celui-ci va, dans la deuxième partie de son ouvrage clé *The Institutes*, interpréter les avantages octroyés aux barons dans la *Magna Carta* comme appartenant à tout citoyen (masculin).

Voilà donc que dans la *Magna Carta*, pour la première fois, le principe constitutionnel unique, le *placitum principis*, commence à se heurter à des limites. Dès lors, il fallait dessiner les limites entre ces deux sphères d'intérêt. Ici et là, cette pesée d'intérêts aboutit à une forme de proportionnalité, quoiqu'assez grossière :

*20. A free man shall not be amerced for a trivial offence, except in accordance with the degree of the offence; and for a serious offence he shall be amerced according to its gravity, saving his livelihood; and a merchant likewise, saving his merchandise; in the same way a villein shall be amerced saving his wainage; if they have fall in our mercy. And none of the aforesaid ameracements shall be imposed except by the testimony of reputable men of the neighbourhood.*⁵

4 *Ibid.*

5 *Magna Carta*, Clause 20.

20. Un homme libre ne devrait pas être puni pour une infraction mineure, excepté conformément au degré de l'infraction; et pour une infraction sérieuse, il devrait être puni en fonction de sa gravité, préservant ses moyens de subsistance; et pour un marchand de même, préservant sa marchandise; de même un serf devrait être puni en fonction de ses possessions; s'ils sont tombés à notre merci. Et aucune des punitions susmentionnées ne devrait être imposée en l'absence de témoignage d'hommes réputés au sein de notre voisinage.

C'est à cette clause de la *Magna Carta* que l'on attribue la prohibition des « punitions cruelles et inhabituelles », figurant dans le 8^{ème} amendement de la Constitution fédérale américaine, qui incorpore une certaine expression de la proportionnalité :

Dans une décision de 1982, *Solem v. Helm*⁶, le juge POWELL a retracé les origines des « punitions cruelles et inhabituelles » à la *Magna Carta* et à la Déclaration Anglaise des droits de 1689, qu'il a identifié comme ayant représenté un grand principe de punition proportionnelle à la gravité du crime⁷.

II. La portée de cette contribution

En revanche, la question qui sera traitée dans la présente contribution est celle de savoir si le principe de la proportionnalité tel qu'il est connu en droit administratif suisse comme moyen de contrôler le pouvoir d'appréciation, opère en droit administratif anglais et américain et sinon, qu'elles institutions y opèrent un fonctionnement analogue. Dans cette deuxième hypothèse de principes fonctionnels différents, il y aura lieu de comparer entre ces juridictions anglo-saxonnes et la Suisse.

⁶ *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983), p. 284-286.

⁷ « *The Eighth Amendment, Proportionality, and the Changing Meaning of Punishments* », *THE HARVARD LAW REVIEW*, Cambridge 2009, p. 960: « In a 1983 decision, *Solem v. Helm*, Justice Powell traced the history of the Cruel and Unusual Punishments Clause back to the Magna Carta and the English Bill of Rights of 1689, which he found to have embodied a strong principle of proportional punishment. »

III. Le droit anglais

A. Le contrôle traditionnel du pouvoir d'appréciation

Le contrôle du pouvoir public d'appréciation en droit anglais relève de la partie du droit développée par les juges, soit de la *common law* au sens étroit, par opposition au droit découlant des activités législatives. C'est la particularité de cette origine, et plus spécifiquement le rôle des tribunaux dans l'ordre constitutionnel britannique, qui va dicter le caractère de ce contrôle.

Traditionnellement, dès que la compétence d'un pouvoir public est donnée, le droit administratif anglais fait appel à un examen de la « raisonnable » dans le contrôle du pouvoir public d'appréciation. Cet examen a été « reconnu » dans une décision de la Cour d'appel anglaise de 1948, du nom d'*Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation (Wednesbury)*⁸. Dans l'affaire *Wednesbury*, une loi britannique, le *Sunday Entertainments Act*, 1932, avait conféré aux autorités municipales, y compris celles de la ville de Wednesbury dans le Staffordshire, le pouvoir d'accorder des permis pour la visualisation publique de performances cinématographiques « comme elle le juge approprié et selon toutes les conditions qu'elle juge appropriées » (« *power to allow a licensed place to be open and used on Sundays, subject to such conditions as the authority thinks fit to impose* »). L'autorité municipale en l'espèce a permis à tout un chacun de visionner des films le dimanche, à l'exception des enfants de moins de 15 ans, accompagnés ou pas de leurs parents ». Un propriétaire d'un cinéma, *Associated Provincial Picture Houses*, a attaqué cette condition comme étant « déraisonnable ». Il a perdu en première instance et a formé un appel à la Cour d'appel constituée de trois juges, dont son président, Lord GREENE MR. La seule motivation de ce jugement a été rendue par Lord GREENE MR; les deux autres juges ont marqué leur accord avec cette motivation et avec la décision. Dans la jurisprudence, il était établi qu'une décision administrative était susceptible d'être cassée dans la mesure où elle était « déraisonnable ». La question juridique à trancher dans *Wednesbury* était celle de savoir selon quelle perspective il devait y avoir déraison justifiant l'annulation de la

⁸ *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation* [1948] 1 KB 223.

décision. Lord GREENE MR a retenu que cette perspective était celle de l'autorité qui a pris la décision, et non celle du tribunal qui la contrôlait.

*“The decision of the local authority can be upset if it is proved to be unreasonable, really meant that it must be proved to be unreasonable in the sense that the court considers it to be a decision that no reasonable body could have come to. It is not what the court considers unreasonable, a different thing altogether”*⁹.

« La décision de l'autorité locale peut être renversée s'il est prouvé qu'elle est déraisonnable, ce qui signifie en réalité qu'il doit pouvoir être prouvé qu'il s'agit-là d'une décision qu'aucun organe raisonnable n'aurait pu adopter. Il ne s'agit pas de ce que la Cour considérerait comme une décision déraisonnable, ce qui serait une chose entièrement différente ».

Pour Lord GREENE MR ce qui primait était que le législateur avait investi l'autorité d'un pouvoir d'appréciation, que ce pouvoir était d'ordre exécutif, et qu'il serait donc contre l'ordre constitutionnel que le pouvoir judiciaire vienne imposer sa propre idée de la manière d'exercer ce pouvoir :

*“When an executive discretion is entrusted by Parliament to a body such as the local authority in this case, what appears to be an exercise of that discretion can only be challenged in the courts in a strictly limited class of cases. As I have said, it must always be remembered that the court is not a court of appeal. When discretion of this kind is granted the law recognizes certain principles upon which that discretion must be exercised, but within the four corners of those principles the discretion, in my opinion, is an absolute one and cannot be questioned in any court of law”*¹⁰.

« Quand le Parlement accorde un pouvoir d'appréciation à un organe tel que l'autorité locale dans ce cas, ce qui apparaît comme étant un exercice de cette discrétion ne peut être contesté devant les tribunaux que dans un nombre limité de cas. Ainsi que je l'ai dit, il faut toujours se rappeler que la Cour n'est pas une Cour d'appel. Quand une discrétion de ce genre est accordée, la

⁹ *Op. cit.*, p. 230.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 228.

loi reconnaît certains principes d'après lesquels cette discrétion doit être exercée, mais dans le cadre de ces principes, cette discrétion est, à mon sens, absolue et ne peut pas être remise en cause devant une Cour étatique ».

Certes, le législateur peut accorder un plus grand rôle au pouvoir judiciaire en contrôlant les autorités dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation. Il le fait en stipulant des exigences concernant cet exercice, et aussi en prévoyant un appel devant les tribunaux. Cependant, à défaut de ce choix, comme dans l'affaire *Wednesbury*, le contrôle judiciaire est remarquablement laxiste. Lord GREENE MR observe lui-même : « *to prove a case of that kind would require something overwhelming* » (« prouver une situation de ce genre nécessiterait quelque chose d'accablant »).

Même les termes que l'on emploie comme synonymes de déraison d'une décision selon l'arrêt *Wednesbury* évoquent l'énorme retenue de l'examen. On parle de « *Wednesbury irrationality* » ou bien même de « *Wednesbury perversity* ».

Ainsi, la Cour d'appel a refusé de casser la décision de l'autorité en ce qu'elle se basait valablement sur une appréciation de la moralité publique. Force est de constater qu'à la lumière de l'examen qu'elle a retenu, presque toute condition en lien avec une considération pertinente, comme la moralité publique, aurait satisfait le tribunal.

On remarque que la Cour d'appel ne soulève pas la possibilité de normes relevant d'une source autre que celle du pouvoir législatif, qui pourraient structurer ce pouvoir exécutif d'appréciation, par exemple des normes prenant leur origine dans la jurisprudence dont le foisonnement dans les systèmes de *common law* est bien avéré, ou bien relevant de l'idée même de la justice. En effet, il convient de relever que le principe de la proportionnalité revêt ce dernier caractère.

B. L'évolution de l'examen de la *Wednesbury rationality*

Cependant, conscients de la légèreté du contrôle selon *Wednesbury*, et surtout, nous le verrons, ayant pris connaissance de la manière dont les juridictions administratives dans d'autres Etats modernes traitaient de ces questions, dans les décennies qui ont suivi *Wednesbury*, les tribunaux anglais se sont attelés à renforcer l'examen. D'ailleurs, force est de constater que ce développement a abouti, dans une certaine mesure,

à un rapprochement entre *Wednesbury* et un contrôle s'appuyant sur la proportionnalité.

Le droit administratif anglais a intégré une notion selon laquelle les tribunaux sont plus aptes à interférer avec une décision d'appréciation d'un pouvoir administratif selon la nature des facteurs pertinents de cette décision. Quand ces facteurs relèvent de simple faits (*primary fact*), le contrôle est plus intense que si ces facteurs sont de nature « politique » ou « économique ». Dans ce dernier cas, l'on applique ce qui est appelé l'examen « *super-Wednesbury* »¹¹. Il est possible d'expliquer ce développement par l'acceptation du pouvoir législatif d'assumer un rôle plus ou moins interventionniste du tribunal, selon sa compétence institutionnelle de traiter la matière, par rapport à celle de l'autorité administrative.¹²

Ce n'est pas encore une pesée d'intérêts, laquelle rapprocherait la *Wednesbury unreasonableness* du principe de la proportionnalité, mais un premier pas, c'est-à-dire que l'intensité du contrôle peut et devrait varier selon la nature du cas.

Mais les tribunaux anglais sont aussi parvenus à accepter que la nature des intérêts du justiciable affecte l'intensité du contrôle selon *Wednesbury*. Plus l'intérêt du justiciable est important, plus l'examen sera rigoureux. Un examen très rigoureux, justifié lorsqu'un droit important est en jeu¹³, s'appelle un examen « *sub-Wednesbury* ». Il est intéressant de relever que la justification de ce développement n'est pas la compétence institutionnelle des tribunaux pour effectuer une pesée d'intérêts, mais plutôt un appel au rôle constitutionnel des tribunaux pour protéger les intérêts des justiciables :

“It is not the constitutional role of the court to regulate the conditions of service in the armed forces of the Crown, nor has it the expertise to do so. But it has the constitutional role and duty of ensuring that the rights of citizens are not abused by the unlaw-

11 *R v Environment Secretary, ex parte Hammersmith and Fulham London Borough Council* [1991] 1 AC 521, p. 12.

12 *R (London Borough of Wandsworth) and others v Secretary of State for Transport* [2005] EWHC 20 (Admin).

13 *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Bugdaycay* [1987] AC 514 at 531, per Lord BRIDGE; *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] AC 696 at 748-749, per Lord BRIDGE; *R v Ministry of Defence, ex parte Smith* [1996] QB 517.

ful exercise of executive power. While the court must properly defer to the expertise of responsible decision-makers, it must not shrink from its fundamental duty to do right to all manner of people”¹⁴.

« Ce n’est pas le rôle constitutionnel de la Cour que de régler les conditions de service dans les forces armées de la Couronne, une question pour laquelle elle n’a au demeurant pas l’expertise nécessaire. Mais la Cour a le rôle constitutionnel et le devoir de s’assurer que les droits des citoyens ne soient pas abusés par l’exercice illicite du pouvoir exécutif. Alors que la Cour doit s’en tenir à l’expertise de responsables raisonnables, elle ne doit pas se retirer de son devoir de faire le bien pour toutes sortes de personnes ».

Aujourd’hui, le droit administratif anglais garde donc l’examen *Wednesday*, mais il y a une pesée d’intérêts du moins indirecte dans le sens que plus l’intérêt de l’individu est important, plus le contrôle va être exigeant. Pourtant, l’on constate que le poids accordé à l’intérêt public reste invariable.

Il convient de mentionner ici que, lorsque le droit de l’Union européenne constituait une partie intégrante du droit anglais, les juges anglais l’appliquaient, y compris les aspects du principe de la proportionnalité qu’il comporte.

Le Royaume-Uni est un système dualiste quant à la force juridique de normes internationales. C’est le pouvoir exécutif, généralement représenté par le Secrétaire d’Etat aux affaires étrangères, ou bien son adjoint, qui engage la responsabilité du Royaume-Uni envers les Etats cocontractants. Mais sans l’aval du Parlement, ces droits et obligations restent dénués d’effet au niveau interne. Le Royaume-Uni a pleinement participé à l’élaboration de la Convention européenne des droits de l’homme signée à Rome en 1950¹⁵, et cette Convention lie le Royaume-Uni en tant qu’acteur international depuis 1953. Toutefois, c’est seulement à partir

14 *R v Ministry of Defence, ex parte Smith* [1996] 1 All ER 256; [1996] QB 517 at 556 per Sir THOMAS BINGHAM MR.

15 GEOFFREY MARSTON, « *The United Kingdom’s Part in the Preparation of the European Convention on Human Rights, 1950* », in: *The International and Comparative Law Quarterly* Vol. 42, N° 4, octobre 1993, p. 796-826.

du 2 octobre 2000, date d'entrée en vigueur du *Human Rights Act* de 1998, une loi adoptée par le Parlement britannique, que la CEDH a été transposée en droit anglais.

Dans l'intervalle, entre 1953 et 2000, les juges anglais s'apercevaient du regard des juges de Strasbourg, et ils étaient certes conscients de l'intérêt pratique d'éviter toute divergence entre le droit anglais interne, et le droit découlant de la CEDH. Une bonne partie de la doctrine et certains juges réclamaient l'adoption du principe de la proportionnalité en droit anglais au moins lorsqu'un droit de la CEDH était en jeu. Dans une série d'affaires, le droit anglais a fini par persister à garder son examen de la *Wednesbury irrationality*, et rejetait l'intégration d'un examen de la proportionnalité, mais déclarait qu'au niveau du résultat cela n'amenait aucune différence. C'est, ainsi que nous l'avons vu, un des motifs ayant poussé le droit anglais à accorder un examen plus intense selon les intérêts du justiciable en jeu. Si de tels intérêts relevaient de la CEDH, les juges anglais, appliquant le droit interne anglais, imposaient un *anxious scrutiny*¹⁶.

*Brind*¹⁷ est un jugement de la House of Lords de 1991 donc bien avant la transposition du droit de la CEDH en droit anglais. Une loi autorisait le gouvernement à exiger que la voix d'une personne membre d'un groupe qualifié de terroriste ne puisse pas être diffusée, au motif de priver de telles personnes d'une tribune politique. Les propos d'une telle personne devaient soit être rapportés par quelqu'un d'autre, soit transmis moyennant une dissimulation de sa voix. BRIND était un journaliste qui ne voulait plus être contraint de déguiser la voix d'un membre de l'IRA, le groupe séparatiste irlandais. BRIND a soutenu que le droit anglais devait adopter un examen de la proportionnalité notamment au vu du fait que le droit à la liberté d'expression consacré à l'art. 10 CEDH était n'était pas respecté et en fin de compte, la Cour de Strasbourg allait l'appliquer en cas d'échec devant les tribunaux internes. Il est intéressant de noter que le conseil de BRIND, pour assurer l'introduction de la proportionnalité dans l'ordre juridique anglais, l'a présenté en des termes rappelant

¹⁶ Cette expression semble avoir été utilisée judiciairement pour la première fois par Lord BRIDGE dans l'affaire *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Bugdaycay* [1986] UKHL 3, [1987] A.C. 514, H.L. (UK).

¹⁷ *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] AC 696.

la *Wednesbury irrationality*: « est-ce que le ministre pouvait raisonnablement conclure que cette décision était nécessaire » ? A l'unanimité les cinq Law Lords, chacun avançant ses propres motifs, ont rejeté l'appel et notamment le propos selon lequel le principe de la proportionnalité s'applique pour contrôler le pouvoir d'appréciation de l'exécutif.

Dans *R v Ministry of Defence, Ex p Smith*¹⁸, la Cour d'appel a accepté que l'intensité du contrôle *Wednesbury* devait se calquer sur l'importance du droit concerné. Ainsi, la Cour d'appel s'est félicitée d'avoir adapté *Wednesbury* de manière à ce que le résultat se conforme à celui de l'application du principe de la proportionnalité. Elle a trouvé l'exercice de l'appréciation du Ministère de la défense loisible. Pourtant, la Cour de Strasbourg allait parvenir à la conclusion inverse, appliquant le principe de la proportionnalité. Dans sa décision dans l'Affaire *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, cette Cour a conclu que :

« [d]ans ces conditions, il est clair pour la Cour qu'à supposer même que les griefs que lui présentent les requérants aient été pour l'essentiel formulés devant les juridictions internes et examinés par elles, le seuil à partir duquel la High Court et la Cour d'appel auraient pu tenir la politique du ministère de la Défense pour irrationnelle était si élevé qu'il excluait en pratique toute considération par les tribunaux internes de la question de savoir si l'ingérence dans les droits des requérants répondait à un besoin social impérieux ou était proportionnée aux buts poursuivis – sécurité nationale et ordre public – principes qui sont au cœur de l'analyse par la Cour des griefs tirés de l'article 8 de la Convention »¹⁹.

Ainsi, cet examen *Wednesbury* modifié s'avéra plus lointain de l'examen de la proportionnalité selon la CEDH que ne l'espéraient certains juristes anglais.

Dans la décision *Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly*²⁰, Lord STEYN a décrit les différences entre l'examen selon la rationalité et l'examen selon la proportionnalité comme suit (al. 27) : 1. Le

¹⁸ *R v Ministry of Defence, Ex p. Smith*, [1996] QB 517.

¹⁹ ACEDH *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, du 27 septembre 1999, n° 33 985/96 et 33 986/96, § 138.

²⁰ *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly*, [2001] UKHL 26.

tribunal examinant selon la proportionnalité est appelé à juger le choix que le législateur a opéré tandis que la rationalité exige seulement que ce choix rentre dans une fourchette de choix raisonnables. 2. La proportionnalité pourrait demander d'attribuer un poids relatif à des intérêts et considérations, tandis que la rationalité regarde seulement le résultat. 3. Même moyennant l'intensité de l'examen élevée dans le contexte des droits de l'homme, l'examen pourrait s'avérer ne pas être suffisant.

A l'aube de la transposition de la CEDH en droit anglais, se penchant sur une décision exécutive prise avant cet avènement, dans *R (Mahmood) v Secretary of State for the Home Department*²¹ le président de la Cour d'appel pensait se conformer à la CEDH en formulant l'examen de la manière suivante :

“ When anxiously scrutinising an executive decision that interferes with human rights, the court will ask the question, applying an objective test, whether the decision-maker could reasonably have concluded that the interference was necessary to achieve one or more of the legitimate aims recognised by the Convention. When considering the test of necessity in the relevant context, the court must take into account the European jurisprudence in accordance with section 2 of the 1998 Act. ”

« Quand elle examine une décision de l'exécutif qui restreint les droits humains, la Cour se pose la question, en appliquant un test objectif, de savoir si l'autorité ayant pris cette décision pouvait raisonnablement conclure qu'une ingérence était nécessaire pour atteindre les multiples objectifs limités reconnus dans la Convention. Lorsqu'elle considère le test de nécessité dans le contexte approprié, la Cour doit tenir compte de la jurisprudence européenne, en accord avec le chapitre 2 de la loi de 1998 ».

Cet arrêt semble ainsi reconnaître, en matière de droits humains, qu'un mélange de raisonabilité et proportionnalité est applicable.

²¹ *R (Mahmood) v Secretary of State for the Home Department*, [2001] 1 WLR 840, § 40.

C. Le contrôle du caractère injustifié d'une décision en matière de droits reconnus par la *common law*

Tout récemment, il est possible de discerner, comme l'aboutissement d'un long processus alimenté d'une multiplicité d'influences, le développement d'un contrôle du pouvoir d'appréciation se basant sur la proportionnalité, ou bien du caractère injustifié de la décision. Le propre de ce développement est qu'il relève d'éléments traditionnels de la *common law*, c'est-à-dire du corps de jurisprudence graduellement élaboré par les juges. Pour comprendre ce phénomène assez récent en droit anglais, il est important de reconnaître que la protection de certains « droits » est inhérente à la *common law*.

Cette protection, s'intitulant « le principe de la légalité », ne revêt pas la forme d'une invalidation directe de toute entrave de la loi aux droits fondamentaux, mais celle d'une interprétation selon laquelle le texte clair de la loi elle-même²² permettrait une entrave, ceci dans la mesure la plus limitée à laquelle l'interprétation pourrait aboutir.²³

L'idée est exprimée de la manière suivante par Lord HOFFMANN :

*“ [T]he principle of legality means that Parliament must squarely confront what it is doing and accept the political cost. Fundamental rights cannot be overridden by general or ambiguous words. This is because there is too great a risk that the full implications of their unqualified meaning may have passed unnoticed in the democratic process. In the absence of express language or necessary implication to the contrary, the courts therefore presume that even the most general words were intended to be subject to the basic rights of the individual. In this way the courts of the United Kingdom, though acknowledging the sovereignty of Parliament, apply principles of constitutionality little different from those which exist in countries where the power of the legislature is expressly limited by a constitutional document ”*²⁴.

²² *R v Lord Chancellor, ex parte Witham* [1998] QB 575, 579 (Laws J); *Thoburn v Sunderland City Council* [2003] QB 151, [62]-[63] (LAWS LJ).

²³ *Pham v Home Secretary* [2015] 1 WLR 1591, [119] (Lord REED).

²⁴ *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms* [2000] 2 AC 115, § 131E-F.

« Le principe de légalité signifie que le Parlement doit confronter ouvertement ce qu'il est en train de faire, et accepter le coût politique de ses actions. Les droits fondamentaux ne peuvent pas être restreints par des mots généraux ou ambigus. Il en est ainsi car il y a un risque trop grand que l'implication totale de leur sens ambigu, soit passée inaperçue dans le processus démocratique. En l'absence de langage explicite ou implication nécessaire du contraire, les tribunaux présument que même les mots les plus généraux ont été entendus comme dépendant des droits fondamentaux de l'individu. De cette manière, les tribunaux du Royaume-Uni, bien que reconnaissant la souveraineté du Parlement, appliquent les principes de constitutionnalité d'une manière peu différente de celle des pays où le pouvoir du législateur est limité expressément par un document constitutionnel ».

Ces aspects traditionnels dans la *common law* ont récemment donné naissance à une reconnaissance expresse d'un contrôle fonctionnel de la proportionnalité en présence d'un « droit, valeur ou principe » reconnu dans le tissu de la *common law*.

Dans *R. v Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly*²⁵, un jugement de la House of Lords de 2001, les Lords ont considéré la compatibilité d'une ordonnance ministérielle imposant que la correspondance d'un prisonnier soit « examinée » en son absence, selon le droit à la vie privée découlant de l'art. 8 CEDH à l'aune du droit de consulter un avocat à la *common law*.

Lord BINGHAM of Cornhill s'est ensuite tourné à la question de la justification :

“ *Such rights may be curtailed only by clear and express words, and then only to the extent reasonably necessary to meet the ends which justify the curtailment* ”.

« Ces droits peuvent être restreints seulement par des mots clairs et explicites, et même dans cette hypothèse, uniquement dans l'étendue raisonnablement nécessaire pour obtenir les objectifs qui justifient la restriction ».

²⁵ *R v Secretary of State For The Home Department, ex parte Daly*, [2001] UKHL 26.

Donc selon la *common law*, en présence d'un droit reconnu par elle, il fallait permettre une entrave à ce droit seulement si la loi l'autorise expressément, mais aussi il faut interpréter cette autorisation comme étant limitée à ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objet de la législation.

Les quatre autres juges ont approuvé cette approche.

Dans l'affaire *R (UNISON) v Lord Chancellor*²⁶, la Cour suprême a invalidé une ordonnance du *Lord Chancellor* de 2013 imposant des frais pour introduire une action devant les Prud'hommes comme violant le droit, dans la *common law*, d'accès aux tribunaux (mais aussi en violation du droit de l'UE). La Cour suprême a retenu que seul des mots explicites dans la « législation primaire », une loi, pourraient autoriser le *Lord Chancellor* à occasionner un tel effet dans une ordonnance. Elle a aussi retenu que même lorsqu'un tel effet est expressément autorisé dans une loi, elle est soumise à une règle d'interprétation selon laquelle « le degré d'empiétement dans le droit [d'accès à la justice] ne dépasse pas ce qui est justifié par les objectifs recherchés par la loi »²⁷.

Quels sont donc les « droits, valeurs ou principes » reconnus dans le tissu de la *common law* donnant droit à l'examen de la nécessité ? Le manuel classique de droit administratif anglais *De Smith's Judicial Review*, les dénombre ainsi:²⁸

- *Access to a judicial remedy.*
- *The right to life.*
- *The liberty of the person.*
- *The doing of justice in public.*
- *The right to a fair hearing.*
- *The prohibition on the retrospective imposition of criminal penalty.*
- *Freedom of expression.*
- *The rights of access to legal advice and to communicate confidentially with a legal adviser under the seal of legal professional privilege.*
- *Limitations on searches of premises and seizure of documents.*

²⁶ *R (UNISON) v Lord Chancellor*, [2020] AC 869.

²⁷ *Op. cit.*, au par. 88, per Lord REED: « [...] *the degree of intrusion must not be greater than is justified by the objectives which the measure is intended to serve* ».

²⁸ HARRY WOOLF, *De Smith's Judicial Review*, 8^e éd., Londres 2018, par. 11-054.

- *Prohibition on the use of evidence obtained by torture.*
- *That a British citizen has a fundamental right to live in, or return to that part of the Queen's territory of which he is a citizen.*
- *The deprivation of property rights without compensation.*
- *The privilege against self-incrimination.*
- *A duty on the State to provide subsistence to asylum-seekers.*
- *Freedom of movement within the United Kingdom.*
- *Accès à une voie de droit.*
- *Le droit à la vie.*
- *La liberté personnelle.*
- *La publicité de la justice.*
- *Le droit à un procès équitable.*
- *L'interdiction des sanctions pénales rétroactives.*
- *La liberté d'expression.*
- *Le droit d'accès au conseil juridique et de communiquer confidentiellement avec un conseil juridique, sous couvert du secret professionnel.*
- *Restrictions dans les perquisitions et saisies de documents.*
- *Interdiction d'utiliser des preuves obtenues par la torture.*
- *Qu'un citoyen britannique a le droit fondamental de vivre, ou de revenir dans la partie du territoire de la Reine, de laquelle il est citoyen.*
- *La privation du droit de propriété sans compensation.*
- *La protection contre l'auto-dénonciation.*
- *Le devoir de l'Etat d'assurer une subsistance aux demandeurs d'asile.*
- *La liberté de mouvement au sein du Royaume-Uni.*

Selon le président actuel de la Cour suprême, Lord REED, un Ecossais reconnu pour son expertise, entre autres, en droits de l'homme, ces éléments ne sont pas encore fixés.²⁹ Certes, ils ne constituent pas un *numerus clausus*. Dans *R (Miller) v Prime Minister* (« Miller II »)³⁰ la Cour suprême a même cassé la décision du Premier ministre, exerçant une « prérogative de la couronne », de proroger le Parlement au motif qu'il

²⁹ Lord REED, *Foreword*, in: ELLIOTT/HUGHES (édit.), *Common Law Constitutional Rights*, Oxford 2020, N vii.

³⁰ *R (Miller) v Prime Minister* [2020] AC 373.

manquait des motifs justifiant la durée de la prorogation et l'entrave aux deux principes fondamentaux constitutionnels de la souveraineté du Parlement et de la responsabilité du gouvernement devant le Parlement, notamment dans un contexte où la sortie de l'Union européenne se profilait.

Aujourd'hui, la question en droit anglais est de savoir si la proportionnalité devrait être acceptée comme examen général, et non plus seulement comme un examen cantonné aux situations relevant des « droits, valeurs ou principes » où la loi laisse une marge d'interprétation. Cette question part du principe que le contrôle dans ces situations est identique au contrôle de la proportionnalité, ce qui n'est pas sûr. En outre, l'analyse des tribunaux anglais peut être remarquablement sommaire, comme dans l'affaire *Daly*, selon le modèle de leur analyse *Wednesday*. Mais dans l'affaire *UNISON* ainsi que dans l'affaire *Miller II*, le tribunal s'est livré à une vraie pesée d'intérêts, basée sur des preuves. L'on peut aussi s'interroger sur la question de savoir si cet examen de la nécessité en droit anglais est le même que le principe de la proportionnalité pris dans sa formulation typique tripartite, soit aptitude, nécessité et proportionnalité au sens étroit. Même si le premier élément peut être conçu comme faisant partie du deuxième élément, l'examen anglais ne semble pas admettre d'empiétement sur les objectifs que le Parlement a visés dans la mesure examinée.

Dès lors, l'on voit difficilement une intégration organique du principe de la proportionnalité au sens classique en droit anglais. Ce n'est pas pour dire que celui-ci ne devrait pas être adopté mais c'est dire que les perspectives en sont assez ténues.

D. Conclusion

Quels sont les avantages et désavantages de l'examen de la rationalité par rapport à celui de la proportionnalité ?

Pour l'ordre juridique britannique, il est clair que l'examen de rationalité respecte davantage le principe de la souveraineté législative. Dès le moment où une intention du Parlement peut être discernée, les tribunaux sont appelés à la mettre en œuvre. L'on peut critiquer le manque de freins et contreponds dans ce système, mais c'est la réalité constitutionnelle britannique.

Le Parlement a la possibilité de légiférer dans le sens de permettre aux tribunaux d'appliquer un examen de la proportionnalité. C'est ce qu'il a fait en transposant la CEDH en droit anglais pour la portée de celle-ci. Selon la constitution britannique, il faudrait une loi pour introduire l'examen général de la proportionnalité.

Il y a lieu de se soucier de la capacité des autorités administratives de décider en conformité avec la proportionnalité. C'est un examen très juridique. Les tribunaux sont mieux placés pour l'appliquer. Dès lors, un contrôle se calquant sur la proportionnalité revient à « légaliser » toute détermination, et aussi à transférer la décision finale aux tribunaux.

La proportionnalité assure un respect plus élevé des droits de l'individu par rapport aux intérêts de la communauté. Selon la vision du monde que nous avons, cela peut être favorable ou défavorable au niveau abstrait, et selon nos intérêts personnels, cela peut être favorable ou défavorable au niveau personnel.

En quelque sorte, la rationalité, même intensifiée, ne constitue pas un contrôle sur le fond dans la vaste majorité des cas. Le juge ne considère presque jamais la pesée des facteurs mais au plus le choix des facteurs.

La proportionnalité étant plus structurée que la rationalité, elle enlève le rôle, et certainement son apparence, de la subjectivité du juge.

La proportionnalité permet de comparer rationnellement deux éléments de nature fondamentalement incommensurable, d'un côté un droit individuel et de l'autre des intérêts publics. La question est de savoir à quel degré chacun de ces éléments peut être sacrifié par rapport à son noyau essentiel. Même si, dans une analyse traditionnelle de la rationalité, on analyse sous l'angle d'une pesée des intérêts, ce qui est bien rare, l'on est confronté à une comparaison de deux éléments fondamentalement différents, ce qui est difficile à justifier objectivement.

IV. Le droit américain

A. La pesée des intérêts (publics et privés) selon *l'Administrative Procedure Act*

De manière analogue à la situation en droit anglais, on peut difficilement parler de l'application d'un principe de proportionnalité en droit administratif fédéral américain. En revanche, en droit constitutionnel

américain, la détermination de la violation d'un droit est soumise à une pesée d'intérêt en relation avec l'objectif étatique.

A la différence du droit anglais, les motifs pour attaquer une décision administrative au niveau fédéral ont été codifiés dans une loi fédérale, l'*Administrative Procedure Act* (APA). L'APA, adopté en 1946, prévoit l'interdiction des actes administratifs qui sont « *arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law* », soit « arbitraire, capricieux ou d'une autre manière pas en conformité avec le droit ».

Cette disposition reflète le tronc commun de la *common law* sur la question en ce qu'elle contrôle seulement des résultats extrêmes qui ne peuvent pas être objectivement justifiés. Ce qui est « arbitraire et capricieux » découle d'un manque de fondement rationnel entre les faits et les conclusions. Ainsi, elle comporte un large degré de liberté d'action administrative comme expression du pouvoir de la branche exécutive octroyée par la branche législative.

Au début, cette exigence était plutôt vide, les tribunaux vérifiant seulement que l'agence étatique ai présenté une quelconque explication de sa décision. Mais à partir des années 1970, à commencer par la *Washington Circuit Court*, notamment dans les affaires *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*³¹ et *Motor Vehicle Mfgs. Ass'n v. State Farm Mutl. Auto. Ins. Co.*³², les tribunaux ont commencé à appliquer un examen plus intensif, appelé « *searching and careful* » et finalement « *hard look* ».

Contrairement à ce qui s'applique pour la *Wednesbury rationality*, le niveau d'intensité de l'examen selon le *hard look* ne varie pas et n'est notamment pas affecté par l'importance des intérêts de l'administré. Il n'y a ainsi pas la moindre pesée d'intérêts, et donc toute ressemblance à un examen de la proportionnalité fait défaut.

Dans la Constitution fédérale américaine, les droits individuels sont souvent exprimés de manière absolue. Un exemple en est le First Amendment :

³¹ *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402, 416 (1971).

³² *Motor Vehicle Mfgs. Ass'n v. State Farm Mutl. Auto. Ins. Co.*, 463 U.S. 29, 42-43 (1983).

“ Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances. ”

« Le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion, ni qui restreigne la liberté de parole ou de la presse, ou le droit qu'a le peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour la réparation de torts dont il se plaint ».

Même si un droit supporte un tempérament textuellement, l'exception est souvent remarquablement limitée, tel qu'au 5th Amendment :

“ No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation. ”

« Le droit des citoyens d'être garantis dans leur personne, leur domicile, leurs papiers et leurs effets contre les perquisitions et saisies non motivées ne sera pas violé et il ne sera émis aucun mandat si ce n'est sur présomption sérieuse, corroborée par serment ou déclaration solennelle et décrivant avec précision le lieu à perquisitionner et les personnes ou choses à saisir ».

Dans l'affaire *Lochner v. New York*³³, la Cour suprême a annulé une loi de New York limitant les heures de travail des boulangers à 10 heures par jour et en tout six jours par semaine, au motif qu'elle violait le droit à la liberté économique, garanti par le 14^{ème} amendement.

Ce déséquilibre manifeste entre les droits reconnus et d'autres valeurs a suscité une telle controverse que par la suite la jurisprudence a dû déve-

³³ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

lopper des limites à l'exercice des droits constitutionnels notamment pour prendre en compte les intérêts étatiques et de la collectivité.

Pour prendre un cas extrême, dans *New York v. Ferber*³⁴, la Cour suprême des États Unis a décidé que la distribution de pédopornographie n'est pas protégée par la liberté d'expression. Il est ainsi accepté selon la Constitution que certaines formes d'expression pèsent moins dans la balance.

Mais dans *F.C.C. v. League of Women Voters*³⁵, la Cour suprême a reconnu que le *balancing* affecte même le noyau des droits, en l'espèce la liberté d'expression, en annulant une loi fédérale interdisant la diffusion des éditoriaux en raison d'une pénurie de capacité de radiodiffusion.

L'examen, tel que formulé par le Juge BRENNAN, était le suivant :

*“ [Broadcast restrictions] have been upheld only when we were satisfied that the restriction is narrowly tailored to further a substantial governmental interest, such as ensuring adequate and balanced coverage of public issues [...] Making that judgment requires a critical examination of the interests of the public and broadcasters in light of the particular circumstances of each case ”*³⁶.

« [Les restrictions de diffusion] n'ont été confirmées que lorsque nous avons été convaincus que la restriction était étroitement adaptée à un intérêt gouvernemental substantiel, tel que le fait d'assurer une couverture adéquate et équilibrée des sujets d'intérêt public [...] Pour porter ce jugement, il faut effectuer un examen des intérêts du public et des radiodiffuseurs à la lumière des circonstances particulières de chaque cas ».

L'exigence que toute restriction à un droit reconnu soit « étroitement liée » à un intérêt substantiel gouvernemental est appelée *strict scrutiny*.

Ici l'on peut discerner une relation avec le principe de la proportionnalité. Non seulement y a-t-il une pesée d'intérêts, mais il faut que la restriction se limite à ce qui est nécessaire pour atteindre le but public.

³⁴ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

³⁵ *F.C.C. v. League of Women Voters*, 468 U.S. 364 (1984).

³⁶ *Op. cit.*, par. 380-381.

B. Le *balancing*: pendant américain du principe de proportionnalité ?

COHEN-ELIYA et PORAT ont analysé les similitudes et différences entre le *balancing* en droit américain et le principe de proportionnalité en droit allemand³⁷.

Tout d'abord, les auteurs émettent le constat que le principe de proportionnalité, où qu'il ait été introduit, repose sur un processus en deux étapes. Lors de la première étape, il y a lieu d'établir qu'un droit a été atteint par une action gouvernementale. Lors de la seconde étape, le gouvernement doit démontrer que l'atteinte était justifiée par un but légitime, et que l'atteinte était proportionnelle.

Concernant le *balancing*, celui-ci entre en jeu également lorsqu'un droit constitutionnel a été atteint et, comme la proportionnalité, il concerne la comparaison entre l'atteinte au droit en cause, et l'importance de l'intérêt gouvernemental. Ainsi, dans l'affaire *Schneider v. New Jersey*³⁸, lors de laquelle le *balancing* a été appliqué en relation avec le droit à la liberté d'expression, la Cour a pondéré l'intérêt à la libre distribution de prospectus et l'intérêt de la municipalité à ne pas voir ces prospectus salir la voie publique, et est parvenue à la conclusion que la libre expression des individus primait³⁹.

Malgré ces similitudes apparentes entre le *balancing* et la proportionnalité, des différences notables concernant la construction de ces deux systèmes demeurent. En particulier, ainsi que le soulignent COHEN-ELIYA et PORAT, le *balancing* a pénétré dans un système dans lequel les garanties constitutionnelles étaient déjà présentes, et dans lequel l'intervention des juges pour protéger les droits individuels était déjà une norme établie. Contrairement à la proportionnalité, qui serait destinée à garantir que les droits ne soient pas atteints inutilement, le *balancing* consisterait plutôt à s'assurer que les droits ne soient pas protégés inutilement, en procédant à une pesée entre ceux-ci et des intérêts publics⁴⁰.

³⁷ MOSHE COHEN-ELIYA/IDDO PORAT, *American balancing and German proportionality: The historical origins*, Oxford 2010.

³⁸ 308 US 147 (1939).

³⁹ *Op. cit.*, p. 268 ss.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 283.

C. Les tentatives d'introduction d'un véritable principe de proportionnalité en droit américain, et l'hostilité d'une partie de la doctrine et de la jurisprudence à cette démarche

Ainsi que nous l'avons mentionné en introduction (cf. *supra*, p. 2), le 8^{ème} amendement de la Constitution américaine interdit les « peines cruelles et inhabituelles ». Outre à cela, cette disposition prévoit également l'interdiction de fixer des cautions excessives lors des procès, ainsi que l'interdiction de fixer des amendes excessives.

Dans l'arrêt *Weems v. United States*⁴¹, la Cour suprême a suggéré pour la première fois que le 8^{ème} amendement exprimait un principe de proportionnalité⁴². Si cette décision n'a pas eu d'impact immédiat sur les décisions de la Cour suprême, cette dernière a commencé à développer une jurisprudence sur le principe de proportionnalité environ 50 ans plus tard⁴³. Le point culminant de la progression du principe de proportionnalité a été atteint dans la décision *Solem v. Helm*, où le juge POWELL a notamment déclaré que le principe de proportionnalité était un principe bien établi du droit anglais, et qu'il avait été adopté dans l'ordre juridique américain par l'introduction du 8^{ème} amendement⁴⁴.

Toutefois, cette position a par la suite été fortement critiquée, notamment par le juge SCALIA dans l'arrêt *Harmelin v. Michigan*⁴⁵. A cette occasion, SCALIA exprima sa position selon laquelle les mots « cruel et inusuels » ne faisaient référence qu'à des types de punitions barbares. A l'appui de cette thèse, SCALIA expliqua tout d'abord qu'il n'y avait pas de corrélation historique entre la proportionnalité et le langage de la Déclaration anglaise des droits ayant été repris dans le 8^{ème} amendement. Ensuite, SCALIA argumenta que les rédacteurs du 8^{ème} amendement comprenaient le langage de celui-ci comme interdisant seulement certains modes de punitions. SCALIA a par la suite réitéré cette position, notamment dans l'arrêt *Ewing v. California*⁴⁶, réaffirmant que l'inter-

41 *Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910).

42 *HARVARD LAW REVIEW* (n. 7) p. 963.

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*; *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983), p. 284-286.

45 *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957 (1991).

46 *Ewing v. California*, 538 U.S. 11 (2003).

diction des punitions cruelles et inusuelles ne faisait qu'interdire certains modes de sanctions pénales, et n'était pas une garantie contre des peines disproportionnées⁴⁷.

D. Conclusion

Si, à premier abord, les concepts du principe de proportionnalité d'une part, et du *balancing* d'autre part, semblent présenter des caractéristiques communes, la manière dont ils ont été élaborés dans leurs ordres juridiques respectifs font qu'il est difficile de mettre ces concepts sur le même plan⁴⁸. De plus, alors que le principe de proportionnalité opère pour protéger les droits individuels, le *balancing* semblent plutôt ouvrir la porte au sacrifice de droits individuels en présence d'un intérêt commun. Certes, l'on pourrait argumenter que le résultat de ces deux approches est en fin de compte le même, puisque dans une situation, l'on reconnaît l'importance de la poursuite d'intérêts publics par l'Etat, et l'on pose comme garde-fou la règle de la proportionnalité; tandis que dans l'autre situation, l'on reconnaît une valeur presque sacro-sainte aux droits individuels, mais l'on accepte néanmoins l'idée que l'on puisse porter atteinte à ces derniers en présence d'un intérêt public prépondérant. Mais la différence fondamentale dans les prémisses de ces deux approches, consistant d'une part à accepter que l'Etat poursuive des intérêts publics, et d'autre part à protéger l'individu contre tout immixtion, explique pourquoi une part importante des juges et juristes américains est hostile ou du moins se méfie de l'idée-même de *balancing*, tandis que le principe de proportionnalité est largement accepté dans les pays qui l'emploient (pays européens mais également Canada, par exemple).

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 964.

⁴⁸ COHEN-ELIYA/IDDO PORAT (n. 37) p. 283-284, mettent en évidence notamment les différences historiques.

L'égalité de traitement

Portée pratique à l'aune de la pandémie

VÉRONIQUE BOILLET¹

Professeure à l'Université de Lausanne

I. Introduction

Il existe un rapport historique étroit entre l'égalité de traitement et les libertés : le principe étant que l'État doit respecter la dignité et la liberté de chacun·e dans une égale mesure². Contrairement aux libertés, l'égalité de traitement ne vise pas certains comportements humains déterminés, mais présente une portée générale³. Aucun domaine de l'action publique n'est exclu de son champ d'application⁴.

Fort de ce premier constat, la pandémie a constitué et continue de constituer un défi particulièrement complexe pour les autorités : lorsqu'elles ont dû adopter des mesures restrictives limitant fortement les libertés ou lorsqu'elles ont octroyé des prestations financières de soutien, il leur appartenait de respecter la garantie d'égalité. Dans le même sens, le processus d'assouplissement des mesures restrictives représente également un défi au regard de la garantie d'égalité, la levée des mesures par étapes étant susceptible de faire naître des différences de traitement.

Si cette présentation visera dans un premier temps à rappeler les fondements théoriques de la garantie d'égalité de traitement, elle permettra

1 L'auteure remercie vivement M^{me} Dominique Tran, assistante diplômée, des recherches qu'elle a effectuées et M^{me} Ella Volz, assistante-étudiante, de sa relecture attentive du manuscrit.

2 ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10^e éd., Zurich 2020, n° 744.

3 GIOVANNI BIAGGINI, « Art. 8 Cst. », in : *Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e éd., Berne 2017, n° 7; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 745; GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER/MAYA HERTIG RANDALL/ALEXANDRE FLÜCKIGER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, 4^e éd., Berne 2021, n° 1119.

4 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 745.

surtout d'illustrer les différentes problématiques liées à l'application du principe d'égalité par des exemples issus de décisions rendues dans le contexte de la pandémie. En raison de cette approche pratique, notre analyse se limitera aux problématiques de l'égalité dans et devant la loi et n'abordera pas les notions d'égalité au-delà de la loi – couvrant « l'impact d'une loi » – par la loi – visant à assurer une égalité de chances – ou sans la loi – couvrant d'autres types de mesures en dehors du cadre normatif⁵. Nous concluons finalement cette présentation par l'examen des questions que soulève le certificat COVID sous l'angle de l'égalité de traitement.

II. L'égalité de traitement

À titre introductif, il y a tout d'abord lieu de rappeler quelques généralités relatives à l'application de la garantie d'égalité. Nous aborderons ensuite les problématiques spécifiques de l'égalité *dans* et *devant* la loi en nous appuyant sur des illustrations déduites des mesures adoptées pour faire face à la pandémie.

Rappelons tout d'abord que le champ d'application de la garantie d'égalité est étendu et bénéficie à toutes les personnes physiques, les personnes morales de droit privé ainsi que certaines organisations de droit public⁶. L'application de la garantie d'égalité implique de procéder en deux étapes: il s'agit de commencer par une comparaison, puis d'examiner dans quelle mesure une différence de traitement ou une assimilation peut recevoir une justification suffisante. Comme le rappelle MARTENET, la question de savoir si la garantie d'égalité peut être limitée « demeure controversée »⁷.

MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET relèvent par ailleurs à juste titre que « l'égalité de traitement est un principe étrange. Rien n'est plus simple

⁵ Sur ces notions, cf. VINCENT MARTENET, « art. 8 Cst. », in: MARTENET/DUBEY (édit.), *Commentaire romand de la Constitution fédérale*, Bâle 2021, n° 24 ss.

⁶ Tel est le cas des « entités ayant un statut de droit public, mais jouissant d'une autonomie significative par rapport à l'État telles que les sociétés anonymes ayant un statut de droit public à l'instar de Swisscom SA (art. 2 de la loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunication, 784.11) » et des communes, MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 16. Voir également BIAGGINI (n. 3) n° 6.

⁷ MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 13.

à concevoir [...]. Mais rien n'est plus compliqué à concrétiser »⁸. La garantie d'égalité soulève en effet tout d'abord des difficultés en lien avec la comparaison qu'elle nécessite, dès lors que toutes les situations sont susceptibles de présenter des différences ou des similitudes les unes avec les autres. À cet égard, MOOR rappelle qu'« il n'y a d'égalité qu'entre des égaux, qu'il faut définir; mais l'identique n'existe pas »⁹. En d'autres termes, il s'agit de définir quelles situations peuvent être jugées comparables. Or cette définition implique une sélection « qui relève de la politique – législative ou judiciaire »¹⁰ visant à déterminer les éléments pertinents. En pratique, le processus d'analyse va se fonder sur l'objectif visé et les effets escomptés de manière à « établir si les caractéristiques spécifiques qui sont présupposées être topiques dans les choix opérés par l'autorité reproduisent celles qui sont données dans la réalité, de telle manière que le but visé soit atteint »¹¹. En définitive, « la comparabilité est une question de degré »¹².

Est étroitement liée à cette difficulté l'exigence de justification d'une différence de traitement ou d'une assimilation, en ce sens que la justification peut dans certains cas viser à remettre en cause la comparaison en démontrant que la distinction peut se justifier alors même qu'elle vise des cas très similaires ou que l'assimilation est acceptable bien qu'elle concerne des situations qui diffèrent largement¹³. On qualifie alors la justification d'*interne* ou de *situationnelle*, « la distinction ou l'assimilation [étant] la conséquence du but poursuivi »¹⁴. La justification peut également se déduire de motifs externes à la comparaison : il s'agit alors de justifications *finalistes*, la distinction ou l'assimilation étant alors destinées à poursuivre un but et représentant un moyen en ce sens¹⁵. À noter toutefois qu'en pratique, la justification poursuivra souvent des

8 PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, *Droit administratif*, Vol. I, 3^e éd., Berne 2012, p. 839.

9 PIERRE MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris 2005, § 3.3, p. 126.

10 *Ibid.*

11 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 841.

12 MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 39.

13 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 844.

14 MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 41.

15 *Id.*, n° 42.

éléments tant situationnels que finalistes¹⁶. À cet égard, rappelons que si le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question de savoir si les conditions de restriction des droits fondamentaux prévues à l'article 36 Cst.¹⁷ sont applicables lors de l'examen de la justification d'une différence de traitement ou d'une assimilation, la majorité de la doctrine juge que les exigences de l'article 36 Cst. doivent s'appliquer, à tout le moins par analogie¹⁸.

Relevons finalement que les tribunaux procèdent à un examen plus strict des conditions d'application de l'article 8, alinéa 1, Cst. dans certains domaines tels que ceux relevant du champ d'application des droits fondamentaux ou de prestations de l'État¹⁹. Tel devait dès lors être le cas dans le contexte de pandémie, dès lors qu'il s'est tout particulièrement agi de restrictions aux libertés fondamentales et de prestations financières de soutien octroyées par l'État.

A. L'égalité dans la loi

1. *Rappel théorique*

De manière à respecter l'exigence d'égalité *dans* la loi, il appartient au législateur de s'assurer que la loi ne prévoit pas de différences de traitement ou d'assimilations injustifiées au vu du but poursuivi²⁰.

L'ensemble des actes normatifs sont visés, que ce soit au niveau fédéral, cantonal ou communal²¹. En raison de la structure fédérale de la Confédération²², le droit à l'égalité de traitement se limite toutefois au domaine de compétence d'une seule entité publique et ne vise pas des

¹⁶ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 844 ss.

¹⁷ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

¹⁸ BIAGGINI (n. 3) n° 16; MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 42; RAINER J. SCHWEIZER/MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER/REGULA KÄGI-DIENER, « art. 8 Cst. », in: EHRENZELLER *et al.* (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich 2014, n° 14.

¹⁹ MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 45.

²⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 850.

²¹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 750; MALINVERNÍ/HOTTELLIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 1125; MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 19.

²² MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 19.

actes émanant de différents cantons²³. En effet, si la garantie d'égalité devait avoir une portée générale, cela entraînerait alors « une centralisation que la Constitution fédérale ne prévoit nulle part »²⁴. Cette « limite institutionnelle »²⁵ à la garantie d'égalité a parfois eu pour conséquences d'entraîner certaines incohérences dans le contexte de pandémie susceptibles de faire naître des doutes au sein de la population quant à la justification de certaines mesures sanitaires²⁶.

Dès lors que l'identification abstraite de caractéristiques pertinentes se heurte à la complexité de la réalité, HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR soulignent que l'article 8, alinéa 1, Cst. ne peut viser qu'une égalité relative, en ce sens que les choses semblables doivent être traitées de manière égale en fonction de leur niveau de similitude et que les choses dissemblables doivent être traitées de manière différente en fonction de leur niveau de dissemblance. Seule l'égalité entre femmes et hommes et l'égalité de vote entre tous les citoyen·ne·s au sens de l'article 136, al. 1, Cst. ont une portée absolue²⁷. En d'autres termes, il faut admettre avec MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET que « la garantie juridique de l'égalité dans la loi permet seulement de poser les limites au-delà desquelles ce jugement est en réalité une non-valeur »²⁸.

Fort de ce constat, il est admis que le législateur bénéficie d'une marge de manœuvre importante²⁹. Selon le Tribunal fédéral, « un arrêté viole le principe d'égalité consacré à l'article 8, alinéa 1, Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou qu'il omet de

23 ATF 143 II 87, c. 6.3.1; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 1151; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 750; MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 19.

24 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 848.

25 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 1150.

26 Voir par ex. la variété des mesures adoptées dans le contexte scolaire, SOPHIE GAITZSCH, *Genève va vacciner les élèves du cycle: toute l'info sur le Covid à l'école*, disponible sur le site internet: <<https://www.heidi.news/apprendre-travailler/toute-l-info-sur-le-covid-a-l-ecole>> (19.10.2021).

27 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 751 ss.

28 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 854.

29 Arrêt TF 1C_468/2019 du 8 juin 2020, c. 3.1; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 1142; MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 19; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 855.

faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. L'inégalité apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement.»³⁰. Cette marge de manœuvre permet au législateur d'adopter des réglementations présentant un certain schématisme sans que cela soit contraire au principe d'égalité³¹.

Seule une situation de fait importante peut justifier un traitement différent ou semblable³². Le législateur dispose néanmoins d'un large pouvoir d'appréciation quant à la question de savoir s'il existe un motif raisonnable permettant de justifier une distinction ; cette question peut recevoir des réponses différentes suivant les époques et les idées dominantes³³ et qui ne se déduisent pas du ressenti subjectif des administré·e·s, mais de l'opinion juridique ou des valeurs dominantes³⁴. Comme le relève MOOR, le risque existe toutefois que l'on arrive à une tautologie, étant égal ce qui est jugé égal selon les conceptions dominantes³⁵. Des outils peuvent cependant contribuer à une plus grande objectivité, par exemple en indiquant les tendances législatives suisses qui sont généralement approuvées dans la littérature³⁶. En d'autres termes : « le regard de la justice [...] les conceptions culturelles, sociales, politiques, économiques de l'époque, en même temps que ses idéaux. [...] une justice qui, synthétique aussi, intègre la systématique de la Constitution, en y faisant émerger le mouvement des valeurs que (et qui) porte la société, dans la mesure où la position du juge constitutionnel l'autorise »³⁷.

³⁰ ATF 146 II 56, c. 9.1 et les références citées.

³¹ ATF 136 I 1, c. 4.3.1 ; MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 18 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 856 ; SCHWEIZER/BIGLER-EGGENBERGER/KÄGI-DIENER (n. 18) ad art. 8 Cst., n° 22.

³² ATF 145 I 73, c. 5.1 ; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 758.

³³ ATF 145 I 73, c. 5.1 ; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 1130 ss.

³⁴ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 758.

³⁵ MOOR (n. 9) § 3.1, p. 125.

³⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 759.

³⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 841 ss.

Relevons finalement qu'en raison des principes fédéralistes, démocratiques et de séparation des pouvoirs³⁸, le Tribunal fédéral exerce son contrôle avec retenue à l'égard des actes normatifs cantonaux et ne sanctionne que les violations manifestes du principe d'égalité³⁹, cela d'autant plus lorsqu'il intervient dans le cadre d'un contrôle abstrait⁴⁰ – le contrôle concret permettant dans un deuxième temps de s'assurer du respect du principe d'égalité⁴¹.

Les difficultés liées au respect par le législateur de la garantie d'égalité peuvent être illustrées par plusieurs exemples d'arrêts rendus en lien avec la pandémie.

2. Exemples en lien avec la pandémie

La Cour constitutionnelle du canton du Jura a ainsi eu l'occasion de se pencher sur une question d'assimilation injustifiée dans le cadre d'un contrôle de validité de l'ordonnance cantonale du 30 juin 2020 portant introduction de l'ordonnance fédérale sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière, principalement de son article 5a⁴². Il s'agissait d'un recours contre l'obligation de porter le masque dans les commerces, plus particulièrement contre l'absence d'exception à l'obligation. En d'autres termes, le recourant faisait valoir un degré d'abstraction trop élevé, impliquant une assimilation injustifiée en ce sens que des situations distinctes étaient, selon lui, traitées de façon comparable.

La Cour constitutionnelle jurassienne a relevé que l'ordonnance ne prévoyait effectivement aucune exception, si ce n'est pour les enfants de moins de 12 ans. Par ailleurs, bien que le gouvernement ait déclaré faire une application souple de la disposition litigieuse lors de contrôles, la Cour jurassienne a jugé que la disposition était problématique au regard

38 BIAGGINI (n. 3) n° 11; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 763.

39 ATF 143 I 361, c. 5.3; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 762.

40 ATF 144 V 236, c. 2.2; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 762.

41 ATF 143 I 361, c. 3.7 et 3.8; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 763.

42 Ordonnance portant introduction de l'ordonnance fédérale sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière, Modification du 3 juillet 2020, JO/JU n° 26, 16 juillet 2020, p. 493; arrêt de la Cour constitutionnelle/JU, CST 8/2020 du 8 octobre 2020.

du respect des principes de la légalité et de l'égalité de traitement. Si une nouvelle prolongation de l'obligation de porter le masque devait être envisagée au-delà du 6 décembre 2020, la liste des exceptions qu'il appartient au gouvernement de définir devrait alors, selon la Cour, être précisée sans pour autant remettre en question le principe même du port du masque.

En définitive, la Cour juge donc que des situations distinctes sont traitées de manière insuffisamment différenciée et qu'il appartient au gouvernement, en cas de prolongation de la réglementation, de prévoir des exceptions à l'obligation générale de port du masque dans les commerces.

Le Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich a quant à lui été amené à aborder la question de la marge de manœuvre du législateur et du degré de schématisation admissible au regard du principe d'égalité. Le litige portait sur la règle prévue par l'ordonnance COVID (art. 2, al. 3^{bis}) dans sa version en vigueur du 6 juillet au 16 septembre 2020 relative à l'octroi de prestations en cas de rigueur selon laquelle le bénéficiaire des prestations était soumis à la condition que le revenu des indépendant·e·s pour 2019 ne dépasse pas une certaine valeur seuil fixée à CHF 90 000⁴³. Il s'agissait dès lors d'examiner dans quelle mesure l'octroi – ou non – de prestations en fonction de cette valeur seuil était admissible au regard de la garantie d'égalité. Le Tribunal a commencé par souligner que le Conseil fédéral a fixé cette limite dans le cadre de son large pouvoir d'appréciation lié à l'adoption d'ordonnances d'urgence et qu'il était apparemment parti du principe que les indépendant·e·s dont le revenu pour 2019 était supérieur à CHF 90 000 étaient beaucoup mieux placés pour constituer des réserves financières en vue d'éventuelles urgences que celles et ceux dont le revenu était inférieur. Le Tribunal a ensuite rappelé le principe de la praticabilité pouvant justifier une certaine schématisation, même si une telle schématisation est associée à une perte de justice dans des cas individuels. En définitive, le Tribunal zurichois a jugé qu'il ne lui appartenait donc pas de décider si une autre réglementation, par exemple une compensation dégressive pour les revenus plus élevés, n'aurait pas été plus appropriée. Le seuil défini par le Conseil fédéral

⁴³ Ordonnance sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus (COVID-19) (Ordonnance sur les pertes de gain COVID-19) du 20 mars 2020, entrée en vigueur le 6 juillet 2020, RO 2020 2737 ; Arrêt du Sozialversicherungsgesicht/ZU, EE.2020.00046 du 14 janvier 2021.

pouvait objectivement se justifier (notamment en termes de politique sociale) et n'était donc pas contraire au principe de l'égalité de traitement au sens de l'article 8, alinéa 1, Cst. Si cet arrêt illustre bien la difficulté de la détermination abstraite de critères pertinents pour imposer un traitement différencié, il est néanmoins à notre sens critiquable dans la mesure où l'idée d'une compensation dégressive avancée par la Cour aurait mieux respecté le principe selon lequel les choses semblables doivent être traitées de manière égale en fonction de leur niveau de similitude.

Dans son arrêt du 27 mai 2021, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal zurichois a, quant à elle, dû se pencher sur la situation d'une podologue qui s'est vu refuser, à la suite du confinement, l'octroi de prestations en raison du fait que sa profession a été qualifiée d'établissement de santé au sens de l'article 6, alinéa 3, lettre m, de l'ordonnance COVID 19⁴⁴. L'ordonnance distinguait entre les établissements contraints de fermer, qui avaient droit à une indemnité pour perte de gain (art. 2, al. 3), et ceux qui pouvaient demeurer ouverts, mais qui subissaient une perte et avaient ainsi droit à une indemnité de rigueur à condition que leur revenu déterminant pour le calcul des cotisations AVS de l'année 2019 ne soit pas supérieur à CHF 90 000 (art. 2, al. 3^{bis}). La Cour a jugé justifié de soumettre la recourante à l'exigence d'égalité purement formelle pour juger que dès lors qu'elle prodiguait des soins, le régime valable pour les établissements de santé devait lui être appliqué (cf. art. 2, al. 3^{bis}). Or, dans les faits, la situation de la recourante était comparable à celle des entreprises d'autres secteurs ayant été contraintes de fermer: en effet, dès lors qu'aucune de ses activités ne couvraient des prestations urgentes, elle n'a pas été en mesure d'offrir le moindre soin. Notons que le Tribunal fédéral s'est penché sur une affaire comparable dans un arrêt du 15 septembre 2021⁴⁵. Il est arrivé à la même conclusion que le Tribunal cantonal zurichois, en jugeant toutefois le cas à l'aune de l'article 94 Cst.⁴⁶ Le Tribunal fédéral a ainsi non seulement souligné la nécessité d'admettre un certain schématisme – « *das kann die Einzelfallgerechtigkeit beeinträchtigen, trägt jedoch regelmässig der Klarheit, Praktikabilität und/oder Rechtssicherheit Rechnung*⁴⁷ » – mais a

⁴⁴ Arrêt du Sozialversicherungsgericht/ZU, EE.2020.00051 du 27 mai 2021.

⁴⁵ Arrêt du TF 9C_132/2021 du 15 septembre 2021, publication prévue.

⁴⁶ Arrêt du TF 9C_132/2021 précité, c. 5.1.3.

⁴⁷ Arrêt du TF 9C_132/2021 précité, c. 5.3.4.

également admis la limitation à CHF 90 000 qui se justifie, selon lui, par un objectif de politique sociale⁴⁸.

À l'instar des jugements précédents, ce dernier arrêt illustre non seulement les difficultés auxquelles fait face le législateur lorsqu'il doit identifier le degré de similitude de différentes situations et déterminer les catégories y afférentes – plus particulièrement encore dans des situations d'urgence telle qu'une pandémie – mais également les limites – parfois trop strictes ? – que s'imposent les autorités judiciaires lors du contrôle des actes normatifs.

En France, le Conseil d'État a également dû examiner la validité de réglementations au regard de la garantie d'égalité. Il a par exemple dû traiter une requête invoquant une différence de traitement injustifiée entre la restauration traditionnelle et la restauration collective⁴⁹.

Les requérants (restauration traditionnelle) faisaient valoir que la fermeture de la restauration traditionnelle et l'ouverture de la restauration collective n'était « justifiée par aucune différence de situation au regard du risque sanitaire », plus particulièrement, cette différence de traitement ne se justifiait pas, selon eux, notamment du fait qu'aucun « élément scientifique ne permet de démontrer que la restauration traditionnelle est plus à risque que la restauration collective » et qu'au contraire, « la fermeture des restaurants traditionnels a pour conséquence une augmentation de la pression sanitaire sur la restauration collective ». Pour cette raison, une ouverture de certains restaurants traditionnels ou cafés pouvait se justifier à la condition d'accueillir des salarié·e·s d'entreprises.

Selon le juge des référés du Conseil d'État, il y a effectivement lieu de constater que la restauration collective ne présente pas, au regard du seul risque sanitaire, une situation différente de celle de la restauration traditionnelle. Néanmoins, dès lors que le gouvernement a fait le choix, au vu de la situation sanitaire, d'interdire aux personnes de se déplacer hors de leur lieu de résidence, sauf les déplacements à motif professionnel lorsque le télétravail est impossible, et qu'il a choisi, au nom de l'intérêt de l'enfant, de maintenir les établissements scolaires ouverts, il y a lieu de considérer que la restauration collective, qui a un objet différent de la

⁴⁸ Arrêt du TF 9C_132/2021 précité, c. 5.3.4.

⁴⁹ Conseil d'État, Ordonnance n° 446 715 du 8 décembre 2020.

restauration ordinaire, est placée dans une situation différente au regard des nécessités liées à la poursuite de la vie du pays. À ce titre, il n'a pas été porté atteinte au principe d'égalité.

Ce dernier exemple est intéressant en ce sens qu'il illustre les éléments devant guider le législateur : comme indiqué préalablement, c'est sur la base de l'objectif visé et des effets escomptés qu'il appartient au législateur de définir les caractéristiques spécifiques permettant de procéder à des différences de traitement. Dans le cas précis, l'objectif était de permettre aux professionnel·le·s exclu·e·s du télétravail ainsi qu'aux enfants devant se rendre à l'école de pouvoir manger. En ce sens, la distinction entre restauration traditionnelle et collective constitue un critère pertinent et permet d'éviter les différences de traitement injustifiées entre différents types de restaurations traditionnelles selon qu'elles proposeraient ou non à manger aux salarié·e·s d'entreprises.

B. L'égalité devant la loi

1. *Rappel théorique*

Il appartient aux autorités administratives et judiciaires d'appliquer les normes abstraites de manière égale à toutes les situations comparables et à tous et toutes les administré·e·s⁵⁰. On le comprend immédiatement, la garantie d'égalité devant la loi joue essentiellement un rôle lorsqu'il s'agit d'appliquer des notions juridiques indéterminées ou lorsque les autorités bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation⁵¹, « l'importance du principe d'égalité [étant] donc inversement proportionnelle au pouvoir d'appréciation de l'autorité »⁵². Dans les autres cas, la garantie d'égalité est susceptible de jouer un rôle lorsque l'autorité renonce à une pratique illégale⁵³. Bien que l'on se trouve ici dans des situations concrètes et individuelles, il s'agit pour lesdites autorités de garantir l'égalité de tous et toutes devant la loi, et par là-même de se détacher de la particularité de

⁵⁰ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 765 ; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 1152.

⁵¹ BIAGGINI (n. 3) n° 12 ; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 765 ; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 1154.

⁵² MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 1154.

⁵³ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 857.

chaque cas pour déterminer ce qui doit être jugé semblable et ce qui ne doit pas l'être. En ce sens, « toute décision particulière perd précisément sa particularité pour devenir, malgré son individualité, générale »⁵⁴.

Rappelons toutefois que la garantie d'égalité dans l'application de la loi n'est pas invocable lorsque des dispositions cantonales identiques ou comparables sont appliquées différemment par les cantons⁵⁵ ou lorsque le droit fédéral n'est pas appliqué de manière uniforme par les cantons, dès lors qu'un traitement différencié est problématique au regard de l'article 8, alinéa 1, à la condition d'émaner de la même autorité⁵⁶. Un tel constat est critiqué en doctrine⁵⁷, et il est admis que le Tribunal fédéral peut néanmoins « unifier l'interprétation du droit fédéral », mais cela sans se référer au principe d'égalité⁵⁸.

La garantie d'égalité ne permet pas en principe d'exiger un traitement identique s'il est illégal (pas d'égalité dans l'illégalité)⁵⁹. Une prétention à l'égalité dans l'illégalité ne peut être admise « que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi. Il faut encore que l'autorité n'ait pas respecté la loi selon une pratique constante, et non pas dans un ou quelques cas isolés, et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant n'impose de donner la préférence au respect de la légalité. »⁶⁰.

Finalement, les autorités devant pouvoir corriger une erreur ou s'adapter à des nouvelles circonstances⁶¹, une modification de leur pratique ou de leur jurisprudence entraînant une inégalité de traitement dans le temps⁶²

54 MOOR (n. 9) § 2.1, p. 118.

55 ATF 133 I 249, c. 3.4.

56 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 766; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 1157 ss.

57 BIAGGINI (n. 3) n° 15 et les références citées.

58 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 848.

59 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 771 ss.

60 ATF 139 II 49, c. 7.1. Voir également ATF 146 I 105, c. 5.3.1.

61 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (n. 3) n° 862.

62 MOOR (n. 9) § 2.4., p. 120.

est admissible, à condition de se fonder sur des motifs objectifs d'autant plus sérieux que la pratique est appliquée de longue date⁶³.

2. Exemples en lien avec la pandémie

La Cour de justice du canton de Genève a dû se pencher sur plusieurs cas d'égalité dans l'illégalité en matière de prestations COVID⁶⁴ qui faisaient suite à une jurisprudence identique rendue dans le canton de Berne⁶⁵. Se référant à un arrêt bernois, la Cour genevoise a tout d'abord constaté qu'« en admettant la rétroactivité de demandes de soutien financier déposées avant le 31 mars 2020, le SECO a adopté une pratique contraire à l'art. 8b de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage et à la non-rétroactivité des indemnités en cas de RHT au sens des art. 36 LACI et 58 OACI ». Forte de ce constat, la Cour de justice s'est ensuite demandé dans quelle mesure le requérant pouvait invoquer la garantie d'égalité dans l'illégalité pour pouvoir bénéficier du même versement rétroactif des prestations. La Cour a rappelé la nécessité de rendre vraisemblable non seulement le fait que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi, mais également que les situations à considérer sont identiques ou du moins comparables⁶⁶. Dans une première affaire du 25 juin 2020, la Cour genevoise a tout d'abord refusé d'admettre le principe, jugeant non seulement que l'administration ne persévérera pas dans l'inobservation de la loi, mais également que « la situation de la recourante n'est pas comparable à celles visées par la pratique du SECO dès lors que la recourante a attendu le 14 avril 2020 pour déposer sa demande, sortant par-là du champ d'application de la pratique du SECO »⁶⁷.

À l'inverse, dans un arrêt du 2 mars 2021, la Cour genevoise a jugé que la pratique illégale du SECO a finalement été appliquée de manière systématique aux demandes déposées avant le 31 mars 2020. Par ailleurs, le recourant a transmis sa demande de prestations dans le délai fixé au 31 mai 2020. S'agissant de la comparabilité des situations, la Cour de

63 ATF 137 V 133, c. 6.1; BIAGGINI (n. 3) n° 13; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (n. 2) n° 769; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 862.

64 Arrêt CJCAS/GE du 2 mars 2021 (ATAS/157/2021).

65 Arrêt du Verwaltungsgericht/BE, 200.20.428.ALV du 7 octobre 2020, c. 5.

66 Arrêt CJCAS/GE du 25 juin 2020 (ATAS/510/2020), c. 9.

67 ATAS/510/2020 précité, c. 9.

justice a donc admis, dans ce cas-là, que la situation du recourant « était semblable à celle des autres assurés qui ont dû fermer leur établissement par décision des autorités dès le 17 mars 2020 et pour lesquels la pratique illégale fondée sur la directive du SECO a été appliquée par l'OCE »⁶⁸. En d'autres termes, la Cour a jugé qu'il se justifiait « de traiter le recourant de la même manière que les employeurs ayant dû fermer leurs établissements publics et ayant adressé leur préavis au plus tard le 31 mars 2020 [...] pour retenir fictivement que le préavis a été envoyé le 17 mars 2020 et d'ouvrir ainsi dès cette date, le principe du droit à une indemnité en cas de RHT »⁶⁹ – soit d'appliquer une pratique illégale au recourant en vertu du principe d'égalité.

Cet exemple est particulièrement intéressant au regard des exigences relatives à la prétention d'égalité dans l'illégalité: il illustre les difficultés que présente la preuve de la persévérance de l'autorité dans l'inobservation de la loi. Dans le premier jugement, la Cour a jugé que cette condition faisait défaut, faute d'être en mesure de prédire le comportement futur de l'autorité administrative, alors qu'elle a finalement admis la réalisation de cette condition dans le jugement suivant.

III. Aspect choisi – certificat COVID et égalité de traitement

Depuis l'ouverture de la vaccination à tous et toutes et la généralisation des tests, différents groupes existent au sein de la population. La question s'est donc posée, au regard de la garantie d'égalité, de savoir dans quelle mesure un assouplissement des mesures restrictives pouvait – voire devait – être proposé de manière différenciée. En effet, dès lors qu'une partie de la population ne risque en principe plus de tomber gravement malade – ni de surcharger le système de santé – et est beaucoup moins susceptible de transmettre le virus⁷⁰, il n'existe plus d'intérêt public jus-

⁶⁸ ATAS/157/2021 précité, c. 25.

⁶⁹ ATAS/157/2021 précité, c. 25.

⁷⁰ *Swiss National COVID-19 Science Task Force, Policy Brief: Protection duration after vaccination or infection*, 25 juin 2021, disponible sur le site internet: <<https://sciencetaskforce.ch/en/policy-brief/protection-duration-after-vaccination-or-infection/>> (19.10.2021).

tifiant le maintien de mesures restrictives limitatives de leurs libertés⁷¹. Il en va par ailleurs de même des prestataires de services (restaurants, cinémas, fitness, etc.) à l'égard desquels il n'est plus justifié d'exiger une fermeture pour des raisons sanitaires⁷² dès lors que des mesures moins contraignantes existent pour garantir une ouverture tout en préservant la santé publique⁷³.

Sur la base de ce constat, l'idée a émergé de prévoir un certificat COVID visant à permettre certains assouplissements à l'égard des personnes qui risquent moins de transmettre le virus. Un tel assouplissement à l'égard des détenteurs/trices du certificat a immédiatement suscité des débats nourris dans la presse⁷⁴, ses contradicteurs/trices faisant valoir qu'un tel certificat allait créer des discriminations en instaurant une société à deux vitesses⁷⁵. Nous verrons que si l'introduction du certificat COVID a certes soulevé des questions au regard de la garantie d'égalité, c'est au contraire l'absence de différenciation entre les différents groupes qui aurait été problématique à l'aune de ladite garantie.

La première question qui s'est posée est celle de savoir dans quelle mesure les personnes vaccinées, les personnes guéries et les personnes testées négativement devaient être traitées de manière semblable (art. 13 ss Ordonnance fédérale du 4 juin 2021 sur les certificats attestant la vaccination contre le COVID-19, la guérison du COVID-19 ou la réalisation

71 EVA MARIA BELSER, *Selektive Wiederherstellung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Freiheiten: Sind Erleichterungen für Geimpfte zulässig?*, Staatspolitischen Kommission des Ständerates, Anhörung vom 23. Februar 2021, p. 2, disponible sur le site internet: <<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/Belser%20Eva%20Maria%20%20Selektive%20Wiederherstellung%20der%20gesellschaftlichen%20und%20wirtschaftlichen%20Freiheiten.pdf>> (19.10.2021).

72 BELSER (n. 71) p. 3.

73 Dans le même sens, CHRISTIAN ERNST, « Privilegierung Geimpfter und faktischer Impfpflicht: Das Hamburger 2G-Zugangsmodell und seine grundrechtlichen Auswirkungen », *VerfBlog* du 1^{er} septembre 2021.

74 Voir par ex. MICHEL GUILLAUME, « Le passeport covid, l'idée qui divise », *Le Temps* du 1^{er} décembre 2020. Voir également REGINA KIENER/DANIEL MOECKLI, « Die Zertifikatspflicht ist keine Diskriminierung », *NZZ* du 22 septembre 2021, p. 19.

75 Tel est également l'un des arguments avancés par les comités référendaires à l'encontre de la modification du 19 mars 2021 de la loi COVID-19, cf. Explications du Conseil fédéral – Votation populaire du 28.11.2021, p. 34.

d'un test de dépistage du COVID-19⁷⁶). Cet aspect relevait de la question de la comparabilité des situations. Pour rappel, la phase de la comparaison implique de déterminer les éléments pertinents pour apprécier cette comparabilité. « Pour en juger, le point de départ doit être l'analyse du but visé et des effets qui sont prévus ou prévisibles [...] on pourra établir si les caractéristiques spécifiques qui sont présupposées être topiques dans les choix opérés par l'autorité reproduisent celles qui sont données dans la réalité, de telle manière que le but visé soit atteint. »⁷⁷

De ce point de vue, nous sommes d'avis que l'approche du Conseil fédéral qui visait à traiter de manière semblable les personnes vaccinées, guéries et testées négativement était tout à fait justifiée mi-2021 : en effet, l'objectif de la réglementation étant de limiter la transmission du virus pour éviter une surcharge des hôpitaux⁷⁸, il y avait lieu d'admettre avec le Conseil fédéral que dans ces trois cas, « la probabilité [était] faible qu'elles soient contagieuses »⁷⁹, et que ces trois groupes de personnes se trouvaient donc durant cette période dominée par le variant Delta dans une situation comparable⁸⁰. En d'autres termes, « les points de comparaison [entre ces trois groupes de personnes] sembl[ai]ent suffisants et impliqu[ai]ent que la distinction ou la différence de traitement entre les uns et les autres soit valablement justifiée »⁸¹.

À l'inverse, le reste de la population continuait à être potentiellement contagieux. La situation des personnes non vaccinées, non guéries ou non testées n'était donc pas comparable à la situation de celles qui

⁷⁶ Ordonnance COVID-19 certificats, RS 818.102.2.

⁷⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 8) p. 841.

⁷⁸ Conseil fédéral, Communiqué de presse du 8 septembre 2021, disponible sur internet: <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil.html>> > Documentation > Communiqués > Coronavirus: le Conseil fédéral étend l'obligation de présenter un certificat et lance une consultation sur de nouvelles règles pour entrer en Suisse (19.10.2021).

⁷⁹ Office fédéral de la santé publique (OFSP), Champ d'application du certificat COVID, 19 mai 2021, p. 1, disponible sur le site internet: <<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/covid-zertifikat.html>>.

⁸⁰ À noter néanmoins que certain·e·s défendent l'idée d'une distinction plus fine qui inclurait dans le groupe des personnes non contagieuses uniquement celles qui sont vaccinées ou guéries et exclurait les personnes testées dès lors que les tests – en particulier rapides – ne sont pas fiables à 100%. Voir ERNST (n. 73), qui présente l'approche de Hambourg relative à cette distinction.

⁸¹ MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 39.

étaient vaccinées, guéries ou testées et devait faire l'objet d'un traitement distinct.

En d'autres termes, les points de comparaison entre une personne vaccinée, guérie ou testée négativement étaient à notre sens suffisants au regard du critère sanitaire pour qu'une différence de traitement doive être justifiée⁸², et, à l'inverse, les situations des personnes non ou très faiblement contagieuses et celles susceptibles d'être contagieuses étaient distinctes. Celles-ci devaient dès lors être traitées de façon différenciée, à moins qu'une assimilation puisse se justifier⁸³.

Fort de ce constat, le Conseil fédéral a proposé de subdiviser différents domaines d'activités en trois catégories faisant l'objet de réglementations différentes: l'utilisation du certificat était ainsi exclue dans la première, possible dans la seconde et obligatoire dans la dernière⁸⁴. L'ordonnance du 23 juin 2021 sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière⁸⁵ mettait en œuvre cette subdivision.

Comme indiqué, le recours au certificat COVID était exclu dans le premier domaine, qui visait les « lieux de la vie quotidienne »⁸⁶, par exemple les transports publics (ordonnance COVID-19 situation particulière *a contrario*): il était prévu que le port du masque reste obligatoire dès lors que le certificat n'était pas exigé (art. 5 Ordonnance COVID-19 situation particulière). En imposant le maintien des plans de protection généraux et les mesures d'hygiène à l'égard de tous et toutes, le Conseil fédéral a renoncé à prendre en compte une différence pertinente⁸⁷, les personnes non contagieuses étant traitées de la même façon que les personnes potentiellement contagieuses. Une telle assimilation aurait dû être jugée contraire à l'égalité de traitement, à moins de se fonder sur des motifs justificatifs. Or, en l'espèce, c'est avant tout le principe de praticabilité et de schématisation qui a été invoqué. En effet, comme nous l'avons

⁸² *Ibid.*

⁸³ Dans le même sens, cf. KIENER/MOECKLI (n. 74) p. 19.

⁸⁴ OFSP, Champ d'application du certificat COVID (n. 79), p. 2.

⁸⁵ Ordonnance COVID-19 situation particulière, RS 818.101.26.

⁸⁶ <<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home.html>> > Maladies > Maladies infectieuses: flambées, épidémies, pandémies > Flambées et épidémies actuelles > Coronavirus > Certificat COVID > Utilisation du certificat COVID (19.10.2021).

⁸⁷ MARTENET (n. 5) ad art. 8 Cst., n° 40.

rappelé préalablement, une certaine schématisation peut se justifier par des motifs de sécurité du droit et de praticabilité « lorsqu'une réglementation différenciée qui tiendrait intégralement compte de différences de fait ne pourrait pas être mise en œuvre efficacement de manière à réaliser le but de la réglementation »⁸⁸.

La praticabilité et la schématisation ne sont toutefois admissibles que dans une certaine mesure et dans certains domaines. En l'espèce, il y a tout d'abord lieu de relever que le maintien des mesures de protection (soit le port du masque) ne portait pas atteinte à la liberté économique des prestataires de services dès lors que leur capacité d'accueil n'était pas réduite. À cela s'ajoute que l'obligation du port du masque pouvait continuer à se justifier en raison de la faible atteinte aux droits fondamentaux qu'elle impliquait et du risque sanitaire résiduel qu'elle permettait de limiter⁸⁹. L'Office fédéral de la justice (OFJ) a néanmoins soutenu que « lorsque la part de la population qui ne sera que peu ou pas du tout susceptible d'être infectée et de transmettre le virus aura encore (fortement) augmenté, le moment arrivera où les motifs de praticabilité et de sécurité du droit ne suffiront plus pour justifier l'absence de différenciation selon le potentiel qu'ont les personnes concernées de transmettre le virus. L'art. 8 al. 1 Cst. exigera alors en principe que les mesures soient adaptées pour ne plus traiter de manière semblable ce qui est dissemblable. »⁹⁰. En réalité, lorsque ce stade sera atteint, il est fort probable qu'une telle obligation puisse être abandonnée à l'égard de tous et toutes, le risque de surcharge des hôpitaux n'existant plus et

⁸⁸ Conseil des États, *Q&A zum Thema « Erleichterungen für geimpfte Personen »*, 23 février 2021, ch. 6.c, disponible sur le site internet: <<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/Covid-19%20Erleichterungen%20für%20geimpfte%20Personen%20--%20Covid-19%20Allègements%20pour%20les%20personnes%20vaccinées.pdf>> (19.10.2021). Voir également ANDREAS STÖCKLI, *Hearing zum Thema « Covid-19: Erleichterungen für geimpfte Personen »*, *Sitzung der Staatspolitischen Kommission des Ständerats vom 23.2.2021*, p. 4, disponible sur le site internet: <<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/Stöckli%20Andreas%20-%20Covid-19%20Erleichterungen%20für%20geimpfte%20Personen.pdf>> (19.10.2021). Dans le même sens, BELSER (n. 71) p. 3.

⁸⁹ ANDREA KIESSLING/DIRK MÜLLMANN, « Bald wird geimpft: Darf zwischen Geimpften und Ungeimpften differenziert werden? », *VerfBlog* du 16 décembre 2020.

⁹⁰ Conseil des États, *Q&A zum Thema « Erleichterungen für geimpfte Personen »* (n. 88) ch. 6.a; OFJ, *Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal*, 18 février 2021, p. 15.

ne permettant dès lors plus de justifier une telle obligation, même de manière différenciée.

Dans le deuxième domaine, il était prévu que l'utilisation du certificat COVID puisse être sollicitée afin de bénéficier d'assouplissements relatifs à la mise en œuvre de plans de protection. Le Conseil fédéral a en effet précisé que, dans ce cas de figure, le recours au certificat permettrait de « renoncer aux plans de protection, aux limitations de la capacité ou à la collecte des données personnelles »⁹¹.

L'article 25, alinéa 2^{bis}, de l'ordonnance COVID-19 situation particulière consacrait par exemple un droit pour les employeurs/euses d'exiger le certificat si cela leur permettait de définir des mesures de protection appropriées ou pour éviter les quarantaines-contact au sens de l'article 7 ordonnance COVID-19 situation particulière. Dans un tel cas, « l'État [a agi] comme règlementateur de l'activité privée » en ce sens qu'il n'imposait pas la différenciation des groupes mais permettait des assouplissements aux acteurs/trices privé·e·s qui la proposaient⁹². En d'autres termes, le Conseil fédéral a laissé le choix aux acteurs/trices privé·e·s de se conformer aux plans de protection et à l'exigence de quarantaine ou de s'y soustraire en imposant le certificat. Ce cas relevant dès lors de l'autonomie privée, nous sommes d'avis que les acteurs/trices privé·e·s étaient en mesure de traiter différemment les personnes infectieuses de celles non infectieuses, cela toutefois dans les limites générales applicables aux relations privées qui découlent notamment de la protection de la personnalité ou du droit du travail. À cet égard, comme le relève l'OFJ, « la ligne de crête entre d'un côté la liberté de contracter et de l'autre l'interdiction des atteintes à la personnalité n'est pas nettement définie »⁹³. Dans ce cas, les garde-fous imposés par le Conseil fédéral selon lesquels « les informations relatives au statut immunitaire ou au résultat du dépistage ne [pouvaient] être utilisées à aucune autre fin » et les coûts du test devaient être assumés par l'employeur/euse⁹⁴ nous paraissent justifiés.

⁹¹ <<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home.html>> Maladies > Maladies infectieuses: flambées, épidémies, pandémies > Flambées et épidémies actuelles > Coronavirus > Certificat COVID > Utilisation du certificat COVID (19.10.2021).

⁹² OFJ, Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal (n. 90) p. 18.

⁹³ *Id.*, p. 10.

⁹⁴ Conseil fédéral, Communiqué de presse (n. 78).

L'article 19a de l'ordonnance COVID-19 situation particulière prévoyait également cette possibilité à l'égard des établissements de formation dans le domaine des hautes écoles. Ces derniers pouvaient en effet exiger le certificat de manière à renoncer aux limitations liées à la capacité d'accueil (cf. art. 19a, al. 2, let. a) et au port du masque (art. 19a, al. 2, let. b).

Dès lors qu'il s'agit ici de relations de droit public, le recours au certificat nous paraissait justifié en ce sens qu'il permettait, comme nous l'avons déjà relevé, d'éviter une assimilation injustifiée entre un groupe de personnes non contagieuses et un groupe de personnes contagieuses – en les soumettant tous deux aux restrictions de capacités et au port du masque. Il s'agissait néanmoins, dans un tel cas, de garantir le droit à l'enseignement du groupe de personnes susceptibles d'être contagieuses en organisant par exemple un enseignement à distance.

Finalement, le troisième domaine visait à imposer l'utilisation du certificat COVID sans alternative. Étaient notamment visés les grandes manifestations (art. 17, al. 1), les activités culturelles et sportives à l'intérieur (art. 13, al. 2), les clubs et discothèques (art. 13, al. 1) ou les espaces intérieures des bars et restaurants (art. 12, al. 1, let. a)⁹⁵.

Dans ce cas, l'objectif était de trouver une solution pour mettre un terme aux restrictions à la liberté économique de cette catégorie de prestataires de services et, parallèlement, permettre à la population de bénéficier de ce type de prestations tout en évitant la circulation du virus. Il s'agissait donc non seulement de permettre à ces professionnel-le-s de rouvrir dans des conditions de pleine capacité, mais également de s'assurer que le virus ne continue pas de circuler. Dans ce cas, il était certes question de relations entre privé-e-s, mais hors du champ d'application de l'autonomie privée dès lors que c'était une réglementation étatique qui imposait le certificat. Il appartenait donc à l'État « de veiller à ce que la différence de traitement reste conforme au principe d'égalité, même si c'[était] finalement un acte privé, à savoir le plan de protection, qui actualis[ait] la

⁹⁵ <<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home.html>> Maladies > Maladies infectieuses: flambées, épidémies, pandémies > Flambées et épidémies actuelles > Coronavirus > Certificat COVID > Utilisation du certificat COVID (19.10.2021).

distinction »⁹⁶. Or, la réglementation traitant ici de façon différenciée des situations distinctes, elle était conforme à la garantie d'égalité.

Restaient à notre sens deux questions sous l'angle de l'égalité de traitement: se posait tout d'abord la question de l'absence de recours au certificat dans certains domaines publics, notamment s'agissant du personnel de l'administration. L'exemple de l'enseignement public était à notre sens particulièrement intéressant dès lors que les plans de protection continuaient, malgré l'absence de surcharge hospitalière, à s'imposer strictement dans certains cantons⁹⁷. Dans ce domaine, le syndicat des enseignants romands exigeait le maintien du port du masque de manière à éviter la stigmatisation des enseignant·e·s réfractaires à la vaccination⁹⁸. Au regard de l'égalité de traitement se posait donc la question de savoir si un tel objectif – la lutte contre la stigmatisation d'une partie des enseignant·e·s – pouvait justifier le traitement identique de situations différentes. À notre sens, un tel motif n'était pas admissible en ce sens qu'il constituait en réalité une tautologie: tous les membres du corps enseignant devant être traités de la même façon pour être considérés comme étant dans une situation comparable. Il se serait au contraire justifié que les autorités cessent de traiter de façon comparable des situations différentes et prévoient que les enseignant·e·s au bénéfice d'un certificat COVID valable soient autorisé·e·s de ne plus porter le masque. Telle a par exemple été la décision des autorités genevoises à l'égard du personnel enseignant dans les hautes écoles⁹⁹.

Avant de conclure, un point problématique doit encore être abordé au regard de l'égalité de traitement. Comme l'a relevé l'OFJ, « pour les personnes qui souhait[ai]ent se faire vacciner, l'accès à la vaccination équiv[alait] à l'octroi d'un avantage si la vaccination supprime le risque d'infection ou réduit au moins le risque de conséquences graves. Coupler

⁹⁶ OFJ, Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal (n. 90) p. 18.

⁹⁷ Voir par ex. les mesures prévues à Neuchâtel: <www.ne.ch> Autorités > DF > Service de la santé publique > Médecin cantonal > Maladies transmissibles et vaccinations > Informations destinées aux parents dans le Canton de Neuchâtel – Coronavirus (Covid-19) (19.10.2021).

⁹⁸ THIBAULT NIEUWE WEME, « Les syndicats enseignants veulent un retour à la sérénité », *Le Temps* du 9 août 2021.

⁹⁹ <<https://www.unige.ch/coronavirus/fr/>> (décision du 23 septembre 2021) (19.10.2021).

cet avantage sanitaire avec l’octroi d’allègements sociétaux et économiques démultipli[ait] les inégalités liées à celle de l’accès à la vaccination. Cela cré[ait] donc une société à deux vitesses dont la sélection [était] faite (temporairement) essentiellement par les autorités au travers du programme de vaccination. »¹⁰⁰. Depuis que la vaccination a été ouverte à tous et toutes, cette problématique est restée d’actualité en lien avec les personnes exclues d’un tel programme, à savoir les enfants, les personnes vulnérables et les personnes refusant de se faire vacciner. Les enfants n’étant pas soumis aux mesures restrictives, seuls les deux derniers groupes se sont vu contraints de recourir aux tests pour bénéficier des assouplissements. Or, contrairement à la vaccination, les tests sont devenus payants¹⁰¹. L’admissibilité d’une telle mesure était controversée¹⁰². S’il était prévu que les personnes exclues pour des raisons de santé puissent continuer à bénéficier de la gratuité¹⁰³ – ce qui paraît nécessaire pour éviter de créer une discrimination fondée sur une situation de handicap – la fin de la gratuité des tests pour le reste de la population âgée de plus de 16 ans risquait de créer une obligation vaccinale de fait. S’agissant des personnes refusant la vaccination pour des raisons personnelles, un tel procédé posait problème au regard du principe de la légalité – le consentement n’étant ici plus libre, une base légale devenait nécessaire pour imposer son caractère obligatoire¹⁰⁴. Fort de ce constat, la gratuité aurait dû à notre sens continuer à être proposée dès lors que les autorités politiques avaient expressément renoncé à imposer l’obligation vaccinale – et n’avaient donc pas adopté de base légale nécessaire – et que l’absence de gratuité entraînait une vaccination obligatoire *de facto*¹⁰⁵.

¹⁰⁰ OFJ, Cadre légal pour des distinctions en fonction du statut vaccinal (n. 90) p. 16.

¹⁰¹ Cf. annexe 6 de l’ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 19 juin 2020 (Ordonnance 3 COVID-19, RS 818.101.24), (état le 25 octobre 2021).

¹⁰² Commission nationale d’éthique (CNE), La vaccination contre le COVID-19 – Considérations éthiques sur des questions fondamentales et des domaines spécifiques d’application, Prise de position n° 37/2021 du 11 février 2021, p. 24.

¹⁰³ Cf. annexe 6 de l’ordonnance 3 COVID-19.

¹⁰⁴ Sur ce point, cf. FRÉDÉRIC BERNARD/MARJOLAINE VIRET, « Vaccination obligatoire et pandémie de COVID-19 en Suisse », *Jusletter* du 9 août 2021, § 85-86.

¹⁰⁵ Sur cette notion, cf. STÖCKLI (n. 88) p. 4. Dans le même sens, BELSER (n. 71) p. 3.

IV. Conclusion

Dans le contexte de pandémie de ces deux dernières années, les autorités ont été confrontées à la difficulté de proposer rapidement des solutions respectant les grands principes consacrés par la Constitution fédérale.

Face au constat qu'« il n'y a d'égalité qu'entre des égaux, qu'il faut définir »¹⁰⁶, il a fallu identifier des critères aptes à déterminer des catégories pertinentes au regard de l'exigence d'égalité.

Était-ce justifié d'octroyer le même soutien financier aux podologues qu'aux médecins généralistes ? Était-ce admissible d'établir un seuil à CHF 90 000 pour refuser l'octroi de prestations financières de soutien ? Les personnes vaccinées, guéries et testées se trouvaient-elles dans une situation comparable au regard du risque sanitaire ?

Si la garantie d'égalité doit permettre de soutenir les autorités législatives et judiciaires qui font face à ces questions, sa mise en œuvre, on l'a vu, ne peut pas être parfaitement optimale. En raison de la nécessité de tolérer un certain schématisme au niveau normatif ou de se distancier de l'individualité d'un cas particulier pour garantir la reproduction des décisions, l'application de la garantie d'égalité ne peut être pleinement satisfaisante. À cet égard, si la pandémie a permis de mettre en lumière ces difficultés, elle a par ailleurs également permis de constater que les mesures adoptées par les autorités étaient, dans l'ensemble, pertinentes.

¹⁰⁶ MOOR (n. 9) § 3.3, p. 90.

L'application du droit dans le temps et la non-rétroactivité

MILENA PIREK

Docteure en droit, avocate, chargée de cours à UniDistance et à l'IEI

I. Introduction

L'application du droit dans le temps concerne des sujets très divers. La présente contribution porte sur l'analyse de l'un des principes généraux de l'application du droit dans le temps, le principe de non-rétroactivité des lois en droit public.

La notion d'intérêt public, le caractère programmatique des lois, l'importance du principe de la légalité pour les organes étatiques, la verticalité des relations et le nombre d'administrés touchés ainsi que les fonctions prescriptives du droit public, ont une incidence sur la manière dont est régie l'application du droit public dans le temps par rapport au droit privé. Ainsi, en droit public, seule la rétroactivité proprement dite est visée par l'interdiction alors qu'en droit privé, tant la rétroactivité proprement dite qu'improprement dite devraient être en principe interdites au risque sinon de permettre à l'Etat de s'ingérer dans les relations contractuelles en cours par le biais d'un simple changement de loi¹.

Après avoir présenté la notion de droit intertemporel et la règle de base en la matière dont découlent les principes généraux de l'application du droit dans le temps (*infra* II), nous définirons le principe de non-rétroactivité des lois, exposerons ses fondements et sa portée, pour ensuite présenter la manière d'identifier un cas de rétroactivité et enfin analyser les conditions de la dérogation à ce principe (*infra* III).

¹ Cf. PASCAL PICHONNAZ/DENIS PIOTET (2016), Commentaire des art. 1-4 Tit. fin. CC, in PICHONNAZ/FOËX/PIOTET (édit.), *Commentaire Romand Code civil II*, Bâle, n° 42 ad art. 1-4 Tit. fin.; MILENA PIREK (2018), *L'application du droit public dans le temps: la question du changement de loi*, Genève/Zurich/Bâle, n° 192 ss.

II. Le droit intertemporel et ses principes

A. Le droit intertemporel

Le droit intertemporel est un droit spécifique à la problématique du changement de législation, de sorte qu'il peut être décrit de manière générale comme le droit sur le changement de loi².

Au sens large, le droit intertemporel correspond à l'ensemble des règles qui régissent le passage d'une ancienne loi à une nouvelle loi et définissent le champ d'application temporel des lois. Il accompagne le changement de législation en précisant notamment les modalités d'introduction d'une loi dans l'ordre juridique et les modes d'application dans le temps. Il comprend trois types de règles, à savoir les règles relatives à la validité temporelle de la loi (publication, promulgation, entrée en vigueur, abrogation), les règles relatives au champ d'application temporel de la loi et enfin les règles spéciales instaurant un régime transitoire.

Au sens étroit, le droit intertemporel désigne uniquement l'ensemble des règles qui définissent le champ d'application temporel d'une loi et permettent de déterminer la loi applicable à des faits déterminés³. Il s'agit d'un droit de conflit de lois (*Kollisionsrecht*) qui permet d'anticiper et le cas échéant de résoudre des conflits de lois dans le temps⁴. Il a, à titre de comparaison, un rôle analogue au droit international privé dont il est en quelque sorte le pendant temporel⁵.

2 A propos de l'expression « droit intertemporel », cf. PIREK (n. 1) n° 172 ss et références citées.

3 Cf. ULRICH MEYER/PETER ARNOLD (2005), « Intertemporales Recht – Eine Bestandsaufnahme anhand der Rechtsprechung der beiden öffentlich-rechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts », *RDS* 2005 I p. 115 ss, p. 116; ALAIN GRIFFEL (2014), « Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel des Verwaltungsrechts », in UHLMANN (édit.), *Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtssetzungslehre und des Verwaltungsrechts*, Zurich/St-Gall, p. 7 ss.

4 Cf. GRIFFEL (n. 3) p. 8; MATTHIAS KRADOLFER (2020), *Intertemporales öffentliches Recht*, Zurich/St-Gall, p. 251 ss.

5 Sur l'analogie avec le droit international privé, cf. PIREK (n. 1) n° 399-400.

B. La règle de base de droit intertemporel

Le droit intertemporel pose une règle cardinale de conflit des lois dans le temps. Selon la règle de base de droit intertemporel, une règle de droit ne produit un effet que sur les états de fait qui se sont déroulés durant sa période de validité⁶. On retrouve cette règle dans la formule utilisée par le Tribunal fédéral selon laquelle les règles de droit déterminantes d'un point de vue intertemporel sont en général celles « [...] en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques »⁷. Si la jurisprudence pose ce principe s'agissant des lois de droit matériel, en présence d'un changement de loi de droit formel, la nouvelle règle de procédure est pour sa part en principe applicable immédiatement⁸.

La règle de base de droit intertemporel permet de déterminer le champ d'application temporel d'une loi et d'attribuer un fait à une loi en fonction du moment de la survenance du fait en question. Ainsi, les faits survenus dès l'entrée en vigueur de la loi, soit durant la période de validité de cette dernière, doivent être saisis par la nouvelle loi, alors que les faits survenus avant ou après la période de validité d'une loi ne peuvent en principe pas être saisis par la loi en question.

C. Les principes généraux de droit intertemporel

De cette règle de base de droit intertemporel découlent les deux principes généraux de droit intertemporel auxquels l'ordre juridique suisse est soumis, à savoir le principe de non-rétroactivité des lois et le principe de l'effet immédiat de la loi.

Ces deux principes généraux agissent comme des limites temporelles structurantes à l'application d'une nouvelle loi dans le temps et sont à ce titre des règles de conflit et d'interprétation. Ces principes permettent à l'autorité d'application du droit de déterminer, en l'absence de dispositions légales expresses, le champ d'application temporel d'une loi

6 ALFRED KÖLZ (1983), « Intertemporales Verwaltungsrecht », *RDS* 1983 II p. 101 ss, p. 160; MEYER/ARNOLD (n. 3) p. 121; PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET (2012), *Droit administratif – Les fondements*, vol. I, 3^e éd., Berne, p. 184.

7 Cf. p.ex. ATF 137 V 105, 108, c. 5.3.1; ATF 140 II 134, 140, c. 4.2.4.

8 Sur le changement de loi de procédure, cf. PIREK (n. 1) n° 779 ss.

et donc la loi applicable. La jurisprudence lorsqu'elle se penche sur la question du droit applicable, utilise d'ailleurs souvent la formule selon laquelle « [...] *en l'absence de dispositions transitoires, la question doit être tranchée en fonction des principes généraux relatifs au droit intertemporel* »⁹. Ces principes, en particulier le principe de non-rétroactivité des lois, concernent également l'autorité d'édition du droit, puisque pour y déroger le législateur doit respecter des conditions d'admissibilité très strictes.

1. *Le principe de non-rétroactivité des lois*

Parce que la période de validité temporelle d'une loi est délimitée par sa date d'entrée en vigueur et celle de son abrogation, une loi ne peut en principe concerner des faits antérieurs à son entrée en vigueur. C'est ce que prescrit le principe de non-rétroactivité des lois dont il sera question ci-après (*infra* III).

2. *Le principe de l'effet immédiat de la loi*

Parce qu'une loi entrée en vigueur produit des effets juridiques sur les faits qui se déroulent pendant sa période de validité, une loi doit en principe viser les faits qui surviennent ou qui continuent à se dérouler postérieurement à son entrée en vigueur. C'est ce que prescrit le principe de l'effet immédiat de la loi.

Si ce principe est moins connu que celui de non-rétroactivité des lois, c'est sans doute parce qu'il exprime une évidence. Le principe de l'effet immédiat de la loi impose en effet le règne exclusif de la nouvelle loi pour l'avenir et donc son application à compter de son entrée en vigueur¹⁰. La nouvelle loi est en d'autres termes applicable *ex nunc* et *pro futuro* à tous les faits postérieurs à sa date d'entrée en vigueur.

Mais qu'en est-il des faits certes nés dans le passé mais qui durent ou se répètent après l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi, soit les faits duratifs? La doctrine et la jurisprudence décrivent l'application d'une nouvelle loi à des faits passés duratifs à cheval sur la date d'entrée en vigueur comme de la rétroactivité improprement dite. Une loi est ré-

⁹ Cf. p.ex. arrêt TAF A-6723/2013 28 janvier 2015, c. 3.2; ATF 139 II 243, 259, c. 11.1; ATF 130 V 329; ATF 130 V 445, 446, c. 1.

¹⁰ A propos des approches en droits français et allemand, cf. PIREK (n. 1) n° 481 ss.

troactive au sens impropre du terme lorsqu'elle exerce ses effets *ex nunc* et *pro futuro* sur un état de fait qui a pris naissance dans le passé et se prolonge ou se répète après la modification de l'ordre juridique¹¹. On peut mentionner à titre d'exemple la modification pour l'avenir de la réglementation des rapports de travail des employés de l'Etat engagés avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, l'assujettissement à autorisation de praticiens d'une profession médicale jusque-là jamais assujettie ou encore l'assainissement d'une ancienne cheminée à compter de l'entrée en vigueur d'une nouvelle réglementation¹², ou enfin le fait pour une durée de séjour requise par l'ancienne loi de ne pas être atteinte au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

Le terme de rétroactivité n'est toutefois pas opportun, car contrairement à ce que peut laisser penser l'usage de ce terme, la rétroactivité improprement dite n'est pas visée par le principe de non-rétroactivité et n'est donc pas interdite¹³. Il s'agit en effet d'une concrétisation du principe de l'effet immédiat. L'enjeu de la distinction entre la rétroactivité improprement dite et la rétroactivité proprement dite réside ainsi dans l'admissibilité de principe de l'une et l'interdiction de principe de l'autre¹⁴.

III. Le principe de non-rétroactivité des lois

A. La définition

Le principe de non-rétroactivité des lois empêche une nouvelle loi d'attacher des conséquences juridiques à des faits qui se sont produits et réa-

¹¹ ATF 138 I 189, 193, c. 3.4; ATF 106 Ia 254, 258, c. 3a; ATF 96 I 552, 553, c. 2; JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY (2014), *Droit administratif général*, Bâle, n° 378; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN (2020), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^e éd., Zurich/St-Gall, n° 279; ANDRÉ GRISEL (1974), « L'application du droit public dans le temps », *ZBl* 1974 p. 233 ss, p. 242.

¹² Cf. RVJ 2006 32 (TC VS, 24.03.2005) où l'obligation prescrite par l'art. 6 de l'Ordonnance sur la protection de l'air (RS 814.318.141.1 – OPair) d'assainir a été appliquée, mais uniquement *pro futuro*.

¹³ Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6) p. 191, n.b.p. 491; MARCO BORGHI (1983), « Il dritto amministrativo intertemporale (Vigenza e efficacia delle leggi) », *RDS* 1983 II p. 385 ss, p. 496.

¹⁴ Pour un exemple de distinction délicate, cf. l'ATA/299/2021 du 9 mars 2021 concernant la question de la rétroactivité d'une taxe d'exemption de l'obligation de servir (procédure de recours en cours au TF).

lisés entièrement avant son entrée en vigueur¹⁵. Cette définition contient deux éléments caractéristiques que sont le fait pour une nouvelle loi d'attacher des conséquences juridiques et cela à des faits passés achevés au moment de son entrée en vigueur. Le principe de non-rétroactivité des lois a ainsi pour objet la rétroactivité proprement dite¹⁶.

La jurisprudence considère dans ce sens que le principe de non-rétroactivité fait en principe obstacle à l'application d'une règle de droit qui attache des effets juridiques à des faits antérieurs à sa mise en vigueur¹⁷. Si l'expression selon laquelle ce principe consiste à interdire l'application dans le passé d'une nouvelle loi est parfois utilisée, celle-ci consacre une impossibilité logique, à savoir appliquer dans le passé une règle de droit qui n'est alors ni publiée, ni entrée en vigueur et qui n'est donc par définition pas applicable. La nouvelle loi rétroactive agit ainsi non pas dans le passé mais dans le présent et dès son entrée en vigueur eu égard à des faits passés¹⁸.

B. Les fondements

Le principe de non-rétroactivité des lois ne figurant pas expressément dans la Constitution fédérale, la doctrine et la jurisprudence le déduisent des articles 5, 8 et 9 Cst.¹⁹. L'application par analogie de l'article 1, alinéa 1, Tit. fin. CC²⁰ en droit public, bien que parfois mentionnée, n'est donc pas nécessaire²¹.

Le principe de non-rétroactivité des lois peut être décrit comme la conséquence temporelle du principe de la légalité de l'article 5, alinéa 1, Cst.,

¹⁵ ATF 122 II 113, 124, c. 3b dd).

¹⁶ ATF 138 I 189, 193 c. 3.4; cf. à ce propos KÖLZ (n. 6) p. 168 et 171; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 11) n° 268; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6) p. 198; KRADOLFER (n. 4) p. 548 ss; THIERRY TANQUEREL (2018), *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle, n° 420.

¹⁷ ATF 122 II 113; ATF 119 Ia 254, 257, c. 3a.

¹⁸ GRISEL (n. 11) p. 242.

¹⁹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101 – Cst.); arrêt TF 1C_366/2016 du 13 février 2017, c. 2.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 11) n° 266; KÖLZ (n. 6) p. 161.

²⁰ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210 – CC).

²¹ KÖLZ (n. 6) p. 202-203; GRISEL (n. 11) p. 245; *contra* cf. PICHONNAZ/PIOTET (n. 1) n° 29 *ad* art. 1-4 Tit. fin. et références citées; cf. p.ex. ATF 99 Ia 113, 124, c. 9.

le principe de la légalité imposant le respect et l'application de la loi en vigueur. Le principe de non-rétroactivité des lois est ensuite très lié aux principes de la prévisibilité et de la sécurité du droit²². En effet, il permet de garantir une telle prévisibilité en protégeant les administrés contre les lois qui visent des comportements passés que les administrés ne peuvent plus changer pour se conformer aux nouvelles exigences légales. Il permet également de garantir la sécurité des situations valablement acquises sous l'empire de l'ancienne loi.

S'agissant en particulier de la protection de la bonne foi, le principe de non-rétroactivité des lois contribue à renforcer et à protéger la confiance de la continuité (*Kontinuitätsvertrauen*) ainsi que la confiance dans la loi des administrés²³. La rétroactivité, en tant que nouvelle évaluation du passé, constitue en effet une atteinte à l'interdiction de *venire contra factum proprium*, soit l'interdiction des comportements contradictoires au détriment d'autrui, que le droit suisse rattache notamment au principe de la confiance²⁴.

Contrairement à la Constitution fédérale, plusieurs constitutions cantonales contiennent des dispositions relatives à l'interdiction de rétroactivité des lois²⁵. Selon le Tribunal fédéral, les cantons peuvent d'ailleurs prévoir des dispositions plus sévères pour exclure la rétroactivité et conférer ainsi aux particuliers une protection plus grande que le droit fédéral²⁶. La plupart des dispositions constitutionnelles cantonales interdisent aux nouvelles lois de revêtir un effet rétroactif si elles imposent aux particuliers des charges supplémentaires ou disproportionnées.

22 ATF 119 Ia 254, 258, c. 3b; ATF 102 Ia 74; ATF 92 I 232.

23 BEATRICE WEBER-DÜRLER (1983), *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Bâle/Francfort, p. 280, pour qui la rétroactivité est une négation de la confiance dans la loi; dans ce sens, cf. arrêt TF 2C_436/2010 du 16 septembre 2010, c. 4.3.

24 KÖLZ (n. 6) p. 161.

25 Cf. les constitutions des cantons de Berne, du Jura, de Bâle-Campagne, de Neuchâtel, d'Appenzell Rh.-Ext., de Nidwald, d'Argovie, de Thurgovie et de Glaris. Dans le canton de Genève, cf. la Loi sur les effets et l'application des lois du 5 mars 1803 (RS/GE A 2 10 – LEAL).

26 ATF 101 Ia 82, 83, c. 1; BORGHI (n. 13) p. 499.

C. La portée

1. *L'interdiction de la rétroactivité proprement dite*

Le principe de non-rétroactivité des lois interdit la rétroactivité proprement dite. On parle de rétroactivité au sens propre du terme lorsqu'une nouvelle loi attache des conséquences juridiques différentes ou nouvelles à des faits (uniques ou duratifs) qui se sont produits et réalisés entièrement avant son entrée en vigueur ou à des faits duratifs pour la partie de leur déroulement antérieure à son entrée en vigueur²⁷.

Ce type de rétroactivité doit être distingué de la rétroactivité improprement dite qui consiste en l'application de la nouvelle loi dès son entrée en vigueur à des faits dont la survenance est certes intervenue sous l'empire de l'ancienne loi mais qui perdurent à ce moment-là. Comme déjà mentionné, la rétroactivité improprement dite, en tant que concrétisation du principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle est admissible, sous réserve du respect des droits acquis.

De même, il convient d'opposer à la rétroactivité proprement dite, la prise en compte de faits antérieurs (*Rückanknüpfung*) qui vise la situation où une loi doit prendre en considération des faits passés antérieurs à son entrée en vigueur pour s'appliquer à des faits postérieurs à celle-ci et ainsi régler une situation future²⁸.

L'interdiction de la rétroactivité, en tant que limite temporelle structurante à l'application d'une loi, impose le respect des états de fait qui se sont déroulés sous le régime de l'ancienne loi et permet ce faisant de délimiter le champ d'application temporel des lois. Il s'agit d'une règle de conflit de lois en l'absence de dispositions de droit intertemporel particulières dans les dispositions finales d'une loi.

Conformément au principe de non-rétroactivité des lois, une nouvelle loi ne peut donc en principe s'appliquer aux situations suivantes :

²⁷ ATF 138 I 189, 193, c. 3.4; ATF 119 Ia 154, 160, c. 4b; ATF 119 Ia 254, 257, c. 3a; ATF 116 Ia 207, 213, c. 4a; ATF 104 Ib 219; KÖLZ (n. 6) p. 163-164; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6) p. 198; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 11) n° 268; WEBER-DÜRLER (n. 22), p. 284-285.

²⁸ DUBEY/ZUFFEREY (n. 11) n° 385; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 11) n° 282; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6) p. 191.

- lorsque le classement en zone constructible d'une parcelle (fait unique passé), a déployé tous ses effets avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, soit une augmentation de la valeur du terrain, bien que ce classement constitue selon la nouvelle loi l'évènement justifiant la perception d'une taxe²⁹;
- lorsque la nouvelle loi modifie des conditions de durée comme l'augmentation de la durée de validité d'une autorisation de construire, alors que la durée prévue par l'ancienne loi est atteinte au moment de l'entrée en vigueur (fait duratif entièrement réalisé)³⁰;
- lorsque la nouvelle loi alourdit de manière considérable l'obligation de compensation des risques à la charge d'une caisse envers une autre caisse – dont l'étendue était pourtant définitivement fixée avant l'entrée en vigueur de la loi et dont le paiement avait déjà été effectué pour moitié (faits entièrement réalisés)³¹;
- lorsque les frais d'assainissement ont pris naissance avant l'entrée en vigueur de la modification de l'article 32d de la loi fédérale sur la protection de l'environnement³², l'étendue et l'existence des prétentions à l'encontre de l'entreprise et du propriétaire doivent être jugées d'après les dispositions en vigueur à cette époque³³.

2. Les lois visées

Il est admis tant par la jurisprudence que par la doctrine que le principe de non-rétroactivité des lois vise les lois rétroactives défavorables à l'administré³⁴. On parle de rétroactivité défavorable (*belastende Rückwirkung*) lorsqu'une loi impose une charge nouvelle aux administrés en les soumettant à des obligations nouvelles ou en leur retirant des avantages, voire en leur imposant des charges disproportionnées³⁵. C'est le

²⁹ Arrêt TF 1C_366/2016 du 13 février 2017, c. 2.2.

³⁰ Cf. ATF 122 II 113, 124, c. 3b dd).

³¹ ATF 122 V 405, 409, c. 3c.

³² Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (RS 814.01 – LPE).

³³ Arrêt TF 1A.250/2005, 1A.252/2005, 1P. 602/2005 du 14 décembre 2006, c. 5.1.

³⁴ Cf. DUBEY/ZUFFEREY (n. 11) n° 384; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 11) n° 275; GEORG MÜLLER (2017), « Zulässigkeit der begünstigenden Rückwirkung », *ZBl* 2017 p. 268 ss, p. 270.

³⁵ TANQUEREL (n. 14) n° 421; MÜLLER (n. 33), p. 270.

cas d'une modification légale qui prescrirait par exemple l'augmentation d'une taxe³⁶.

S'agissant des lois rétroactives favorables (*begünstigende Rückwirkung*), la réponse est plus nuancée. La doctrine considère que lorsque la loi confère un avantage à l'administré, elle n'est pas soumise au respect de toutes les conditions relatives à l'admissibilité de la rétroactivité proprement dite³⁷. La jurisprudence est pour sa part hésitante sur le sujet³⁸. Dans la mesure où les principes de non-rétroactivité des lois et de prévisibilité du droit protègent les administrés contre les lois qui visent des comportements passés sur lesquels ils ne peuvent plus revenir, cela va à notre avis dans le sens d'une interdiction de la rétroactivité qu'elle soit défavorable ou favorable à l'administré. De même, la garantie de stabilité et la confiance dans la continuité déduite de la protection de la confiance dépassent la seule composante subjective qui peut être au demeurant difficile à appréhender, car ce qui est favorable pour un administré ne l'est peut-être pas pour un autre. On relèvera à ce propos que le principe de la *lex mitior* constitue un cas de rétroactivité proprement dite³⁹. Si ce principe est expressément prévu en droit pénal par l'article 2, alinéa 2, Code pénal⁴⁰, son application par analogie en droit administratif devrait être uniquement admise lorsque la décision revêt le caractère d'une sanction, soit un caractère pénal.

S'agissant de l'interprétation authentique, à savoir « *l'interprétation générale et abstraite d'une norme par l'auteur de celle-ci (ou le parlement cantonal) au moyen d'une norme ayant en principe le même rang* »⁴¹, celle-ci ne peut faire l'objet de critiques liées à la rétroactivité⁴². En effet, selon le Tribunal fédéral, lorsqu'il est question d'un changement de loi

³⁶ ATF 92 I 226.

³⁷ Cf. TANQUEREL (n. 14) n° 421; DUBEX/ZUFFEREY (n. 11) n° 384; MÜLLER (n. 33) p. 276; KÖLZ (n. 6) p. 171.

³⁸ ATF 105 Ia 36, 39, c. 3; ATF 116 Ia 207, 213, c. 4a; ATF 119 Ib 103, 109, c. 5; cf. PIREK (n. 1) n° 582 ss.

³⁹ Du même avis, cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6) p. 201; KÖLZ (n. 6) p. 170; ATF 102 Ib 335, 338, c. 2b.

⁴⁰ Code pénal suisse du 21 décembre 1973 (RS 311.0 – CP).

⁴¹ ARUN BOLKENSTEYN (2014), *Le contrôle des normes, spécialement par les cours constitutionnelles cantonales*, Berne, p. 67 et références citées.

⁴² Arrêt TF 2C_436/2010 du 16 septembre 2010, c. 4.3.

qui codifie un changement de pratique, il n'y a pas d'application du principe de non-rétroactivité, l'effet rétroactif d'un changement de pratique étant en général admis⁴³.

D. L'identification d'un cas de rétroactivité

Le grief de la violation du principe de non-rétroactivité des lois n'est pas un grief général qui peut être invoqué à l'encontre de toutes les situations problématiques liées à l'application d'une loi dans le temps. Il est donc nécessaire de délimiter les situations où il est question de rétroactivité proprement dite.

1. *L'examen du fait juridiquement déterminant*

Afin de qualifier une loi de rétroactive au sens propre du terme, il faut premièrement identifier le fait juridiquement déterminant, soit le fait visé par la nouvelle loi qui déclenche la réalisation de la conséquence juridique.

En droit fiscal, le Tribunal fédéral admet l'existence d'un cas de rétroactivité proprement dite lorsque la nouvelle loi vise un fait passé relatif à un élément formateur de l'obligation fiscale et non lorsque le fait visé par la nouvelle loi est un élément permettant uniquement de déterminer l'étendue de l'obligation fiscale⁴⁴. Par ailleurs, selon le Tribunal fédéral, un règlement relatif aux canalisations qui impose aux propriétaires d'immeubles déjà raccordés au moment de l'entrée en vigueur le paiement d'une contribution (calculée sur la valeur d'assurance des bâtiments au moment du raccordement) n'est pas rétroactif, car le fait juridiquement déterminant pour le paiement de la taxe est le fait d'être raccordé au moment de l'entrée en vigueur du règlement⁴⁵.

2. *Le degré de réalisation et l'attribution temporelle du fait juridiquement déterminant*

Il convient ensuite de déterminer si le fait juridiquement déterminant appartient au domaine de l'ancienne ou de la nouvelle loi en fonction

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ ATF 97 I 337, 340, c. 2a.

du moment de sa survenance. Si le fait juridiquement déterminant est entièrement réalisé au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, la détermination du droit applicable ne posera pas de problème et celui-ci appartiendra au domaine de l'ancienne loi. En revanche, si le fait juridiquement déterminant est à cheval sur la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, en ce sens qu'il dure ou se répète après l'entrée en vigueur de celle-ci, la situation est plus complexe. Sont en particulier visés ici les faits duratifs, comme une activité polluante à répétition sur une parcelle, l'écoulement d'un certain délai comme condition d'application d'une règle de droit ou la présence d'une installation dangereuse sur une parcelle. Ainsi, le fait pour un bâtiment d'être raccordé (fait duratif passé non achevé) au moment de l'entrée en vigueur du nouveau règlement sur les canalisations appartient au domaine de la nouvelle loi.

3. *Des exemples jurisprudentiels*

a. L'ATF 101 Ia 82

Dans une affaire fiscale relative à la soumission par une nouvelle loi à un impôt successoral des donations faites dans les cinq ans avant le décès du donateur au lieu des deux ans prévus par l'ancienne loi, le décès d'un donateur est intervenu après l'entrée en vigueur du nouveau régime et plus de deux ans, mais moins de cinq ans, après les donations effectuées. Le Tribunal fédéral a considéré que le fait juridiquement déterminant était la donation et non le décès du donateur, la donation étant l'élément formateur de l'obligation fiscale. La nouvelle loi ne peut donc s'appliquer sans violer le principe de non-rétroactivité des lois, l'élément formateur appartenant au domaine de l'ancienne loi et le délai de deux ans étant arrivé à échéance avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.

Le Tribunal fédéral a ensuite relevé, ce qui est particulièrement intéressant en lien avec l'aspect duratif d'un fait, que si l'entrée en vigueur de la nouvelle loi était intervenue dans le délai de deux ans prévu par l'ancienne loi, on aurait pu admettre que l'état de fait juridiquement déterminant n'était pas encore complètement réalisé au moment de l'entrée en vigueur de la loi⁴⁶. L'application de la nouvelle loi n'aurait alors pas été constitutive d'un cas de rétroactivité proprement dite.

⁴⁶ ATF 101 Ia 82, 87, c. 2c.

b. L'arrêt du TAF F-1034/2019 du 7 décembre 2020

Dans un arrêt récent, le Tribunal administratif fédéral a analysé la question de la loi applicable à une décision d'annulation de la naturalisation. Dans cette affaire, l'octroi de la naturalisation facilitée a été décidé sous l'empire de l'ancienne loi alors que l'annulation de cette naturalisation a eu lieu sous l'empire de la nouvelle loi. Or, si l'ancien droit devait s'avérer applicable, l'annulation de la naturalisation devrait être annulée, l'autorité ayant appliqué les conditions matérielles prévues par le nouveau droit.

Afin de déterminer la loi applicable, le Tribunal administratif fédéral examine si le fait juridiquement déterminant au sens de l'article 50 de la loi sur la nationalité suisse⁴⁷ doit être rattaché au moment de la signature de déclaration de vie commune, respectivement au moment de l'octroi de la naturalisation facilitée, ou à l'ouverture de la procédure d'annulation de la naturalisation. Selon le Tribunal, le fait juridiquement déterminant correspond au moment où la dissimulation par le couple d'éléments essentiels aux autorités devient objectivement et suffisamment reconnaissable par l'autorité compétente pour ouvrir une procédure d'annulation. La nouvelle loi peut donc s'appliquer sans violer le principe de non-rétroactivité des lois, puisque la découverte de ces éléments essentiels est intervenue sous l'empire de la nouvelle loi.

E. Les conditions de la dérogation au principe

L'interdiction de la rétroactivité posée par le principe de non-rétroactivité des lois n'est pas absolue et le législateur peut y déroger. La rétroactivité proprement dite d'une disposition légale permet alors d'étendre le champ d'application temporel d'une loi à des faits passés. Une loi rétroactive au sens propre du terme n'est admise au sein de l'ordre juridique suisse qu'à la condition de se conformer à certains principes et garanties constitutionnels. L'admissibilité d'une loi rétroactive est ainsi soumise au respect de cinq conditions cumulatives assez strictes qui s'im-

⁴⁷ Loi sur la nationalité suisse du 20 juin 2021 (RS 141.0 – LN).

posent en présence d'une loi au sens formel, d'une ordonnance ou d'un règlement⁴⁸.

1. *La condition tirée du principe de l'intérêt public*

La première condition est une concrétisation du principe de l'intérêt public (art. 5, al. 2, Cst.), à savoir que la rétroactivité d'une loi doit être justifiée par des motifs pertinents (*triftige Gründe*). La validité d'une loi rétroactive dépend de la question de savoir si l'intérêt public spécial à octroyer un effet rétroactif à une loi justifie, d'une part, l'atteinte à l'intérêt opposé de l'administré à connaître à l'avance le droit qui s'appliquera et, d'autre part, l'atteinte plus générale aux principes de prévisibilité et de sécurité du droit⁴⁹. Il existe en effet des situations d'urgence où l'autorité doit intervenir afin de protéger un intérêt public en particulier, mais se retrouve empêchée d'agir efficacement à cause des délais de la procédure législative ou réglementaire⁵⁰.

Le Tribunal fédéral décrit ces motifs pertinents comme des motifs de nature particulière qui n'ont pas uniquement pour objet de parer aux conséquences qu'entraîne nécessairement toute modification légale de ce genre⁵¹. Il ne doit ainsi pas s'agir d'inégalités de traitement entre les administrés résultant du rattachement des faits juridiquement déterminants au domaine de la loi nouvelle ou à celui de la loi ancienne en fonction du moment de leur réalisation.

En matière de taxation d'importations, le Tribunal a admis l'existence d'un motif pertinent en présence de mesures de protection en faveur de la production indigène lorsque la moindre attente risquerait de les compromettre⁵². Si le fait pour les finances publiques d'être en péril a été admis comme motif pertinent, il n'en va pas de même de la nécessité de prendre des mesures de redressement lorsque les finances pu-

⁴⁸ Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6) p. 199; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 11) n° 270; TANQUEREL (n. 14) n° 420; KÖLZ (n. 6) p. 160; BORCHI (n. 13) p. 500.

⁴⁹ ATF 102 Ia 69, 73, c. 3c; ATF 92 I 232; ATF 95 I 10; DUBEY/ZUFFEREY (n. 11) n° 384; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6) p. 199; TANQUEREL (n. 14) n° 420.

⁵⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6) p. 198-199.

⁵¹ Dans le cadre d'une affaire de droit fiscal, cf. ATF 102 Ia 69, 72, c. 3.

⁵² ATF 92 I 226, 233, c. 5d.

bliques se trouvent dans une mauvaise situation⁵³. De même, empêcher une inégalité de traitement, autre que celle résultant du changement de loi, grâce à un effet rétroactif, peut constituer un motif pertinent⁵⁴. La volonté d'empêcher le citoyen de prendre à temps ses dispositions pour échapper à une augmentation d'impôt imminente et éluder ainsi la loi fiscale pendant le temps nécessaire aux délibérations législatives, n'est en revanche pas suffisante⁵⁵. En outre, la conclusion d'affaires en soi licites afin d'éluder un nouvel impôt imminente mérite selon le Tribunal fédéral d'être protégée⁵⁶. Enfin, la volonté de freiner l'évasion des jeunes assurés vers des caisses plus avantageuses et d'ainsi déjouer la politique de recrutement de certaines caisses, avant que la nouvelle réglementation ne déploie des effets, ne représente pas non plus un motif suffisant, l'intérêt privé des caisses étant principalement concerné⁵⁷.

Il faut néanmoins relever que le Tribunal fédéral a estimé à plusieurs reprises que l'absence de motifs pertinents n'est pas décisive lorsque le dommage subi par les administrés est très restreint, que des raisons de simplification justifient la mesure rétroactive et que les administrés concernés connaissent la mesure envisagée⁵⁸.

2. *La condition tirée du principe de la légalité*

La deuxième condition résulte du principe de la légalité (art. 5, al. 1, Cst.) et consiste en l'existence d'une base légale ou de la volonté du législateur⁵⁹. La rétroactivité d'une loi doit avoir été expressément ordonnée par le législateur ou résulter clairement de l'interprétation et du but de la loi⁶⁰. Pour établir la volonté du législateur, il convient de se baser soit sur le texte de loi qui indique toutefois assez rarement l'existence d'une disposition rétroactive, soit sur les travaux préparatoires ou le contexte

⁵³ Cf. à ce propos ATF 119 Ia 254, c. 3b.

⁵⁴ A propos d'un règlement de canalisation, cf. RSJ 1972 329, 331 (TA SO, 4.12.1970).

⁵⁵ ATF 102 Ia 69, 73, c. 3c.

⁵⁶ ATF 77 I 183, 190, c. 6.

⁵⁷ ATF 102 Ia 69, 73, c. 3c.

⁵⁸ Cf. p.ex. ATF 122 V 405, 408, c. 3b; ATF 119 Ia 254, 258, c. 3b; ATF 102 Ia 69, 73, c. 3c.

⁵⁹ Cf. GRISEL (n. 11) p. 247; BORGHI (n. 13) p. 501.

⁶⁰ TANQUEREL (n. 14) n° 420; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 11) n° 270; KÖLZ (n. 6) p. 169.

de la loi. La rétroactivité ne doit donc pas être expressément prévue par la base légale pour être valable et il suffit que le législateur manifeste clairement la volonté d'attacher les effets juridiques des règles en cause à des faits antérieurs à leur entrée en vigueur⁶¹.

La loi censée rétroagir doit par ailleurs prévoir elle-même sa rétroactivité⁶². Ainsi, la rétroactivité d'une loi au sens formel doit être prévue dans une base légale formelle et ne peut être à notre avis déléguée au pouvoir exécutif en raison notamment de son caractère irrégulier et de ses effets sur les droits des administrés (art. 164 Cst.).

3. *La condition tirée du principe de la proportionnalité*

La rétroactivité doit être raisonnablement limitée dans le temps conformément au principe de la proportionnalité (art. 5, al. 2, Cst.). Une loi ne doit pas déroger au principe de non-rétroactivité des lois plus qu'il n'est nécessaire et adéquat⁶³. Si cette durée doit être en principe relativement brève, la jurisprudence n'a toutefois pas fixé de manière abstraite de durée maximale de l'effet rétroactif d'une loi⁶⁴.

Deux critères sont généralement pris en considération pour déterminer si le temps écoulé entre la survenance d'un fait et l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi est proportionné. Il s'agit tout d'abord de la prévisibilité du changement de loi et de la bonne foi des administrés⁶⁵. Une disposition rétroagit valablement en principe à la date où les administrés pouvaient s'attendre à la modification de l'ordre juridique⁶⁶. Il s'agit ensuite de la charge imposée à l'administré. La durée doit être selon le Tribunal fédéral limitée lorsque le temps écoulé a une influence directe sur l'importance de la charge imposée⁶⁷, comme en matière de fixation ou de modification de cotisations, de rentes ou de prétentions salariales⁶⁸. C'est dans ce sens que le Tribunal fédéral indique qu'une rétroactivité

61 DUBEY/ZUFFEREY (n. 11) n° 384.

62 DUBEY/ZUFFEREY (n. 11) n° 384; GRISEL (n. 11) p. 247.

63 BORGHI (n. 13) p. 501, n.b.p. 391.

64 Arrêt TF 1C_366/2016 du 13 février 2017, c. 2.3.

65 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (n. 11) n° 270; DUBEY/ZUFFEREY (n. 11) n° 384.

66 GRISEL (n. 11) p. 247; BORGHI (n. 13) p. 501.

67 Cf. ATF 101 Ia 231, 235, c. 3c.

68 ATF 101 Ia 231, 235, c. 3c.

sur une longue durée peut se concevoir lorsqu'il s'agit d'éviter que les justiciables contournent une nouvelle obligation avant son adoption par le législateur vidant alors la nouvelle législation de son sens⁶⁹, à condition toutefois qu'il existe un motif pertinent d'intérêt public, une telle volonté n'étant pas à elle seule suffisante.

Selon la jurisprudence, une rétroactivité d'un mois et demi est très limitée dans le temps⁷⁰, de même que celle de quelques semaines⁷¹. De même, une durée de moins d'une année ne dépasse pas le cadre de ce qui est admissible⁷² et la durée d'une année est convenable⁷³. En revanche, la durée d'un effet rétroactif de plus de deux ans a été qualifiée de relativement longue sans être toutefois qualifiée d'inadmissible⁷⁴, une durée de trois ans s'avère disproportionnée, une durée de 4,5 ans (voire 6 ans) ne peut manifestement pas non plus être qualifiée de raisonnable, de même qu'une durée de 5 ans même si la rétroactivité est favorable aux contribuables⁷⁵.

4. *La condition tirée du principe de l'égalité de traitement*

La rétroactivité d'une loi ne doit en outre pas créer d'inégalité choquante conformément au principe de l'égalité de traitement de l'article 8 Cst.⁷⁶. On peut parler d'exigence d'égalité dans la rétroactivité, une loi rétroactive devant viser toutes les situations semblables et exonérer toutes les situations dissemblables⁷⁷. Ainsi, une loi crée une inégalité choquante lorsqu'elle ne concerne qu'une partie et non la grande majorité des faits qui se sont achevés sous l'ancien droit⁷⁸. De même, il est question d'inégalité choquante lorsque les futurs destinataires d'une loi peuvent de ma-

⁶⁹ Arrêt TF 1C_366/2016 du 13 février 2017, c. 2.3.2; ATF 122 V 405, 408, c. 3.

⁷⁰ ATF 119 Ia 254, 258, c. 3b.

⁷¹ ATF 92 I 226, 233, c. 5b.

⁷² ATF 102 Ia 69, 73, c. 3b.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ ATF 77 I 136, 144, c. 3.

⁷⁵ Arrêt TF 1C_366/2016 du 13 février 2017, c. 2.3.

⁷⁶ DUBEY/ZUFFEREY (n. 11) n° 384; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6) p. 200; TANQUEREL (n. 14) n° 420.

⁷⁷ DUBEY/ZUFFEREY (n. 11) n° 384.

⁷⁸ ATF 77 I 183, 190, c. 6; ATF 101 Ia 231, 236, c. 3d; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6) p. 200.

nière régulière adapter leur comportement afin d'éviter les conséquences juridiques prévues par la loi, contrairement aux destinataires passés qui ne pourront plus adapter leur comportement⁷⁹.

Une disposition d'un projet de loi qui ordonne la démolition de garages souterrains pour les bâtiments ayant reçu une autorisation de construire avant une certaine date, mais qui ne sont pas terminés à cette date, effectue par exemple une discrimination que ne justifie aucune circonstance de fait, avec les autres bâtiments, autorisés et commencés au même moment, mais terminés à la date en question⁸⁰.

5. *Le respect des droits acquis*

Une loi rétroactive doit enfin respecter les droits acquis⁸¹. Les droits acquis sont un ensemble hétérogène de droits qui ont pour caractéristique commune de bénéficier d'une garantie de stabilité face à changement de loi (*Gesetzesbeständigkeit*)⁸², ce qui implique qu'ils soient également protégés lorsque le changement de loi concerne une loi rétroactive. Une loi rétroactive ne peut porter atteinte à un droit acquis qu'à la condition de prévoir une pleine indemnité en contrepartie (art. 26, al. 2, Cst.).

L'application rétroactive d'une règle de droit devrait ainsi être exclue aussi longtemps qu'un administré a pris une disposition irréversible en se basant sur l'ancien droit ou en raison d'une décision rendue en application de celui-ci. De même, la restitution d'une subvention accordée et versée conformément à la loi devrait être inadmissible si la loi en question est ultérieurement modifiée. Le Tribunal fédéral a jugé que l'augmentation ultérieure d'une taxe sans que la personne assujettie ait eu la possibilité de répercuter le montant perçu constituait une violation d'un droit acquis⁸³.

⁷⁹ ATF 77 I 183, 190, c. 6; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6) p. 200-201.

⁸⁰ ATF 101 Ia 231, 236, c. 3d.

⁸¹ DUBEY/ZUFFEREY (n. 11) n° 384; TANQUEREL (n. 14) n° 420; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (n. 6) p. 201.

⁸² Cf. DUBEY/ZUFFEREY (n. 11) n° 1322.

⁸³ ATF 92 I 226, 234, c. 5e.

IV. Conclusion

L'activité humaine se déroule de façon ininterrompue alors que la loi qui la régit entre en vigueur à un moment donné et pour une certaine durée seulement. Le problème n'est pas tant la succession des lois dans le temps, mais leur coexistence et le rattachement temporel d'un état de fait à une loi. Le principe de non-rétroactivité des lois, en tant que règle de conflit cardinale en matière d'application des lois dans le temps, permet de guider l'autorité d'application du droit.

Le principe de non-rétroactivité a toutefois une portée limitée puisqu'il concerne uniquement la rétroactivité proprement dite. En l'absence d'une telle rétroactivité, l'administré devra alors invoquer d'autres griefs à l'encontre d'une loi dont l'application dans le temps est problématique. Ainsi, en présence d'une loi rétroactive au sens impropre, les principes généraux du droit comme l'égalité de traitement, l'interdiction de l'arbitraire ou le respect des droits acquis devront être invoqués. Une mention particulière est faite ici aux principes de la proportionnalité et de la confiance qui peuvent imposer à une nouvelle loi, lorsqu'elle contient de nouvelles prescriptions particulièrement sévères pour l'administré, la prise de mesures afin de faciliter le passage de l'ancien au nouveau droit, comme l'octroi d'un délai transitoire.

On ne peut à ce propos qu'encourager le législateur à mener en amont une réflexion générale sur l'application de la loi dans le temps qui ne serait pas limitée à la seule question de la rétroactivité. Il s'agit en effet d'identifier les situations qui risquent de poser problème, de nommer la rétroactivité, voire d'instaurer un régime transitoire lorsque le changement de loi est trop abrupt pour certains administrés, au nom du principe de la bonne foi et de l'impérieuse nécessité de protéger la confiance des administrés dans la continuité de l'ordre juridique.

La protection de la bonne foi

FRÉDÉRIC BERNARD

Professeur à l'Université de Genève

« Le fondement de la justice est la bonne foi, c'est-à-dire la sincérité dans ses paroles et la fidélité à ses engagements. Quoique peut-être cela paraisse un peu forcé, osons imiter les stoïciens, qui cherchent avec soin l'étymologie de chaque terme, et croyons que foi vient de faire, parce qu'on fait ce qu'on a dit. »

CICÉRON¹

« Ce qui fait la difficulté, c'est que l'équitable, tout en étant juste, n'est pas le juste selon la loi, mais un correctif de la justice légale. La raison en est que la loi est toujours quelque chose de général, et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un énoncé général qui s'y applique avec rectitude. »

ARISTOTE²

« On ne peut pas créer une société juste avec des moyens injustes. On ne peut pas créer une société libre avec des moyens d'esclaves. C'est pour moi le centre de ma pensée. »

Jacques ELLUL³

1 CICÉRON (1877), *Traité des devoirs (De officiis)*, livre I, Paris, p. 32.

2 ARISTOTE (1997), *Ethique à Nicomaque*, livre V, chap. X, Paris, p. 267.

3 JACQUES ELLUL, PATRICK CHASTENET (2014), *A contre-courant : Entretiens*, Paris, p. 76.

Introduction

La question de la bonne foi est omniprésente dans le monde contemporain, comme l'illustre par exemple la pandémie de COVID-19.

Au printemps 2020, l'efficacité des masques chirurgicaux était au cœur de toutes les discussions : alors que ceux-ci avaient initialement été jugés inefficaces par les autorités politiques et sanitaires, à un moment où le nombre de masques était insuffisant, ils devinrent l'un des principaux outils de la lutte sanitaire par la suite, alors que les masques étaient devenus disponibles en quantité suffisante. Les autorités politiques et sanitaires s'étaient-elles comportées de bonne foi, sur la base des données médicales qui étaient en leur possession, ou avaient-elles initialement préféré cacher la véritable efficacité des masques pour les réserver aux personnes en ayant le plus besoin (notamment dans le domaine de la santé)⁴ ? A l'inverse, que dire de la bonne foi de la population, à qui les autorités garantissaient que les denrées essentielles ne viendraient pas à manquer et qui, dans un premier temps du moins, dévalisa les étals des supermarchés⁵ ?

Le principe de la bonne foi traverse également la récente affaire dite « Crypto AG ». Que penser, en effet, de la bonne foi d'une société active dans la vente de machines de chiffrement qui équipe secrètement celles-ci d'un cheval de Troie (*backdoor*) à l'attention de certains services secrets étrangers⁶ ? Dans le rapport qu'elle a consacré à cette affaire, la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales a toutefois surtout émis des critiques sous l'angle de la bonne foi sur les réactions des autorités fédérales après la révélation de cette affaire⁷.

4 Voir l'avis de l'ancien Premier ministre français LIONEL JOSPIN (2020), *Un temps troublé*, Paris, p. 228 : « A court terme, dans un pays comme le nôtre où l'opinion est souvent sceptique, l'intérêt des autorités est de toujours dire la vérité aux citoyens. A cet égard, on peut reprocher au pouvoir exécutif d'avoir affirmé trop longtemps que les masques et les tests, finalement reconnus indispensables, n'étaient pas utiles, non pas parce que c'était vrai mais parce que la France en manquait cruellement. Ce jeu avec la vérité laissera des traces. »

5 ANOUCH SEYDTAGHIA (2020), « Vives tensions dans le secteur alimentaire », *Le Temps*, 14 mars 2020, p. 11.

6 MEHDI ATMANI (2020), « La Suisse au cœur de l'opération « Rubicon » », *Le Temps*, 12 février 2020, p. 3.

7 Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales, Rapport sur l'Affaire Crypto AG, 2 novembre 2020, FF 2021 156, p. 50 (choix du Secrétariat d'Etat

Le principe de la bonne foi est cependant abondamment traité aujourd'hui dans les ouvrages et manuels de droit administratif général⁸. Il fait aussi l'objet d'une jurisprudence foisonnante (à laquelle la présente contribution tentera de rendre justice). Quelles raisons ont donc conduit à lui consacrer un chapitre spécifique⁹? Celles-ci sont au nombre de deux: premièrement, il est important de situer correctement la bonne foi au sein du droit administratif et, plus largement, au sein d'un Etat de droit démocratique; deuxièmement, il est tout aussi important de faire apparaître que les applications de la bonne foi connues aujourd'hui ne correspondent pas à son essence, mais n'en constituent que certaines des concrétisations possibles. Poser ces deux éléments permettra de réfléchir aux développements que pourrait connaître le principe de la bonne foi.

Nous commencerons par identifier les valeurs qui composent le principe de la bonne foi et rappeler son histoire en droit public (*infra* I.), avant d'évoquer sa mise en œuvre en droit positif (*infra* II.) pour traiter enfin de sa consolidation et de son expansion potentielle (*infra* III.).

I. Fondements

Dans cette première section, nous allons tenter de donner une substance au principe de la bonne foi (*infra* I, A.), rappeler sa reconnaissance progressive en droit public (*infra* I, B.) et brièvement montrer son omniprésence dans l'ordre juridique helvétique (*infra* I, C.).

A. Contenu

Il n'est pas aisé de définir la protection de la bonne foi de manière générale et abstraite¹⁰. Comme l'écrivait Andreas VON TUHR dans son ouvrage consacré à la partie générale du Code des obligations,

à l'économie de ne pas rendre de décision susceptible de recours au moment de la suspension des licences d'exportation des sociétés concernées) et p. 56 (report du traitement des demandes individuelles d'exportation par le Conseil fédéral).

⁸ Cf. la contribution de Thierry TANQUEREL dans le présent ouvrage.

⁹ LA BRUYÈRE (1995), *Les Caractères*, Paris, p. 124: «*Tout est dit, et l'on vient trop tard depuis plus de sept mille ans qu'il y a des hommes et qui pensent. Sur ce qui concerne les mœurs, le plus beau et le meilleur est enlevé; l'on ne fait que glaner après les anciens et les habiles d'entre les modernes.*»

¹⁰ CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 77.

« On ne saurait, me semble-t-il, donner une définition plus précise de la bonne foi. (...) Ce résultat négatif provient de la nature même des choses. En effet, la bonne foi n'est pas le produit d'un raisonnement logique. Elle n'est pas non plus l'objet du savoir, mais une question d'expérience de la vie et de sens pratique. »¹¹

Cette même difficulté est identifiée par Pierre MOOR :

« Il est possible de décrire le contenu – l'objet – des législations ; il est également possible de décrire ce que contient le concept d'intérêt public tel qu'il est reconnu à un moment et pour un Etat déterminé. En revanche, il est logiquement impossible de donner un contenu au principe de proportionnalité, pas plus qu'à d'autres principes transversaux – tels par exemple que le principe de la bonne foi : on ne peut qu'en poser le fondement et la finalité (laquelle est une pure valeur), et le cadre qu'on peut en dessiner ne sera pas plus que méthodologique. »¹²

Pour approcher le contenu de la protection de la bonne foi, il est donc nécessaire de chercher à en dégager le fondement et la finalité (ou plutôt les finalités). A cet effet, les citations placées en exergue de la présente contribution s'avèrent précieuses, car elles permettent d'identifier trois facettes différentes de ce principe :

1. D'abord, le principe de la bonne foi, comme l'illustre la citation de CICÉRON, comporte l'idée de sincérité dans ses paroles et de fidélité à ses engagements (*bona fides*¹³), c'est-à-dire de loyauté¹⁴. Sous cet

11 ANDREAS VON TUHR (1933), *Partie générale du Code fédéral des obligations*, 2^e éd., Lausanne, p. 46-47.

12 PIERRE MOOR (2001), « Systématique et illustration du principe de proportionnalité », in : GREWE/BROUSSOLLE/JOUANJAN/MATHIEU/VERPEAUX (éd.), *Les droits individuels et le juge en Europe, Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Strasbourg, p. 319 ss, p. 327. Sur la notion de droits transversaux, par opposition à des droits spécifiques, voir CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 8.

13 ALEXANDER BECK (1955), « Die Grundprinzipien der Bona Fides im römischen Vertragsrecht », in : *Aequitas et bona fides*, Bâle, p. 9 ss.

14 ATF 124 II 265, 269, c. 4.a. Cf. GIORGIO MALINVERNI, MICHEL HOTTELIER, MAYA HERTIG RANDALL, ALEXANDRE FLÜCKIGER (2021), *Droit constitutionnel suisse, vol. II: Les droits fondamentaux*, 4^e éd., Berne, n° 1291 ; KATHARINA SAMELI (1977), « Treu und Glauben im öffentlichen Recht: Einige grundsätzliche Bemerkungen anhand der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts », RDS 1977 II p. 287 ss, p. 294-295.

angle, il exclura par exemple de conférer une valeur à des paroles trompeuses ou manipulatrices, de même qu'il interdira de récolter un avantage suite à un comportement contradictoire; il se prêtera également à une utilisation en tant qu'aide à l'interprétation d'actes juridiques¹⁵.

2. Ensuite, le principe de la bonne foi agit comme correctif à une application trop stricte et trop rigide de la loi¹⁶, fonction qui est au cœur de la citation d'ARISTOTE. Sous cet angle, il pourra, par exemple, requérir la mise en place d'un régime transitoire visant à « adoucir » les conséquences d'un changement de pratique ou de législation pour les personnes concernées.
3. Enfin, le principe de la bonne foi se réfère, de façon plus générale, au type de moyens et de comportements jugés acceptables dans un Etat de droit démocratique¹⁷, aspect évoqué dans la citation de Jacques ELLUL. De ce point de vue, le principe de la bonne foi entretient des liens étroits avec la confiance qui peut être accordée dans les relations sociales et administratives¹⁸, en particulier dans les agissements de l'Etat¹⁹, ainsi qu'avec l'exigence de sécurité du droit, dont l'objectif est la confiance générale de la communauté dans la stabilité du droit et dans la prévisibilité de son développement²⁰. Il en découlera certaines expectatives quant au comportement et à l'état

¹⁵ THIERRY TANQUEREL (2018), *Manuel de droit administratif*, 2^e éd, Genève, n° 569.

¹⁶ FRANÇOIS PICOT (1977), « La bonne foi en droit public », *RDS* 1977 II p. 115 ss, p. 188: « [L]e principe de la bonne foi a pour but d'humaniser en une certaine manière l'Etat fondé sur le droit. ». Voir également CLAUDE ROUILLER (2001), « Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi », in: THÜRER/AUBERT/MÜLLER (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich, p. 677 ss, p. 684.

¹⁷ PIERRE MOOR, ALEXANDRE FLÜCKIGER, VINCENT MARTENET (2012), *Droit administratif, vol. I: Les fondements*, 3^e éd., Berne, p. 917.

¹⁸ ULRICH HÄFELIN, GEORG MÜLLER, FELIX UHLMANN (2020), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^e éd., Zurich, n° 620.

¹⁹ JACQUES DUBEY, JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY (2014), *Droit administratif général*, Bâle, n° 716-717.

²⁰ Dans ce sens, PIERRE TSCHANNEN, ULRICH ZIMMERLI, MARKUS MÜLLER (2014), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Berne, p. 173. Voir également CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 67 et les études réunies dans les Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, décembre 2001.

d'esprit qui doivent être adoptés par les autorités et les individus²¹ : la bonne foi sera escomptée et, le cas échéant, protégée (ou « récompensée »), tandis que la mauvaise foi sera traitée comme une déviation qui conduira, le cas échéant, à des sanctions ou à la perte d'un avantage²².

Prises conjointement, ces trois facettes font de la bonne foi une valeur qui dépasse la catégorie de « principe constitutionnel » pour s'ériger en véritable choix de société²³. La bonne foi est, en effet, un élément indissociable – ou une « *inhérence* », pour reprendre le terme de Serge SUR²⁴ – d'un Etat de droit démocratique²⁵. Elle est d'ailleurs, de ce point de vue,

21 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 917. Cf. CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 121 : « Cela tient au fait que les règles de la bonne foi, en tant qu'elles concernent l'état d'esprit des deux ou diverses personnes impliquées dans une relation juridique ou de proximité particulière, exigent cet état d'esprit en même temps qu'elles le protègent de part et d'autre, et réciproquement. »

22 BLAISE KNAPP (1991), *Précis de droit administratif*, 4^e éd., Bâle, n° 499.

23 PICOT (note 16), p. 195 : « [L]e choix, avec des nuances diverses, devra toujours s'effectuer entre un droit rigide, fixe, qui se prétend complet et sans lacune, mais que l'on peut violer si l'on est assez habile, et un droit qui laisse à l'équité du côté du juge et à la bonne foi du côté des citoyens et des gouvernants leur place légitime. Pour ce choix, le critère décisif c'est l'idée de l'homme que l'on place à la base d'un certain ordre juridique (...) [I]l est des formes de sociétés dans lesquelles la confiance en l'homme n'est pas possible. Dans ces sociétés le droit ne doit laisser aucune place à des valeurs qui lui soient extérieures car il n'existe ni confiance dans la bonne foi du citoyen, ni confiance dans le sens de l'équité du juge. Pour que la bonne foi puisse être reconnue comme principe dans le droit public, il faut une société qui soit telle que la confiance puisse exister tant dans les citoyens que dans les gouvernements. »

24 Voir SERGE SUR (2014), « L'inhérence en droit international », *Revue Générale de Droit International Public*, p. 785 ss. Cf. aussi MARCO BORGHI (1994), « La bonne foi : un principe » constitutif » de l'Etat, mais négligé en droit public suisse », in : WIDMER/COTTIER (éd.), *Abus de droit et bonne foi*, Fribourg, p. 203 ss ; HANS HUBER (1971), « Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates », in *Rechtstheorie, Verfassungsrecht und Völkerrecht*, Berne, p. 27 ss. ; HANS HUBER (1979), « Vertrauen und Vertrauensschutz im Rechtsstaat », in : HÄFELIN/HALLER/SCHINDLER (éd.), *Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie*, Zurich, p. 193 ss utilise, pour évoquer la confiance dans la puissance publique, la notion de « trust » héritée notamment de John Locke.

25 ELISABETH CHIARIELLO (2004), *Treu und Glauben als Grundrecht nach Art. 9 der schweizerischen Bundesverfassung*, Berne, p. 5 ss ; ALFRED KÖLZ (1983), « Inter-temporales Verwaltungsrecht », RDS 1983 II p. 101 ss, p. 123. Cf. CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 117 : « Le principe de la bonne foi consacré par l'art. 5 al. 3 Cst. est (...) un complément et un aménagement nécessaire du principe de la légalité ancrée à l'art. 5 al. 1 Cst., dans le cadre de la constitution d'un Etat de droit digne de ce nom. » Cf.

proche du postulat philosophique qui fonde la reconnaissance de droits fondamentaux et qui réside dans la conviction que l'être humain est bon²⁶. C'est en vertu de ce postulat que des espaces de liberté lui sont reconnus et qu'il est admis que, dans certains cas, cette liberté peut faire l'objet d'abus²⁷.

Reconnaître le caractère central de la bonne foi dans un Etat de droit démocratique est fondamental: cela contribue à expliquer pourquoi ce principe a progressivement été reconnu en droit public, de manière pré-torienne, dans le silence de la Constitution de 1874 (*infra* I, B), pourquoi il est, au-delà du droit public, omniprésent dans l'ordre juridique (*infra* I, C), pourquoi ses incarnations actuelles sont aussi nombreuses et variées (*infra* II, B) et pourquoi il est nécessaire de le consolider (*infra* III, A) ainsi que de réfléchir à sa possible expansion (*infra* III, B).

B. Reconnaissance en droit public

La reconnaissance de la bonne foi en droit public s'étend au droit fédéral (*infra* I, B, 1), à la doctrine (*infra* I, B, 2) et au droit cantonal (*infra* I, B, 3).

TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 173: « *Der Schutz berechtigten Vertrauens gehört zu den Grundanliegen jeder freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung.* » Cf. également SGK BV-ROHNER, Art. 9 N 36; BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 73. Voir NIKLAS LUHMANN (2014), *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 5^e éd., Constance; PETER NOBEL (2017), « Vertrauen – Begriffliche Grundlagen », *RSDA* 2017 p. 721 ss.

- 26 JEAN-JACQUES ROUSSEAU (1959), *Dialogues: Rousseau juge de Jean-Jacques*, in ROUSSEAU, *Œuvres complètes*, vol. I, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, p. 657 ss, p. 934: « [J] 'y vis par tout le développement de son grand principe que la nature a fait l'homme heureux et bon mais que la société le déprave et le rend misérable. »
- 27 Voir, dans ce sens, Message du Conseil fédéral du concernant la loi fédérale sur des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure ainsi que l'initiative populaire « S.o.S. – pour une Suisse sans police fouineuse », FF 1994 II 1142: « *Cependant, dans un système libéral et démocratique, les mesures que prendra dorénavant la Confédération en vue de maintenir la sûreté intérieure ne peuvent et n'entendent pas englober tout risque possible. De par leur genre et leur portée, elles traduiront la confiance en la population et, dans un maximum de domaines, la volonté de ne pas agir préventivement face à des risques abstraits. L'Etat et ses autorités acceptent donc un risque de troubles et ne veulent pas se couper de la population.* » Cf. également PAUL WILKINSON (2006), *Terrorism versus Democracy: the Liberal State Response*, 2^e éd., New York, p. 198: « *It is part of the price we must pay for our democratic freedoms that some may choose to abuse these freedoms for the purpose of destroying democracy, or some other goal.* »

1. *Droit fédéral*

La Constitution fédérale de 1874²⁸ ne garantissait pas explicitement le principe de la bonne foi²⁹. Celui-ci a été consacré quelques décennies plus tard en droit privé lors de l'adoption du Code civil suisse³⁰. L'article 2 CC traite des notions de fidélité et de confiance³¹ tandis que l'article 3 CC crée une présomption de bonne foi et protège l'ignorance excusable³². Initialement, l'application de la protection de la bonne foi dans le domaine du droit public a été hésitante : ainsi, alors que notre Haute Cour en avait fait application dans deux affaires fiscales dès 1908³³, elle a ensuite semblé nier son existence dans le domaine du droit public³⁴.

C'est donc véritablement à partir de la fin de la seconde guerre mondiale que le Tribunal fédéral a développé sa jurisprudence relative à la bonne foi en droit public³⁵. Pour ce faire, il a alternativement utilisé deux constructions juridiques³⁶ : la reconnaissance de l'article 2 CC comme un principe général du droit³⁷ et le rattachement du principe de la bonne foi à l'article 4 aCst. 1874 en tant que « clause générale non écrite »³⁸. Ce

²⁸ aCst. 1874 – RO 1 1 (abrogée le 1^{er} janvier 2000, suite à l'acceptation de la nouvelle Constitution fédérale le 18 avril 1999, cf. FF 1999 5306).

²⁹ CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 1.

³⁰ Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210. Cf. PICOT (note 16), p. 122-123.

³¹ Art. 2 CC : « 1 Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. 2 L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. »

³² Art. 3 CC : « 1 La bonne foi est présumée, lorsque la loi en fait dépendre la naissance ou les effets d'un droit. 2 Nul ne peut invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui. »

³³ ATF 34 I 15, 27 c. 2 ; ATF 34 I 615, 625 c. 2. Cf. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 14), n° 1292 ; SGK BV-ROHNER, Art. 9 N 43.

³⁴ ATF 48 II 182 c. 4 ; ATF 40 III 154 c. 4. Cf. CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 3.

³⁵ PICOT (note 16), p. 144.

³⁶ DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 719-720.

³⁷ Consulter, de manière générale, MARCEL BAUMANN (1952), *Der Begriff von Treu und Glauben im öffentlichen Recht*, Zurich.

³⁸ HELEN KELLER (2021), « Willkürverbot sowie Treu und Glauben », in : BIAGGINI/GÄCHTER/KIENER (édit.), *Staatsrecht*, 3^e éd., Zurich, p. 608 ; TANQUEREL (note 15), n° 566. L'art. 4 aCst. 1874 était formulé comme suit : « Tous les Suisses sont égaux devant la loi. Il n'y a en Suisse ni sujets, ni privilèges de lieu, de naissance, de personnes ou de familles. » Cette disposition a été utilisée par le Tribunal fédéral pour reconnaître de nombreux principes et droits constitutionnels non écrits, par exemple, en sus du principe de la bonne foi, l'interdiction de l'arbitraire, le droit

deuxième procédé avait toutefois pour conséquence inévitable de limiter ses effets à la bonne foi de l'Etat³⁹.

Dans le contexte de la présente contribution, il est intéressant de rappeler les motifs qui ont conduit le Tribunal fédéral à compléter le texte explicite de la Constitution par des garanties implicites. Il s'agissait, en effet, d'assurer par ce biais un standard jugé indispensable dans un Etat de droit démocratique⁴⁰: « *L'art. 4 Cst. [1874] est une règle générale qui garantit aux parties à une procédure étatique un standard minimum, conforme à celui que garantissent les procédures en vigueur dans les Etats démocratiques de l'Europe occidentale. Son contenu n'est par conséquent pas figé; cela est démontré par l'évolution de la jurisprudence qui en a dégagé successivement de nombreux droits et principes constitutionnels.* »⁴¹

En 1999, à l'occasion de la révision intégrale de la Constitution fédérale⁴², la bonne foi a été formellement consacrée dans le texte constitu-

d'être entendu ou encore la liberté personnelle, à tel point que HANS HUBER a pu parler, à son sujet, de « *doch recht grossartigen Sammelplatz* ». Cf. HANS HUBER (1983), « Der Sinnzusammenhang des Willkürverbots mit der Rechtsgleichheit », AUBERT/BOIS (éd.), *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel, p. 127 ss, p. 139. Cf. les propos de JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. I, p. 124-125: « [Le Tribunal fédéral] a littéralement échafaudé sur l'art. 4 une construction jurisprudentielle que même la lecture la plus attentive de cette disposition, et des délibérations dont elle est issue, ne permettait point de découvrir (...) Cela nous amène à considérer le procédé le plus audacieux du Tribunal fédéral: il arrive qu'il lise dans la Constitution des règles non écrites, ainsi que l'y engage une partie de la doctrine (...) Mais, naturellement, un procédé aussi exorbitant ne doit être utilisé qu'avec prudence ». Pour une vision critique de ce rattachement, consulter ANDRÉ GRISEL (1984), *Traité de droit administratif*, Neuchâtel, p. 395-396. Voir également, sur l'art. 4 aCst., DANIEL THÜRER (1987), « Das Willkürverbot nach Art. 4 BV », RDS 1987 II p. 413 ss.

39 TANQUEREL (note 15), n° 566.

40 ANDREAS KLEY (2015), *Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz*, 2^e éd., Zurich, p. 214.

41 ATF 114 Ia 179, 180, c. 2.a. Voir également ATF 89 I 92, 97, c. 3: « *Die persönliche Freiheit im Sinne der physischen Freiheit, d.h. der Freiheit über den eigenen Körper, ist die Voraussetzung für die Ausübung aller andern Freiheitsrechte und bildet damit einen unentbehrlichen Bestandteil der rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes* ».

42 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

tionnel⁴³. Cette consécration, insolite au plan international⁴⁴, est même double : la bonne foi figure à l'article 5 alinéa 3 Cst. en tant que principe constitutionnel (« 3 *Les organes de l'État et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi.* ») et à l'article 9 Cst. en tant que droit constitutionnel (« *Toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'État sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi.* »).

Au surplus, il est fréquent que les lois administratives spéciales intègrent également le thème de la bonne foi⁴⁵. Tel est le cas, par exemple, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative⁴⁶, de la loi fédérale du 20 juin 2014 sur la nationalité suisse⁴⁷, de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale⁴⁸ ou encore de la loi fédérale du 20 juin 2003 sur le transfert international des biens culturels⁴⁹. Dans la jurisprudence, quand bien même la protection de la bonne foi a vocation à s'appliquer dans tous les domaines du droit administratif spécial, y compris en matière de droits politiques⁵⁰ et de procédure⁵¹, une partie importante des affaires concerne des domaines

43 OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 1 et N 22.

44 CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 1.

45 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 173. Cf. ATF 122 I 328, 333, c. 3.a.

46 PA – RS 172.021. Art. 38 : « *Une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties.* »

47 LN – RS 141.0. Art. 22 al. 1 : « *Quiconque a vécu de bonne foi pendant cinq ans dans la conviction qu'il possédait la nationalité suisse et a effectivement été traité comme un citoyen suisse par une autorité cantonale ou communale peut former une demande de naturalisation facilitée.* »

48 LCD – RS 241. Art. 2 : « *Est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients.* »

49 LTBC – RS 444.1. Art. 3 al. 2 : « *L'inscription [dans un inventaire fédéral] a les effets suivants : a. le bien culturel ne peut faire l'objet d'une prescription acquisitive ni être acquis de bonne foi.* »

50 OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 21 ; CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 80 ; PICOT (note 16), p. 166-168.

51 ATF 107 Ia 206 c. 3.

qui évoluent régulièrement comme le droit fiscal⁵² et le droit de l'aménagement du territoire⁵³.

2. Doctrine

Le principe de la bonne foi n'occupait initialement qu'une place périphérique dans la doctrine de droit administratif⁵⁴. Ainsi, la notion de bonne foi traverse le traité d'OTTO MAYER de manière peu différenciée de son rôle en droit privé, aucune entrée de l'index ne lui étant d'ailleurs consacrée⁵⁵. Dans les décennies suivantes, la bonne foi est généralement abordée sous l'angle de la nécessaire stabilité des décisions administratives entrées en force, comme chez Fritz FLEINER⁵⁶ et Erwin RUCK⁵⁷.

A partir des années 1960, en revanche, le principe de la bonne foi prend une dimension plus large. Ainsi, Zaccaria GIACOMETTI l'aborde au sein des principes tirés directement de la Constitution, en lien avec l'interdiction de l'arbitraire⁵⁸. Pour sa part, Max IMBODEN y consacre des développements dans la partie de son ouvrage relative aux garanties d'une application du droit modérée (*Garantien massvoller Rechtshandhabung*)⁵⁹.

52 Voir JACQUES-ANDRÉ REYMOND (1991), « La bonne foi de l'administration en droit fiscal », in: AUER (éd.): *Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique*, Genève, p. 367 ss.

53 PICOT (note 16), p. 156-158 ; PETER HÄNNI (2016), *Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht*, 6^e éd., Berne, p. 26.

54 Cf. la contribution de THIERRY TANQUEREL dans le présent ouvrage.

55 OTTO MAYER (1903-1906), *Le droit administratif allemand* (édition française par l'auteur), 4 tomes, Paris.

56 FRITZ FLEINER (1920), *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, 5^e éd., Tübingen, p. 190 : « *Quieta non movere* » und « *Treu und Glauben* » müssen auch für die Verwaltungsbehörden gelten. »

57 ERWIN RUCK (1951), *Schweizerisches Verwaltungsrecht, vol. I: Allgemeiner Teil*, 3^e éd., Zurich, p. 98

58 ZACCARIA GIACOMETTI (1960), *Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts*, Zurich, p. 289-292. GIACOMETTI estime toutefois que ce principe ne lie que les autorités.

59 MAX IMBODEN (1960), *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, Bâle, p. 124 ss. Voir également MAX IMBODEN (1962), *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung: Ergänzungsband*, Bâle, p. 295 ss.

Enfin, dans la première édition de son traité parue en 1970, André GRISEL lui consacre une section propre⁶⁰.

Depuis lors, tous les grands traités de droit administratif général consacrent un chapitre ou une section spécifique à la protection de la bonne foi.

Au cours des premières décennies, la question de la nature exacte du principe de la bonne foi s'est posée. S'agissait-il de droit privé « importé » ou de droit public autonome ? A une époque où le droit administratif était en train de se construire comme discipline indépendante⁶¹, la vision autonome semble avoir logiquement eu les faveurs⁶². Par la suite, l'existence du droit administratif étant davantage assurée, les positions se sont adoucies et en 1960, IMBODEN pouvait évoquer l'application appropriée de règles de droit privé en droit administratif (*sinngemässe Übertragung privatrechtlicher Vorschriften auf verwaltungsrechtliche Verhältnisse*)⁶³.

3. *Droit cantonal*

Au niveau cantonal (romand), le principe de la bonne foi figure, dans des formulations diverses, dans toutes les constitutions romandes adoptées au cours des cinquante dernières années : article 56 de la Constitution de la République et Canton du Jura du 20 mars 1977⁶⁴, article 11 de

60 ANDRÉ GRISEL (1970), *Droit administratif suisse*, Neuchâtel, p. 187-188. Voir également THOMAS FLEINER (1977), *Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts*, Zurich, p. 117-118.

61 FLEINER (note 56), p. 43-44. Cf. ALFRED KÖLZ (2013), *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne : L'évolution institutionnelle de la Confédération et des cantons depuis 1848*, vol. II., Berne, p. 785 ss; MARKUS MÜLLER (2006), *Droit administratif : Origine et spécificité*, Berne, p. 71 ss; BENJAMIN SCHINDLER (2011), « 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz », *RDS* 2011 II p. 331 ss, p. 343 ss.

62 Cf. FLEINER (note 56), p. 57 : « *In den meisten Fällen bleibt nichts übrig, als beim Schweigen des Gesetzes auf den Grundsatz zurückzugreifen, dass jedes Rechtssystem aus sich selbst zu ergänzen ist, und dass demgemäss eine vermeintliche Lücke im Systeme des öffentlichen Rechts durch Vorschriften auszufüllen ist, die dem Gedankenkreise des öffentlichen Rechtes entstammen. Um diese ungeschriebenen Sätze des öffentlichen Rechtes zu ergründen, muss man sich daran erinnern, dass jedes Recht unausgesprochene Rechtsgedanken in sich birgt.* »

63 IMBODEN (note 59), p. 26.

64 Cst. JU – RS/JU 101 : « *1 Tout acte de l'autorité doit être fondé sur les principes du droit et de la bonne foi.* »

la Constitution du Canton de Berne du 6 juin 1993⁶⁵, article 9 de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000⁶⁶, articles 7 et 11 de la Constitution du Canton de Vaud du 14 avril 2003⁶⁷, article 10 de la Constitution du Canton de Fribourg du 16 mai 2004⁶⁸ et articles 9, 17 et 26 de la Constitution de la République et Canton de Genève du 14 octobre 2012⁶⁹.

En outre, s'il est absent de l'actuelle Constitution du Canton du Valais du 8 mars 1907⁷⁰, il figure en bonne position dans les Principes constitutionnels adoptés par le plénum de la Constituante valaisanne mis en consultation en janvier 2021⁷¹.

C. Omniprésence dans l'ordre juridique

La bonne foi traverse l'ensemble de l'ordre juridique (*infra* I, C, 1) tout en continuant à irriguer les rapports entre droit public et droit privé (*infra* I, C, 2).

65 Cst. BE, RS/BE 101.1: « 2 La protection de la bonne foi est garantie. »

66 Cst. NE, RS/NE 101: « 1 Toute personne a le droit d'être protégée dans sa bonne foi et traitée sans arbitraire par les pouvoirs publics. »

67 Cst. VD, RS/VD 101.01: « 2 [L'activité étatique] est exempte d'arbitraire et répond à un intérêt public; elle est proportionnée au but visé. Elle s'exerce conformément aux règles de la bonne foi et de manière transparente. » et « 1 Toute personne a le droit d'être traitée par les autorités sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. »

68 Cst. FR – RS/FR 10.1: « 1 Toute personne a le droit d'être traitée par les organes étatiques sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. »

69 Cst. GE – RS/GE A 2 00: « 3 [L'activité publique] s'exerce de manière transparente, conformément aux règles de la bonne foi, dans le respect du droit fédéral et du droit international. », « Toute personne a le droit d'être traitée sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. » et « Toute personne qui, de bonne foi et pour la sauvegarde de l'intérêt général, révèle à l'organe compétent des comportements illégaux constatés de manière licite bénéficie d'une protection adéquate. »

70 Cst. VS – RS/VS 101.1.

71 Principes constitutionnels adoptés par le plénum de la Constituante valaisanne, mis en consultation en janvier 2021: art. 202: « Toute personne a le droit d'être traitée par les pouvoirs publics sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi. », art. 212: « Toute personne qui, de bonne foi et pour la sauvegarde de l'intérêt général, révèle à l'organe compétent des comportements illégaux bénéficie d'une protection particulière des pouvoirs publics. » et art. 400 (Principes de l'activité étatique): « 1 Les principes de bonne foi, d'exemplarité, de bien commun, d'équité et de solidarité guident les actions de l'État. »

1. *Autres domaines juridiques*

Le principe de la bonne foi s'étend largement au-delà des champs du droit privé et du droit public⁷².

Ainsi, il est consacré en droit international à l'article 2 de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945⁷³, qui oblige les Etats à « *remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte* »⁷⁴. Il figure également dans la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969⁷⁵ en ce qui concerne l'exécution des traités (art. 26⁷⁶) et leur interprétation (art. 31, par. 1⁷⁷). Il a été repris, à ce titre, dans le droit suisse, notamment en matière d'entraide fiscale internationale⁷⁸.

Au niveau européen, la CEDH lui réserve une place importante, en interdisant l'abus de droit (art. 17 CEDH)⁷⁹ et en limitant l'usage des restrictions aux droits (art. 18 CEDH)⁸⁰. Dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme a également développé le droit à un

72 MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 14), n° 1293.

73 RS 0.120.

74 Voir, de manière générale, ROBERT KOLB (2000), *La bonne foi en droit international public: Contribution à l'étude des principes généraux du droit*, Genève.

75 CVDT – RS 0.111.

76 « *Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi.* » (*pacta sunt servanda*)

77 « *Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.* ».

78 Cf. art. 7 let. c de la loi fédérale du 28 septembre 2012 sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale (LAAF – RS 651.1). Cf., à ce sujet, ATF 143 II 202, 214, c. 8.3. Voir également Arrêt TF 2C_953/2020 du 24 novembre 2021, c. 3.4; Arrêt TAF A-3049/2019 du 8 septembre 2020, c. 4.4.

79 « *Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention.* » Cf. par exemple DCEDH *Garaudy c. la France*, du 24 juin 2003, n° 65 831/01.

80 « *Les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées aux-dits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues.* » Cf. par exemple ACEDH *Goussinski c. Russie*, du 19 mai 2004, n° 70276/01, § 77: « *Dans ces conditions, force est à la Cour de conclure que l'on a imposé au requérant une restriction de sa liberté – permise par l'article 5 § 1 c) – non seulement en vue de le conduire devant l'autorité judiciaire compétente parce qu'il*

procès équitable (art. 6 CEDH) dans des directions proches de la protection de la bonne foi⁸¹. La bonne foi joue enfin un rôle essentiel dans l'exécution des arrêts de la Cour par les Etats⁸².

En droit interne, le principe de la bonne foi occupe une place centrale en droit pénal, comme l'illustre notamment l'article 3 alinéa 2 lettre a du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007⁸³, selon lequel les autorités pénales doivent se conformer à tous les stades de la procédure au principe de la bonne foi. Au surplus, dans le domaine de l'arbitrage international, le principe de la bonne foi est considéré par le Tribunal fédéral comme faisant partie de l'ordre public au sens de l'article 190 alinéa 2 lettre e LDIP⁸⁴.

De ce bref survol, on peut conclure que le principe de la bonne foi est bien un « principe constitutionnel de portée globale »⁸⁵ qui se situe au cœur de l'Etat de droit.

y avait des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis une infraction, mais aussi pour d'autres motifs. »

⁸¹ Voir, par exemple, en matière de provocation policière à commettre des infractions, ACEDH *Furcht c. Allemagne*, du 23 octobre 2014, n° 54648/09.

⁸² Voir ACEDH *Emre c. Suisse (n° 2)*, du 11 octobre 2011, n° 5056/10, § 75: « *Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que l'exécution la plus naturelle de l'arrêt de la Cour, et celle qui correspond le plus à la restitutio in integrum, aurait été d'annuler purement et simplement, et avec effet immédiat, l'interdiction de territoire contre le requérant. A supposer même qu'un autre résultat aurait pu être acceptable, la Cour estime que la nature obligatoire des arrêts au sens de l'article 46 § 1 et l'importance de leur exécution effective, de bonne foi et compatible avec les* » conclusions et l'esprit » de l'arrêt auraient commandé, dans les circonstances concrètes de l'affaire, un examen plus complet des considérations du premier arrêt de la Cour. »

⁸³ CPP – RS 312.0.

⁸⁴ Arrêt TF 4A_579/2010 du 11 janvier 2011, c. 3.1: « *Une sentence arbitrale internationale est contraire à l'ordre public matériel lorsqu'elle viole des principes fondamentaux du droit de fond au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants; au nombre de ces principes figure, notamment, le respect des règles de la bonne foi. Celles-ci doivent être comprises dans le sens que leur donne la jurisprudence rendue au sujet de l'art. 2 CC.* » Voir aussi Arrêt TF 4A_488/2009 du 15 février 2010, c. 3.1.

⁸⁵ CR Cst.-DUBEX, art. 5 N 117; BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 72 (« *umfassende Geltung* »). Cf. également ATF 133 I 234, 239, c. 2.5.1.

2. *Rapports entre droit public et droit privé*

Malgré le caractère global du principe de la bonne foi et ses nombreuses consécutions actuelles en droit public, la question des rapports qu'il noue entre le droit privé et le droit public demeure très actuelle.

Tout d'abord, la notion classique d'ordre public inclut la « bonne foi dans les affaires »⁸⁶. Cette dernière constitue ainsi un intérêt public légitime au sens de l'article 36 alinéa 2 Cst., qui permet de justifier la restriction de certains droits fondamentaux dans le but de protéger le public⁸⁷. Tel est le cas, par exemple, de mesures telles que la protection du titre d'avocate et d'avocat⁸⁸ ou de l'obligation de vinification dans le canton concerné pour obtenir l'appellation d'origine⁸⁹.

Au surplus, le principe de la bonne foi crée un socle commun entre les deux domaines juridiques. Ce socle est particulièrement pertinent aujourd'hui puisque, dans les dernières décennies du vingtième siècle, l'organisation et l'activité de l'administration se sont fortement déconcentrées et flexibilisées, notamment sous l'influence de la nouvelle gestion publique (*New Public Management*)⁹⁰. Cette évolution a conduit à une relation traversée par des oppositions : une entité administrative décentralisée peut-elle valablement conclure avec son personnel des contrats de travail de droit privé ? L'Etat est-il aussi tenu de respecter les droits fondamentaux lorsqu'il agit par le biais du droit privé⁹¹ ?

Dans la mesure où il transcende – ou traverse, pour reprendre la notion de principe transversal évoquée plus haut – les deux domaines, le principe de la bonne foi contribue à rétablir une unité de valeur à l'action administrative. Peu importe, en effet, le terrain sur lequel il agit, l'Etat

⁸⁶ TANQUEREL (note 15), n° 531 ; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 14), n° 221.

⁸⁷ MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 14), n° 226.

⁸⁸ ATF 112 Ia 318.

⁸⁹ ATF 109 Ia 116.

⁹⁰ TANQUEREL (note 15), n° 101 ss. Sur le *New Public Management*, voir l'ouvrage fondateur de DAVID OSBORNE, TED GAEBLER (1992), *Reinventing Government : How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, Boston.

⁹¹ Valérie DÉFAGO GAUDIN (2018), « Quelle autonomie pour l'Etat ? », *RDS* 2018 II p. 239 ss.

devra se comporter de bonne foi, y compris d'ailleurs au moment de prendre la décision de basculer vers le droit privé.

II. Mise en œuvre

Ayant identifié les valeurs sur lesquelles est fondé le principe de la bonne foi et montré son omniprésence dans l'ordre juridique, nous nous proposons de présenter sa mise en œuvre en droit administratif. Nous commencerons par aborder sa nature juridique (*infra* II, A), puis ses incarnations actuelles (*infra* II, B) pour traiter ensuite de sa portée et de ses rapports avec les autres principes du droit administratif (*infra* II, C).

A. Nature juridique

Le principe de la bonne foi est un droit constitutionnel à part entière⁹², dont sont titulaires toutes les personnes physiques et morales⁹³ ainsi que, selon les circonstances, des entités détentrices de la puissance publique⁹⁴. Il s'applique à l'ensemble de l'activité étatique et lie tous les organes de l'Etat⁹⁵, c'est-à-dire les organes exécutifs et législatifs⁹⁶ mais aussi les personnes publiques ou privées chargées de l'accomplissement d'une tâche publique⁹⁷. Il peut être atteint par l'Etat par une action ou par une omission⁹⁸.

En tant qu'il découle de l'article 9 Cst., le principe de la bonne foi s'inscrit exclusivement dans la dimension de protection de la personne privée contre l'arbitraire de l'Etat⁹⁹. A ce titre, il peut être invoqué auprès du Tribunal fédéral non seulement dans un recours en matière de droit public, mais également dans un recours constitutionnel subsidiaire dirigé

⁹² OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 13.

⁹³ CR Cst.-DUBÉY, art. 9 N 12; OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 2.

⁹⁴ ATF 132 II 153, 159, c. 5.1 (recours du canton d'Argovie). Cf. OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 2.

⁹⁵ Cf. KELLER (note 38), p. 613.

⁹⁶ ATF 123 II 385, 400, c. 10. Cf. OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 14.

⁹⁷ CR Cst.-DUBÉY, art. 9 N 12 et N 14.

⁹⁸ CR Cst.-DUBÉY, art. 9 N 76; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 924.

⁹⁹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 931.

contre une décision fondée exclusivement sur le droit cantonal¹⁰⁰. Le Tribunal fédéral en contrôle librement le respect¹⁰¹.

La jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas toujours univoque quant à la délimitation entre le droit subjectif à être traité de bonne foi et le principe de la bonne foi de l'article 5, alinéa 3, Cst.¹⁰². Notre Haute Cour tend cependant à analyser certaines incarnations du principe, comme l'information erronée et la promesse effective, sous l'angle de l'article 9 Cst., et d'autres, comme l'interdiction de l'abus de droit, sous l'angle de l'article 5, alinéa 3, Cst.¹⁰³.

Le principe de la bonne foi s'applique également entre autorités, que celles-ci appartiennent à la même collectivité publique, à différentes collectivités au sein de l'Etat fédéral ou entre collectivités publiques sur le plan international¹⁰⁴. En revanche, il ne possède pas d'effet horizontal direct dans la mesure où les rapports entre personnes privées sont régis par l'article 2 CC¹⁰⁵. Il n'est toutefois pas exclu que le principe de la bonne foi se voie conférer un effet horizontal indirect dans le cadre de l'interprétation de cette disposition¹⁰⁶.

¹⁰⁰ CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 8; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 622; TANQUEREL (note 15), n° 567; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 182.

¹⁰¹ ATF 138 I 49, 53, c. 8.3.1; Arrêt TF 1C_587/2017 du 19 mars 2018, c. 3.1. Cf. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 14), n° 1293.

¹⁰² Arrêt TF 1P.256/2004 du 29 juin 2004, c. 3.1. Cf. CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 10; THOMAS GÄCHTER (2005), *Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht: unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts: ein Beiträge zu Treu und Glauben, Methodik und Gesetzeskorrektur im öffentlichen Recht*, Zurich, p. 118.

¹⁰³ Arrêt TF 1C_302/2008 du 18 mars 2009, c. 2.3.1. Cf. Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 ss, p. 147. Cf. également CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 11. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 713 se montrent dubitatifs sur cette distinction.

¹⁰⁴ ATF 133 I 234, 239, c. 2.5.1. Cf. OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 25; DUBEY/ZUFEREY (note 19), n° 725; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 620-621; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 172. Le cas échéant, la protection de la bonne foi est primée par d'autres dispositions constitutionnelles plus précises, à l'image de la fidélité confédérale figurant à l'art. 44 Cst. Cf. CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 134. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 918 soulignent la proximité des deux concepts telle qu'elle se manifeste dans leur expression en allemand (« *Treu und Glauben* » et « *Bundestreue* »).

¹⁰⁵ OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 2.

¹⁰⁶ CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 15. Comme le relève DUBEY en lien avec l'art. 5 Cst., il s'agit d'une forme de renversement des rapports historiques entre les deux domaines

B. Incarnations actuelles

Dans la présente section, nous nous proposons de dresser la liste des incarnations – ou concrétisations – actuelles du principe de la bonne foi en droit administratif. La richesse et la diversité de ces incarnations confirmera le caractère constitutif du principe de la bonne foi dans un Etat fondé sur le droit. Il convient d'emblée de rappeler qu'étant donné sa nature transversale et ses finalités, le principe de la bonne foi ne doit pas être considéré comme définitivement exprimé en l'état du droit et qu'il se prête à diverses extensions (voir les pistes esquissées *infra* III, B).

Nous commencerons par évoquer les incarnations principales du principe de la bonne foi (*infra* II, B, 1), avant de montrer qu'il est également sous-jacent dans toute une série d'incarnations auxiliaires (*infra* II, B, 2).

1. Incarnations principales

Les incarnations principales du principe de la bonne foi comprennent ses manifestations traditionnellement énoncées dans la jurisprudence et dans une section spécifique des ouvrages de droit administratif général.

Ces manifestations sont souvent structurées en trois volets¹⁰⁷ : l'interdiction des comportements contradictoires, l'interdiction de l'abus de droit et la protection de la confiance. Nous proposons, pour notre part, de les grouper en deux sous-ensembles¹⁰⁸, le premier concernant l'interdiction de certains comportements (a.) et le second protégeant la confiance

(cf. *supra* I, B, 1). Cf. CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 136. Voir également PAUL-HENRI STEINAUER (2006), « La bonne foi en droit public et en droit privé », in: CORTI/MINI/NOSEDA/POSTIZZI (éd.), *Diritto senza devianza: studi in onore di Marco Borghi per il suo 60° compleanno*, Bellinzone, p. 775 ss.

¹⁰⁷ Arrêt TAF A-5970/2017 du 17 décembre 2019, c. 4.5.1. Cf. KNAPP (note 22), n° 498 ; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 14), n° 1294 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 172. DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 739 et TANQUEREL (note 15), n° 568 ss proposent une division quadripartite qui résulte du traitement séparé des renseignements erronés et promesses de l'administration, souvent abordés dans le cadre du principe de la confiance. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 176 traitent bien des renseignements erronés et des promesses dans le cadre du principe de la confiance mais leur consacrent une section spécifique en qualité de « *wichtigster Anwendungsfall* ».

¹⁰⁸ ROUILLER (note 16), p. 686-687 opère une classification bipartite analogue, organisée autour d'un aspect négatif (interdiction de certains comportements) et d'un aspect positif (protection de la confiance) de la bonne foi. Voir aussi la classification bipartite différente adoptée par MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 916.

(b.). Il convient toutefois de préciser d'emblée que ces deux ensembles se recoupent en plusieurs points, de sorte que l'attribution de telle ou telle manifestation à l'un de ces ensembles peut, le cas échéant, prêter à discussion.

a. Interdiction de certains comportements

Le principe de la bonne foi interdit tout d'abord certaines manières d'agir de la part de l'administration et des personnes privées¹⁰⁹ : il s'agit des comportements contradictoires (*infra* II, B, 1, a, aa.) ainsi que de l'abus de droit et de la fraude à la loi (*infra* II, B, 1, a, ab.).

aa. Les comportements contradictoires

L'interdiction des comportements contradictoires (*non venire contra factum proprium*) est une émanation de la valeur de loyauté comprise dans le principe de la bonne foi¹¹⁰ et un élément indispensable à la sécurité juridique¹¹¹. Selon les termes du Tribunal fédéral, cet aspect « *impose aux organes étatiques et aux particuliers un comportement loyal et digne de confiance dans leurs actes avec autrui.* »¹¹²

Cette interdiction suppose un rapport marqué par certaines caractéristiques¹¹³ : il doit s'agir de la même autorité¹¹⁴, de la même personne privée¹¹⁵ et de la même affaire¹¹⁶. Lorsque l'autorité a, d'une manière ou

¹⁰⁹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 933.

¹¹⁰ ATF 136 I 254, 261, c. 5.2. Cf. CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 97; TANQUEREL (note 15), n° 580.

¹¹¹ MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 14), n° 1295.

¹¹² RDAF 2005 II 109, 119, c. 5.2 (TF, 23.01.2004). Cf. également ATF 136 I 254, 261, c. 5.2.

¹¹³ DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 729-731; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 930. Cf. Arrêt TF 9C_822/2019, 9C_823/2019 du 25 mars 2020, c. 5.1.

¹¹⁴ MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 14), n° 1296. Cf. ATF 111 V 81, 87, c. 6. Il peut toutefois s'agir de personnes différentes au sein de la même autorité. Cf. ATF 121 I 181, 183, c. 2.a. Cf. sur ce point MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 930; TANQUEREL (note 15), n° 582.

¹¹⁵ Si la personne concernée n'est pas la même, le cas sera traité sous l'angle du principe d'égalité de traitement. Cf. DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 730.

¹¹⁶ Si la même affaire n'est pas en jeu, le cas sera traité sous l'angle du changement de pratique. Cf. toujours DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 731.

d'une autre, manifesté sa position¹¹⁷, elle ne peut ensuite plus s'en écarter sans raison sérieuse¹¹⁸. De la même manière, elle ne peut pas fonder une décision sur l'absence de renseignements qu'elle a préalablement renoncé à demander alors qu'elle aurait eu l'occasion de le faire¹¹⁹. Cela étant, lorsqu'une autorité tolère pendant un certain temps une situation illégale, elle demeure en principe libre d'y mettre un terme ultérieurement¹²⁰, même si le principe de la confiance peut, à titre exceptionnel, protéger la personne concernée, la jurisprudence retenant en principe un délai de préemption de 30 ans¹²¹.

Les personnes privées sont également liées par l'interdiction des comportements contradictoires lorsqu'elles interagissent avec des autorités¹²². En ce qui les concerne, la jurisprudence et la doctrine se montrent toutefois plus exigeantes quant au caractère absolument univoque de leur manifestation de volonté antérieure¹²³. En cas de comportement contradictoire, les personnes concernées ne seront pas protégées juridiquement¹²⁴. Tel sera le cas, par exemple, de celle qui renonce à soulever certains griefs ou droits dès qu'elle est en mesure de le faire et qui sera privée de la possibilité de les invoquer ultérieurement¹²⁵.

La jurisprudence et la doctrine rattachent encore souvent à cet aspect de la bonne foi l'exigence selon laquelle il faut être soi-même de bonne

117 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 929.

118 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 712; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 180.

119 ATF 126 II 97, 104, c. 4.b.

120 CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 82; OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 18.

121 ATF 136 II 359, 365, c. 7; Arrêt TF 1C_150/2016 du 20 septembre 2016, c. 10.4; Arrêt TF 1P.768/2000 du 19 septembre 2001, c. 4. Cf. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 651, qui traitent cette hypothèse sous l'angle du principe de la confiance. Cf. ATF 94 II 37, 42, c. 6.c: « *Ein solcher Umstand kann darin liegen, dass die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in unvereinbarem Widerspruch steht.* »

122 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 717.

123 ATF 136 I 142, 149, c. 4.4; Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 931; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 181; GÄCHTER (note 102), p. 207.

124 ATF 138 I 97, 100, c. 4.1.5; ATF 132 II 485, 496, c. 4.3; ATF 119 Ia 221, 227, c. 5. Cf. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 717.

125 ATF 143 IV 397, 405, c. 3.4.2; ATF 121 I 30, 40, c. 6.a; ATF 119 Ia 221, 227, c. 5. Voir également ATF 147 I 194, 197, c. 3.3. Cf. CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 126-127 (sous réserve des droits imprescriptibles et inaliénables).

foi pour invoquer ce principe¹²⁶. En effet, la personne ou l'autorité de mauvaise foi qui réclame la protection de sa bonne foi se comporte de manière contradictoire¹²⁷.

ab. L'abus de droit et la fraude à la loi

Le principe de la bonne foi contient également l'interdiction de l'abus de droit¹²⁸. Cette interdiction se réfère à l'exercice d'un droit d'une manière manifestement contraire au droit ou à l'utilisation d'une institution juridique à des fins allant à l'encontre de la finalité pour laquelle elle a été créée¹²⁹. La fraude à la loi, qui consiste à recourir à un moyen apparemment conforme à la loi pour contourner une interdiction légale, en constitue une forme particulière¹³⁰.

Ces deux interdictions s'appliquent tant aux personnes privées qu'aux autorités¹³¹. Ainsi, l'autorité qui fait sciemment traîner une procédure pour permettre l'application du nouveau droit entré en vigueur dans l'intervalle enfreint le principe de la bonne foi¹³². Il en va de même de

¹²⁶ ATF 138 I 49, 53, c. 8.3.2; ATF 101 V 68, 75, c. 5. Cf. également. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 656; TANQUEREL (note 15), n° 580. CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 122 et art. 9 N 74 qualifie cette exigence d'« *incombance* ».

¹²⁷ Cette exigence pourrait aussi être classée de manière parfaitement défendable dans l'interdiction de l'abus de droit, puisque la personne ou autorité de mauvaise foi qui se réclame de la protection de la bonne foi cherche manifestement à détourner cette dernière de la finalité pour laquelle elle a été créée (*infra* II, B, 1, a, ab).

¹²⁸ ATF 137 V 82, 89, c. 5.6; ATF 137 V 394, 403, c. 7.1. Voir, de manière générale, GÄCHTER (note 102); SAMELI (note 14), p. 315 ss; THIERRY TANQUEREL (2001), « L'abus de droit en droit public suisse », in: CHAPPUIS/AUBERT/ANCEL (éd.), *L'abus de droit – Comparaisons franco-suisse*, Saint-Etienne, p. 173 ss.

¹²⁹ ATF 137 I 247, 252, c. 5.1.1; ATF 131 I 185, 192, c. 3.2.4; ATF 131 II 265, 267, c. 4.2; ATF 127 II 49, 56, c. 5.a. Cf. également DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 733; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 723; TANQUEREL (note 15), n° 583; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 182.

¹³⁰ ATF 144 II 49, 51, c. 2.2; ATF 142 II 206, 209, c. 2.3. Cf. TANQUEREL (note 15), n° 582; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 14), n° 1308. Dans une certaine mesure, l'interprétation de la loi selon la réalité économique permet d'atteindre des résultats similaires. Cf. KNAPP (note 22), n° 507. Pour un cas d'application de cette théorie dans le domaine du droit fiscal, voir ATF 80 I 30.

¹³¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 724.

¹³² ATF 110 Ib 332, 333, c. 2. Cf. DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 734; KNAPP (note 22), n° 532; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 182.

l'autorité qui requiert un séquestre pour contourner l'interdiction de compenser la créance de la collectivité publique relative aux frais de procédure avec l'indemnité pour tort moral allouée à titre de détention injustifiée¹³³.

De même, la personne privée qui détourne une institution juridique de son but au profit d'intérêts qu'elle n'est pas destinée à protéger ne mérite pas la protection du droit¹³⁴. La conséquence consistera soit à refuser d'appliquer la norme dont la personne concernée se prévaut soit à appliquer celle à laquelle elle cherche à échapper¹³⁵. Cette exigence est par exemple reprise à l'article 36, alinéa 1, LN, qui permet au SEM d'annuler la naturalisation ou la réintégration obtenue par des déclarations mensongères ou par la dissimulation de faits essentiels¹³⁶.

b. Protection de la confiance

Le principe de la bonne foi inclut également la protection de la confiance¹³⁷. Cette dernière a pour objectif de préserver la croyance des individus en la fiabilité de l'Etat¹³⁸, en obligeant les autorités à respecter les promesses qu'elles ont faites et en leur interdisant de tirer avantage d'insuffisances de leur part¹³⁹. De manière générale, elle suppose donc la

¹³³ ATF 143 III 279.

¹³⁴ ATF 144 II 49, 51, c. 2.2; Arrêt TAF A-1751/2017 du 1^{er} mai 2020, c. 7.3. Voir également ATF 142 I 10, 14, c.2.4.7 (recourant qui dépose sciemment un recours entaché de vices pour obtenir une prolongation du délai lui permettant de motiver son recours).

¹³⁵ CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 124. Cf. ATF 134 V 162, 164, c. 4.

¹³⁶ Arrêt TF 2C_866/2018 du 5 août 2019, c. 4.4.

¹³⁷ GIACOMETTI (note 58), p. 289; ROBERT PATRY (1953), *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, Genève, p. 163 ss; SAMELI (note 14), p. 347 ss. Selon DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 736, le principe de la confiance constitue une « forme dérivée » du principe de la bonne foi. Consulter, de manière générale, BEATRICE WEBER-DÜRLER (1983), *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Bâle.

¹³⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 172. Pour reprendre les termes du Tribunal fédéral dans l'ATF 129 I 161, 170, c. 4.1, il s'agit de protéger la confiance « *in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründende Verhalten der Behörden* ». Cf. également HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 620; OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 13.

¹³⁹ ATF 141 V 530, 538, c. 6.2; ATF 124 II 265, 269, c. 4. Cf. CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 71; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 14), n° 1297; TANQUEREL (note 15), n° 576.

réunion de plusieurs éléments¹⁴⁰ : un comportement préalable de l'Etat par le biais de ses organes exécutifs ou législatifs (*Vertrauensgrundlage*), une confiance légitime de la personne concernée dans ce comportement (*berechtigtes Vertrauen*), une action ou inaction préjudiciable fondée sur cette confiance (*Vertrauensbetätigung*) et une pesée des intérêts (*Interessenabwägung*).

La protection de la confiance se subdivise à son tour en applications générales (*infra* II, B, 1, b, aa.) et en une réglementation spécifique concernant les promesses effectives ou renseignements erronés de l'administration (*infra* II, B, 1, b, ab.).

aa. En général

La protection de la confiance joue d'abord un rôle dans l'interprétation des comportements des parties et dans celle des actes juridiques¹⁴¹. Tel sera le cas, en particulier, s'agissant des contrats de droit administratif¹⁴², y compris s'agissant de la conséquence (annulabilité/nullité) qui découle d'un vice affectant leur conclusion¹⁴³.

¹⁴⁰ ATF 129 I 161, 170, c. 4.1. Cf. également HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 627 ss; KELLER (note 38), p. 613; OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 15.

¹⁴¹ ATF 135 V 237, 241, c. 3.6; ATF 126 II 97, 104, c. 4.b. Cf. DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 736-737; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 935-936.

¹⁴² TANQUEREL (note 15), n° 569, lequel relève cependant qu'il convient de présumer que l'administration, en concluant un contrat, n'a pas voulu s'écarter de la loi ou de l'intérêt public. Cf. TANQUEREL (note 15), n° 1019.

¹⁴³ RDAF 2010 I 186, 195, c. 5.a. TA/GE 22.12.2009: « 5.a. Un contrat de droit administratif conclu par une autorité incompétente ou au mépris de règles importantes de procédure est nul. Cependant, comme pour les décisions, la nullité absolue ne sera déclarée que s'il n'en résulte pas une atteinte trop grave à la sécurité juridique et, notamment, si le particulier, de bonne foi, n'en subit pas un dommage disproportionné. Lorsque tel est le cas, l'autorité judiciaire se contentera d'annuler le contrat pour l'avenir. On relèvera, cependant, que la nullité ne sera que rarement constatée. En effet, elle suppose que l'un ou l'autre des contractants veut se prévaloir d'un vice originel du contrat de droit administratif qui a déjà été, du moins en partie, exécuté; le principe de la bonne foi pourrait bien s'opposer à une telle demande de déclaration de nullité. »

Elle donne également naissance à de nombreuses applications concrètes :

- protection contre l’indication lacunaire ou erronée des voies de recours¹⁴⁴, pour autant que la personne concernée soit elle-même de bonne foi et ait fait preuve de la diligence requise¹⁴⁵ ;
- exigence pour l’administration d’informer une personne de ses droits¹⁴⁶ ou du fait que cette dernière s’apprête à commettre une erreur¹⁴⁷, notamment dans les domaines complexes¹⁴⁸ ;
- interdiction pour l’administration de tirer un avantage d’une incorrection ou insuffisance de sa part¹⁴⁹ ou de se prévaloir d’erreurs manifestes commises par des personnes privées¹⁵⁰ ;
- obligation pour la personne partie à une procédure – et qui doit donc s’attendre à recevoir des actes – de relever son courrier et de prendre des dispositions pour que cela soit fait en son absence¹⁵¹ ;

144 ATF 138 I 49, 53, c. 8.3.2; ATF 134 I 199, 202, c. 1.3.1. Voir également ACEDH *Gajtani c. Suisse*, du 9 septembre 2014, n° 43 730/07. Cf. DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 738; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 628; KNAPP (note 22), n° 506; OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 16. En l’absence d’un intérêt public prépondérant, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 705 préconisent à raison que cette possibilité s’étende à des délais de droit matériel.

145 Cet élément s’apprécie de manière différenciée en fonction des connaissances juridiques de la personne concernée. Dans l’arrêt public à la RDAF 2000 I 595, 596, (TF, 13.2.1998), c. 2.c/cc, le Tribunal fédéral a jugé qu’« *un avocat pratiquant depuis longtemps dans le canton et, en plus, spécialisé dans le domaine des constructions et ayant fait déjà plusieurs recours similaires, doit reconnaître l’erreur déjà lors d’un contrôle sommaire de l’indication des voies de droit.* ». Voir aussi *mutatis mutandis* les développements *infra* II, B, 1, b, ab.

146 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 925. Cf. la concrétisation de cette obligation à l’art. 27 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA – RS 830.1).

147 ATF 131 V 472, 476, c. 4.1; ATF 125 I 166, 170, c. 3.a. Cf. CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 92; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 671.

148 KNAPP (note 22), n° 524.

149 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 922. En revanche, l’Etat n’étant pas protégé contre les erreurs de sa propre administration. Cf. SJ 2011 I 145 (TA/GE, 1.1.2011), 145, c. 12.

150 KNAPP (note 22), n° 523.

151 ATF 141 II 429, 431, c. 3.1. Cf. CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 130.

- exigence qu'un changement de pratique se fonde sur des motifs sérieux¹⁵² et nécessité, le cas échéant, d'informer la personne concernée d'un changement de procédure ou de pratique à venir¹⁵³, ce qui peut d'ailleurs faire obstacle à la mise en œuvre immédiate dudit changement¹⁵⁴;
- protection limitée contre les changements législatifs¹⁵⁵, la possibilité de modifier la loi étant une émanation du principe de la légalité et du principe démocratique¹⁵⁶, sous réserve de l'interdiction de la rétroactivité et de la création de droits acquis (*infra* II, A, 2)¹⁵⁷; la protection de la confiance peut toutefois rendre nécessaire la mise en place d'un régime transitoire¹⁵⁸, en particulier lorsque l'application du nouveau droit aurait des conséquences graves sur l'activité jusqu'ici légale de certaines personnes¹⁵⁹;

¹⁵² FRITZ GYGI (1986), *Verwaltungsrecht: Eine Einführung*, Berne, p. 158.

¹⁵³ ATF 135 I 257, 261, c. 1.6; ATF 132 II 153, 159, c. 5. Cf. DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 738; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 637-638.

¹⁵⁴ Comme le souligne TANQUEREL (note 15), n° 573, cette règle ne vaut que pour autant que le changement de pratique ne rende pas la démarche techniquement irrecevable, car « *dans ce dernier cas, même si le recourant avait connu la nouvelle jurisprudence, il n'aurait pu rendre son recours recevable* ». En revanche, dans la mesure où la personne concernée aurait alors certainement renoncé à recourir, il se justifie de ne pas mettre de frais de justice à sa charge. Cf. ATF 122 I 57, 61, c. 3.d. Cf. également OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 17.

¹⁵⁵ ATF 134 I 23, 39, c. 7.5. Cf. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 640.

¹⁵⁶ KELLER (note 38), p. 615; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 14), n° 1303. Cf. aussi CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 99: « *[N]ul n'a droit au maintien de la loi en l'état.* »

¹⁵⁷ OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 19; KNAPP (note 22), n° 514; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 920; MILENA PIREK (2018), *L'application du droit public dans le temps: la question du changement de loi*, Genève, p. n° 227 ss et contribution dans le présent ouvrage.

¹⁵⁸ Arrêt TF 8C_72/2018 du 13 novembre 2018, c. 7.2: « *Selon les circonstances, le principe de la bonne foi peut imposer en cas de changement de législation un régime transitoire. Ainsi, un délai transitoire doit pouvoir permettre aux intéressés d'adapter leur train de vie à une éventuelle réduction de leur revenu. Ce régime doit toutefois permettre aux administrés de s'adapter à la nouvelle réglementation et non pas de profiter le plus longtemps possible de l'ancien régime plus favorable.* » Cf. aussi PIREK (note 157), n° 853-854.

¹⁵⁹ ATF 145 II 140, 145, c. 4; ATF 134 I 23, 40, c. 7.6.1. Cf. DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 728; ALAIN GRIFFEL (2014), « *Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel des Verwaltungsrechts* », in: UHLMANN (éd.), *Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtssetzungslehre und des Verwaltungsrechts*, Zurich, p. 7 ss;

- limites générales à la révocation d'une décision entrée en force¹⁶⁰ et stabilité d'un plan lorsque l'autorité compétente a fourni des assurances concernant une durée déterminée¹⁶¹;
 - ab. Les promesses effectives et renseignements erronés de l'autorité

La concrétisation pratique la plus importante du principe de la confiance concerne les cas de renseignement erroné ou de promesse effective fournie par l'administration¹⁶². Moyennant le respect de plusieurs conditions cumulatives, le principe de la bonne foi peut, en effet, contraindre l'administration à s'écarter de l'application stricte de la loi¹⁶³, ce qui peut d'ailleurs aussi s'interpréter comme une forme particulière de l'interdiction des comportements contradictoires¹⁶⁴.

Ces conditions cumulatives, énoncées pour la première fois en 1965 dans un arrêt rendu dans le domaine du droit fiscal¹⁶⁵, sont les suivantes¹⁶⁶:

HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 641; OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 14; KÖLZ (note 25), p. 123-126; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 14), n° 1300.

160 ATF 89 I 430, 434, c. 3. Cf. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 14), n° 1306.

161 ATF 116 Ib 185, 187, c. 3.c. Cf. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 646-647. Ainsi que les auteurs le relèvent, la confiance est alors également générée par le principe de la stabilité des plans. Cf. aussi TANQUEREL (note 15), n° 1129.

162 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 667; KELLER (note 38), p. 613; TANQUEREL (note 15), n° 578; BEATRICE WEBER-DÜRLER (1991), « Falsche Auskünfte von Behörden », *ZBl* 1991 p. 1 ss. Sur la différence entre information erronée et promesse, cf. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 179.

163 ATF 134 I 199. Cf. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 14), n° 1304.

164 PICOT (note 16), p. 178.

165 ATF 91 I 133, 136, c. 4. Cf. aussi ATF 114 Ia 105.

166 Cf. par exemple ATF 137 II 182, 193, c. 3.6.2. Cf. GYGI (note 152), p. 160-161; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 14), n° 1299-1303; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 176-178. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 682-683 ajoutent une sixième condition, selon laquelle l'information doit avoir été donnée par l'autorité sans réserve (*vorbehaltlos*). Cf. également MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 924.

- l'autorité doit avoir fourni un renseignement ou fait une promesse effective dans une situation concrète¹⁶⁷, au moyen d'un acte juridique ou matériel qui n'est soumis à aucune exigence de forme particulière¹⁶⁸;
- elle doit avoir agi ou être censée avoir agi, du point de vue de la personne concernée, dans le cadre de ses compétences¹⁶⁹, une autorité ne pouvant pas engager une autre autorité¹⁷⁰;
- la personne concernée doit être de bonne foi¹⁷¹ et ne pas avoir de motif de douter de la validité de l'information reçue¹⁷², condition qui ne doit pas être examinée de manière trop sévère mais doit tenir compte de la formation et de l'expérience de chaque personne¹⁷³, ce qui concerne tout particulièrement les avocates et avocats¹⁷⁴, mais également les personnes spécialisées dans des domaines tels que l'immobilier¹⁷⁵;

¹⁶⁷ Cette promesse peut aussi provenir d'une omission de l'autorité. Cf. ATF 121 V 65, 69, c. 4.c. Cf. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 178-179.

¹⁶⁸ DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 741; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 668. DUBEY/ZUFFEREY précisent qu'il appartient à la personne qui s'en prévaut d'apporter la preuve qu'une telle promesse a bien été reçue (art. 8 CC).

¹⁶⁹ ATF 138 II 545, 548, c. 2.2. Cf. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 677. Il faut au surplus que le renseignement ou la promesse ait été fournie par l'autorité compétente, pas seulement par une personne qui en est membre. Cf. RDAF 1974 p. 394.

¹⁷⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 923.

¹⁷¹ DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 745.

¹⁷² Selon la formulation de TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 177, « *Wer offensichtlich Falsches für bare Münze nimmt, verdient keinen Schutz.* »

¹⁷³ ATF 138 I 49, 53, c. 8.3.2; ATF 135 III 489, 494, c. 4.4. Cf. DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 746; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 684. Suivant CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 75, on peut ainsi distinguer entre la bonne foi subjective (la personne a effectivement des attentes légitimes) et la bonne foi objective (une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances aurait eu les mêmes attentes). Voir cependant l'arrêt (isolé et non publié) très restrictif Arrêt TF 5A_401/2007 du 29 août 2007, c. 4.2 et la critique de MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 920-921.

¹⁷⁴ ATF 135 III 374, 376, c. 1.2; ATF 134 I 199, 202, c. 1.3. Consulter HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 656.

¹⁷⁵ ATF 132 II 21, 36, c. 6.2; ATF 111 Ib 213, 221, c. 6.

- la personne concernée doit s'être fondée sur cette information pour prendre des dispositions qu'elle ne saurait modifier sans préjudice¹⁷⁶ ou pour s'abstenir d'agir dans la défense de ses intérêts¹⁷⁷, ce qui suppose l'existence d'un rapport de causalité crédible (*glaubhaft*) entre la confiance accordée et l'acte¹⁷⁸ ;
- la situation de droit et de fait ne doit pas avoir changé dans l'intervalle¹⁷⁹, à moins que l'autorité se soit trouvée dans une situation où elle devait informer la personne concernée d'un changement à venir¹⁸⁰, par exemple parce qu'elle était compétente pour la modification juridique en cause¹⁸¹.

Quand ces conditions sont réalisées, le principe de la confiance a pour effet de lier l'autorité au contenu du renseignement fourni ou de sa promesse, même si celle-ci est en soi illégale. Autrement dit, « *l'ordre juridique tolère [une] situation non conforme au droit (Bestandschutz).* »¹⁸²

176 ATF 137 I 69, 72, c. 2.5. Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 927 parlent de « *dispositions irréversibles* ».

177 TANQUEREL (note 15), n° 578 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 177.

178 ATF 121 V 65, 68, c. 4 ; Arrêt TAF A-1366/2006 du 28 février 2007 c. 3. Cf. DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 747 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 689.

179 ATF 119 Ib 138, 144, c. 4.e. Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 926 ; MARKUS REICH, LAURENCE ÜTTINGER (2010), « *Praxisänderung im Lichte der Rechtssicherheit und der Rechtsrichtigkeit* », RDS 2010 I p. 163 ss, p. 166-168 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 177. Selon les termes de HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 695, « *Behördliche Auskünfte stehen sodann unter dem stillschweigenden Vorbehalt der Rechtsänderung.* » Comme le relèvent TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 179, en cas de promesse de l'autorité, la condition relative à l'absence de changement de la loi ne peut pas être appliquée de manière automatique.

180 DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 748.

181 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 695. Mais cette exception ne s'applique pas si l'autorité est simplement au courant de l'élaboration par une autre autorité d'un projet qui sera soumis à son approbation. Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 925.

182 DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 751. Comme l'exprime dans un autre contexte l'art. 25 al. 3 PA, « *[a]ucun désavantage ne peut résulter pour la partie du fait qu'elle a agi en se fondant légitimement sur une décision de constatation.* »

Cependant, même si ces conditions sont remplies, la loi devra être appliquée en cas d'intérêt public ou privé prépondérant¹⁸³. Ceci sera même la seule option lorsque les effets du principe de la bonne foi excèdent la relation entre l'autorité et la personne concernée et empiètent sur la sphère juridique d'autrui ou lèsent les droits de tierces personnes¹⁸⁴. La protection de la confiance se transformera alors en obligation d'indemnisation de la personne concernée¹⁸⁵, qui sera limitée aux frais engagés inutilement (*Vertrauensschaden*)¹⁸⁶.

Puisque l'activité de l'Etat est conforme au droit, il s'agit d'un cas de responsabilité pour acte licite¹⁸⁷. Une partie de la doctrine estime aujourd'hui que la bonne foi est en effet susceptible de fonder une obligation autonome de réparation pour une activité conforme au droit¹⁸⁸, ce que le Tribunal fédéral a d'ailleurs admis dans quelques arrêts¹⁸⁹.

Au cours des dernières années, le Tribunal fédéral a également confirmé l'applicabilité du principe de la confiance aux *rulings* fiscaux¹⁹⁰, définis par la doctrine comme « *l'approbation anticipée par l'autorité fiscale compétente d'un traitement proposé par le contribuable en référence à une opération envisagée à l'avenir* »¹⁹¹. Une telle détermination de l'autorité fiscale ne constitue pas une décision, mais elle liera l'autorité

183 ATF 116 Ib 185, 187, c. 3.c; ATF 114 Ia 209, 215, c. 3.c. Cf. CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 88; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 699; TANQUEREL (note 15), n° 579; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 177.

184 ATF 117 Ia 285, 289, c. 3.e. Cf. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 922; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 180.

185 ATF 101 Ia 328, 330, c. 6.c. Cf. KNAPP (note 22), n° 512; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 922.

186 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 709.

187 CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 110; DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 752; PIERRE MOOR, ETIENNE POLTIER (2011), *Droit administratif, vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e éd., Berne, p. 882-883.

188 DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 1822; TANQUEREL, n° 1718. Voir déjà PETER SALADIN (1975), « Das Verfassungsprinzip der Fairness », in: *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts*, Bâle, p. 41 ss, p. 67.

189 ATF 125 II 431, 438, c. 6; ATF 102 Ia 243, 252, c. 7.

190 ATF 141 I 161, 164, c. 3.1. Cf. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 734; XAVIER OBERSON (2021), *Droit fiscal suisse*, 5^e éd., Bâle, p. 695-697.

191 AURÉLIE GAVILLET (2018), *La pratique administrative dans l'ordre juridique suisse*, Genève, n° 329.

concernée si les conditions précitées sont remplies, même si elle n'est pas conforme à la loi¹⁹².

2. *Incarnations auxiliaires*

Comme nous l'avons vu plus haut, le principe de la bonne foi fonde une certaine qualité de relations entre l'administration et la population (*supra* I, A) en même temps qu'il traverse l'ensemble de l'ordre juridique (*supra* I, C). Au sein du droit public, ceci se manifeste par le fait qu'outre les manifestations classiques qui viennent d'être rappelées, le principe de la bonne foi irrigue un grand nombre d'autres figures juridiques. Nous illustrerons ce propos au moyen de quelques exemples situés à différents niveaux de généralité.

S'agissant tout d'abord du fonctionnement de l'Etat, le principe de la bonne foi suppose un certain comportement des autorités et des personnes privées au cours de la phase d'élaboration des lois¹⁹³. La doctrine le voit parfois aussi comme la source de l'obligation des organes de l'Etat de mener une action cohérente¹⁹⁴ et de l'exigence de coordination des procédures administratives¹⁹⁵. Enfin, il est proche de l'interdiction générale du formalisme excessif, dont il partage le but¹⁹⁶.

Par ailleurs, en ce qui concerne les personnes privées, le Tribunal fédéral considère que le droit d'être entendu comprend le droit de participer aux procédures administratives relatives à des décisions touchant sa situation juridique qui sont initiées par des tiers¹⁹⁷. Toutefois, la bonne foi permet, à titre exceptionnel, d'éviter l'usage abusif de cette faculté et peut conduire à l'engagement de la responsabilité civile de la personne

192 TANQUEREL (note 15), n° 579a.

193 PICOT (note 16), p. 192-193: « *Nous connaissons en Suisse de telles réunions, nous connaissons aussi la procédure de consultation qui fait partie des travaux préliminaires de législation (...). C'est à ces divers stades, réunions, état major des partis politiques, procédures de consultation, commission d'experts, que des décisions s'élaborent, qu'une politique se crée. A ces divers moments, un climat de confiance doit s'établir entre les partenaires qui participent à cette élaboration. Chacun doit loyalement donner les renseignements qu'il possède pour faciliter la prise de décisions.* »

194 KELLER (note 38), p. 614.

195 KNAPP (note 22), n° 528^{bis}.

196 ATF 121 I 177, 179, c. 2.b. Cf. CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 80.

197 ATF 122 II 274, 287, c. 6.d.

concernée au sens de l'article 41 CO¹⁹⁸. Tel sera le cas, en particulier, lorsque la procédure est utilisée, par dol ou négligence grave, de manière contraire à son but ou si elle est clairement dénuée de chances de succès¹⁹⁹. « *Autrement dit, un acte procédural est susceptible d'être considéré comme illicite lorsqu'il apparaît contraire au principe de la bonne foi ou malveillant.* »²⁰⁰

Le principe de la bonne foi joue également un rôle central dans le domaine des contrats de droit administratif, tant sous l'angle de leur stabilité que de leur éventuelle adaptation²⁰¹. En effet, conjointement avec la garantie de la propriété (art. 26 Cst.), la protection de la bonne foi est au cœur du principe *pacta sunt servanda* et de la protection des droits acquis²⁰². Inversement, elle est aussi au fondement de la théorie de l'imprévision (*clausula rebus sic stantibus*), sous l'angle de l'interdiction de l'abus de droit²⁰³.

Le principe de la bonne foi est également mis en œuvre dans des problématiques plus spécifiques. Ainsi, dans le domaine du droit de l'aménagement du territoire et des constructions, qui se caractérise par le rôle joué par le temps et par son écoulement, le principe de la bonne foi, de nouveau conjointement avec la garantie de la propriété, est au cœur de la protection de la situation acquise²⁰⁴. Il permet également, le cas échéant,

198 Cf., de manière générale, HUGO CASANOVA (1982), *Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten*, Fribourg.

199 ATF/np 4C.353/2002 c. 5.1. Voir SIMON SCHALTEGGER (1997), « Haftung des Nachbarn für Verzögerungsschaden infolge Erhebung von Rechtsmitteln gegen eine Baubewilligung? Bemerkungen zu BGr. 4C.119/1996 v. 1.1.1997 », DC 1997 p. 101 ss.

200 ATF 143 II 467, 474, c. 2.7. Cf. également ATF 117 II 394, 396, c. 3.b.

201 Voir, de manière générale, PATRICK STADLER (2005), *Der Vertrauensschutz bei Verträgen des Gemeinwesens mit Privaten: wie öffentliches Recht und Privatrecht sich durchdringen*, Wallisellen.

202 ATF 128 II 112, 125, c. 10. Cf. KELLER (note 38), p. 615; MOOR/POLTIER (note 187), p. 24-25; TANQUEREL (note 15), n° 763. Les droits acquis peuvent évidemment aussi être créés par d'autres biais, notamment par une décision ou par le législateur. Cf. CR Cst.-DUBÉY, art. 9 N 100.

203 PICOT (note 16), p. 136.

204 Arrêt du TF 1C_222/2017 du 8 août 2017, c. 2.1: « *La jurisprudence a en effet déduit à la fois de la garantie de la propriété et des principes de la bonne foi et de la non-rétroactivité des lois une protection de la situation acquise, qui postule que de nouvelles dispositions restrictives ne peuvent être appliquées à des constructions*

d'adopter des solutions taillées sur mesure (*massgeschneidert*) lorsqu'une application stricte de la loi conduirait à des solutions choquantes²⁰⁵.

De même, en matière de liberté syndicale, pour être reconnu comme partenaire social, un syndicat doit, outre le fait de disposer de la compétence de conclure des conventions collectives de travail, d'être compétent à raison du lieu et de la matière et d'être suffisamment représentatif (condition de la représentativité), faire preuve d'un comportement loyal (condition de la loyauté)²⁰⁶. La condition de la loyauté implique que le syndicat se montre un interlocuteur fiable et de bonne foi (ce qui n'est pas le cas s'il entrave les négociations collectives de manière abusive ou s'il porte des accusations abusives à l'encontre des autres partenaires sociaux)²⁰⁷.

C. Portée et rapports avec les autres principes de droit administratif

Etant donné le rôle considérable joué par le principe de la bonne foi en droit public aujourd'hui, il convient de s'interroger sur sa portée (*infra* II, C, 1) et sur les rapports qu'il entretient avec les autres principes constitutionnels du droit administratif (*infra* II, C, 2).

autorisées conformément à l'ancien droit que si un intérêt public important l'exige et si le principe de la proportionnalité est respecté. »

²⁰⁵ Arrêt du TF 1C_469/2019 du 28 avril 2021, c. 5.6: «*Speziellen Situationen des Vertrauensschutzes kann mit massgeschneiderten Lösungen im Einzelfall Rechnung getragen werden. War die Bauherrschaft gutgläubig und hat die Baubehörde durch ihr langjähriges Nichteinschreiten (ausnahmsweise) einen Vertrauenstatbestand geschaffen, kann dem durch Ansetzung einer längeren Wiederherstellungsfrist Rechnung getragen werden, bis zur Amortisation getätigter Investitionen oder um Unternehmen Zeit zu geben, ein neues Betriebsgelände in der Gewerbezone zu finden. Unter Umständen kann auch eine Entschädigung für gutgläubig getätigte, nutzlos gewordene Investitionen zugesprochen werden.* »

²⁰⁶ ATF 140 I 257, 263, c. 5.2.1.

²⁰⁷ Arrêt CACJ/GE du 28 septembre 2021 (ATA/1010/2021), c. 4.c. Dans une sorte d'application au carré du principe de la bonne foi, cependant, «*la condition de loyauté, qui est l'une des modalités de la bonne foi, doit être considérée comme présumée* » (ibid.).

1. Portée

Ainsi que nous l'avons vu et comme l'article 5, alinéa 3, Cst. l'énonce clairement, le principe de la bonne foi oblige à la fois l'administration et les personnes privées²⁰⁸, ce en quoi il se distingue des autres principes constitutionnels, qui ne lient que l'Etat. Il convient dès lors de se demander si le degré d'exigence est identique dans les deux cas de figure.

A cet égard, plusieurs motifs plaident pour se montrer plus strict avec l'Etat²⁰⁹, en conférant au principe de la bonne foi une « portée asymétrique »²¹⁰:

- le principe de la bonne foi s'apparente à une garantie de l'Etat de droit au sens technique du terme²¹¹. Ces garanties, centrées sur l'Etat, ne génèrent pas directement des libertés, mais visent à réaliser un Etat fondé sur le droit (*Rechtsstaat*) dont l'organisation, la structure et l'activité sont respectueuses de certains principes et exigences élémentaires²¹²;
- une sévérité accrue se justifie également en raison de la dissymétrie qui caractérise les rapports de droit public²¹³;
- il est légitime de se montrer plus sévère avec les organes de l'Etat qu'avec les personnes privées, dont le changement d'opinion est protégé dans une certaine mesure par la liberté personnelle²¹⁴;
- l'application du principe de la bonne foi à des personnes privées a généralement pour effet de leur refuser un droit conféré par la loi et auquel elles pourraient ordinairement prétendre en vertu du principe de la légalité²¹⁵.

²⁰⁸ DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 724; OBERSON (note 190), p. 60.

²⁰⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 717.

²¹⁰ CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 118.

²¹¹ Dans ce sens, soulignant qu'à l'image de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) et de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.), le principe de la bonne foi ne peut pas faire l'objet de restrictions au sens de l'art. 36 Cst., cf. CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 78.

²¹² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 621; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 14), n° 19 ss.

²¹³ CR Cst.-DUBEY, art. 5 N 118.

²¹⁴ SGK BV-SCHINDLER, Art. 5 N 55.

²¹⁵ OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 24; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 931.

C'est ainsi qu'en matière d'interdiction des comportements contradictoires, la jurisprudence et la doctrine fixent des conditions plus strictes pour qu'une personne privée soit liée par sa déclaration de volonté antérieure (*supra* II, B, 1, a, aa).

2. *Rapports avec les autres principes*

Contrairement à ce qui prévaut en droit privé, l'application du principe de la bonne foi en droit public se heurte aux limites que constituent les autres principes constitutionnels²¹⁶. En effet, protéger la bonne foi peut conduire à une solution qui s'écarte de l'application ordinaire de la loi²¹⁷, de l'intérêt public poursuivi par celle-ci²¹⁸ et, formellement du moins, du principe d'égalité de traitement²¹⁹. Cette opposition se matérialise encore dans le fait que, comme nous l'avons vu ci-dessus (*supra* II, B, 1, b, ab), même lorsque les conditions fixées pour la protection de la confiance sont remplies, un intérêt public ou privé prépondérant peut encore faire échec à son application²²⁰. L'obligation d'indemniser la personne concernée permet alors de concilier, quoiqu'imparfaitement, les exigences opposées découlant des deux principes.

En droit public, il est indéniable que le principe de la légalité joue un rôle central²²¹ et qu'il l'emportera donc en principe sur la bonne foi des personnes concernées²²², y compris en cas d'ignorance de leur part²²³. Cette primauté du principe de la légalité est d'ailleurs traditionnellement consi-

²¹⁶ DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 727; PICOT (note 16), p. 179; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 174. Voir également CHIARIELLO (note 25), p. 197 ss.

²¹⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 920; TANQUEREL (note 15), n° 579. Selon la jolie expression de CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 70, on privilégie alors un « Etat digne de foi » à un « Etat de la loi ».

²¹⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 626.

²¹⁹ PICOT (note 16), p. 186. Cf. cependant URS GUENG (1970), « Zur Verbindlichkeit verwaltungsbehördlicher Auskünfte und Zusagen », *ZBI* 1970 p. 449 ss, p. 461 (les situations sont en réalité différentes, puisque les conditions d'application du principe de la bonne foi sont réalisées) ainsi que MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 922.

²²⁰ TANQUEREL (note 15), n° 579.

²²¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 919.

²²² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 626; PICOT (note 16), p. 176-177.

²²³ Puisque nul n'est censé ignorer la loi. Cf. KNAPP (note 22), n° 500-501.

dérée comme particulièrement marquée dans certains domaines comme le droit fiscal²²⁴, postulat toutefois critiqué par la doctrine récente²²⁵.

Cela étant, l'intensité de l'opposition entre protection de la bonne foi et autres principes constitutionnels doit être nuancée.

Ainsi, d'un point de vue théorique, il est possible d'argumenter, de manière générale, que dans la mesure où le principe de la légalité inclut le respect de la Constitution (laquelle protège la bonne foi), l'administration ne fait qu'appliquer le principe de la légalité lorsqu'elle protège la bonne foi²²⁶.

Au surplus, le principe de la bonne foi et d'autres principes constitutionnels convergent souvent vers l'objectif commun qu'est la sécurité du droit²²⁷. En effet, si cette dernière constitue l'une des fonctions majeures du principe de la légalité²²⁸, elle est également une facette centrale du principe de la bonne foi²²⁹. Ainsi, la mise en place d'un délai transitoire pour permettre aux personnes intéressées de s'adapter à une nouvelle réglementation poursuit un but de sécurité du droit (ancien); quant au mécanisme de la protection de la confiance, il consiste, en réalité, à protéger le droit tel qu'il a été communiqué aux individus même si cette

224 ATF 131 II 627, 636, c. 6.1. Cf. CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 88; GRISEL (note 38), p. 395-396; TANQUEREL (note 15), n° 206.

225 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 922. OBERSON (note 190), p. 60 argue que, les art. 127 al. 2 Cst. et 9 Cst. étant de même rang, il n'y a pas de raison que le premier l'emporte systématiquement et que la complexité croissante du domaine rend plus que jamais indispensable le respect du principe de la bonne foi par l'ensemble des parties.

226 GUENG (note 219), p. 461-462.

227 CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 79; SALADIN (note 188), p. 65. Sur le concept de *fairness*, voir aussi RENÉ WIEDERKEHR, *Fairness als Verfahrensgrundsatz*, Berne 2006.

228 TANQUEREL (note 15), n° 450.

229 Dans ce sens, DUBEY/ZUFFEREY (note 19), n° 726; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 625; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 173: « *Vertrauensschutz und Rechtssicherheit wollen gleichermassen das Vertrauen in das Recht schützen. So besehen verfolgen sie ähnliche Ziele.* » Ces trois groupes d'auteurs précisent que la sécurité du droit vise la confiance générale et abstraite de la population dans l'ordre juridique, tandis que le principe de la confiance vise la confiance individuelle et concrète d'une personne déterminée.

communication s'avère en fin de compte erronée²³⁰; la protection des droits acquis vise manifestement aussi la sécurité juridique; enfin, le fait qu'un changement de jurisprudence ou de pratique administrative soit soumis à l'exigence qu'il existe des motifs sérieux protège à la fois la confiance des personnes concernées et la sécurité du droit²³¹.

Le principe de la bonne foi peut également entrer en synergie avec d'autres principes constitutionnels. Ainsi, lorsque l'administration est de mauvaise foi et détourne l'intérêt public, la mise en œuvre du principe de la bonne foi converge avec celle du principe de l'intérêt public²³². De même, la bonne foi de la personne concernée sera appelée, le cas échéant, à être prise en compte dans l'examen de la proportionnalité, par exemple lorsque l'autorité envisage d'ordonner le rétablissement d'un état conforme au droit²³³.

Les relations entre le principe de la bonne foi et les autres principes constitutionnels ne se réduisent donc nullement à un simple rapport d'opposition et doivent être appréciées de cas en cas.

III. Consolidation et expansion

La protection de la bonne foi étant un principe constitutif d'un Etat de droit démocratique, il est crucial de veiller à ce que son application soit aussi minutieuse que possible (*infra* A.). Par ailleurs, dans la mesure où les incarnations rappelées ci-dessus n'en sont que les concrétisations actuelles, nous proposons de conclure en nous interrogeant sur les nouvelles formes qu'il pourrait être appelé à revêtir (*infra* B.).

A. Consolidation

Pour remplir pleinement son rôle et participer lui-même de la confiance régnant au sein de la communauté, le principe de la bonne foi doit être

²³⁰ Dans ce sens, voir KNAPP (note 22), n° 519: « On devra dès lors admettre que la sécurité juridique garantie l'emporte sur le principe de la légalité nouvelle et sur celui de l'égalité de traitement. »

²³¹ MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 14), n° 1305; OBERSON (note 190), p. 60; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 174.

²³² PICOT (note 16), p. 183-184.

²³³ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 933.

mis en œuvre... de bonne foi, ce qui suppose notamment qu'il lie l'ensemble des autorités (*infra* III, A, 1) et qu'il soit intégralement mis en œuvre (*infra* III, A, 2).

1. Autorités liées

Pour remplir pleinement son rôle, le principe de la bonne foi doit lier toutes les entités étatiques, c'est-à-dire non seulement les autorités, mais aussi les juridictions administratives.

A cet égard, le Tribunal fédéral a adopté une solution curieuse dans un arrêt non publié rendu en 2006, dans lequel il a estimé que la promesse fournie par une autorité ne liait pas l'autorité de recours²³⁴ : « [La] décision d'une juridiction inférieure ne saurait être interprétée comme une promesse qui lierait l'autorité de recours. On ne peut donc pas reprocher à l'autorité intimée de s'être écartée de la solution du Préfet, sans quoi le contrôle judiciaire serait vidé de sa substance. »

Les motifs qui ont poussé notre Haute Cour à adopter cette position sont parfaitement compréhensibles. Il s'agissait, en effet, de garantir l'effectivité du contrôle judiciaire et, par ce biais, d'assurer le respect du droit. Toutefois, exempter les juridictions administratives du champ d'application du principe de la bonne foi aurait pour effet d'en réduire singulièrement la portée, voire même de l'annihiler. En effet, lorsqu'une personne privée se plaint à raison qu'une promesse effective de l'autorité n'a pas été respectée, un tribunal ne serait jamais tenu de protéger sa bonne foi puisqu'il ne serait pas lié par ce principe.

Il faut dès lors réaffirmer le principe selon lequel les juridictions administratives sont aussi tenues par le principe de la bonne foi, même lorsque la promesse (erronée) a été fournie par l'autorité administrative de première instance. Cette affirmation ne met nullement en péril le respect du droit : ce dernier est garanti par le fait que les tribunaux saisis d'un recours disposent évidemment du pouvoir de contrôler pour eux-mêmes si les conditions de protection de la confiance, en particulier l'existence d'un intérêt public ou privé contraire prépondérant, sont remplies (cf. *supra* II, B, 1, b, ab) et sont libres de s'écarter sur ce point de l'appréciation de l'autorité inférieure.

²³⁴ Arrêt TF 1P.458/2006 du 28 novembre 2006, c.3.1. Cf., dans le même sens, Arrêt TF 1P.109 2006 du 22 juin 2006, c. 6.2.

2. *Mise en œuvre intégrale*

Lorsque ses conditions d'application sont réunies, le principe de la bonne foi, en particulier dans son volet de protection de la confiance, entraîne des conséquences qui suivent un ordre de priorité²³⁵.

Prioritairement, la personne concernée doit être traitée comme elle s'y attendait (sorte de *restitutio in integrum*), qu'il s'agisse d'une question de procédure, comme la restitution d'un délai, ou de droit de fond, comme l'octroi d'une décision qui s'écarte de la loi²³⁶. En effet, une telle solution (*Bestandesschutz*) sera en principe celle souhaitée par la personne concernée²³⁷.

Subsidiairement, en présence d'un intérêt public ou privé prépondérant, la personne concernée aura droit à une compensation qui, selon les circonstances, consistera en la mise en place d'un régime transitoire²³⁸ ou le versement d'une indemnité²³⁹. Ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (cf. *supra* II, C, 2), l'indemnisation joue un rôle fondamental pour résoudre les contradictions générées par les exigences opposées découlant, le cas échéant, d'autres principes constitutionnels ou de l'atteinte potentiellement portée à des droits de tierces personnes.

Dans ces conditions, il est regrettable que, si l'existence du principe et de ses conséquences sont souvent rappelées, ils ne soient pas davantage mis en œuvre en pratique²⁴⁰.

235 OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 20; KELLER (note 38), p. 615. GRISEL (note 38), p. 396-397 adopte le même ordre de priorité sous la forme d'un principe accompagné d'exceptions.

236 CR Cst.-DUBÉY, art. 9 N 108 ajoute que, lorsqu'une loi fédérale est en jeu, la protection de la bonne foi ne doit pas être entravée par l'art. 190 Cst. Dans le même sens, cf. OFK BV-BIAGGINI, Art. 190 N 15; SGK BV-HANGARTNER/LOOSER, Art. 190 N 45; BSK BV-EPINEY, Art. 190 N 37.

237 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 700-711. Cf. également dans ce sens ATF 108 Ib 377, 385, c. 3.b.

238 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 710.

239 CR Cst.-DUBÉY, art. 9 N 109; GYGI (note 152), p. 161. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 20), p. 176, évoquent une « protection de la confiance indirecte » (*mittelbarer Vertrauensschutz*).

240 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 706 parlent de « *ehrer geringe praktische Bedeutung* ». Cf. aussi OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 15; BEATRICE WEBER-DÜRRLER (2002), « Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes », *ZBl* 2002 p. 281 ss,

B. Expansion

Selon la position défendue dans la présente contribution, le principe de la bonne foi ne s'épuise pas dans ses manifestations actuelles, ces dernières n'en constituant que des concrétisations ponctuelles. Dès lors, la protection de la bonne foi est susceptible de se développer dans de nouvelles directions²⁴¹. En conclusion de la présente contribution, nous proposons d'évoquer brièvement trois pistes de développement potentielles.

Premièrement, la protection de la bonne foi et de la confiance, initialement conçue dans une dimension individuelle et concrète (*Vertrauensschutz ist Individualschutz*²⁴²), a progressivement vu sa portée s'élargir²⁴³, mais cet élargissement demeure, en l'état, limité. Compte tenu de la diversification des formes de l'action publique²⁴⁴, cet élargissement doit être poursuivi²⁴⁵, pour inclure notamment les attentes créées par l'activité informelle de l'administration. La bonne foi devrait ainsi jouer un rôle plus important dans l'activité informelle croissante de l'administration, en particulier dans le cadre de *gentlepeople's agreements*²⁴⁶. De même, la protection de la confiance devrait être étendue aux informations mises

p. 285 ss. Pour un exemple d'approche restrictive (en matière d'expropriation matérielle), voir ATF 108 Ib 352.

241 A l'image de l'interprétation évolutive de la CEDH opérée par la CourEDH. Cf. ACEDH *Tyrer c. Royaume-Uni*, du 25 avril 1978, n° 5856/72, § 31: « *La Cour rappelle en outre que la Convention est un instrument vivant à interpréter (...) à la lumière des conditions de vie actuelles.* »

242 PIREK (note 157), n° 116, qui identifie FRITZ OSSENBÜHL (1972), « *Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat* », *DöV* 1972, p. 25 ss comme l'auteur de cet adage.

243 CR Cst.-DUBEY, art. 9 N 13 et N 72.

244 TANQUEREL (note 15), n° 671. Voir également URS SAXER (2004), « *Behördliche Informationen im Spannungsfeld von Informationsbedürfnis und (strafrechtlichem) Vertraulichkeitsschutz* », *RDS* 2004 I p. 233 ss.

245 Dans ce sens, cf. la contribution de Thierry TANQUEREL dans le présent ouvrage.

246 TANQUEREL (note 15), n° 670-671. Dans l'ATF 118 Ib 367, 379, c. 9.b, le Tribunal fédéral a toutefois considéré que la conclusion d'un accord entre l'office fédéral de la protection de l'environnement et l'organisation faîtière de l'industrie des matières plastiques en vue de la réduction progressive du PVC dans les matériaux d'emballage ne déclenchait pas l'application du principe de la bonne foi. Cf., sur l'instrument du *gentlepeople's agreement*, ETIENNE POLTIER (1987), « *Les gentlemen's agreements à participation publique* » ; *RDS* 1987 I p. 367 ss ; ALEXANDRE FLÜCKIGER (2004), « *Régulation, dérégulation, autorégulation: l'émergence des actes étatiques non obligatoires* », *RDS* 2004 II p. 159 ss (qui propose comme traduction française « *actes concertés non conventionnels* »).

à disposition sur des formulaires ou des sites internet officiels²⁴⁷ ainsi qu'aux recommandations étatiques, droit souple qui déploie cependant un effet permissif protégeant, en application du principe de la bonne foi, les personnes qui s'y sont fiées²⁴⁸.

Deuxièmement, les liens entre protection de la bonne foi et transparence de l'administration pourraient être davantage approfondis. Certaines constitutions cantonales romandes récentes ont explicitement lié les deux concepts (voir les art, 9, al. 3, Cst. GE et 7, al. 2, 2e phrase Cst. VD). La jurisprudence a également eu l'occasion de souligner leur connexité : « *La LTrans vise à promouvoir la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration fédérale. A cette fin, elle contribue à l'information du public en garantissant l'accès aux documents officiels (art. 1 LTrans). Ce droit d'accès général concrétise le but essentiel de la loi, qui est de renverser le principe du secret de l'activité de l'administration au profit de celui de transparence. Il s'agit, en effet, de susciter la confiance du citoyen en l'administration et en son fonctionnement, de renforcer le caractère démocratique des institutions publiques, tout en améliorant le contrôle des autorités étatiques.* »²⁴⁹ L'approfondissement de la synergie entre ces deux principes pourrait par exemple conduire à se montrer plus exigeant avec les autorités administratives en matière de transparence de leur activité, notamment lorsqu'elles sont saisies de demandes d'accès à des documents officiels²⁵⁰.

Troisièmement, la protection de la bonne foi est susceptible de jouer un rôle dans le développement de la protection des *whistleblowers*, ce

²⁴⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 18), n° 669-670. Lesquels jugent, à juste titre, peu adéquat l'ajout d'un *disclaimer* inspiré du secteur privé, tout comme MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 926.

²⁴⁸ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (note 17), p. 928. Cf. ALEXANDRE FLÜCKIGER (2019), *(Re)faire la loi: Traité de légistique à l'ère du droit souple*, Berne, p. 323-325 : « *La recommandation déploie un effet permissif en ce qu'elle légitime l'action de ceux et celles qui la suivent. Cet effet, qui découle du principe de la bonne foi et de l'interdiction de l'arbitraire, protège les destinataires de la recommandation qui ne sauraient commettre une illécéité en respectant scrupuleusement celle-ci.* » Cf. toutefois ATF 123 II 385, 400, c. 10 (non-application du principe de la confiance suite à la mise en consultation d'un projet d'ordonnance TVA). Cf. OBERSON (note 190), p. 60; TANQUEREL (note 15), n° 574.

²⁴⁹ Arrêt TAF A-1751/2017, 1^{er} mai 2020, c. 7.2.

²⁵⁰ PHILIPPE MASPOLI (2021), « «Les citoyens n'emploient pas assez le droit à la transparence » », *24 heures*, 22 octobre 2021, p. 7.

que certaines constitutions cantonales ont commencé à reconnaître (voir art. 26 Cst. GE et art. 212 des Principes constitutionnels adoptés par le plénum de la Constituante valaisanne). La protection de la bonne foi du personnel de l'Etat se confond ici avec la sauvegarde de l'intérêt général, comme l'exprime l'article 3 de la loi genevoise sur la protection des lanceurs d'alerte au sein de l'Etat du 29 janvier 2021²⁵¹.

Il s'agit là seulement de quelques pistes possibles de développement, sans prétention à l'exhaustivité. Elles montrent cependant qu'il ne fait aucun doute que le principe de la bonne foi est encore promis à un bel avenir.

²⁵¹ LPLA – RS/GE B 5 07.

Table des matières

Sommaire	5
Avant-propos	7
THIERRY TANQUEREL	
Les grands principes : origine, état des lieux et perspectives	9
I Introduction	9
A. Captatio benevolentiae	9
B. Objet de l'exposé	9
II. Origines	10
A. La légalité	10
1. Source	10
2. L'évolution de la jurisprudence sur la légalité	12
3. L'évolution du principe de légalité	14
B. La montée en puissance des autres principes	15
III. Etat des lieux	18
A. Des principes expressément consacrés dans la Constitution fédérale	18
B. Une justiciabilité étendue et une portée modulée	19
1. Justiciabilité	19
2. Portée	20
C. Des rapports à géométrie variable entre les principes	21
1. Rapport d'intégration	21
2. Rapport de complémentarité	22
3. Rapport d'opposition	23
IV. Perspectives	24
A. Au-delà des principes, vers un droit à la bonne administration ?	24

B.	Quelques exemples envisageables de droits de bonne administration	26
1.	Un droit à la cohérence de l'administration	26
a.	Le cuisinier et l'architecte	26
b.	D'un principe politique à un principe juridique et à un droit	28
2.	Un principe de la bonne foi étendu	29
3.	De nouveaux droits procéduraux	31
C.	Les moyens de contrôle	31
1.	Les contrôles non juridictionnels	31
2.	Quelle justiciabilité?	32
V.	Conclusion	33
	Bibliographie	34

CLÉMENCE GRISEL RAPIN

	La légalité	37
I.	Les fondements	37
A.	Introduction	37
B.	La légalité et la séparation des pouvoirs	37
C.	La légalité et l'Etat de droit	38
II.	Les sources et définitions	39
A.	Les sources	39
B.	Les délimitations	40
C.	Les définitions	41
1.	Une définition en deux sous-principes	41
2.	La suprématie de la loi	41
3.	La réserve de la loi: l'exigence d'une base légale (suffisante)	42
a.	La définition générale	42
b.	L'exigence d'une base légale d'une densité suffisante	43
c.	L'exigence d'une base légale suffisante en termes de hiérarchie des normes	44

III. Le champ d'application	44
IV. La portée	45
A. L'exigence de rang	45
1. En vertu de l'article 164 Cst.	45
2. En vertu de l'article 36 Cst.	46
B. L'exigence de densité normative	47
V. Les correctifs	48
A. La liberté d'appréciation et la latitude de jugement ...	48
B. La délégation législative	50
C. La clause générale de police	51
1. Introduction	51
2. Les fondements	51
3. Les conditions	52
VI. Le contrôle du respect de la légalité	53
A. L'objet	53
B. La portée	53
1. Dans le cadre d'un contrôle concret	53
2. Dans le cadre d'un contrôle abstrait	54
C. Les limites du contrôle judiciaire	55
1. Du droit cantonal	55
2. Du droit fédéral	56
3. De la liberté d'appréciation et de la latitude de jugement	57
VII. Conclusion	59
Bibliographie	60

FRANÇOIS BELLANGER

Le principe de la proportionnalité	63
I. Introduction	63
II. Un principe historique	64
III. La proportionnalité comme pilier de l'état de droit	69

Table des matières

A.	La proportionnalité comme instrument d'orientation de l'exercice du pouvoir d'appréciation	71
B.	La proportionnalité comme condition d'adoption d'une décision	74
C.	La proportionnalité comme élément de la pesée d'intérêts	76
D.	La proportionnalité comme composante du principe d'équivalence	76
E.	La proportionnalité comme élément de l'interdiction du formalisme excessif	78
IV.	Les composantes du principe de la proportionnalité	78
V.	L'application judiciaire du principe de la proportionnalité	82
VI.	Conclusion	84
	Bibliographie	86

PHILLIP LANDOLT

	La proportionnalité comme principe réglant le pouvoir d'appréciation en droit anglais et américain	87
I.	L'évidence de la proportionnalité comme institution juridique	87
II.	La portée de cette contribution	89
III.	Le droit anglais	90
	A. Le contrôle traditionnel du pouvoir d'appréciation ...	90
	B. L'évolution de l'examen de la <i>Wednesbury rationality</i>	92
	C. Le contrôle du caractère injustifié d'une décision en matière de droits reconnus par la <i>common law</i>	98
	D. Conclusion	102
IV.	Le droit américain	103
	A. La pesée des intérêts (publics et privés) selon l' <i>Administrative Procedure Act</i>	103
	B. Le <i>balancing</i> : pendant américain du principe de proportionnalité?	107

C.	Les tentatives d'introduction d'un véritable principe de proportionnalité en droit américain, et l'hostilité d'une partie de la doctrine et de la jurisprudence à cette démarche	108
D.	Conclusion	109

VÉRONIQUE BOILLET

L'égalité de traitement

	<i>Portée pratique à l'aune de la pandémie</i>	111
I.	Introduction	111
II.	L'égalité de traitement	112
	A. L'égalité dans la loi	114
	1. Rappel théorique	114
	2. Exemples en lien avec la pandémie	117
	B. L'égalité devant la loi	121
	1. Rappel théorique	121
	2. Exemples en lien avec la pandémie	123
III.	Aspect choisi – certificat COVID et égalité de traitement	124
IV.	Conclusion	133

MILENA PIREK

L'application du droit dans le temps

	et la non-rétroactivité	135
I.	Introduction	135
II.	Le droit intertemporel et ses principes	136
	A. Le droit intertemporel	136
	B. La règle de base de droit intertemporel	137
	C. Les principes généraux de droit intertemporel	137
	1. Le principe de non-rétroactivité des lois	138
	2. Le principe de l'effet immédiat de la loi	138

Table des matières

III. Le principe de non-rétroactivité des lois	139
A. La définition	139
B. Les fondements	140
C. La portée	142
1. L'interdiction de la rétroactivité proprement dite	142
2. Les lois visées	143
D. L'identification d'un cas de rétroactivité	145
1. L'examen du fait juridiquement déterminant	145
2. Le degré de réalisation et l'attribution temporelle du fait juridiquement déterminant	145
3. Des exemples jurisprudentiels	146
a. L'ATF 101 Ia 82	146
b. L'arrêt du TAF F-1034/2019 du 7 décembre 2020	147
E. Les conditions de la dérogation au principe	147
1. La condition tirée du principe de l'intérêt public	148
2. La condition tirée du principe de la légalité	149
3. La condition tirée du principe de la proportionnalité	150
4. La condition tirée du principe de l'égalité de traitement	151
5. Le respect des droits acquis	152
IV. Conclusion	153

FRÉDÉRIC BERNARD

La protection de la bonne foi

155

Introduction

156

I. Fondements	157
A. Contenu	157
B. Reconnaissance en droit public	161
1. Droit fédéral	162
2. Doctrine	165
3. Droit cantonal	166

Table des matières

C.	Omniprésence dans l'ordre juridique	167
1.	Autres domaines juridiques	168
2.	Rapports entre droit public et droit privé	170
II.	Mise en œuvre	171
A.	Nature juridique	171
B.	Incarnations actuelles	173
1.	Incarnations principales	173
a.	Interdiction de certains comportements	174
aa.	Les comportements contradictoires	174
ab.	L'abus de droit et la fraude à la loi	176
b.	Protection de la confiance	177
aa.	En général	178
ab.	Les promesses effectives et renseignements erronés de l'autorité	181
2.	Incarnations auxiliaires	185
C.	Portée et rapports avec les autres principes de droit administratif	187
1.	Portée	188
2.	Rapports avec les autres principes	189
III.	Consolidation et expansion	191
A.	Consolidation	191
1.	Autorités liées	192
2.	Mise en œuvre intégrale	193
B.	Expansion	194
	Table des matières	197

Ouvrages déjà parus dans la collection Pratique du droit administratif

VÉRONIQUE BOILLET / ANNE-CHRISTINE FAVRE / THIERRY LARGEY / VINCENT MARTENET (éd.), *La contractualisation en droit public*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2021, 234 p.

ANNE-CHRISTINE FAVRE / VINCENT MARTENET / ETIENNE POLTIER (éd.), *L'entraide administrative – Évolution ou révolution?*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2019, 236 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *Le droit disciplinaire*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2018, 211 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *L'égalité des personnes handicapées : principes et concrétisation*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2017, 279 p.

ANNE-CHRISTINE FAVRE / VINCENT MARTENET / ETIENNE POLTIER (éd.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2016, 315 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *Les agglomérations*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2015, 268 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Le contentieux administratif*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2013, 250 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *Les réformes de la fonction publique*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2012, 254 p.

ANNE-CHRISTINE FAVRE / VINCENT MARTENET / ETIENNE POLTIER (éd.), *La responsabilité de l'Etat*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2012, 284 p.

THIERRY TANQUEREL / FRÉDÉRIC VARONE / ARUN BOLKENSTEYN / KARIN BYLAND, *Le contentieux administratif en Suisse : une analyse empirique*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2011, 165 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Les autorités administratives indépendantes*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2011, 232 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *La maîtrise publique du sol : expropriation formelle et matérielle, préemption, contrôle du prix*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2009, 177 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Surveillance et contrôles de l'administration*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2008, 211 p.

ALEXANDRE FLÜCKIGER / CHRISTINE GUY-ECABERT (éd.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer: Le rôle des guides de légistique*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2008, 209 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *L'avenir juridique des communes*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2007, 256 p.

ALEXANDRE FLÜCKIGER (éd.), *La mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2006, 123 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2006, 207 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *Le service public*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2006, 264 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *L'entraide administrative*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2005, 186 p.

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *Les tiers dans la procédure administrative*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2004, 234 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Le domaine public*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2004, 155 p.

Actes des Journées de droit administratif parus hors collection

THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), *L'administration transparente*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, Bâle, Munich, 2002, 180 p.

FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Les contrats de prestations*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, Bâle, Munich, 2002, 136 p.

« La réforme de la juridiction administrative genevoise », *Revue de droit administratif et fiscal*, 2000 I, p. 473 à 552.

GABRIEL AUBERT / FRANÇOIS BELLANGER / THIERRY TANQUEREL (éd.), *Fonction publique: vers une privatisation?*, Schulthess, Zurich, 2000, 196 p.