



Actes de conférence

2023

Published version

Open Access

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

Les grands principes de la procédure administrative

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

How to cite

BERNARD, Frédéric, BELLANGER, François, (eds.). Les grands principes de la procédure administrative. Genève : Schulthess, 2023. (Pratique du droit administratif)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:169520>

Les grands principes de la procédure administrative

Les grands principes de la procédure administrative

Édité par

Frédéric Bernard et François Bellanger

Citation suggérée: FRÉDÉRIC BERNARD / FRANÇOIS BELLANGER (éds), *Les grands principes de la procédure administrative*, collection « Pratique du droit administratif », Schulthess Éditions Romandes 2023

ISBN 978-3-7255-8902-9

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich 2023
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

ANNE-CHRISTINE FAVRE	Le droit à une décision	9
FRANÇOIS BELLANGER	Les aspects formels de la décision	35
FRÉDÉRIC BERNARD	Le droit d’être entendu	59
STÉPHANE GRODECKI	La pratique récente en matière d’impartialité, de récusation et de composition correcte des autorités et juridictions administratives	89
EMILIA ANTONIONI LUFTENSTEINER	Le pouvoir d’examen en fait, droit et opportunité des autorités judiciaires fédérales	105
CLÉMENCE GRISEL RAPIN	L’obligation de collaborer et l’audition des parties et des témoins	143
THIERRY TANQUEREL	Lorsque le concept de partie montre ses limites : vers des droits de procédure sans qualité de partie ?	173
ETIENNE POLTIER	La procédure administrative : état des lieux et perspectives	203

Avant-propos

En 2021, la Journée de droit administratif avait été consacrée aux grands principes matériels de l'activité administrative. Il était donc naturel de consacrer la Journée de droit administratif 2022 aux grands principes formels qui organisent et guident la procédure administrative. Ces principes sont en effet étroitement liés, comme l'exprime le fameux adage anglo-saxon *no right without a remedy*, et la formalisation de la relation administrative joue un rôle essentiel pour la protection juridique (*Rechtsschutz*) de la population. Sur le plan pratique, l'étude des modes et conditions de mise en œuvre du droit administratif revêt une importance considérable, ce d'autant qu'ils ont été considérablement revalorisés et ont connu d'importants développements au cours des dernières décennies.

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.

L'ouvrage traite d'abord du droit à la décision (y compris dans le domaine des actes matériels) et des aspects formels de la décision. Il se poursuit par l'analyse du droit d'être entendu, de l'impartialité et de la composition correcte des autorités et juridictions administratives et du pouvoir d'examen des juridictions administratives. Il examine ensuite l'obligation de collaborer et l'audition des parties et des témoins ainsi que les droits de procédure indépendants de la qualité de partie. Il se conclut par une réflexion générale sur l'évolution, l'état actuel et les possibles évolutions des grands principes de la procédure administrative.

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, Valérie Findeisen et Monsieur Nicolas Conti, avec des remerciements tout particuliers à Madame Isabella Tonna.

Frédéric Bernard

François Bellanger

Le droit à une décision

ANNE-CHRISTINE FAVRE

Professeure de l'Université de Lausanne

I. Introduction

La décision, inhérente à la procédure administrative¹, est au cœur de notre système, en tant qu'acte introductif d'instance, mais également en tant qu'acte permettant le contrôle du droit matériel². Elle détermine non seulement les droits et obligations des personnes concernées, mais constitue en même temps l'acte charnière entre la phase non contentieuse et le début de la procédure contentieuse, pendant lesquelles les administrés concernés se voient reconnaître les droits de partie.

Lorsque l'administration ne répond pas à l'administré, sur requête de celui-ci, qu'elle tarde à agir ou qu'elle omet de rendre une décision d'office, ou encore qu'elle ouvre une enquête informelle, dans le cadre de l'exercice de tâches de surveillance, ces situations posent toutes des questions en lien avec le droit de faire ouvrir une procédure administrative ou d'obtenir une décision, avec pour finalité la perspective d'une garantie d'accès au juge. Le droit à une décision présente ainsi des contours différents, selon l'étape de la procédure, mais également selon la nature de la décision à rendre (constatatoire, formatrice, etc.) et la qualité du requérant. En particulier, lorsque le requérant est un tiers, non destinataire de la décision sollicitée (*Dritte contra adressat*), se poseront les mêmes conditions délicates de qualité pour agir que celles qui entrent en considération lors d'un recours contre une décision.

A ces situations s'ajoutent désormais toutes celles où l'objet du litige n'est pas une décision, mais un acte matériel, qui échappe en principe aux règles de la procédure administrative. En un tel cas, tant l'art. 29a

1 En droit fédéral, l'art. 1 de la Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA – RS 172.01) précise que les règles de procédure sont applicables aux décisions des autorités administratives fédérales, statuant en première instance ou sur recours.

2 MOOR/POLTIER (2011) p. 177 sur la double nature de la décision.

Cst., que l'art. 25a PA – en droit fédéral – prévoient que l'administré peut, à certaines conditions, solliciter une décision, qui lui donnera les mêmes garanties de procédure et d'accès au juge qu'une décision fondée sur l'art. 5 PA.

Mais au-delà des critères procéduraux, l'enjeu pour celui qui prétend convaincre l'autorité qu'elle doit rendre une décision, est celui de faire la démonstration que le contexte légal invite celle-ci à régler ou constater des droits et des obligations, cela, le cas échéant, par la voie d'une décision³. C'est la grande difficulté du sujet. Démontrer que des droits ou obligations dont un administré peut se prévaloir sont en cause peut ne pas être évident, spécialement dans l'administration liée à un service public ou dans les politiques de gestion du territoire et de l'environnement, où il arrive fréquemment que l'administration se voie attribuer des tâches, qui exercent des incidences plus ou moins directes sur les particuliers⁴, sans que celles-ci puissent toujours être corrélées à des droits des administrés. Le « droit à une décision » peut ainsi faire basculer le sujet sur la question épineuse des droits subjectifs.

II. Les garanties procédurales

La protection juridique qui découle du droit à une décision fait, dans une certaine mesure, appel aux garanties de procédure et d'accès au juge, qui découlent des art. 29 et 29a Cst.

A. Les garanties de procédure découlant de l'art. 29 Cst.

1. *Les garanties découlant de l'art. 29 al. 1 Cst.*

L'art. 29 al. 1 Cst. concerne toutes les procédures qui se déroulent devant l'autorité administrative ou judiciaire : il donne le droit à ce qu'une cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable (al. 1). Cette disposition interdit le déni de justice formel, ce par quoi on entend le fait pour l'autorité de ne pas statuer ou de ne pas entrer en matière sur un

³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 28 N 676 ss.

⁴ On pense ici notamment à l'obligation pour les collectivités publiques d'équiper des zones à bâtir (art. 19 LAT), sans qu'un droit subjectif puisse lui être corrélé, ou à l'obligation d'aménager des pistes cyclables qui ne donne aucun droit aux cyclistes (Arrêt TF 1C_150/2020 du 24 septembre 2020, SJ 2021 I 173).

objet ou un grief de sa compétence, alors qu'elle y est tenue, ou le retard à statuer dans des délais convenables⁵. Elle ne confère pas à proprement parler un droit à une procédure administrative – et donc à une décision – cette question dépendant du droit matériel et procédural, mais donne le droit au respect des règles d'une procédure équitable, lorsque le contexte légal invite l'autorité à rendre une décision⁶.

L'art. 29 al. 1 Cst. permet ainsi de faire appliquer le droit de fond et d'éviter que l'autorité ne diffère sans motif légitime une décision qu'elle est tenue de prendre; il peut notamment être invoqué à l'encontre d'une procédure d'établissement ou de modification d'un plan d'affectation (qui a une portée mixte entre la décision et l'acte législatif) au cours de laquelle des retards sont pris⁷. Dans un tel contexte, une violation des garanties offertes par l'art. 29 al. 1 Cst. pourra être sanctionnée par l'obligation de rattraper le retard pris dans la procédure administrative, mais pourra aussi conduire à une obligation de réparer, dans une action en responsabilité⁸; l'art. 29 al. 1 Cst. jouit d'une portée autonome ici.

Il existe néanmoins quelques situations dans lesquelles la jurisprudence admet le principe du « droit à une décision », ou à l'adaptation d'une décision, indépendamment ou non de l'art. 29 al. 1 Cst., qui fait en ce domaine figure de garantie minimale; il s'agit des cas où l'autorité est tenue de procéder à un réexamen d'une précédente décision, lorsque les circonstances l'imposent, soit que les faits aient évolué de manière importante, soit que des éléments de preuves nouveaux apparaissent postérieurement⁹. La modification du droit peut également fonder, dans certaines circonstances, un droit à un réexamen de la décision¹⁰.

⁵ ATF 142 II 154, c. 4.1; ATF 135 I 265, c. 4.4; ATF 131 II 271, c. 11.7.1; ATF 131 V 407, c. 1.1; ATF 130 I 312, c. 5.1; TF 2C_636/2016, 31.01.2017 c. 2.1; DANG/NGUYEN (2021) N 99.

⁶ WALDMANN (2022) p. 59; BACHMANN (2019) p. 173.

⁷ ATF 144 I 318, c. 7.

⁸ ATF 144 I 318, c. 7.

⁹ ATF 138 I 61, c. 4.3; ATF 136 II 177, c. 2.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) N 1272 ss; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) N 735 ss.

¹⁰ Arrêt TF 2C_170/2007 du 21 janvier 2008; ATF 109 Ib 246, c. 4.

2. *Les garanties découlant de l'art. 29 al. 2 Cst.*

Cette disposition garantit le droit d'être entendu, qui donne à la partie des droits lui permettant de participer et de faire valoir son point de vue¹¹. Ce droit n'assure pas un droit à une décision, mais lui est corrélé, chaque fois qu'une procédure administrative est ou doit être engagée. Un problème se pose dans le contexte des actes matériels où ce droit ne peut généralement s'exercer qu'*a posteriori*, au moment où l'administré fait valoir un droit à une décision en lien avec l'illicéité alléguée d'un acte matériel (voir l'art. 25a PA). Une partie de la doctrine est d'avis que le droit d'être entendu devrait être respecté déjà au moment de l'accomplissement de l'acte matériel, ou que l'art. 29 al. 2 Cst. devrait permettre de solliciter une décision préalable¹², du moins lorsque l'acte matériel est susceptible d'occasionner des atteintes graves ou qu'il doit être assimilé à une décision et qu'il est planifiable¹³. Un tel scénario s'est produit dans une affaire de coupure d'électricité en raison de retards de paiements; selon le Tribunal fédéral, au vu des conséquences graves qui découlent d'un tel acte matériel, une telle mesure ne peut être prise que par une décision, pour permettre aux locataires d'exercer leur droit d'être entendu et de faire valoir leurs objections¹⁴.

B. *La garantie d'accès au juge découlant de l'art. 29a Cst.*

L'art. 29a Cst., entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007, a pour but de concrétiser la garantie découlant de l'art. 13 CEDH, concernant le droit à un recours effectif et la jurisprudence qui en découle¹⁵. Il a fait l'objet de

11 DANG/NGUYEN (2021) N 107; BOVAY (2015) p. 249 ss; TANQUEREL (2018) N 1526 s.

12 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) N 1438; THURNHERR (2014) p. 241 ss; THURNHERR (2013) N 740 ss.

13 WALDMANN (2022) p. 61 s; BACHMANN (2019) p. 213 s. et p. 257.

14 ATF 137 I 120, c. 5.

15 Initialement, une protection judiciaire contre les actes matériels qui portent atteinte à des droits fondamentaux est assurée sur la base de l'art. 13 CEDH; l'un des premiers arrêts à fixer ce principe est l'ATF 130 I 369, c. 6.1, où le Tribunal fédéral a refusé d'assimiler à une décision des ordres de police adressés à un journaliste durant le Forum économique mondial 2001 à Davos, tout en considérant qu'en égard au droit de recours effectif garanti par l'art. 13 CEDH, cet acte matériel aurait pu faire l'objet d'un recours « *sui generis* » auprès du département, en appliquant le droit de procédure par analogie et ponctuellement.

développements importants en droit prétorien, portant notamment sur la notion d'acte attaquant. Dans sa perception actuelle, cette disposition garantit un accès au juge à l'égard de toute cause individuelle et concrète dans laquelle une personne peut justifier d'un intérêt digne de protection¹⁶. Elle étend ainsi considérablement la notion d'acte attaquant, dans la mesure où la notion de « cause » peut viser une contestation portant sur un acte juridique mais aussi un acte matériel ou interne, pour autant que cet acte touche une personne dans sa situation juridique individuelle par une atteinte à ses droits ou ses obligations d'une certaine intensité¹⁷.

Si l'art. 29a Cst. ne remet pas en question le fait que les décisions rendues dans le cadre d'une procédure administrative formalisée ou l'omission de rendre une décision dans une situation qui le nécessitait sont couvertes par la garantie d'accès au juge¹⁸, il ne dit rien des actes matériels et de la procédure à suivre pour les rendre attaquant. Le droit à une décision découle de la législation sur la procédure administrative et du droit matériel, mais pas directement de l'art. 29a Cst., qui accorde uniquement un droit à un examen judiciaire de la question de savoir s'il existe un droit à un acte attaquant: celui-ci peut être une décision ou un acte matériel directement sujet à contestation devant le juge¹⁹.

Lorsque l'administration refuse de se prononcer sur un litige en lien avec un acte matériel (ou une omission d'exécuter un tel acte), l'art. 29a Cst. a pour effet de permettre de soumettre au juge une telle contestation, pour faire constater qu'il y a bien une « cause » au sens où l'entend cette disposition, c'est à dire un litige portant sur des atteintes – même potentielles – à des droits ou obligations, que l'autorité administrative compétente aurait dû examiner, pour autant que la personne concernée ait un

¹⁶ ATF 144 I 181, c. 5.3.2; ATF 143 I 336, c. 4.1; GRODECKI (2021) N 14 et 16 ss; BIAGGINI (2017) N 4.

¹⁷ ATF 146 I 145, c. 5.5 = JdT 2021 I 35 (intensité de l'atteinte niée); ATF 144 II 233, c. 4; ATF 144 I 181, c. 5.3.2.1; ATF 143 I 344, c. 8.2; ATF 143 I 336, c. 4.1; ATF 140 II 315, c. 4.4; ATF 137 II 409, c. 4.2; ATF 136 I 323, c. 4.3; Arrêt TF 1C_227/2018 du 25 janvier 2019, c. 3.3; Arrêt TF 8C_596/2017 du 1^{er} mars 2018, c. 5.2; Arrêt TF 1C_517/2016 du 12 avril 2017, c. 4.1; GRODECKI (2021) N 26 s.; LARGEY (2019) p. 70.

¹⁸ BACHMANN (2019) p. 233 et 258.

¹⁹ WALDMANN (2022) p. 63; BACHMANN (2019) p. 233.

intérêt digne de protection à le requérir²⁰; l'art. 29a Cst. ne donne ainsi pas une garantie d'accès au juge contre tous les actes matériels mais uniquement contre ceux qui exercent des effets d'une certaine intensité sur des droits et obligation, cette question étant à apprécier en fonction du droit matériel (Constitution, législation)²¹. La reconnaissance par le juge d'une situation pouvant être qualifiée de « cause » aura le plus souvent pour effet de renvoyer l'affaire à l'autorité administrative compétente, dans la perspective qu'elle statue sur le différend quant au fond²². Elle agit à la manière d'une décision en constatation de droit par l'autorité de recours; l'art. 29 Cst. – qui interdit le déni de justice formel – exerce en principe les mêmes effets²³, mais est plus général que l'art. 29a Cst. en ce sens qu'il impose à l'autorité appelée à statuer dans un délai raisonnable une obligation d'agir, qui l'expose à une responsabilité, en cas d'inaction²⁴.

La question de savoir si le litige doit permettre d'ouvrir une procédure de décision dépend de la législation administrative applicable, seule. Les cantons restent en effet libres d'organiser le contentieux comme ils le souhaitent. Ils peuvent notamment admettre qu'un acte matériel touchant des droits et obligations peut être assimilé à une décision, lui ouvrant la voie d'un recours direct devant le juge²⁵; ils peuvent aussi reprendre le régime du droit fédéral posé à l'art. 25a PA, en adoptant le système d'une décision préalable, en tant que seul acte attaquant²⁶ ou ne rien préciser, auquel cas, un recours direct contre un acte matériel devant le juge, fondé sur l'art. 29a Cst., n'est pas exclu.

20 BACHMANN (2019) p. 233; GRODECKI (2021) N 27.

21 GRODECKI (2021) N 27.

22 Pour un exemple, voir ATF 143 I 336, c. 4.4 = JdT 2017 I 197 (arrêt de renvoi) et arrêt TF 1C_405/2018 du 21 février 2019 (arrêt sur le fond dans la même affaire).

23 ATAF 2010/53, c. 1.2.3; ATAF 2009/1, c. 4.2 = JdT 2019 I 458; lorsque l'autorité inférieure s'est déclarée incompétente pour traiter d'une demande de décision, le Tribunal doit statuer sur cette question et ne peut se limiter à un renvoi.

24 Cf. *supra*, ch. II A 1; BACHMANN (2019) p. 181 ss et p. 233.

25 ATF 143 I 336 c. 4.2 = JdT 2017 I 197; WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (2019) Art. 25a, N 18; GRODECKI (2021) N 49. Dans le canton des Grisons, voir les art. 28 al. 4 et 49 al. 3 des Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRG – 370.100): « *als Entscheide gelten auch Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung sowie Realakte, die in Rechte und Pflichten von Personen eingreifen.* »

26 GRODECKI (2021) N 49.

En conclusion, les garanties constitutionnelles précitées ne confèrent pas à proprement parler un droit à une décision, sous réserve d'exceptions. C'est la législation qui précise les contours de ce droit, tant sur le plan du droit matériel que procédural.

III. Les conditions du droit à une décision dans la législation fédérale

A. Généralités

Le droit à une décision est le plus souvent implicite dans la loi. En droit fédéral, ses conditions d'exercice sont précisées à l'art. 25 PA, pour les décisions constatatoires, et par quelques dispositions de la législation spéciale, alors qu'en droit cantonal, à quelques exceptions près, aucune mention n'est faite quant aux conditions d'une telle prétention²⁷. La jurisprudence²⁸ et la doctrine²⁹ ont toutefois admis que le droit à une décision est lié à l'impératif de sécurité du droit et relève d'un principe général, qui existe même en l'absence de toute concrétisation légale³⁰; il est ouvert aux décisions formatrices ou constitutives de droits ou d'obligations au même titre qu'aux décisions constatatoires³¹, à des conditions que l'on exposera ci-dessous. Le droit à une décision présente deux composantes :

- le droit à une procédure administrative, corrélé à celui de recevoir la qualité de partie, qui relève des règles de procédure; dans ce contexte, il sera notamment essentiel de se demander si des per-

²⁷ WALDMANN (2022) p. 58, évoque l'exemple isolé de la loi sur la procédure administrative bernoise (art. 49 al. 1 VRPG/BE – RS 155.21) qui prévoit l'obligation pour l'autorité compétente de régler les rapports juridiques de droit public par une décision, d'office ou sur demande, à moins que la loi n'en dispose expressément autrement ou ne renvoie à la voie judiciaire pour le règlement des litiges. Voir également les autres exemples de dispositions cantonales cités par ce même auteur aux pages 73 ss.

²⁸ MOOR/POLTIER (2011) p. 186 ss et les références citées.

²⁹ WALDMANN (2022) p. 58; BACHMANN (2019) p. 60; CANDRIAN (2013) p. 18; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) N 327.

³⁰ ATF 98 Ib 53, c. 3; ATF 120 Ib 351, c. 3a; Arrêt TF 2C_188/2010, 2C_194/2010 du 24 janvier 2011, c. 4.5; Arrêt TAF A-3804/2013 du 18 décembre 2014, c. 4.2.2, s'agissant des décisions constatatoires.

³¹ Arrêt TAF A-3804/2013 du 18 décembre 2014, c. 4.2.2.

sonnes peuvent être touchées dans leurs droits ou obligations par la décision à prendre, et si d'autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision sont touchées dans leurs intérêts (art. 6 PA). Cette question implique également de se demander si le requérant dispose d'un intérêt digne de protection ou protégé par la loi à faire valoir une atteinte (art. 48 al. 1 et 2 PA)³². Cette qualité de partie doit également être reconnue au dénonciateur, lorsque les conditions des dispositions précitées sont remplies³³. A l'inverse, lorsqu'une personne n'a pas la qualité de partie, elle n'a pas droit à l'ouverture d'une procédure administrative et à une décision. Celui ou celle qui n'a pas qualité de partie ne peut exiger l'ouverture d'une procédure administrative ; l'autorité doit néanmoins se prononcer sur une telle demande et prononcer une décision d'irrecevabilité, le cas échéant³⁴.

- le droit d'être fixé sur des droits et obligations, dans un rapport de droit public, par une décision. Ce point relève du droit matériel, et invite plus fondamentalement à se demander si l'autorité a bel et bien l'obligation de régler les rapports de droit en question par une décision.

Les décisions peuvent être rendues sur requête ou d'office, de telle sorte que la question du « droit à une décision » se pose dans les deux cas, avec

³² S'agissant du droit des ONG ou des communes de solliciter une décision, on se référera au résumé fait par WALDMANN (2022) p. 70 ss et aux références citées. Dans un premier temps, le Tribunal fédéral ne reconnaissait pas le droit des ONG de solliciter une décision en matière de protection de la nature, dès lors qu'elles n'ont pas la fonction d'une autorité de surveillance (ATF 110 Ib 160, c. 2a); cet arrêt a été critiqué à juste titre par TRÜEB (1990) p. 219. Depuis lors, dans l'arrêt TF 1C_555/2020 du 16 août 2021, c. 5.3, le Tribunal fédéral a reconsidéré ce point et admis qu'un acte ou une omission dans l'exécution d'une tâche fédérale de protection de la nature peut justifier des démarches d'une ONG en vue de solliciter une décision, cela notamment au vu de l'art. 9 § 3, de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement du 25 juin 1998 (Convention d'Aarhus; RS 0.814.07); cette convention garantit non seulement aux particuliers, mais également aux organisations environnementales un accès aux procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques qui enfreignent les dispositions de leur droit national relatives à l'environnement.

³³ ATAF 2016/20, c. 4.2.

³⁴ ATAF 2009/1 du 6 décembre 2009, c. 3 et 4 = JdT 2019 I 458.

pour conséquence l'ouverture d'une procédure administrative, cela même lorsque l'autorité a déjà agi, sans ouvrir de procédure (en considérant à tort, par exemple, se trouver dans un contexte permettant une procédure informelle), ou qu'elle a omis d'agir³⁵.

Plus généralement, il s'agira également de se demander si l'autorité sollicitée a bien une compétence décisionnelle, question qui pourra être délicate dans le contexte de tâches déléguées, lorsque la loi ne précise pas expressément ce point et que les rapports avec les usagers sont soumis au droit privé³⁶. Une décision pourra le cas échéant émaner de l'autorité de surveillance³⁷.

B. L'objet du droit à une décision

Seuls des droits et des obligations ayant un caractère individuel et concret peuvent faire l'objet d'une décision (art. 5 al. 1er PA). Un droit au prononcé d'une décision n'existe pas lorsque la revendication porte sur l'édiction d'une ordonnance ou la prise de mesures d'exécution générales, par exemple pour faire respecter les seuils d'immission en matière de pollution de l'air sur l'ensemble d'un territoire³⁸. Quant à la question des décisions générales³⁹ ou collectives⁴⁰, elle nécessite une approche particulière. Selon la jurisprudence et la doctrine, ces décisions empruntent à la fois au régime de la décision et à la fois à celui de la norme⁴¹. La jurisprudence a cependant étendu certains principes du régime de la décision individuelle à ces situations (exercice du droit d'être

³⁵ BACHMANN (2019) p. 26.

³⁶ Arrêt TAF A-653/2019, du 3 juillet 2019, c. 2.1-2.9: le Tribunal administratif fédéral a laissée ouverte la question de savoir si le litige d'un voyageur relatif au refus de délivrance d'un passeport «Swisspass» par les CFF relevait du droit patrimonial, soumis au droit privé (art. 56 al. 2 LTV), ou du droit public, en lien avec la concession de transport. Il a en revanche considéré que dans tous les cas, la demande de décision sollicitée par le requérant nécessitait un positionnement des CFF sous la forme d'une décision (c. 2.9).

³⁷ ATF 136 II 457, c. 2.2 et 3 = JdT 2011 I 68; ATF 133 I 49, c. 3.1-3.2,

³⁸ ATAF 2009/1 du 6 décembre 2009, c. 5.1 = JdT 2019 I 458.

³⁹ TANQUEREL (2018) N 809 ss.

⁴⁰ MOOR/POLTIER (2011) p. 200 ss.

⁴¹ TANQUEREL (2018) N 811.

entendu, droit à un contrôle juridictionnel, à certaines conditions)⁴², de telle sorte que le droit d'obtenir le prononcé d'une décision est également ouvert dans de telles hypothèses; on pense notamment à la requête d'autorisation d'une manifestation, qui donne le droit aux requérants de se prévaloir d'un déni de justice, si l'autorité ne répond pas ou le fait tardivement, ce qui est cohérent, dans la mesure où un droit fondamental est en cause. Le droit à une décision collective posera plus de problèmes dans les matières où l'autorité dispose d'une grande marge de manœuvre pour réaliser ses tâches et choisir le moyen adéquat, telles que les mesures à prendre en matière de circulation routière pour réduire ses nuisances, améliorer la fluidité du trafic ou la sécurité; dans de tels cas, c'est l'obligation pour l'autorité de prendre une décision qui fera difficulté, autant d'ailleurs que l'intérêt digne de protection des administrés à exiger telle ou telle mesure.

C. Les sanctions d'une non-entrée en matière

Une décision par laquelle l'autorité se déclare incompétente ou refuse d'entrer en matière ouvre la voie à un recours ordinaire (art. 44 PA)⁴³. L'autorité qui s'estime incompétente tant matériellement que formellement pour rendre la décision sollicitée (formatrice ou constatatoire, ou sur acte matériel) doit l'exprimer par une décision⁴⁴; à défaut, son silence ou son inaction ouvrent la voie au déni de justice (art. 46a PA)⁴⁵.

D. Le droit à une décision constatatoire

L'art. 25 al. 2 PA indique que l'autorité donne suite à une demande en constatation si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection. L'intérêt digne de protection s'apprécie selon les mêmes critères que ceux mentionnés à l'art. 48 al. 1 let. c PA, pour des questions d'unité de procédure⁴⁶. Il faut que l'intéressé dispose d'un intérêt de fait ou juri-

⁴² TANQUEREL (2018) N 811 à 813.

⁴³ ATAF 2010/53 du 12 octobre 2010, c.1; ATAF 2008/15 du 21 avril 2008, c. 3.2; KLEY (2014) p. 238.

⁴⁴ ATAF 2009/1 du 6 décembre 2009, c. 3 et 4 = JdT 2019 I 458.

⁴⁵ ATAF 2016/17 du 6 octobre 2016, c. 3.2; Arrêt TF 1B_139/2009 du 7 juillet 2009, c. 6; HÄNER (2016) art. 25a N 12.

⁴⁶ ATF 130 V 388, c. 2.4.

dique⁴⁷, personnel, actuel et pratique à solliciter une constatation immédiate de l'existence ou de l'inexistence d'un rapport de droit et qu'aucun intérêt notable, public ou privé, ne s'y oppose⁴⁸.

L'autorité compétente doit donner suite à une demande en constatation si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection et que les autres conditions d'une telle demande sont remplies: la demande doit porter sur la clarification de droits et d'obligations et présenter un caractère de subsidiarité par rapport à une décision formatrice⁴⁹. Bien que cela ne ressorte pas du texte légal, il convient également que l'intéressé soit touché – au moins indirectement – dans ses droits et obligations, cela y compris lorsque le requérant est un tiers⁵⁰; il faut que celui-ci tire un avantage direct de la décision⁵¹. La qualité de tiers touché n'est d'ailleurs admise qu'avec circonspection par le Tribunal fédéral, spécialement en matière fiscale⁵²; dans le domaine environnemental, un tiers peut solliciter une décision de constatation de la part de l'autorité (en matière d'assainissement, par exemple) lorsqu'il se trouve dans une relation de proximité suffisante pour admettre qu'il est personnellement touché, et qu'il a un intérêt direct à la clarification d'une situation de droit dont il n'a pas la maîtrise⁵³. A notre sens, on ne doit pas se montrer trop rigoureux quant à l'intérêt personnel du requérant, dans les politiques qui tout en servant un large spectre de la population, conditionnent l'exercice des droits des particuliers, même indirectement, comme les équipe-

⁴⁷ ATF 142 V 2, c. 1.1; ATF 132 V 257, c. 1.

⁴⁸ ATF 137 II 199, c. 6.5 et les références citées; ATF 130 V 388, c. 2.4.

⁴⁹ WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (2019) Art. 25, N 20; Tanquerel (2018) N 822.

⁵⁰ TANQUEREL (2018) N 823.

⁵¹ BACHMANN (2019), p. 95 s; HÄNER (2016), N° 18.

⁵² KÖLZ/HÄNER/BERTSCH, *Verwaltungsverfahren*, N 343.

⁵³ Arrêt TF 1C_455/2011 du 12 mars 2012, c. 4.5-4.6: qualité de tiers touchés à solliciter une décision constatatoire admise, dans le contexte de l'art. 25a PA, sans se référer à des droits ou des obligations, au motif que ces personnes sont « touchées » par les inconvénients invoqués (bruit et pollutions), par les vols d'un aéroport militaire (c. 4.4). Les mêmes faits auraient aussi pu fonder un droit à une décision constatatoire sur la base de l'art. 25 PA, dès lors que l'opération d'assainissement nécessite en principe une décision (art. 16 al. 3 LPE); dans une telle hypothèse, les propriétaires voisins peuvent avoir un intérêt direct à se voir préciser les intentions des autorités quant à leur programme d'assainissement, par exemple pour clarifier les possibilités futures de construire sur leurs biens-fonds affectés par des nuisances importantes.

ments en matière de transport, en services postaux⁵⁴ ou d'autres tâches de prestation ou de gestion (aménagement du territoire, protection de l'environnement).

E. Le droit à une décision formatrice

Comme pour une décision constatatoire, le requérant doit démontrer un intérêt digne de protection à exiger une décision. La jurisprudence applicable à la qualité pour agir des tiers touchés est pleinement transposable ici. Outre une proximité spécifique avec l'affaire litigieuse, le requérant doit tirer un avantage pratique d'une éventuelle décision sollicitée, en ce sens que sa situation doit pouvoir être influencée de manière pertinente par l'issue de la procédure. Le préjudice imminent à éviter ou l'avantage recherché par la requête de décision ne doit pas nécessairement être de nature économique ou matérielle, mais peut également être de nature idéale, pour autant qu'il existe un lien entre l'intérêt public défendu et la situation particulière du requérant⁵⁵; un propriétaire peut ainsi se voir reconnaître un intérêt digne de protection à solliciter une décision de reconstitution d'une haie défrichée illégalement en limite de son bien-fonds - indépendamment de tout projet de construction -, dès lors que le ménagement de la haie entraîne le respect d'un espace inconstructible plus important sur la parcelle voisine⁵⁶. Dans les situations d'atteintes à une partie importante de la population, se posent les mêmes critères de délimitation délicats, par rapport à l'action populaire, que dans le contexte de la qualité pour agir. Nous renvoyons à cet égard aux scénarios présentés à titre d'exemple à la fin de notre contribution.

F. Le droit à une décision sur acte matériel

A la différence des actes juridiques, tels la décision ou le contrat, les actes matériels « *bloss tatsächliche Staatsakte* », « *Realakte* » sont des actes administratifs qui n'ont pas pour but de modifier une situation juridique (portée négative); ils n'exercent qu'une incidence sur la situation de fait

⁵⁴ Sur la qualité de partie reconnue à des habitants concernant la distribution du courrier à domicile dans le cadre d'une décision de suppression de ce service (Arrêt TAF A-6192/2015 du 11 janvier 2017).

⁵⁵ ATF 142 II 451, c. 3.4.1.

⁵⁶ Arrêt TF 1C_608/2018 du 2 mai 2019, c. 2.4 = DEP 2019 772 ss.

« *Taterfolg* »⁵⁷ (portée positive), bien que dans nombre de situations, ils puissent également produire des effets juridiques, à titre secondaire⁵⁸.

L'art. 25a al. 1 PA donne à la personne qui fait valoir qu'elle est touchée par un acte matériel⁵⁹ dans ses droits et obligations, le droit de faire ouvrir une procédure administrative pouvant potentiellement aboutir à une décision (art. 25a al. 2 PA) et créer ainsi une relation de droit administratif⁶⁰; on parle de protection juridique différée⁶¹.

Cette protection juridique est subordonnée à un double critère: relatif à l'acte, tout d'abord, « *aktbezogenes Kriterium* », en ce sens que l'acte matériel doit « (toucher) à des droits ou des obligations »⁶², de manière

⁵⁷ ATF 144 II 233, c. 4.1 = JdT 2019 I 58; ATF 130 I 369, c. 6.1; MOOR/POLTIER (2011) p. 28.

⁵⁸ ATF 130 I 369, c. 6.1; LARGEY (2019) p. 67; TANQUEREL (2018) N 800.

⁵⁹ Sur la notion d'acte matériel, voir notamment TANQUEREL (2018) N 663 ss; MOOR/POLTIER (2011) p. 27 ss; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2014) § 27 N 8; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) N 847. Outre les nombreux exemples d'actes matériels de l'administration, on notera que les ordres internes, tels que les instructions de service « *Dienstbefehle* », tombent sous le coup de l'art. 25a PA lorsqu'ils ne sont pas qualifiés de décisions, mais également les différents rapports que l'administration rend, par exemple à la suite d'une enquête administrative ou dans le cadre de l'exercice de la surveillance d'activités privées. Des actes matériels en lien avec la conclusion d'un contrat peuvent également, dans des circonstances exceptionnelles, constituer des actes attaquables par des tiers. Tel est le cas dans le domaine des marchés publics, compte tenu de la théorie des deux niveaux « *Zweistufentheorie* » adoptée par le législateur (voir spécialement Arrêt TAF B-6737/2016 du 19 décembre 2016, c. 1.5.3 et 1.6.3 concernant la contestation d'un point du dispositif d'une décision de l'autorité de surveillance en matière de marchés publics, qui se limite à donner des précisions aux autorités qui lui sont subordonnées, sans fixer de droits et d'obligations et qui pourrait être attaquant en tant qu'acte matériel). Une telle possibilité ne nous paraît pas exclue dans d'autres domaines, notamment celui de la fonction publique, où le candidat qui s'estime victime de violation du principe de l'égalité de traitement ou du principe d'impartialité pendant une procédure d'engagement devrait pouvoir solliciter une décision fondée sur l'art. 25a al. 2 PA, le cas échéant par des mesures provisionnelles, pour tenter de rétablir un processus de nomination conforme au droit. Une telle situation est à distinguer de celle du droit à une décision constatant le non-engagement, fondée sur l'art. 25 PA, qui ne permet pas d'annuler le processus d'engagement (Arrêt TF 8C_596/2017 du 1^{er} mars 2018, c. 6; ATAF 2010/53 du 12 octobre 2010, c. 1 à 8).

⁶⁰ ATF 136 V 156, c. 4.2.

⁶¹ CANDRIAN (2013) p. 38; TSCHOPP-CHRISTEN (2009) p. 88.

⁶² ATF 146 I 145, c. 5 = JdT 2021 I 35 (atteinte au droit à la vie ou à la vie privée niée); ATF 144 II 233, c. 7.3 = JdT 2019 I 58.

illicite, et lié au requérant, par ailleurs, qui doit établir un « intérêt digne de protection » à obtenir une décision sur un acte matériel.

La question de l'atteinte à des droits ou obligations relève du fond, de même que le caractère illicite de l'acte matériel. Au stade de la recevabilité d'une demande de décision fondée sur l'art. 25a al. 2 PA, il s'agit de se demander si un acte est apte à porter atteinte à des droits ou à des obligations, par ses effets⁶³. C'est ce critère qui permet de caractériser un acte matériel attaquant de ceux – nombreux – qui sont exclus d'une protection juridique; c'est également ce critère qui permet de distinguer la procédure applicable à un acte matériel de celle relative à une décision, qui a pour but de fixer ou constater des droits et obligations (art. 5 et 25 PA)⁶⁴.

Les concepts de l'« intérêt digne de protection » et celui d'« atteintes à des droits et obligations » peuvent paraître antinomiques lorsqu'il est question d'actes matériels touchant des tiers. En réalité, tant la doctrine que la jurisprudence ont pondéré cette apparente contradiction en se référant à la notion d'atteinte à la « sphère juridique individuelle » de la personne concernée, dans laquelle celle-ci doit être touchée au moins indirectement (*Rechtsreflex*) – dans des droits ou obligations qui lui sont propres⁶⁵. Cette atteinte peut résulter de la seule « relation de droit administratif » selon les modalités d'application de la loi, quand bien même celle-ci ne conférerait pas de droits directs aux administrés⁶⁶; cette approche, non nécessairement nouvelle⁶⁷, mais réaffirmée dans la jurispru-

⁶³ ATF 146 I 145, c. 4.4, JdT 2021 I 35; ATF 144 II 233, c. 7.3.2 = JdT 2019 I 58; HÄNER (2016) art. 25a N 29.

⁶⁴ ATF 144 II 233, c. 7.3.1 = JdT 2019 I 58; ATF 140 II 315, c. 4.3 et c. 4.5; MOOR/POLTIER (2011) p. 44 s.

⁶⁵ ATF 146 I 145, c. 4.4 = JdT 2021 I 35; ATF 144 II 233, c. 7.3.1 = JdT 2019 I 58; ATF 140 II 315, c. 4.3 et c. 4.5; MOOR/POLTIER (2011) p. 44 s.

⁶⁶ ATF 143 I 336, c. 4 = JdT 2017 I 197: bien qu'il n'existe aucun droit à l'aménagement d'un point d'enlèvement des déchets urbains proche du domicile, une nouvelle organisation de la collecte de déchets urbains peut rendre moins confortable l'exécution des obligations des administrés en la matière, de telle sorte que ceux-ci ont un intérêt de fait à défendre le maintien du *statu quo*.

⁶⁷ Voir arrêt TF 2P.324/2001 du 28 mars 2002, c. 3.4 et arrêt TF 2C_272/2012 du 9 juillet 2012, c. 4.4.3: la distance à parcourir entre le domicile et l'école ne doit pas compromettre le droit à un enseignement de base gratuit (art. 19 Cst.), de telle sorte que lorsque le trajet grève de manière significative la vie quotidienne de l'élève, un droit à un contrôle juridique doit lui être ouvert.

dence récente, est sans doute celle qui favorise le mieux l'élargissement du champ du contentieux lié à un acte matériel, sans être toutefois totalement stabilisée quant à ses contours⁶⁸. Dans ce contexte, le critère de l'intérêt digne de protection permet de distinguer les requérants plus touchés que d'autres, par des actes susceptibles de perturber leurs droits ou obligations, même indirectement; il incombe au juge du fond de préciser jusqu'où l'atteinte nécessite une protection.

IV. Quelques scénarios

A. Procédure informelle et droit à l'ouverture d'une procédure administrative

La qualité de partie n'est reconnue que pour autant qu'une procédure administrative doive être ouverte. Dans la phase non contentieuse, la procédure peut débuter par des actes informels par exemple ensuite d'une dénonciation (enquêtes, fixation de l'état de fait, etc.), préliminaires à une décision. Une procédure administrative n'est pas ouverte au cours de cette période.

Il en va notamment ainsi de la procédure d'évaluation d'un médicament (« *Health Technology Assessment* », HTA) avant une décision concernant l'obligation de prise en charge par l'assurance-maladie, qui ne présente pas les caractéristiques d'une procédure administrative et ne donne donc pas droit à une décision de constatation de la qualité de partie⁶⁹. Dans cette affaire, la qualité de « partie prenante » a néanmoins été accordée à l'intéressée par l'OFSP, si bien que celle-ci a pu s'exprimer en cette qualité à différents stades de l'évaluation.

Les actes de l'autorité de surveillance posent les mêmes questions. Lorsque qu'une autorité telle la FINMA débute une enquête, il s'agira de déterminer le moment à compter duquel une procédure administrative doit être engagée, qui devrait être celui à compter duquel des droits ou obligations peuvent être touchés; ce point est crucial pour permettre aux personnes concernées d'exercer leurs droits⁷⁰.

⁶⁸ Cf. *infra* ch. IV E.

⁶⁹ ATF 146 V 38, c. 4, RDAF 2021 I 82.

⁷⁰ BACHMANN (2019) p. 26.

Pour parer aux doutes laissés par de telles situations, la législation spéciale peut régler expressément cette question⁷¹.

Qu'en est-il lorsque l'autorité clôt l'enquête avant l'ouverture d'une procédure formelle ? Le seul moyen pour la personne concernée (ou le tiers) de se déterminer sur le contenu des informations recueillies est celui de contester la non-entrée en matière, qui correspond à une décision négative. Il s'agira alors d'établir non seulement un intérêt digne de protection, mais également l'obligation pour l'autorité d'entrer en matière, ce qui pourra être difficile.

B. Les rapports de droit publics soumis à décision

L'une des difficultés du sujet est celle de savoir si les rapports de droit en question invitent l'autorité à rendre une décision, et le cas échéant, s'il existe un intérêt digne de protection à la solliciter.

Il faut que l'on se trouve dans un rapport de droit public. Ce point peut nécessiter une analyse des relations en question. L'exemple qui suit le montre :

X société qui offre des services de télécommunications à haut débit, liée par contrat aux SIG, leur demande de modifier, par décision, le contrat conclu en date des 28 et 29 novembre 2016, « en ce sens que les prix et prestations convenus soient diminués de 15 fr. par utilisateur et par mois, de sorte à ce que ledit prix ne soit pas arbitraire et ne discrimine pas [la Société] par rapport à ses concurrents ». Subsidiairement, elle demandait que les SIG constatent, par décision, « que le contrat conclu [...] était illicite, en ce sens que les prix des prestations convenues étaient arbitraires et discriminaient [la Société] par rapport à ses concurrents ». ⁷²

Le Tribunal fédéral a considéré que même s'il répond à un intérêt public de la population, le contrat de fourniture relatif à la fibre optique litigieux relève du droit privé, car il n'est pas lié à une tâche de l'Etat. Il n'existe ainsi pas de rapport de droit public entre les parties en question, de telle sorte que le droit à une décision tombe.

⁷¹ Voir notamment l'art. 26 al. 3 de la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart – RS 251) relatif aux enquêtes préalables, qui indique que cette procédure n'implique pas le droit de consulter les dossiers.

⁷² Arrêt TF 2C_727/2018 du 5 juin 2019 SJ 2020 I 73.

On notera qu'en l'espèce la société X. sollicitait une décision formatrice. Aurait-elle eu droit à une décision constatatoire pour inviter l'administration à interpréter la nature de la relation litigieuse ? A notre sens, cela n'est pas exclu ; le rôle d'une décision constatatoire est de mettre fin à une incertitude, spécialement lorsque les relations sont complexes, par exemple dans un contrat ou une concession⁷³. On entre bien dans un tel cas de figure.

Il faut également établir l'obligation pour l'autorité de rendre une décision, le cas échéant au moment où elle est requise. Ce point est particulièrement complexe, lorsque l'autorité a bien l'obligation de rendre une décision, mais qu'elle dispose d'une grande marge de manœuvre, notamment quant à la temporalité des mesures à prendre. Ainsi, en droit de l'environnement, la question du droit à une décision d'assainissement, fondé sur l'art. 16 LPE, pourra être délicate, lorsque ce n'est pas une installation, mais un ensemble d'installations qui engendrent des atteintes supérieures à celles autorisées (spécialement en matière de protection de l'air). Même lorsque le problème est lié à une installation déterminée (une route bruyante), l'obligation pour l'autorité de prononcer une obligation d'assainir dépend de plusieurs facteurs (mesures réalisables, planification prévue en lien avec les subventions, etc.), de telle sorte que même s'il ne fait pas de doute qu'il existe un droit pour les personnes touchées d'exiger que les normes environnementales soient respectées⁷⁴, un important pouvoir d'appréciation est accordé à l'autorité pour procéder à une telle mesure et décider par ailleurs de son ampleur, si bien qu'il pourra être difficile d'établir une obligation de rendre une décision au moment de la requête, cela même si les délais imposés par la loi pour réaliser la tâche sont échus.

D'autres exemples de cette difficulté se retrouvent dans les politiques de gestion ou de prestations publiques. Une affaire récente, concernant une demande relative à la délimitation d'une piste cyclable le montre. Nous la traiterons plus loin.

⁷³ Arrêt TAF A-4148/2020 du 8 octobre 2021, c. 4.2.

⁷⁴ ATAF 2009/1 du 6 décembre 2009, c. 3 = JdT 2019 I 458 ; GOSSWEILER (2018) p. 603 ss et 606 ; TRÜEB (1990) p. 205 ss ; GÄCHTER (2005) p. 775 ss.

C. Renseignement et décision constatatoire

La difficulté essentielle dans ce contexte sera à nouveau celle d'établir une obligation pour l'autorité de rendre une décision. Cela spécialement dans les situations où l'autorité peut répondre à l'administré par un simple acte matériel. Ainsi, en matière fiscale, lorsque l'autorité répond à une question concernant le taux applicable à une opération, il ne sera pas facile de déterminer si le renseignement donné constitue un simple acte matériel ou une décision contraignante. L'art. 25a PA ne résout pas le problème car il ne permet de solliciter une décision constatatoire qu'en cas d'acte matériel illicite.

Là à nouveau, la législation spéciale peut avoir résolu la question par des dispositions *sui generis*⁷⁵.

D. Le droit à une décision en cas de non-engagement dans la fonction publique

En ce domaine, il n'existe pas de droit à un engagement. Cependant, le droit prétorien a développé une jurisprudence spécifique, qui repose sur une application extensive de l'obligation de rendre une décision fondée sur l'art. 8 LEg. Le candidat évincé lors d'une procédure d'engagement d'un agent de la fonction publique, par contrat, a le droit de demander le prononcé d'une décision constatatoire de non-nomination et de recourir contre celle-ci⁷⁶. Le Tribunal fédéral fonde cette obligation sur l'art. 29a Cst. et l'application de la LEg à de telles procédures et sur le droit de la personne non engagée se prévalant d'une discrimination d'exiger de l'employeur qu'il motive sa décision par écrit (art. 8 LEg). La notion de discrimination est large et les obligations qui sont corrélées à l'interdiction de discrimination à l'embauche s'étendent également aux

⁷⁵ Voir notamment l'art. 69 de la Loi fédérale sur la taxe sur la valeur ajoutée (LTVA – RS 641.20) concernant le droit d'obtenir des renseignements: l'administration fédérale des contributions (AFC) renseigne dans un délai raisonnable l'assujéti qui demande par écrit à être informé des conséquences, en matière de TVA, d'une situation concrète décrite avec précision. Le renseignement donné est contraignant pour l'assujéti qui a formulé la question et pour l'AFC; il ne peut se rapporter à aucune autre situation. L'art. 20 de la Loi fédérale du 18 mars 2005 sur les douanes (LD – RS 631.0) qui prévoit un régime semblable en matière de droits de douane. De tels régimes ne valent pas décision, selon le Tribunal fédéral (ATF 141 I 161 c. 3.1; Arrêt TF 2C_296/2015 du 7 mars 2017; Arrêt TF 2C_529/2014 du 24 août 2015).

⁷⁶ ATAF 2010/53 du 12 octobre 2010, c. 1 à 8.

procédures cantonales, non soumises à la PA⁷⁷. On notera qu'en droit fédéral, l'art. 34 al. 3 LPers⁷⁸ prévoit que « les personnes dont la candidature à un poste a été rejetée ne peuvent exiger qu'une décision susceptible de recours soit rendue ». Adoptée par la novelle du 1^{er} juillet 2013, cette disposition a pour but de contrer la jurisprudence de principe précitée⁷⁹; cependant, la personne non engagée qui se prévaut d'une discrimination devrait pouvoir exiger de l'employeur qu'il motive sa décision par écrit, sur la base de l'art. 8 LEg⁸⁰, un droit de recours étant garanti en ce domaine par l'art. 83 let. g LTF⁸¹.

E. Acte matériel et atteinte à des droits ou obligations

On commencera par rappeler qu'il n'existe pas de droit à exiger un acte matériel, en tant que tel, sauf lorsque la loi spéciale le précise; on donnera pour exemple le droit d'accès en matière de protection des données (art. 8 LPD⁸²).

Les garanties offertes par l'art. 25a PA (ou l'art. 29a Cst.) sont limitées à la possibilité de faire constater ou cesser des actes (ou omissions liées à des actes) matériels illicites ou d'éliminer leurs conséquences; par conséquent, pour se prévaloir du droit à une prestation imposée par la loi, l'administré doit démontrer que l'omission de l'administration constitue un acte illicite (c'est-à-dire contraire au droit), qui le touche dans ses droits ou obligations.

Prenons l'exemple du déneigement, auquel la collectivité publique est tenue sur les infrastructures ouvertes au public, dans la mesure des besoins et de la proportionnalité des moyens. Un citoyen ne pourra se prévaloir des carences en ce domaine que si l'absence de déneigement contrevient aux principes précités et porte atteinte à ses droits et obligations (en l'empêchant de prendre son véhicule, d'accéder à son domicile,

⁷⁷ Arrêt TF 8C_596/2017 du 1^{er} mars 2018, c. 6; ATAF 2010/53 du 12 octobre 2010, c. 1 à 8.

⁷⁸ Loi fédérale sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (LPers; RS 172.220.1).

⁷⁹ Arrêt TAF A-2235/2017 du 11 juillet 2017, c. 2.

⁸⁰ ATF 145 II 153, c. 1.3.

⁸¹ Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110).

⁸² Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD – RS 235.1).

etc.); il lui incombera alors de s'adresser à l'autorité et de l'inviter à prendre position, le cas échéant par la voie d'une décision, si les règles de la procédure administrative l'exigent. Dans un tel exemple, la question de l'atteinte à des droits et obligations sera appréciée avec une certaine circonspection, en fonction du niveau d'insécurité généré par la situation, des moyens de transports publics disponibles et de l'importance des atteintes aux droits touchés (quant à la fréquence ou la durée).

Une affaire qui illustre bien la difficulté de démontrer une atteinte à des droits ou obligations, ainsi que le caractère illicite de l'omission d'une prestation à caractère social et environnemental est celle de la requête présentée par une cycliste genevoise⁸³. Celle-ci demandait l'aménagement d'une piste cyclable dans son quartier, prévue par le plan directeur en matière de mobilité douce; il n'est pas contesté que cet aménagement doive être mise en place, mais il nécessite une coordination entre les mesures prises par le canton sur les routes cantonales et celles prises par la ville de Genève et, par ailleurs, n'entre pas dans le réseau à équiper prioritairement. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a confirmé la position des autorités cantonales selon laquelle la demande d'aménagement constitue une requête portant sur un acte matériel pour lequel, au demeurant, la collectivité publique dispose d'un large pouvoir d'appréciation même si le délai de 8 ans prévu pour la réalisation du réseau de mobilité douce est dépassé; il a également partagé l'analyse des autorités cantonales selon laquelle la requérante ne dispose d'aucun droit à exiger une telle mesure. Cette argumentation repose uniquement sur l'examen des droits accordés par la loi cantonale sur la mobilité douce⁸⁴; à aucun moment la liberté de mouvement qui découle de la liberté personnelle n'a été évoquée. La solution retenue nous paraît contestable en tant qu'elle retient qu'il n'existe pas d'atteinte à des droits individuels; en revanche, comme pour les actes de gestion précédemment évoqués (notamment les assainissements découlant de la législation environnementale), il est certain que le droit à une décision n'est pas une solution satisfaisante pour solliciter de l'administration des actes qui s'inscrivent dans la durée et qui nécessitent une planification complexe. On peut néanmoins se demander si la réponse donnée eût été la même si l'affaire s'était présentée dans la configuration inverse, avec une mesure projetant

⁸³ Arrêt TF 1C_150/2020 du 24 septembre 2020 = SJ 2021 I 173.

⁸⁴ Loi sur la mobilité douce du 15 mai 2011 (LMD – RS/GE H 1 80).

la suppression ou le déplacement d'une piste cyclable existante. On se serait trouvé vraisemblablement dans la même situation que celle de la suppression d'un point de collecte des déchets urbains, évoquée dans l'affaire Cazis⁸⁵, où le Tribunal fédéral a considéré que quelques vingt habitants étaient touchés dans leur sphère juridique par cette mesure (alors même qu'il n'existait aucun droit de par la législation cantonale ou fédérale à un point de collecte à l'endroit considéré⁸⁶ et que la garantie découlant de l'art. 29a Cst. invitait les autorités à se prononcer sur le bien-fondé de l'opposition des requérants à cette mesure, valant acte matériel.

On ajoutera une autre difficulté; en principe le droit à une décision sur acte matériel est subsidiaire au droit à une décision formatrice ou constatatoire au sens des art. 5 et 25 PA. On entre ici dans des distinctions parfois hasardeuses. L'exemple de l'assainissement de l'aéroport militaire de Meiringen le montre à plus d'un titre. Dans une première affaire, le Tribunal fédéral a admis que le voisinage de l'aéroport est fondé à se plaindre des atteintes sonores importantes que cette installation génère et qu'une requête en constat d'illicéité des atteintes reposant sur l'art. 25a PA peut entrer en considération, à tout le moins pour les atteintes ne faisant pas l'objet de la procédure d'assainissement en cours, soit pour les vols d'entraînement⁸⁷; à aucun moment n'est examinée la subsidiarité de ce moyen par rapport au droit à une décision d'assainissement qu'il aurait été possible de solliciter sur la base de l'art. 16 LPE⁸⁸. Dans un autre volet de cette procédure d'assainissement⁸⁹, très longue, s'est posée la question de la coordination entre ces deux procédures, compli-

⁸⁵ ATF 143 I 336, c. 4.2 à 4.4 = JdT 2017, 197.

⁸⁶ Sur le fond, le Tribunal fédéral a considéré que la mesure de suppression du point de collecte litigieux n'était pas contraire au droit fédéral; les vingt habitants de la zone de résidences secondaires concernés devaient déjà se déplacer pour les déchets autres que ceux disposés dans les sacs à ordures, et la mesure était justifiée par une gestion plus rationnelle de l'enlèvement des déchets (Arrêt TF 1C_405/2018 du 21 février 2019, c. 2).

⁸⁷ Arrêt TF 1C_455/2011 du 12 mars 2012, c. 2 et 4.4 à 4.7 = RDAF 2013, 433.

⁸⁸ On notera que dans l'ATF 140 II 315, le Tribunal fédéral a également passé outre le caractère subsidiaire de la demande fondée sur l'art. 25a PA, par rapport à la décision qui découle de l'art. 72 al. 2 de la Loi fédérale sur l'énergie nucléaire du 21 mars 2003 (LENu – RS 732.1), applicable en matière de tâches de surveillance nucléaire.

⁸⁹ Arrêt TF 1C_547/2017 du 16 mai 2018, c. 2.3.

quée; ici, il a été retenu que l'examen de droit matériel auquel conduit une requête en constatation de l'illicéité, fondée sur l'art. 25a al. 1, let. c PA, peut constituer une première étape dans l'examen d'un ensemble de questions à coordonner.

F. Remarques conclusives

Ce bref panorama montre que le droit de solliciter le prononcé d'une décision présente encore d'importantes zones d'ombres, malgré l'extension des garanties procédurales découlant de la législation et du droit prétorien. Non réellement formalisé par le législateur, le droit à une décision présente des contours relativement clairs lorsqu'il est question de droits subjectifs touchés dans une certaine intensité. En revanche, il devient peu précis dès que l'on approche des politiques de prestation ou de gestion qui s'inscrivent dans la durée, visant le service à la population et non seulement celui de droits individuels bien caractérisés.

Ce problème se présente de la même manière sous l'angle du droit à une décision formatrice, constatatoire ou en lien avec un acte matériel, car il est inhérent à la perception que l'on a de la relation entre certaines tâches de l'Etat et les droits des administrés ou usagers. Même lorsqu'une tâche étatique conditionne certains droits des administrés, comme l'équipement au sens de l'art. 19 LAT, celui en voies cyclables ou l'assainissement d'installations qui génèrent des atteintes nuisibles ou incommodantes, ces obligations de la collectivité publique peuvent ne pas être corrélées à un droit d'obtenir une décision pour en accélérer l'exécution, compte tenu du pouvoir d'appréciation important laissé à l'administration, notamment quant aux délais de mise en œuvre. Le droit à une décision n'est probablement pas l'instrument de contrôle adéquat, dans un tel contexte; il peut même être contreproductif en faisant courir le risque de figer une situation nécessairement évolutive; mais il n'en existe pas d'autre, à part celui peut-être d'impliquer plus fortement la population dans un processus participatif lors des différentes étapes d'une planification ou d'une stratégie d'action.

La jurisprudence qui s'est construite sur la base de l'art. 29a Cst. l'a été essentiellement en lien avec des atteintes à des droits fondamentaux⁹⁰.

⁹⁰ Comme exception on peut citer l'affaire Cazis, qui porte sur des droits ou obligations découlant de la loi (ATF 143 I 336 = JdT 2017, 197).

Elle a permis des développements majeurs qui souffrent cependant encore d'incertitude lorsque les droits touchés présentent des contours très larges, comme celui de la liberté personnelle.

Bibliographie

- BACHMANN GREGOR (2019), « Anspruch auf Verfahren und Entscheid : der Zugang zum Verwaltungsverfahren und zur Verwaltungsrechtspflege unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien », in : HÄNNI/BELSER/WALDMANN (éds), *Publikationen des Instituts für Föderalismus Universität Freiburg Schweiz*, Berne.
- BIAGGINI GIOVANNI (2017), « Art. 29a », in : BIAGGINI (édit.), *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2^e éd., Zurich, p. 357 ss.
- BOVAY BENOÎT (2015), *Procédure administrative*, 2^e éd., Berne.
- CANDRIAN JÉRÔME (2013), *Introduction à la procédure administrative fédérale : la procédure devant les autorités administratives fédérales et le Tribunal administratif fédéral*, Bâle.
- DANG MARTINE/MINH SON NGUYEN (2021), « Art. 29 », in : MARTENET/DUBEY (éds), *Constitution fédérale, Commentaire romand*, Bâle, p. 879 ss
- DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE (2014), *Droit administratif général*, Bâle.
- GÄCHTER THOMAS (2005), « Durchsetzung von Sanierungspflichten mittels Rechtsverweigerungsbeschwerde », *DEP* 2005 p. 775 ss.
- GOSSWEILER ADRIAN (2018), « Strassenlärmsanierung bei Kantons- und Gemeindestrassen nach Ablauf der lärmschutzrechtlichen Sanierungsfrist – Abschluss der (Erst-)Sanierungen und Konstellationen möglicher « Nachsanierungen » », *DEP* 2018 p. 600 ss.
- GRODECKI STÉPHANE (2021), « Art. 29a », in : MARTENET/DUBEY (éds), *Constitution fédérale, Commentaire romand*, Bâle, p. 879 ss.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX (2020), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^e éd., Zurich.
- HÄNER ISABELLE (2016), « Art. 25 et 25a », in : WALDMANN/WEISENBERGER (éds), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, 2^e éd., Zurich, p. 509 ss.
- KLEY ANDREAS (2014), « Art. 29a », in : EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER (éds), *Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar*, 3^e éd., Zurich, p. 677 ss.

- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN (2013), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverwaltungspflege des Bundes*, 3^e éd., Zurich.
- LARGEY THIERRY (2019), Le contrôle juridictionnel des actes matériels, *PJA* 2019 p. 67 ss.
- MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE (2011), *Droit administratif, Vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e éd., Berne.
- MÜLLER MARKUS (2019), « Art. 5 », in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (éds), *Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG) Kommentar*, 2^e éd., Zurich, p. 63 ss.
- TANQUEREL THIERRY (2018), *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle.
- THURNHERR DANIELA (2013), *Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten*, Zurich/St-Gall.
- THURNHERR DANIELA (2014), « Geltung und Tragweite der Verfahrensgarantien bei Realakten – zum unausgeschöpften Potenzial von Art. 29 BV », *Recht* 32 p. 241 ss
- TRÜEB RUDOLF (1990), *Rechtsschutz gegen Luftverunreinigung und Lärm*, Zurich.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS (2014), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Berne.
- TSCHOPPP-CHRISTEN MARIANNE (2009), *Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Artikel 25a VwVG)*, Zurich.
- WALDMANN BERNHARD (2022), « Anspruch auf den Erlass einer Verfügung », in: HÄNER/WALDMANN (éds), 8. *Forum für Verwaltungsrecht: Brennpunkt « Verfügung »*, Berne, p. 55 ss.
- WEBER-DÜRLER BÉATRICE/KUNZ-NOTTER PANDORA (2019), « Art. 25 et 25a », in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (éds), *Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG) Kommentar*, 2^e éd., Zurich, p. 374 ss.

Les aspects formels de la décision

FRANÇOIS BELLANGER

Professeur à l'Université, avocat

I. Introduction

La décision est au cœur de la relation administrative. Non seulement la décision est l'une des conditions nécessaires pour que la loi fédérale sur la procédure administrative¹⁻² ou la loi genevoise sur la procédure administrative³⁻⁴ puisse s'appliquer, mais aussi, elle est la clef d'accès des justiciables à la protection juridictionnelle garantie par l'article 29a de la Cst.⁵ En effet, l'accès à une voie de recours dépend de l'existence d'une décision au sens des articles 4 LPA ou 5 PA, respectivement de l'absence d'une telle décision, lorsqu'une autorité, sans en avoir le droit, s'abstient de ou bien tarde à la rendre. Ceci résulte de l'organisation du contentieux de droit public qui repose sur la prémisse qu'une décision sera rendue lorsque cela est nécessaire pour la protection des droits de la personne concernée et que, sous réserve des conditions de recevabilité du recours concerné, un recours sera ouvert.

Alors que le rôle de la décision n'a cessé d'évoluer pour devenir central pour l'application du droit public, la définition de la décision a peu changé au fil du temps. La définition de ses caractéristiques matérielles

¹ Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA – RS 172.021).

² Selon l'art. 1, al. 1, PA, cette loi s'applique à la procédure dans les affaires administratives qui doivent être réglées par les décisions d'autorités administratives fédérales statuant en première instance ou sur recours. Son application requiert donc cumulativement l'existence d'une décision selon l'art. 5, al. 1, PA et la prise de cette décision par une autorité listée à l'art. 1, al. 2, PA.

³ Loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA – RS/GE E 5 10).

⁴ Selon l'art. 1, al. 1, LPA, cette loi contient les règles générales de procédure s'appliquant à la prise de décision par les autorités. Son application requiert donc cumulativement l'existence d'une décision selon l'art. 4, al. 1, LPA et la prise de cette décision par une autorité listée aux art. 5 et 6 LPA.

⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. – RS 101).

est restée substantiellement inchangée, même si la définition de ces caractéristiques a donné lieu à de nombreux développements pour permettre une meilleure identification de la décision par opposition à tous les autres moyens d'action de l'administration, comme les plans, les actes internes à l'administration, les actes matériels ou encore les activités d'information de l'administration. Parallèlement à la définition matérielle de la décision, apparaît parfois, principalement dans la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, la notion de décision au sens formel couvrant des exigences procédurales devant être respectées lors de l'adoption d'une décision. Cette notion de « décision au sens formel » est aussi souvent utilisée pour identifier la requête faite pour obtenir une décision, l'existence ou l'absence d'une telle décision pouvant constituer un déni de justice formel⁶. Ces occurrences ne sont pas pertinentes pour la présente analyse, car il s'agit uniquement de l'identification de l'existence ou non d'une décision, sans une analyse simultanée de ses éléments caractéristiques ou de ses aspects formels.

La coexistence des deux aspects matériels et formels pourrait laisser penser qu'ils forment ensemble la définition de la décision. Toutefois, le volet matériel prime toujours les aspects formels avec pour conséquence que l'on peut douter qu'ils soient réellement une composante de la définition de la décision. Ils paraissent plutôt comme une conséquence procédurale de la prise d'une décision. Afin de le confirmer, nous allons commencer par rappeler le contenu d'une décision administrative (II.) avant d'examiner la portée effective des exigences formelles (III.), de confirmer le rôle de la décision au sens matériel par rapport à ses aspects formels (IV.) et de conclure (V.).

II. La notion de « décision »

A. Principe

La notion de décision est commune aux différentes lois de procédure administrative. Fondée sur l'article 5 PA, elle est déclinée dans chaque

⁶ Voir par exemple Arrêt TAF B-6422/2020 du 14 février 2022, c. B.g; Arrêt TF 9C_405/2020 du 3 septembre 2020; Arrêt TF 1C_228/2019 du 29 avril 2020, c. 2.2.3; Arrêt TAF B-3768/2017 du 8 novembre 2017; Arrêt CACJ/GE du 24 mai 2022 (ATA/539/2022), c. 5b; Arrêt CACJ/GE du 4 juillet 2017 (ATA/1049/2017), c. 10 (en fait).

canton. Dans le canton de Genève, l'article 4 LPA a une portée similaire à celle de l'article 5 PA⁷.

L'article 5 PA définit la décision comme une mesure individuelle et concrète prise par l'autorité dans un cas d'espèce fondée sur le droit public fédéral et ayant pour objet: de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations [al. 1, let. a]; de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations [al. 1, let. b]; de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations [al. 1, let. c] ». L'article 4, alinéa 1, LPA a une teneur équivalente sous réserve de la possibilité pour la décision de se fonder non seulement sur le droit fédéral, mais aussi sur le droit cantonal ou communal⁸. Cette formulation vise, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, tout acte individuel et concret d'une autorité, qui règle de manière unilatérale et contraignante des droits ou des obligations⁹. En d'autres termes, constitue une décision un acte étatique qui touche la situation juridique de l'intéressé, l'astreignant à faire, à s'abstenir ou à tolérer quelque chose, ou qui règle d'une autre manière obligatoire ses rapports avec l'Etat¹⁰.

Les éléments caractéristiques ressortant de ces définitions permettent d'identifier les décisions au sens matériel, sans référence à leurs aspects formels. Ils peuvent être formulés comme suit¹¹: un acte étatique unilatéral (B.1), émanant d'une autorité (B.2), fondé sur le droit public (B.3), visant un cas individuel et concret (B.4) et réglant un rapport de droit de

⁷ Arrêt TF 8C_128/2021 du 10 septembre 2021, c. 3.1; TANQUEREL (2018) N° 786.

⁸ Voir par exemple Arrêt CACJ/GE du 13 septembre 2022 (ATA/917/2022), c. 4; Arrêt CACJ/GE du 4 décembre 2018 (ATA/1313/2018), c. 3; Arrêt CACJ/GE du 14 juin 2016 (ATA/509/2016), c. 4.

⁹ ATF 147 II 300, c. 2.1; ATF 141 II 233, c. 3.1; ATF 139 V 72, c. 2.2.1; ATF 135 II 38, c. 4.3; MOOR/POLTIER (2011) p. 179.

¹⁰ ATF 145 I 121, c. 1.1.2; ATF 138 I 6, c. 1.2; ATF 135 II 22, c. 1.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020), N° 849; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) N° 639.

¹¹ La doctrine utilise parfois un ordre ou un nombre de critères différents, mais il aboutit au même résultat: DONZALLAZ (2022) N° 28; DUBEY/ZUFFEREY (2014) N° 863; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) N° 855 ss; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (2015) N° 869; TANQUEREL (2018) N° 788 ss; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) N° 654; UHLMANN (2016) N° 19; WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME (2022) N° 2 *ad* art. 5.

manière contraignante et obligatoire (B.5). Il convient de les examiner successivement pour préciser leur portée.

B. Les éléments caractéristiques de la décision

1. *L'existence d'un acte étatique unilatéral*

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la compétence de rendre des décisions au sens de l'article 5 PA est un privilège – et un monopole – de souveraineté de la puissance publique¹². Bénéficiant de cette souveraineté, la Confédération, les cantons et les communes, qui sont titulaires de la puissance publique, ont la compétence de rendre non seulement des décisions obligeant, de manière contraignante, une ou plusieurs personnes à accomplir un acte ou à s'abstenir d'agir, ou encore à supporter une situation, mais encore des décisions dont la collectivité publique peut, au besoin, obtenir l'exécution¹³. Un acte étatique unilatéral existera du fait de l'exercice par le détenteur de la puissance publique de son droit de prendre une décision contraignante à l'égard d'un administré, que ce soit sur requête de celui-ci ou d'office.

Des entités publiques ou privées peuvent bénéficier de ce même pouvoir, moyennant une délégation accordée par une collectivité publique¹⁴. En revanche, des prérogatives de puissance publique sont exclues lorsque l'Etat agit en dehors d'un cadre de droit public, par exemple, lorsqu'il administre son patrimoine financier ou fournit des prestations à caractère commercial contre rémunération.

¹² ATF 144 II 376, c. 7.1; ATF 138 II 134, c. 5.1; Arrêt TF 2A.167/2005 du 8 mai 2006, c. 7; DUBEY/ZUFFEREY (2014) N° 855; TANQUEREL (2018) N° 788; MOOR/POLTIER (2011) p. 196. Cf., é.g., DUBEY/ZUFFEREY (2014) N 866; TANQUEREL (2018) N 788 s; UHLMANN (2016) N° 21; UHLMANN (2016) N° 19; WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME (2022) N° 31 *ad* art. 5.

¹³ BOVAY (2015) p. 331; DUBEY/ZUFFEREY (2014) N° 866 et 870 s; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) N° 855; MOOR/POLTIER (2011) p. 204-205; TANQUEREL (2018) N° 788; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) N 659.

¹⁴ ATF 138 II 134 c. 5.1; ATF 137 II 409, c. 6.2 et 6.3; Arrêt TF 2C_715/2008 du 15 avril 2009, c. 3.2; Arrêt TF 2A.167/2005 du 8 mai 2006, c. 10.1 s.

2. *L'acte émane d'une autorité*

La décision doit émaner d'une autorité administrative, soit d'une entité chargée de l'exécution de tâches publiques¹⁵ dans l'exercice de sa fonction d'autorité chargée de prendre une décision vis-à-vis d'un administré¹⁶. En droit genevois, il s'agira normalement d'une autorité appartenant à l'administration (art. 5 LPA) ou au domaine judiciaire (art. 6 LPA), voire d'une entité publique ou privée, externe à l'administration, à laquelle une tâche publique est déléguée. Dans tous les cas, la prise de la décision se fondera sur l'exercice d'une compétence prévue par la loi.

3. *L'acte est fondé sur le droit public*

La décision est l'expression de la volonté unilatérale et souveraine de l'Etat, respectivement d'un organisme public ou privé investi d'un pouvoir de décision par un acte normatif¹⁷. A ce titre, cette manifestation ne peut reposer que sur le droit public, qui est le fondement des actes de l'Etat. Cette origine distingue la décision des actes adoptés par l'Etat comme le ferait une personne privée ou des mesures prises par des personnes privées sur la base de rapports de droit privé.

L'étendue du droit public concerné va varier selon le droit de procédure applicable. Pour l'article 5 PA, il s'agit uniquement du droit administratif fédéral¹⁸, comprenant dans un sens large le droit international directement applicable¹⁹ et les ordonnances ou des prescriptions autonomes émanant d'entités fédérales appartenant à l'administration centrale ou décentralisée habilitées à adopter des règles de droit²⁰. Au niveau gene-

¹⁵ ATF 141 II 262, c. 5.2.2; ATAF 2009/43 du 21 août 2009; DUBEY/ZUFFEREY (2014) N° 869; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) N° 864; MOOR/POLTIER (2011) p. 194-195; MÜLLER (2018) N° 30 s; TANQUEREL (2018) N° 792; TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) N° 656; DONZALLAZ (2022) N° 39 s; UHLMANN (2016) N° 22 s.

¹⁶ DONZALLAZ (2022) N° 39; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) N° 870; TANQUEREL (2018) N° 792; DONZALLAZ (2022) N° 24.

¹⁷ DUBEY/ZUFFEREY (2014) N° 873; TANQUEREL (2018) N° 798; TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) N° 672.

¹⁸ ATF 129 III 107, c. 1.1.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) N° 900.

¹⁹ MÜLLER (2018) N° 62.

²⁰ Voir, par exemple, les ordonnances figurant dans le recueil systématique dans la section 412 pour la formation professionnelle ou la section 414 pour les Hautes écoles.

vois, dès lors que les autorités sont cantonales et communales, la définition du droit public comprend non seulement le droit cantonal mais aussi le droit communal. Par ailleurs, les autorités et juridictions pouvant appliquer du droit fédéral, la notion de droit public inclut également le droit fédéral. Cette précision est importante pour le champ d'application de la LPA, mais ne change pas la définition de la décision, qui reste fondée sur du droit public.

4. *L'acte vise un cas individuel et concret*

Le caractère individuel et concret distingue la décision, qui vise une ou plusieurs personnes données dans une situation déterminée et peut être exécutée directement²¹, des normes juridiques, qui sont, par définition, générales et abstraites, dès lors qu'elles s'appliquent à un nombre indéterminé de personnes et se rapportent à un nombre indéterminé de situations, de telle sorte que les cas d'application peuvent varier durant la période de sa validité.

Un acte est individuel lorsqu'il s'adresse à une personne ou à un nombre déterminé, même élevé, de personnes. L'élément déterminant est que le cercle des personnes visées soit identifié et circonscrit²². A défaut, l'acte perd la caractéristique de l'individualité.

Le caractère concret existe si l'acte vise une situation particulière, soit un état de fait spécifique au cas d'espèce. Tel est le cas si l'acte concerne une certaine circonstance de la vie, délimitée en termes de temps et d'espace et spécifiée à un point permettant une exécution directe et sans autres étapes de concrétisation²³, soit une situation unique²⁴.

21 BOVAY (2015) p. 333-334; DONZALLAZ (2022) N° 64; DUBEY/ZUFFEREY (2014) N° 874; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) N° 860; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) N° 878; MOOR/POLTIER (2011) p. 198-199; MÜLLER (2018) N 40; TANQUEREL (2018) N° 796; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) N° 663-664; UHLMANN (2016) N° 45; WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME (2022) N° 39 *ad art.* 5.

22 Arrêt TAF A-4247/2019 du 13 février 2020, c. 3.3.2.

23 ATAF 2013/51 du 17 décembre 2013, c. 5.4.2.

24 ATAF 2016/3 du 2 mars 2016, c. 3.2.

5. *L'acte règle un rapport de droit de manière contraignante et obligatoire*

La dernière caractéristique de la décision est la plus importante : la décision est une manifestation de volonté, qui a pour caractéristique d'être obligatoire avec pour conséquence de modifier directement la situation juridique d'un administré²⁵. Elle est également contraignante, ce qui signifie non seulement que la relation juridique est tranchée de manière définitive et ne peut, en principe, plus être remise en cause, mais aussi que le non-respect de la décision peut être sanctionné et faire l'objet de mesures d'exécution forcée par l'administration.

Ce caractère contraignant est un élément essentiel de la décision qui la distingue notamment des communications, prises de positions, recommandations, renseignements, informations, ou autres actes analogues, à défaut d'effet obligatoire²⁶. Dès lors qu'il exprime l'effet obligatoire de l'acte étatique unilatéral, il forme un paramètre souvent déterminant de la qualification de décision. A défaut d'éléments visant à produire des effets juridiques ou constatant des droits ou des devoirs individuels concrets, il ne peut y avoir de décision²⁷. Dans ce sens, le Tribunal fédéral admet au regard de l'article 82, lettre a, LTF une définition large de la décision qui vise tout acte individuel et concret touchant son destinataire dans ses droits, notamment ses droits fondamentaux²⁸.

III. Les aspects formels de la décision

Selon le Tribunal administratif fédéral, « *[a]u sens formel, la décision est définie aux articles 34 à 38 PA : il s'agit dans la règle d'acte écrit, soumis*

²⁵ BOVAY (2015) p. 339; DUBEY/ZUFFEREY (2014) N° 876 et 879; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (2015) N° 348; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) N° 868 s; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) N 885; MOOR/POLTIER (2011) p. 182-183; MÜLLER (2018) N° 76 et 79 s; TANQUEREL (2018) N° 799; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) N 666; WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME (2022) N° 53 *ad art.* 5.

²⁶ Arrêt TF 8C_220/2011 du 2 mars 2012, c. 4.1.2; Arrêt TF 1C_197/2008 du 22 août 2008, c. 2.2; ATAF 2016/4 du 21 mars 2016, c. 5.2.2; ATAF 2016/3 du 2 mars 2016, c. 3.3; ATAF 2009/20 du 23 mars 2009, c. 3.2; DONZALLAZ (2022) N° 77; WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME (2022) N° 63 *ad art.* 5.

²⁷ ATAF 2016/4 du 21 mars 2016, c. 5.2.3; Arrêt TAF A-2723/2007 du 30 janvier 2008, c. 1.2.

²⁸ ATF 138 I 6, c. 1.2 *in fine*; Arrêt TAF B-6422/2020 du 14 février 2022, c. 1.5.1; DONZALLAZ (2022) N° 26.

à notification, désigné comme tel, motivé et comportant l'indication de voies de droit. »²⁹ Cette définition lie la notion de « décision au sens formel » à quatre dispositions figurant dans le chapitre II de la PA et contenant les règles générales de procédure administrative fédérale.

L'article 34, alinéa 1, PA prévoit la forme écrite de la décision, sous réserve des exceptions relatives à la notification électronique (art. 34, al. 1^{bis}, PA)³⁰ ou des rares cas de notification orale préalable à une confirmation écrite (art. 34, al. 2, PA). L'article 35 PA traite du contenu minimal de la décision en imposant l'indication qu'il s'agit d'une décision, une motivation appropriée, la mention de la voie de recours ouverte ainsi que du délai de recours et une notification appropriée³¹. L'article 36 PA règle les conditions d'une notification par publication officielle. L'article 38 PA traite de l'absence de conséquence d'une notification irrégulière.

Les articles 46 et 47 LPA ont une portée similaire. Selon ces dispositions, les décisions doivent être désignées comme telles, motivées et signées, et indiquer les voies et délais de recours (art. 46, al. 1, LPA); de plus, une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 47 LPA).

Nous allons examiner la portée de ces exigences formelles (A.) avant de déterminer les conséquences de leur violation (B.).

²⁹ Arrêt TAF B-2771/2011 du 9 octobre 2012, c. 1.3.

³⁰ Selon l'art. 34, al. 1^{bis}, PA, en relation avec l'art. 8, al. 1, de l'ordonnance sur la communication électronique dans le cadre d'une procédure administrative du 18 juin 2010 (OCEI-PA; RS 172.021.2), la notification électronique de décisions est autorisée avec l'accord des parties. Si la notification a lieu dans une boîte postale électronique du destinataire, créée sur une plateforme de notification reconnue après identification personnelle du titulaire de la boîte postale, cette notification est considérée comme une première tentative de notification au sens de l'art. 20, al. 2^{bis}, PA (art. 10, al. 1, OPA). De telles communications sont considérées comme effectuées le septième jour suivant la tentative de notification (art. 20, al. 2^{bis}, PA). Le fardeau de la preuve de la notification incombe à l'instance précédente (ATF 124 V 400 c. 2a; 105 III 43 2a; dans les deux cas avec renvois); voir par exemple, Arrêt TAF B-4297/2021 du 28 juin 2021, c. 2; Arrêt TF 1B_240/2020 du 4 juin 2021, c. 2.4.

³¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) N° 734 s.

A. Les exigences formelles

1. *La forme écrite*

La forme écrite est imposée explicitement par l'article 34, alinéa 1, PA et implicitement par l'article 46, alinéa 1, LPA, sous réserve des exceptions concernant la notification digitale (art. 34, al. 1^{bis}, PA et 46, al. 1, seconde phrase, LPA) et la notification orale de certaines décisions (art. 34, al. 2, PA³² et 46, al. 3, LPA³³)³⁴. En outre, en procédure fédérale, la forme écrite devra respecter la langue de la procédure conformément à l'article 33a PA³⁵.

Cette exigence de forme est justifiée par le fait que l'écrit assure, par sa matérialité, la sécurité juridique et les garanties de transparence permettant à l'auteur de la décision de fixer clairement ses manifestations de volonté et au destinataire d'en prendre connaissance³⁶. En particulier, le dispositif de la décision qui affecte les droits et obligations du destinataire doit figurer sur la décision où à tout le moins être identifiable comme tel³⁷.

De même, la forme écrite implique l'identification de l'auteur de la décision, et donc de l'autorité en cause, comme de son destinataire, sans toutefois imposer une forme particulière³⁸.

32 Selon cette disposition, une autorité peut notifier une décision incidente sous forme orale, étant entendu qu'elle doit la confirmer par écrit si une partie le demande sur-le-champ; dans ce cas, un délai de recours ne commence à courir qu'à partir de la confirmation écrite. Voir, par exemple, Arrêt TAF A-5218/2013 du 10 octobre 2013, c. 6.2 et 6.3.

33 Le droit genevois est plus large que le droit fédéral puisqu'il autorise la communication orale d'une décision si la nature de l'affaire l'exige, pour autant que cette décision soit confirmée par écrit dans les 5 jours si une partie le requiert. Le délai de recours ne court qu'à partir de cette confirmation.

34 TANQUEREL (2018) N° 815; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) N° 739.

35 DUBEY/ZUFFEREY (2014) N° 942; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) N° 740.

36 ATAF 2010/13 du 5 février 2010, c. 3.1; DUBEY/ZUFFEREY (2014) N° 936; TANQUEREL (2018) N° 814.

37 MOOR/POLTIER (2011) p. 345; KNEUBÜHLER/PEDRETTI (2018) N° 1 ss; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK (2016) N° 6; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) N 884 ss.

38 DUBEY/ZUFFEREY (2014) N° 938.

En revanche, l'article 34, alinéa 1, PA ne mentionne pas expressément la présence de la signature de la décision par son auteur, contrairement à l'article 46, alinéa 1, LPA. Selon le Tribunal administratif fédéral, ce silence de la PA n'est pas une lacune dès lors que l'exigence de la signature est expressément posée s'agissant du mémoire de recours (art. 52, al. 1, PA)³⁹. Toutefois, il admet cette exigence d'abord pour une question de sécurité juridique dès lors que, comme pour un jugement, la signature de la décision a pour fonction d'attester que l'acte notifié correspond à la volonté véritable du ou des signataires, respectivement de garantir son authenticité. Il l'accepte ensuite par le fait que l'autorité qui rend une décision doit être reconnaissable, respectivement identifiable pour l'administré⁴⁰.

De plus, la jurisprudence a relativisé la portée de l'exigence d'une signature manuscrite, même lorsque la procédure applicable l'exige formellement, dans le domaine de *l'administration de masse*. La signature ne constitue ainsi en règle générale plus une condition de validité dans le cas des décisions rendues en grand nombre. Il est admis qu'une autorité administrative utilise des formulaires imprimés ou émette des décisions par voie électronique pour des motifs de simplification, de célérité et d'économie⁴¹.

Enfin, en cas de communication électronique, au plan fédéral, l'article 21a, alinéa 1 et 2, PA prévoit que les écrits peuvent être transmis à l'autorité par voie électronique et doivent, dans ce cas, être munis de la signature électronique qualifiée de la partie ou de son mandataire au sens de la loi sur la signature électronique⁴². Dans le canton de Genève, l'article 18, alinéa 5, LPA prévoit que si les parties et l'autorité utilisent la communication électronique, les exigences de la forme écrite et de la signature manuscrite posées par le droit cantonal ne s'appliquent pas.

39 Arrêt TAF A-4996/2020 du 14 novembre 2022, c. 2.4.2.

40 Arrêt TAF A-4996/2020 du 14 novembre 2022, c. 2.4.3; Arrêt TAF A-6219/2020 du 31 mai 2021, c. 3.3.

41 Arrêt TAF A-1604/2021 du 8 septembre 2022, c. 2.3; ATF 138 II 501 c. 3.2.2.

42 Loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique et des autres applications des certificats numériques du 18 mars 2016 (RS 943.03 – Loi sur la signature électronique, SCSE).

En toute hypothèse, en l'absence de disposition légale spéciale imposant la présence d'une signature, l'existence d'une signature n'est pas une condition de validité d'une décision⁴³.

2. *L'indication qu'il s'agit d'une « décision »*

L'acte doit contenir le mot « décision » ou un terme analogue. L'élément déterminant est que l'existence d'une décision soit reconnaissable par son destinataire⁴⁴.

3. *La motivation*

L'autorité a l'obligation de motiver sa décision, pour que le destinataire puisse la comprendre, l'attaquer utilement s'il y a lieu de le faire et permettre ensuite un contrôle par l'autorité de recours (art. 35, al. 1, PA et 46, al. 1, LPA)⁴⁵. Cette exigence découle également du droit d'être entendu, garanti par l'article 29, alinéa 2, Cst.⁴⁶

Pour respecter cette obligation, l'autorité doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée lors de la prise de décision et les motifs fondant la décision afin que l'intéressé puisse se rendre compte de sa portée et, le cas échéant, recourir contre celle-ci en connaissance de cause⁴⁷. Cette règle n'impose pas à l'autorité d'exposer et d'analyser tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties ; elle peut se limiter à ceux qui, sans arbitraire, lui semblent pertinents⁴⁸, pour autant que le justiciable puisse apprécier correctement les motifs qui ont guidé la décision⁴⁹. Le degré de motivation requis dépend du caractère plus ou moins restrictif de la décision en cause et doit être déterminé dans chaque

⁴³ Arrêt TAF A-6219/2020 du 31 mai 2021, c. 3.2.

⁴⁴ DUBEY/ZUFFEREY (2014) N° 947.

⁴⁵ ATF 129 I 232, c. 3.2 ; CANDRIAN (2013) N° 35 ; TANQUEREL (2018) N° 816 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) N° 747.

⁴⁶ ATF 141 V 557, c. 3.2.1 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) N° 1070 s ; MOOR/POLTIER (2011) p. 300 ss ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) N° 745 ss.

⁴⁷ ATF 139 V 496, c. 5.1 ; ATF 129 I 232, c. 3.2 ; Arrêt CACJ/GE du 20 juin 2017 (ATA/679/2017), c. 6 ; CANDRIAN (2013) N° 34.

⁴⁸ ATF 134 I 83, c. 4.1 ; ATF 133 III 439, c. 3.3 ; ATF 130 II 530, c. 4.3 ; ATF 126 I 97, c. 1b.

⁴⁹ ATF 141 V 557, c. 3.2.1.

cas d'espèce⁵⁰. Ainsi, lorsqu'une décision fait entièrement droit aux conclusions d'un administré, la décision se suffit à elle-même, une motivation supplémentaire n'est pas nécessaire. En procédure fédérale, l'article 35, alinéa 3, PA va même au-delà en prévoyant que l'autorité peut renoncer à motiver la décision et à indiquer les moyens de droit, si elle fait entièrement droit aux conclusions des parties et si aucune partie ne réclame une motivation. A l'inverse, une décision refusant une demande d'un administré ou imposant une sanction administrative devra être motivée de manière détaillée.

La motivation peut figurer sur un document séparé de la décision elle-même⁵¹.

4. *L'indication de la voie et délai de recours*

Les décisions doivent indiquer le moyen de droit ordinaire qui est ouvert à l'administré concerné, l'autorité à laquelle il doit s'adresser et le délai imparti pour recourir (art. 35, al. 1 et 2, PA et 46, al. 1, LPA)⁵².

5. *La notification*

Une décision n'est en principe opposable à son destinataire que si celui-ci en a eu connaissance. A défaut de toute communication d'une décision, celle-ci est réputée ne pas exister, car elle ne peut déployer aucun effet. En conséquence, tant la PA que la LPA formalisent la procédure de communication des décisions, qualifiée de « notification ».

La notification consiste à faire parvenir l'information dans la sphère de puissance du destinataire⁵³. Selon le Tribunal fédéral, la notification doit permettre au destinataire de prendre connaissance de la décision et, le cas échéant, de faire usage des voies de droit ouvertes à son encontre. En principe, la notification a lieu par écrit (art. 34, al. 1, PA et 46, al. 2 LPA). Une notification orale peut intervenir en cas d'urgence, mais dans ce cas, la décision doit ensuite être confirmée par écrit (art. 34, al. 2, PA et 46,

⁵⁰ ATF 112 Ia 107, c. 2b.

⁵¹ ATF 113 II 204, c. 2.

⁵² DUBEY/ZUFFEREY (2014) N° 953.

⁵³ En général, voir HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) N° 1638 ss; MOOR/POLTIER (2011) p. 352; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) p. 268; TANQUEREL (2018) N° 1565 ss.

al. 3, LPA). La notification par voie électronique est autorisée par les articles 34, alinéa 1^{bis}, PA et 46, alinéa 2, LPA pour les parties qui ont accepté cette forme de communication.

Le fardeau de la preuve de la notification et de la date de celle-ci incombe en principe à l'autorité qui entend en tirer une conséquence juridique⁵⁴. La décision est notifiée non pas au moment où le citoyen en prend connaissance, mais le jour où elle est dûment communiquée. S'agissant d'un acte soumis à réception, la notification est réputée parfaite au moment où la décision entre dans la sphère de puissance de son destinataire⁵⁵. Ce dernier, en organisant normalement ses affaires, doit ainsi pouvoir être à même d'en prendre connaissance. Il n'est pas nécessaire que le destinataire ait personnellement en main la décision, encore moins qu'il en prenne effectivement connaissance⁵⁶. En particulier, lorsqu'une procédure est en cours, les parties à celle-ci doivent s'attendre à recevoir des notifications⁵⁷. Aussi, le Tribunal fédéral a estimé qu'une personne qui s'absente pour une longue période doit prendre les mesures nécessaires pour recevoir les décisions ou les actes de procédure qui lui sont adressés⁵⁸. En conséquence, si une personne s'absente pour un temps prolongé sans faire suivre son courrier ni donner de nouvelles ou charger un tiers d'agir à sa place, une notification effectuée à son adresse habituelle est valablement effectuée⁵⁹.

B. La conséquence de la violation des exigences formelles

La violation des exigences formelles n'a pas d'impact sur la qualification de l'acte comme une décision. Selon la jurisprudence constante des juridictions administratives, en cas d'ambiguïté sur le caractère de décision d'un courrier, voire même d'un courriel qui, par définition, ne respecte pas la forme écrite en l'absence de support papier⁶⁰, ce n'est pas le fait

⁵⁴ ATF 129 I 8 c. 2.2; Arrêt CACJ/GE du 8 mai 2018 (ATA/461/2018), c. 9.

⁵⁵ ATF 133 I 201 c. 2.1; ATF 117 V 131 c. 4a; ATF 116 III 59 c. 1b. Voir également Arrêt CACJ/GE du 7 décembre 2021 (ATA/1338/2021), c. 2.

⁵⁶ ATAF 2009/55 du 17 décembre 2009 c. 5.2.

⁵⁷ ATF 130 III 396 c. 1.2.3.

⁵⁸ ATF 123 III 492 c. 1; ATF 119 V 89 c. 4; ATF 101 Ia 7 c. 3.

⁵⁹ Voir, par exemple, Arrêt CACJ/GE du 24 septembre 2013 (ATA/629/2013).

⁶⁰ Voir, par exemple, s'agissant de courriels: ATAF 2021 IV/4 du 28 juin 2021, c. 4.1 et 4.2.

que l'acte administratif soit identifié comme une décision ou qu'il réponde aux exigences légales de forme qui est déterminant, mais la présence des caractéristiques matérielles d'une décision⁶¹. Autrement dit, la qualité matérielle de l'acte administratif en cause l'emporte sur ses éventuels défauts formels.

De plus, cette violation a rarement de conséquences sur l'acte lui-même. Sous réserve de cas exceptionnels justifiant l'annulation, voire la nullité de l'acte, dans la mesure où l'acte a été communiqué régulièrement ou non à son destinataire⁶², l'informalité est traitée comme un cas de notification irrégulière au sens de articles 38 PA et 47 LPA⁶³. En conséquence, pour déterminer les effets de cette notification irrégulière, il faut examiner, d'après les circonstances du cas concret, si la partie intéressée a réellement été induite en erreur par l'irrégularité de la notification et a, de ce fait, subi un préjudice. Il convient à cet égard de s'en tenir aux règles de la bonne foi qui imposent une limite à l'invocation du vice de forme⁶⁴.

En l'absence de préjudice, la violation sera sans conséquence. En effet, la protection des parties est considérée comme suffisamment garantie lorsque la notification irrégulière atteint son but malgré une irrégularité⁶⁵. Ceci, même si, selon le Tribunal fédéral, le fait de reconnaître un effet guérisseur au succès factuel d'une notification viciée comporte le risque d'avoir pour conséquence que le respect des exigences légales soit peu à peu abandonné, ces dernières étant réduites à de simples règles d'ordre et les justiciables étant déchus du droit d'obtenir des communications transmises par la voie et selon les modalités légales⁶⁶.

61 ATF 133 II 450, c. 2.1; ATF 2015/15 c. 2.1.2.1 *in fine*; Arrêt CACJ/GE du 18 juin 2019 (ATA/1022/2019), c. 2.

62 En l'absence de toute notification, une décision ne peut déployer aucun effet juridique; voir notamment TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) N° 755.

63 DUBEY/ZUFFEREY (2014) N° 968; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) N° 754.

64 ATF 119 IV 330, c. 1c; Arrêt TAF A-584/2010 du 13 octobre 2010, c. 4; Arrêt CACJ/GE du 22 août 2017 (ATA/1199/2017), c. 8.

65 Voir, par exemple, Arrêt CACJ/GE du 23 novembre 2021 (ATA/1271/2021), c. 1; Arrêt CACJ/GE du 16 novembre 2021 (ATA/1220/2021), c. 9.

66 ATF 132 I 249 c. 6.

De plus, en vertu du principe de la bonne foi, le destinataire d'une décision dépourvue de toute indication relative à la voie de droit et au délai de recours doit se renseigner rapidement auprès d'un avocat ou de l'autorité qui est l'auteur de la décision. A défaut, le destinataire risque de ne plus être protégé contre l'erreur de l'autorité. La situation est différente si la décision indique une voie de droit erronée dès lors que l'autorité incompétente qui reçoit le recours a l'obligation de le transmettre à l'autorité compétente, le délai de recours étant tenu pour respecté⁶⁷. En revanche, si cette violation cause un préjudice à l'administré⁶⁸, elle peut justifier une annulation de l'acte attaqué.

Il en va de même en cas de violation grave et non réparable du droit d'être entendu. La nullité est l'exception. Selon la théorie de l'évidence développée par la pratique, une décision n'est nulle que si le vice qui lui est attaché est particulièrement grave et manifeste ou du moins facilement reconnaissable et si, en outre, la sécurité juridique n'en est pas sérieusement menacée⁶⁹. La pratique a reconnu différents vices en présence desquels une décision est considérée comme nulle (motifs de nullité). Il s'agit notamment de vices de compétence, de procédure majeurs et de graves défauts de contenu⁷⁰. Les vices formels seront très rarement un motif de nullité. La nullité d'une décision pourra être admise si le défaut de notification a eu pour conséquence que le recourant n'a pas eu connaissance de la procédure dirigée contre lui, respectivement qu'il ne lui a pas été offert de participer à cette procédure⁷¹.

IV. Une définition de la décision limitée à son sens matériel

L'analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral ou du Tribunal administratif fédéral relative à la notion de décision met en évidence une ap-

⁶⁷ ATF 119 IV 330, c. 1c.

⁶⁸ ATF 99 Ib 94, c. 2b; Arrêt TAF A-2563/2012 du 31 juillet 2012, c. 2; Arrêt TAF B-5196/2011 du 14 juin 2012, c. 5.

⁶⁹ ATF 138 II 501, c. 3.1; ATF 137 I 273, c. 3.1; ATF 133 II 366, c. 3.1 s.; ATF 132 II 342, c. 2.1; ATF 130 III 430, c. 3.3; ATF 129 I 361, c. 2.1; Arrêt TAF A-5926/2012 du 9 avril 2013, c. 2.2.1; CANDRIAN (2013) N° 36; DUBEY/ZUFFEREY (2014) N° 973; MÜLLER (2018) N° 26.

⁷⁰ ATF 138 II 501, c. 3.1; ATF 137 I 273, c. 3.1; ATF 132 II 21, c. 3.1.

⁷¹ ATF 136 III 571, c. 6.2; Arrêt du TAF A-4468/2014 du 25 avril 2016, c. 5.2.1.

proche constante focalisée sur les éléments caractéristiques matériels⁷² de la décision.

Si tout ou partie de ces éléments caractéristiques matériels font défaut, il n'existe pas de décision au sens de l'article 5 PA ou 4 LPA, avec pour conséquence une absence d'acte attaquant par un recours. En revanche, si un acte présente tous les éléments caractéristiques matériels selon des critères objectifs et indépendants de la volonté de l'autorité ou de l'administré, mais ne respecte pas tout ou partie des exigences formelles de la décision, il sera considéré comme une décision et donc un acte attaquant par un recours⁷³.

Si le Tribunal administratif fédéral oppose parfois la notion de décision au sens matériel à celle au sens formel pour distinguer la question des éléments caractéristiques de celle du respect des exigences formelles⁷⁴, le Tribunal fédéral utilise la notion de décision au sens matériel plutôt comme un critère de distinction entre les décisions finales et les décisions incidentes⁷⁵. Pour le Tribunal fédéral, ce qui est déterminant est la définition même de la décision, soit un acte de souveraineté unilatéral fondé sur le droit public par lequel une autorité règle, dans un cas individuel et concret, un rapport de droit de manière contraignante et obligatoire⁷⁶.

Le résultat de ces deux approches est identique : seul est déterminant le contenu matériel de la décision, soit ses caractéristiques structurelles. En revanche, la désignation de l'acte comme une « décision » ou le respect des conditions formelles imposées par les articles 34 et 35 PA, ne sont pas pertinents pour qualifier l'acte de décision. En réalité, ces exigences sont une conséquence, et non une condition de l'existence d'une décision⁷⁷. Un acte peut ainsi être qualifié de décision au sens matériel si, par

⁷² Voir, *supra*, I.B.

⁷³ ATF 133 II 450, c. 2.1; Arrêt TAF C-2288/2021 du 3 novembre 2022, c. 2.3; Arrêt TAF A-1173/2021 du 5 juillet 2022, c. 2.3.1; ATAF 2016/17 du 6 octobre 2016, c. 2.3; ATAF 2016/4 du 21 mars 2016, c. 5.2.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) N° 872; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) N° 655.

⁷⁴ Voir, par exemple, Arrêt TAF A-4996/2020 du 14 novembre 2022, c. 2.4.1; Arrêt TAF B-3768/2017 du 8 novembre 2017.

⁷⁵ Voir, par exemple, ATF 137 III 193, c. 1.2.

⁷⁶ ATF 139 V 72, c. 2.2.1; ATF 135 II 38, c. 4.3; ATF 135 II 30, c. 1.1; ATF 131 II 13, c. 2.2.

⁷⁷ UHLMANN (2016) N° 132; CANDRIAN (2013) N° 29; MÜLLER (2018) N° 15.

son contenu, il en a le caractère⁷⁸, et ce, même s'il n'est pas intitulé comme tel et ne présente pas tout ou partie des éléments formels typiques d'une décision⁷⁹. A l'inverse, le fait qu'un acte respecte toutes les exigences de forme imposées par la PA ou la LPA ne suffit pas pour le qualifier de décision si cet acte ne remplit pas les conditions d'existence d'une décision au sens matériel⁸⁰.

Suivre ce raisonnement signifie admettre que la notion de « décision au sens formel » ne saurait exprimer autre chose qu'une référence au respect de règles de procédure. Cela paraît cohérent tant avec le but des règles de procédure, notamment des articles 34 et 35 PA ou 46 LPA, d'une part, et la structure de la PA ou de la LPA d'autre part.

En effet, dès son origine, l'un des buts de la PA était d'améliorer la situation juridique des administrés en leur accordant des droits destinés à les protéger d'une action unilatérale de l'administration⁸¹. Dans ce sens, le message relatif à la PA exposait l'objectif de protection accrue des administrés⁸²: « [l]a codification entend, selon la lettre b, mieux protéger le citoyen contre l'administration en lui donnant, comme partie dans la procédure administrative, des droits subjectifs dont il ne jouit pas, ou ne jouit que dans une mesure rudimentaire, mais qui répondent aux conceptions modernes sur les exigences auxquelles doit satisfaire l'Etat régi par le droit. Comme principaux exemples de ces droits nous citerons ceux que confèrent les articles 23 et suivants sur la consultation des pièces, les articles 26 et suivants sur le droit d'être entendu, l'article 33 sur l'indication des voies de droit, l'article 58 sur les dépens du recourant, l'article 59 sur le bénéfice du pauvre. »⁸³

Les articles 34 et 35 PA ont ainsi été conçus comme des dispositions de protection juridiques des administrés dans leurs rapports avec l'administration. Vu du point de vue de celles-ci, ces normes sont des règles de

⁷⁸ ATAF 2009/43 du 21 août 2009, c. 1.1.4 ss; Arrêt TAF A-1672/2016 du 25 octobre 2016, c. 1.2.1.

⁷⁹ Arrêt TF 2C_271/2012 du 14 août 2012, c. 2.3 s., non publié in ATF 138 II 289.

⁸⁰ MÜLLER (2018) N° 15.

⁸¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) N° 736.

⁸² Message PA, FF 1965 II 1383, 1389.

⁸³ Message PA, FF 1965 II 1383, 1389. Dans leurs teneurs initiales, les art. 31 et 32, respectivement 33, du projet correspondent en substance aux art. 34 et 35 actuels.

comportement organisant de manière systématique la relation avec les administrés avec un objectif ultime de rationalisation de la procédure administrative⁸⁴.

Ces normes n'ont pas été élaborées pour définir la « décision ». Ce rôle incombe à l'article 5 PA, comme l'exposait le Conseil fédéral en 1965 dans des termes qui n'ont quasiment pas perdu leur actualité: « *[le premier alinéa, lettres a et b, définit les décisions: Ce sont des mesures qui engendrent des rapports de droit – injonction, autorisation, approbation, etc. (ATF 89, I, 258/259) – ou les constatent, c'est-à-dire qu'elles appliquent aux cas concrets et individuels le droit public objectif avec ses obligations ou avantages circonscrits d'une manière générale et abstraite. Il importe peu qu'elles soient prises d'office ou sur demande. Le rejet ou la déclaration d'irrecevabilité d'une demande, aussi d'une demande de nouvel examen, est, d'après la lettre c, une décision.]* »⁸⁵

Les arrêts anciens traitant de ces normes les appréhendent également sous l'angle de la protection juridique des administrés, par exemple, s'agissant des problèmes de notification en faisant la pesée des intérêts entre le besoin légitime de protection de l'administré et son obligation de bonne foi⁸⁶. Cette approche est confirmée par la structure des lois de procédure.

La définition de la décision appartient au Chapitre I de cette loi, intitulé « Champ d'application », et à sa section B « Définition », qui traite de la notion de décision (art. 5 PA) et des « parties » à la procédure (art. 6 PA). La décision est également un élément clef du champ d'application de la PA dès lors que celle-ci s'applique uniquement à « la procédure dans les affaires administratives qui doivent, selon l'article 1, alinéa 1, PA, être réglées par les **décisions...** » au sens de l'article 5, alinéa 1, PA⁸⁷.

En revanche, les articles 34 et 35 PA font partie du Chapitre II de la PA contenant les règles générales de la procédure non contentieuse et contentieuse. Ils sont traités dans la section J relative à la « notification » au même titre que le droit à la consultation des pièces dans la section G

⁸⁴ Message PA, FF 1965 II 1383, 1390.

⁸⁵ Message PA, FF 1965 II 1383, 1398.

⁸⁶ ATF 107 Ib 151, c. 3d; ATF 106 V 240240, c. 4; ATF 105 Ib 171, c. 3a; JAAC 1978 N° 96, p. 422 et 432; ATF 102 Ib 91, c. 3; JAAC 1978 N° 8, p. 24 et 26.

⁸⁷ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) N° 764.

ou le droit d'être entendu dans la section H. Leur place dans la systématique de loi confirme leur nature de règle de procédure et non d'élément constitutif de la décision.

Comme la PA s'applique, selon son article 1, alinéa 1, à « *la procédure dans les affaires administratives qui doivent être réglées par les décisions d'autorités administratives fédérales statuant en première instance ou sur recours* », les articles 34 et 35 PA ne peuvent avoir de fonction que s'il existe une procédure et donc si une décision va être prise en première instance où a été prise et fait l'objet d'un recours.

Cette structure de la loi confirme que les exigences formelles imposées par les articles 34 et 35 PA sont une conséquence et non une condition de l'existence d'une décision⁸⁸. Elles n'ont pas d'influence sur la qualification de la décision⁸⁹, mais doivent en principe être appliquées dès qu'une décision existe.

Du point de vue de la LPA, la situation est analogue. L'existence d'une décision, telle que définie à l'article 4, alinéa 1, LPA, est l'une des deux conditions cumulatives de l'application de la LPA, comme cela ressort de son article 1, alinéa 1: « [l]a présente loi contient les règles générales de procédure s'appliquant à la prise de décision par les autorités. » En revanche, les articles 46 et 47 LPA, sous le titre de chapitre « Contenu et notification des décisions » appartiennent au Titre II de cette loi qui contient les « Règles générales de procédure » applicables tant la procédure non contentieuse que contentieuse. Leur mise en œuvre suppose donc qu'une décision au sens de l'article 4, alinéa 1, LPA soit prise ou à prendre. Elles sont la conséquence de l'existence d'une telle décision et non une composante de la décision.

V. Conclusion

La combinaison des composantes matérielles et des aspects formels de la décision crée parfois une certaine confusion sur la notion de décision. De

⁸⁸ Arrêt TAF A-4996/2020 du 14 novembre 2022, c. 2.4.1.

⁸⁹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) N° 737.

même, l'usage dans des arrêts fédéraux⁹⁰ des termes « décision au sens formel » pour désigner l'existence d'une décision ou l'absence de celle-ci en dépit de la requête d'un administré d'obtenir la prise d'une décision, ne contribue pas à dissiper cette confusion.

En réalité, la situation juridique est relativement simple : une décision n'existe qu'en présence des éléments constitutifs de la décision au sens matériel. Il faut identifier un acte étatique unilatéral, émanant d'une autorité, fondé sur le droit public, visant un cas individuel et concret et réglant un rapport de droit de manière contraignante et obligatoire. Ces composantes sont les seuls paramètres à prendre en compte pour s'assurer de la présence ou non d'une décision. Le volet formel de la décision n'intervient pas dans cette définition, il n'est que la conséquence imposée par la législation de l'existence d'une décision. Il ne peut donc être question que des aspects formels de la décision et non de la « décision au sens formel » pour bien marquer que les articles 34 à 38 PA ou 46 et 47 LPA n'ont pas de rapport avec la définition d'une décision.

Ces droits de procédure sont importants dès lors qu'ils sont censés améliorer la protection des destinataires d'une décision. En effet, en exigeant un certain formalisme avec la présence d'un écrit, la mention qu'il s'agit d'une décision, une motivation appropriée et l'indication de la voie et délai de recours, la PA et la LPA doivent en principe permettre au destinataire de comprendre la nature et la portée de l'acte qu'il reçoit et, cas échéant, de la contester. Dans le même sens, l'exigence d'une notification conforme au droit assure que l'on ne peut opposer à un administré qu'un acte qu'il a reçu.

Toutefois, ces droits ont une portée limitée vu l'absence de réelle sanction. Dès lors qu'il est admis que l'informalité est réparée en l'absence de préjudice pour le destinataire tout en demandant un degré d'attention pouvant être élevé au destinataire ou son mandataire en vertu du principe de la bonne foi, ces garanties ne protègent effectivement un administré que dans des cas limites ou extrêmes. Elles sont ainsi d'une portée réduite par rapport à ce que le texte légal paraît exiger.

⁹⁰ Voir, par exemple, Arrêt TAF B-6422/2020 du 14 février 2022, c. B.g.; Arrêt TAF C-4855/2017 du 23 novembre 2017, c. F; Arrêt TAF B-3768/2017 du 8 novembre 2017.

C'est probablement une conséquence du fait que la décision n'existe qu'en fonction de ses caractéristiques matérielles, indépendamment de sa forme, ce qui ne donne qu'un caractère secondaire aux aspects formels.

Bibliographie

- BOVAY BENOÎT (2015), *Procédure administrative*, 2^e éd., Berne.
- CANDRIAN JÉRÔME (2013), Introduction à la procédure administrative fédérale: la procédure devant les autorités administratives fédérales et le Tribunal administratif fédéral, Bâle.
- DONZALLAZ YVES (2022), « Art. 82 LTF », in: AUBRY GIRARDIN/DONZALLAZ/DENYS/BOVEY/FRÉSARD (éds), *Commentaire de la LTF*, 3^e éd., Berne.
- DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE (2014), *Droit administratif général*, Fribourg.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX (2020), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^e éd., Zurich/St-Gall.
- KIENER REGINA/RÜTSCHKE BERNHARD/KUHN MATHIAS (2015), *Öffentliches Verfahrensrecht*, 2^e éd., Zurich/St-Gall.
- KNEUBÜHLER LORENZ/PEDRETTI RAMONA (2018), « Art. 34 VwVG », in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (éds), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, 2^e éd., Zurich.
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN (2013), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd., Zurich. Message du Conseil fédéral du 24 septembre 1965 relatif à la Loi fédérale sur la procédure administrative (PA), FF 1965 II 1383 ss (Message PA).
- MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE (2011), *Droit administratif*, volume II: les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd., Berne.
- MÜLLER MARKUS (2018), « Art. 5 VwVG », in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (éds), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, 2^e éd., Zurich.
- TANQUEREL THIERRY (2018), *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Zurich.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS (2022), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^e éd., Berne.
- UHLMANN FELIX (2016), « Art. 5 VwVG », in: WALDMANN/WEISENBERGER (éds), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) unter Einschluss des Reglements über die Kosten und*

Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE), 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève.

UHLMANN FELIX/SCHILLING-SCHWANK ALEXANDRA (2016), « Art. 34 VwVG », *in*: WALDMANN/WEISSENBERGER (éds), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) unter Einschluss des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE)*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève.

WIEDERKEHR RENÉ/MEYER CHRISTIAN/BÖHME ANNA (2022), *VwVG Kommentar – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren und weiteren Erlassen*, Zurich.

Le droit d’être entendu

FRÉDÉRIC BERNARD

Professeur, Université de Genève

Introduction

Le droit d’être entendu (*Anspruch auf rechtliches Gehör/diritto di essere sentito*) se développe de manière exponentielle dans tous les domaines du droit, tant dans la jurisprudence que dans la doctrine¹.

Dans la présente contribution, nous nous proposons de rappeler les fondements du droit de la personne d’être entendue (*infra* I.), d’aborder sa nature (*infra* II.), de montrer comment il est concrètement mis en œuvre (*infra* III.), d’aborder les limitations dont il fait l’objet (*infra* IV.) et d’examiner comment son respect est contrôlé (*infra* V.). Nous concluons en nous demandant si l’accroissement quantitatif de l’usage du droit d’être entendu s’accompagne d’un renforcement substantiel de son impact.

I. Fondements

Les fondements du droit de la personne d’être entendue comprennent son origine (*infra* A.), ses fonctions (*infra* B.) et ses sources (*infra* C.).

A. Origine

Les origines du droit d’être entendu sont anciennes et apparaissent d’abord dans le domaine du droit pénal. Ainsi, dans le Nouveau Testament, Nicodème prend la défense de Jésus devant les Pharisiens en s’exclamant : « Notre Loi condamnerait-elle un homme sans l’avoir entendu et sans savoir ce qu’il fait ? »²

¹ Voir, de manière générale, MICHELE ALBERTINI (2000), *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates: Eine Untersuchung über Sinn und Gehalt der Garantie unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, Berne.

² Evangile selon Jean, 7, 51, in : *Traduction œcuménique de la Bible*, Paris 1988, p. 1525. Pour une analyse de ce texte, lire BENJAMIN HOFFMANN (2022), *Recht*

A l'époque des Lumières, le droit de la personne d'être entendue occupe une place importante dans la reconnaissance et la consécration des droits fondamentaux, comme le montrent la Déclaration des droits de l'Etat de Virginie de 1776³ et le Sixième Amendement à la Constitution des Etats-Unis⁴.

En Suisse, le droit de la personne d'être entendue n'était consacré ni dans la Constitution de 1848, ni dans celle de 1874⁵. C'est donc le Tribunal fédéral qui l'a progressivement reconnu comme droit constitutionnel non écrit en le déduisant du principe d'égalité de traitement alors garanti par l'article 4 aCst.⁶ Même si ce procédé a parfois été critiqué par la doctrine⁷, il convient de relever que le droit d'être entendu inclut l'idée de l'égalité des armes entre les parties – en particulier, en droit administratif, entre l'administration et la personne ou société privée – de sorte

und Religion im Verfassungsrecht der Frühen Neuzeit: Die elf Mühlhäuser Artikel, Zurich, p. 44.

3 « *That in all capital or criminal prosecutions a man hath a right to demand the cause and nature of his accusation, to be confronted with the accusers and witnesses, to call for evidence in his favor...* ». Disponible à l'adresse suivante: <<https://constitutioncenter.org/the-constitution/historic-document-library/detail/the-virginia-declaration-of-rights>> (consulté le 9 février 2023).

4 « *In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.* » Disponible à l'adresse suivante: <<https://constitution.congress.gov/constitution/>> (consulté le 9 février 2023).

5 OFK-BIAGGINI, BV Art. 29 N 1.

6 ATF 46 I 323, 327 c. 2; ATF 75 I 225, 226 c. 3; ATF 83 I 152, 155 c. 5. Cf. GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER/MAYA HERTIG RANDALL/ALEXANDRE FLÜCKIGER (2021), *Droit constitutionnel suisse, vol. II: Les droits fondamentaux*, 4^{ème} éd., Berne, n° 1446.

7 PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER (2011), *Droit administratif, vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^{ème} éd., Berne, p. 313: « [O]n aurait tout aussi bien pu en faire une garantie constitutionnelle non écrite: le rattachement d'un droit aussi spécifique à une disposition aussi générale ne s'imposait pas logiquement. » Voir également ANDRÉ GRISEL (1984), *Traité de droit administratif, vol. I*, Neuchâtel, p. 375.

que son rattachement au principe plus général d'égalité de traitement semble à propos⁸.

Parfois, le droit de la personne d'être entendue et les autres garanties formelles qui l'accompagnent (au premier rang desquelles l'interdiction du déni de justice formel, qui interdit à une autorité de ne pas examiner une affaire qui lui a été soumise dans les délais et les formes prescrites⁹) sont rattachées à un principe constitutionnel plus large et implicite de « *fairness* »¹⁰.

En tout état, il ne fait aucun doute que le droit d'être entendu, au même titre que les autres garanties déduites par le Tribunal fédéral de l'article 4 aCst., fait partie des éléments centraux d'un Etat régi par le droit au sens de l'article 5 Cst.¹¹.

8 Sur le lien entre droit d'être entendu et égalité de traitement, voir CR Cst. – DANG/NGUYEN, art. 29 N 14.

9 ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI (2013), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^{ème} éd., Zurich, n° 1027; MALIN-VERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 6), n° 1443.

10 PETER SALADIN (1975), « Das Verfassungsprinzip der Fairness », in: *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts*, Bâle, p. 41 ss; SGK BV-STEINMANN, Art. 29 N 6. Cf. également ATF 140 I 99, 102 c. 3.4: « Zur durch Art. 29 BV geschützten Verfahrensfairness gehört der in Art. 29 Abs. 2 BV besonders aufgeführte Anspruch auf rechtliches Gehör » (soulignement ajouté).

11 SGK BV-STEINMANN, Art. 29 N 2. Cf. JACQUES DUBEY (2018), *Droit fondamentaux*, vol. II: *Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques*, Bâle, n° 3979: « Un Etat au sein duquel des droits seraient certes protégés par la loi, mais où ils ne seraient pas respectés, parce que la loi ne serait pas bien appliquée, ne mériterait pas l'appellation d'Etat de droit. Cette appellation nécessite donc que les titulaires de droits de fond, que ceux-ci soient de rang ou de contenu constitutionnel, légal ou contractuel, public, pénal ou privé, etc., disposent de droits de procédure, pour tenir l'Etat de droit en obligation de bien appliquer la loi, et ainsi de respecter et de faire respecter leurs droits. En d'autres termes, il appartient à l'Etat de droit que ses sujets disposent de droits de procédure assurant leur « protection juridique » ». Voir aussi PATRICK SUTTER (2019), « Art. 29 », in: CHRISTOPH AUER/MARKUS MÜLLER/BENJAMIN SCHINDLER (éds), *Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar*, 2^{ème} éd., n° 8, qui assigne au droit d'être entendu les fonctions de lutter contre les abus de pouvoir et de légitimer l'action étatique.

B. Fonctions

Le droit de la personne d'être entendue a deux fonctions principales : permettre la participation des personnes touchées dans leur situation juridique par une décision et favoriser l'instruction complète des faits pertinents¹². Le Tribunal fédéral exprime ce double enjeu dans la formule suivante : « *Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift.* »¹³

La première fonction du droit d'être entendu a été détaillée par le Conseil fédéral en 1996 dans son Message relatif à la nouvelle Constitution fédérale : « *En droit de procédure, la reconnaissance de la valeur intrinsèque de l'individu (et donc de sa dignité) implique qu'une personne ne peut pas être traitée comme un objet, et qu'elle doit pouvoir s'exprimer avant qu'une décision concernant ses droits ne soit prise. C'est également le respect de la dignité humaine qui oblige une autorité à motiver sa décision, car une décision non motivée, à laquelle une personne devrait se soumettre, blesserait sa dignité.* »¹⁴

Sous cet angle, le droit de la personne d'être entendue est donc étroitement lié à la notion de dignité humaine¹⁵ et à la volonté de traiter les individus comme des sujets de droit¹⁶. Une telle manière de procéder est fondamentale, « *faute de quoi la procédure serait kafkaïenne. Le fondement en est le respect de la dignité de la personne : une administration*

¹² MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 6), n° 1442 ; CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 112 ; RENÉ WIEDERKEHR (2022), « Wozu Verwaltungsverfahren ? », *PJA* p. 18-29, p. 24 ; OFK-WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, VwVG Art. 29 N 7-8 ; SGK BV-STEINMANN, Art. 29 N 42.

¹³ ATF 120 Ib 379, 383 c. 3.b. Cf. également ATF 142 I 86, 89 c. 2.2.

¹⁴ Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 ss, p. 142-143. Voir déjà PETER SALADIN (1979), *Das Verfahrensrecht des Bundes*, Bâle, p. 126.

¹⁵ ATAF 2011/22 c. 5. Cf. STÉPHANE GRODECKI/ROMAIN JORDAN (2017), *Code annoté de procédure administrative genevoise*, Berne, n° 473 ; MOOR/POLTIER (note 7), p. 312.

¹⁶ PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN (2022), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^{ème} éd, Berne, n° 795 : « *Der Bürger soll als Subjekt (und Mensch) wahrgenommen werden und nicht bloss Objekt staatlicher Entscheidungsfindung behandelt werden.* »

secrète, qui générerait à l'abri de tout regard les droits et obligations de chacun, est une administration totalitaire. »¹⁷

Sous cet angle, le droit d'être entendu fait également partie des différentes formes de participation de la population à l'activité de l'administration¹⁸, aux côtés d'autres figures telles que le droit de pétition (art. 33 Cst.), l'enquête publique ou la création de commissions consultatives. Potentiellement, il favorise aussi une meilleure acceptation de la décision par la personne concernée¹⁹.

La deuxième fonction du droit de la personne d'être entendue vise une instruction complète des faits²⁰. L'objectif est une prise de décision aussi objective et fondée que possible, garantissant que tous les éléments pertinents pour l'application de la loi ont été pris en considération²¹. Cette fonction est étroitement liée au principe de l'instruction d'office (art. 12 PA) ou « maxime inquisitoire », qui impose à l'autorité de constater les faits d'office sans être limitée par les allégués et offres de preuve des parties²².

Le poids et l'importance de ces deux fonctions remettent en question l'approche traditionnelle, selon laquelle le droit d'être entendu, et plus

¹⁷ MOOR/POLTIER (note 7), p. 312.

¹⁸ MOOR/POLTIER (note 7), p. 312: « *La participation des administrés aux procédures qui les concernent personnellement est la première garantie contre l'arbitraire de l'exercice du pouvoir; elle est l'analogue, au niveau des décisions concrètes, de la participation démocratique aux procédures normatives.* »

¹⁹ MARKUS MÜLLER (2012), « Akzeptanz als Ziel des Verwaltungsverfahrens », in: MARKUS RÜSGLI/JULIA HÄNNI/RETO HÄGGI FURRER (éd.), *Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen: Festschrift für Tobias Jaag*, p. 57-68, p. 61 ss; GRODECKI/JORDAN (note 15), n° 477. Cf. aussi MARTIN SHAPIRO (1981), *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago, p. 8: « *If the loser does not specifically consent in advance to the norm, he must be convinced that the legal rule imposed on him did not favor his opponent. Thus the yearning for neutral principles of law found among contemporary lawyers.* »

²⁰ ATF 124 I 49, 51 c. 3.a; ATAF 2011/22 c. 5.

²¹ THIERRY TANQUEREL (2018), *Manuel de droit administratif*, 2^{ème} éd., Genève, n° 1455; LUC GONIN (2021), *Droit constitutionnel suisse*, Genève, n° 2307.

²² WIEDERKEHR (note 12), p. 24.

largement le droit formel, serait au service du droit matériel²³, approche au demeurant largement critiquée aujourd'hui dans la doctrine²⁴.

Premièrement, dans un Etat de droit, il n'est pas évident que les éléments formels soient intrinsèquement moins importants que les éléments matériels²⁵. Deuxièmement, le droit administratif a changé de nature au cours du vingtième siècle, s'éloignant d'une logique syllogistique pour exiger une pesée toujours plus complexe entre différents intérêts publics et/ou privés²⁶. Que l'on songe, par exemple, à l'article 5 de la loi fédérale sur les routes nationales du 8 mars 1960²⁷: «¹ *Les routes nationales doivent satisfaire aux exigences supérieures de la technique en matière de circulation; elles doivent, en particulier, garantir un trafic sûr et économique.* ²*Si ces exigences entrent en conflit avec d'autres intérêts importants, notamment de la défense nationale, de l'utilisation économique du sol, de l'aménagement national ou de la protection des eaux, de la nature et des sites, il y aura lieu de déterminer ceux qui doivent l'emporter.*» En présence d'une norme rédigée de manière aussi ouverte, la prise en compte par l'autorité administrative de l'ensemble des points de vue se révèle d'autant plus importante.

23 CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 13.

24 BENJAMIN SCHINDLER (2019), « Einleitung », in: CHRISTOPH AUER/MARKUS MÜLLER/BENJAMIN SCHINDLER (éds), *Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren – Kommentar*, Zurich, n° 20-21; CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 17-24.

25 Selon les propos du Juge à la Cour suprême des Etats-Unis ROBERT JACKSON (qui fut par ailleurs procureur en chef des Etats-Unis à Nuremberg), prononcés en pleine période de guerre froide: « *Procedural fairness and regularity are of the indispensable essence of liberty... Indeed, if put to the choice, one might well prefer to live under Soviet substantive law applied in good faith by our common-law procedures than under our substantive law enforced by Soviet procedural practices.* » Cité in LAURA SECOR, « The man who refused to spy », *The New Yorker*, 14 septembre 2020.

26 CHARLES-ALBERT MORAND (1991), « Les nouveaux instruments d'action de l'Etat et le droit », in: CHARLES-ALBERT MORAND (édit.), *Les instruments d'action de l'Etat*, Bâle, p. 237-525, p. 244-246; PIERRE MOOR (2004), « La notion de participation dans la systématique du droit public », in: THIERRY TANQUEREL/FRANÇOIS BELLANGER (éds), *Les tiers dans la procédure administrative*, Genève, p. 9-31, p. 25-26.

27 LRN – RS 725.11.

En réalité, comme Benjamin SCHINDLER l'a montré de manière convaincante, le droit formel remplit une série de fonctions²⁸ : une fonction protectrice (*Rechtsschutzfunktion*), une fonction de décharge et de prolongement des autorités administratives (*Entlastungs- und Ergänzungsfunktion*), une fonction de légitimation et de pacification (*Legitimations- und Rechtsfriedensfunktion*), une fonction de constatation (*Erkenntnisfunktion*), une fonction de rationalisation (*Rationalisierungsfunktion*) et une fonction de communication (*Kommunikationsfunktion*).

L'étude du droit d'être entendu concerne donc le cœur de la notion d'Etat de droit.

C. Sources

Le droit de la personne d'être entendue a la particularité d'être protégé et mis en œuvre à tous les niveaux de la pyramide de l'ordre juridique suisse.

Ainsi, il est aujourd'hui formellement ancré dans la Constitution fédérale, parmi les garanties générales de procédure, à l'article 29, alinéa 2, Cst.: « *Les parties ont le droit d'être entendues.* » Conformément à la volonté de mise à jour du texte constitutionnel qui a présidé à la révision totale de 1999, l'objectif de cette disposition consistait à codifier les développements jurisprudentiels évoqués ci-dessus (cf. *supra* I.A)²⁹.

En fonction des circonstances, la garantie constitutionnelle du droit d'être entendu est renforcée ou complétée par une protection internationale. Tel sera notamment le cas de conventions de portée générale telles que le Pacte ONU II (art. 14) et la CEDH (art. 6, § 1). Cette dernière disposition garantit le droit à un procès équitable dans les contestations sur des droits et obligations de caractère civil et dans les accusations en matière pénale, notions qui ont fait l'objet d'une interprétation large par

²⁸ SCHINDLER (note 24), n° 22-28.

²⁹ Message (note 14), p. 183: « *L'article 25 [29, Ndlr] du projet rassemble en une disposition unique les différents aspects de l'interdiction du déni de justice formel, tels que les a concrétisés la jurisprudence sur l'article 4 de la constitution fédérale.* » Cf. également ATF 133 I 100, 103 c. 4.4. Voir également SUTTER (note 11), n° 1.

la Cour européenne des droits de l'homme³⁰. Dans le domaine du droit administratif, sont notamment soumis à cette disposition le contentieux de la fonction publique, le contentieux disciplinaire, les procédures pénales à caractère fiscal, le contentieux relatif aux assurances sociales, les mesures provisoires et le retrait du permis de conduire³¹. Une protection internationale pourra également découler de traités spécifiques, à l'exemple de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989³², de la Charte européenne de l'autonomie locale³³ ou de la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus) du 25 juin 1998³⁴.

Le droit de la personne d'être entendue est ensuite concrétisé dans la législation fédérale, de manière très diversifiée³⁵: cette concrétisation peut se faire dans des lois de procédure (voir par exemple art. 26 ss de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968³⁶),

30 Voir VINCENT MARTENET/MATTHIEU CORBAZ (2013), «L'influence des garanties fondamentales de procédure sur le contentieux administratif», in: THIERRY TANQUEREL/FRANÇOIS BELLANGER (éds), *Le contentieux administratif*, Genève, p. 179 ss, p. 9-44, p. 10-17.

31 GRODECKI/JORDAN (note 15), n° 487.

32 RS 0.107. Cf. art. 12 CDE: «1. Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. 2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.» Pour des cas d'application, cf. ATF 147 I 149, 151 c. 3; ATF 144 II 1, 14 c. 6.5. Consulter également Comité des droits de l'enfant, V.A. c. Suisse, 28 septembre 2020, CRC/C/85/D/56/2018.

33 RS 0.102. L'art. 5 de la Charte exige ainsi une consultation préalable de la population de communes avant leur éventuelle fusion. Voir ATF 142 I 216, 223 c. 7.1.

34 RS 0.814.07.

35 TANQUEREL (note 21), n° 1465; CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 9.

36 «PA»; RS 172.021. Historiquement, le Conseil fédéral jugeait nécessaire d'inscrire de manière détaillée les différents aspects du droit d'être entendu dans la PA pour répondre à un état insatisfaisant de la pratique, étant rappelé que lors de l'adoption de cette loi, le droit d'être entendu était encore une garantie constitutionnelle non écrite. Cf. Message du Conseil fédéral du 24 septembre 1985 à l'appui d'un projet de loi sur la procédure administrative, FF 1965 II 1383, p. 1387-1388. Cf. également SUTTER (29), n° 4.

dans des lois générales (voir par exemple art. 42 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000³⁷) ou directement dans des lois spéciales (voir art. 36 de la loi fédérale sur l'asile du 26 juin 1998³⁸ ou art. 51 de la loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019³⁹). Ces dernières devront alors être traitées comme des *leges speciales* par rapport à la PA, pour autant qu'elles lui soient postérieures et que le parlement ait volontairement entendu s'écarter de cette dernière⁴⁰.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les règles constitutionnelles et conventionnelles s'appliquent à titre de standard minimal⁴¹, les lois pouvant donc aller plus loin, par exemple en matière de mode d'exercice du droit d'être entendu (cf. *infra* III.A.2).

Le droit d'être entendu est ensuite garanti par les constitutions cantonales, à l'exemple de l'article 40, alinéa 2, Cst./GE⁴² ou de l'article 29, alinéa 2, Cst./FR⁴³. Comme au niveau fédéral, il est ensuite mis en œuvre dans la législation cantonale, soit dans des lois générales (voir par exemple art. 41 ss de la loi genevoise du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative⁴⁴), soit dans des lois spéciales (voir par exemple art. 38 de la loi genevoise du 9 septembre 2014 sur la police⁴⁵).

37 «LPGA»; RS 830.1.

38 «LAsi»; RS 142.31. «*En cas de décision de non-entrée en matière fondée sur l'art. 31a, al. 1, le droit d'être entendu est accordé au requérant. (...)*»

39 «LMP», RS 172.056.1. «*L'adjudicateur notifie ses décisions aux soumissionnaires soit par publication, soit par notification individuelle. Les soumissionnaires ne peuvent invoquer le droit d'être entendu avant la notification de la décision.*»

40 WALDMANN/BICKEL (note 68), n° 12.

41 ATF 135 I 279, 281 c. 2.2; TF, Arrêt 4P.195/2002 du 13 novembre 2002, c. 2.2. Cf. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER (note 6), n° 1452; CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 8. BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL (2016), «Art. 29», in: BERNHARD WALDMANN/PHILIPPE WEISSENBERGER (éds), *VwVG – Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2^{ème} éd., n° 6, soulignent qu'en réalité, les garanties constitutionnelles et leurs concrétisations légales s'influencent et s'enrichissent mutuellement sous forme de *Wechselwirkung*.

42 RS/GE A 2 00. «*Le droit d'être entendu est garanti.*»

43 RS/FR 10.1. «*[Les parties] ont le droit d'être entendues.*»

44 «LPA/GE»; RS/GE E 5 10.

45 «LPol/GE»; RS/GE F 1 05.

II. Nature

Les formulations conventionnelles, constitutionnelles et légales du droit de la personne d'être entendue pourraient laisser penser qu'il s'agit là d'une liberté au sens classique du terme, au même titre que la liberté d'expression ou la liberté de religion. Or, si cette dimension n'est pas absente⁴⁶, le droit d'être entendu constitue techniquement, en tant que garantie formelle de procédure, une « garantie de l'Etat de droit »⁴⁷ :

*« Les garanties de l'Etat de droit, centrées sur l'Etat, ne sont donc pas directement génératrices de liberté. Comme leur nom l'indique, leur finalité réside bien davantage dans la réalisation d'un Etat fondé sur le droit (Rechtsstaat), un Etat dont l'organisation, la structure et l'activité sont respectueuses de certains principes et exigences élémentaires. Si la liberté est principalement l'affaire de l'individu dans ses rapports avec les autres et l'Etat, la Rechtsstaatlichkeit ne peut concerner que la façon dont l'Etat accomplit ses fonctions à l'égard du particulier. »*⁴⁸

Cette qualification est importante, car elle a pour conséquence que le droit de la personne d'être entendue, loin de n'être qu'un droit qui peut être invoqué par les personnes privées, est aussi une obligation dont la mise en œuvre et le respect incombent aux autorités administratives⁴⁹.

III. Mise en œuvre

Si les fondements et la nature du droit d'être entendu peuvent être exposés de manière générale, sa mise en œuvre concrète et sa portée ne peuvent

⁴⁶ THOMAS COTTIER (1984), « Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 4 BV) », *recht*, p. 1-13, parle ainsi d'un « *selbstständiges, ungeschriebenes Grundrecht des Menschen auf Kommunikation mit Behörden und Gerichten* ».

⁴⁷ OFK-BIAGGINI, BV Art. 29 N 2 ; MALINVERNI/HOTTELIER/FLÜCKIGER/HERTIG RANDALL (note 6), n° 1441 ss.

⁴⁸ MALINVERNI/HOTTELIER/FLÜCKIGER/HERTIG RANDALL (note 6), n° 22.

⁴⁹ TF, Arrêt 2C_528/2021 du 23 juin 2022, c. 3.2 : « *Aus [Art. 29 Abs. 2 BV] fließt die Pflicht der Behörden, die Vorbringen des von einem Entscheid in seiner Rechtsstellung tatsächlich zu hören, zu prüfen und in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.* » (soulignement ajouté). A cet égard, on peut songer à la célèbre classification des droits et des devoirs opérée par WESLEY NEWCOMB HOHFELD (1913), « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *The Yale Law Journal*, p. 16-59, p. 31 : « *That clue lies in the correlative <duty> for it is certain that even those who use the word and the conception <right> in the broadest possible way are accustomed to thinking of <duty> as the invariable correlative.* »

que se déterminer au cas par cas, en fonction de la législation applicable, de la situation concrète, des intérêts en présence et de l'intensité de l'atteinte aux intérêts de la personne concernée⁵⁰. Dans le cadre de la présente contribution, nous renoncerons donc à présenter de manière exhaustive la mise en œuvre de ce droit ; en revanche, nous aborderons cinq thèmes qui doivent systématiquement être examinés pour déterminer les contours exacts du droit de la personne d'être entendue dans un cas concret : son contenu (*infra* A.), son champ d'application (*infra* B.), les autorités concernés (*infra* C.), ses titulaires (*infra* D.) et le moment où il s'exerce (*infra* E.).

A. Contenu

L'expression « droit d'être entendu » est, d'une certaine manière, trompeuse car elle se concentre sur l'une des composantes du droit d'être entendu (l'audition des parties), alors que le droit de la personne d'être entendue est, en réalité, extrêmement vaste⁵¹. Pour reprendre l'expression de Pierre TSCHANNEN, il s'agit en effet d'un « *Sammelbegriff für die persönlichkeitsbezogenen Mitwirkungsrechte der Parteien in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsjustizverfahren* ». ⁵²

Ainsi, comme le rappelle le Tribunal administratif fédéral, « [l]e droit d'être entendu, inscrit à l'article 29 al. 2 Cst., comprend le droit de s'expliquer avant qu'une décision [ne soit] prise à son égard, le droit de se faire représenter ou assister, le droit de consulter le dossier, le droit de faire administrer des preuves, de participer à l'administration de celles-ci, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos et le droit d'obtenir une décision motivée » ⁵³.

En prenant appui sur les règles de la PA, nous présenterons ces différentes facettes dans l'ordre suivant : droit à l'information (*infra* 1), droit

⁵⁰ ATF 144 I 11, 17 c. 5.3 ; ATF 135 I 279, 282 c. 3. Cf. MOOR/POLTIER (note 7), p. 315 ; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN (2020), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^{ème} éd., Zurich, n° 1006.

⁵¹ GONIN (note 21), n° 2309.

⁵² TSCHANNEN (note 16), n° 794. Voir également OFK-WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, VwVG Art. 29 N 1.

⁵³ TAF, Arrêt A-3649/2014 du 25 janvier 2016, c. 3.1.1. Voir BENOÎT BOVAY (2015), *Procédure administrative*, 2^{ème} éd., Berne, p. 260-315 ; RENÉ WIEDERKEHR (2022), *Öffentliches Verfahrensrecht*, 2^{ème} éd., Berne, p. 28-64.

de s'expliquer (*infra* 2), droit de consulter le dossier (*infra* 3), droit à la preuve et à l'administration des preuves (*infra* 4), droit de se faire représenter ou assister (*infra* 5) et droit d'obtenir une décision motivée (*infra* 6).

1. *Droit à l'information*

Le droit à l'information constitue un préalable nécessaire à l'exercice des autres droits compris dans le droit d'être entendu⁵⁴ : la personne concernée a en particulier le droit d'être informée de l'ouverture d'une procédure, de son objet, de son déroulement et des intentions de l'autorité⁵⁵.

Conformément à la nature de garantie de l'Etat de droit du droit de la personne d'être entendue, l'autorité administrative est soumise à l'obligation correspondante d'informer de manière appropriée les personnes en cause⁵⁶, étant précisé que cette information ne doit pas forcément être effectuée en la forme écrite⁵⁷. L'article 30a PA prévoit pour sa part une procédure par voie de publication en cas de nombre important de destinataires.

2. *Droit de s'expliquer*

Le droit de s'expliquer est expressément ancré aux articles 31 et 32 PA.

Il exige que la personne concernée puisse faire valoir son point de vue, exposer ses arguments de fait et de droit, prendre position sur tous les éléments pertinents du dossier et répondre aux arguments de la partie adverse ou de l'autorité ayant adopté la décision attaquée⁵⁸. La législation spéciale peut aller au-delà, à l'exemple de l'article 30, alinéa 2 de la

⁵⁴ ATF 144 I 11, 17 c. 5.3. Cf. CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 120.

⁵⁵ ATF 140 I 99, 103 c. 3.4; ATF 137 I 120, 127 c. 5.7; Cf. TANQUEREL (note 21), n° 1529.

⁵⁶ Cette obligation est parfois directement inscrite dans la loi spéciale, à l'exemple de l'art. 31 al. 1 de la loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation (« LEx », RS 711) : « Avant la publication de la demande d'approbation des plans, l'expropriant adresse une copie du texte qui sera publié à chacune des personnes visées par la demande d'expropriation qui lui sont connues par le registre foncier ou par des registres publics ou de toute autre façon. Il indique ce qui est réclamé de chaque intéressé. »

⁵⁷ Cf. CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 123, qui citent comme exemple le droit de la fonction publique.

⁵⁸ ATF 135 I 279, 282 c. 2.3. Cf. CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 132.

loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence⁵⁹, qui reconnaît un droit des parties de se déterminer également sur le projet de décision⁶⁰.

Le droit de s'expliquer porte surtout sur les questions de fait, mais il s'étend au droit lorsque l'autorité concernée « *entend se fonder sur des normes légales dont la prise en compte ne pouvait pas être raisonnablement prévue par les parties, lorsque la situation juridique a changé ou lorsqu'il existe un pouvoir d'appréciation particulièrement large* »⁶¹. Tel pourra aussi être le cas lorsque l'autorité de recours procède à une substitution de motifs, c'est-à-dire qu'elle adopte une motivation autre que celle de l'autorité inférieure sans changer l'issue du litige : dans une telle hypothèse, pour respecter le droit des parties d'être entendues, l'instance de recours devra attirer leur attention sur la possible application de normes qui n'avaient jusque-là pas été mentionnées⁶².

En principe, le droit de s'expliquer s'exerce par écrit⁶³. Un droit à une audition orale ne sera reconnu que dans certaines hypothèses⁶⁴, notamment lorsque l'article 6 § 1 CEDH est applicable⁶⁵ ou lorsque les règles de procédure ou de fond spéciales le prévoient⁶⁶.

Le droit de s'expliquer comporte par ailleurs un droit à la réplique, qui a initialement été développé par la Cour européenne des droits de

⁵⁹ « LCart » ; RS 251.

⁶⁰ Cf. à ce sujet MOOR/POLTIER (note 7), p. 321 (n. 693); VINCENT MARTENET (2009), « Le droit d'être entendu devant les autorités de la concurrence », in : PETER KUNZ ET AL. (éds), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Roland von Büren*, Bâle, p. 551-571, p. 563 ss.

⁶¹ ATF 148 II 73, 86 c. 7.3.1; ATF 145 I 167, 170 c. 4.1; ATF 129 II 497, 505 c. 2.2; TF, Arrêt 8C_312/2021 du 22 avril 2022, c. 3.4. GRODECKI/JORDAN (note 15), n° 510-511 relèvent que les cas d'application sont en pratique rares.

⁶² TANQUEREL (note 21), n° 898.

⁶³ ATF 140 I 68, 76 c. 9.6.1; ATF 134 I 140, 148, c. 5.3; ATF 128 I 288, 294 c. 2.7. Voir également art. 41 LPA/GE 2^{ème} phrase : « [Les parties] ne peuvent prétendre à une audition verbale sauf dispositions légales contraires » (soulignement ajouté).

⁶⁴ GRODECKI/JORDAN (note 15), n° 454.

⁶⁵ ATF 140 I 68, 74 c. 9.2.

⁶⁶ Voir, par exemple, art. 38 al. 2 LPol/GE. Pour l'argument que le droit à une audition orale devrait être généralisé, voir KILIAN MEYER (2017), « Braucht es mehr mündliche Verfahren im Verwaltungsrecht? », *Plädoyer* 3, p. 23.

l'homme⁶⁷, mais qui s'applique aujourd'hui dans toute procédure judiciaire, y compris en dehors du champ de l'article 6 CEDH⁶⁸. En procédure contentieuse, le droit à la réplique est « inconditionnel » – en ce sens que les parties décident seules si une prise de position ou une pièce nouvellement versée contient des éléments déterminants qui appellent des observations – tandis qu'en procédure non contentieuse, il est « étroit » – c'est-à-dire conditionné à la présence d'éléments nouveaux susceptibles d'influencer la cause⁶⁹.

3. *Droit de consulter le dossier*

Le droit de consulter le dossier est garanti à l'article 26 PA⁷⁰. Son corollaire, caractéristique d'une garantie de l'Etat de droit, est l'obligation de l'autorité de constituer un dossier complet⁷¹.

Le droit de consulter le dossier englobe toutes les pièces du dossier susceptibles de fonder la décision, soit en particulier les écritures des parties et des autorités ainsi que les moyens de preuve pertinents, indépendam-

⁶⁷ Voir notamment CourEDH, *Affaire F.R. c. Suisse*, 28 juin 2001, req. n° 37292/97, § 36: « Toutefois, la notion de procès équitable implique aussi en principe le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée aux juges et de la discuter. » Voir aussi TF, Arrêt 1P.730/2001 du 31 janvier 2002, c. 2.1.

⁶⁸ ATF 138 I 154, 156 c. 2.3.3; ATF 133 I 100, 104 c. 4.6. Cf. CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 167-168; SUTTER (note 11), n° 2; WALDMANN/BICKEL (note 68), n° 11.

⁶⁹ ATF 138 I 154, 156 c. 2.3.2 et 2.3.3. Cf. OFK-WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, VwVG 29 N 44-45; GRODECKI/JORDAN (note 15), n° 512-513. Si la partie est représentée par un avocat ou une avocate, il convient de noter que le Tribunal fédéral estime que le droit à la réplique est respecté si la juridiction transmet l'écriture pour information sans fixer formellement un délai pour se prononcer à son sujet. Voir ATF 138 I 484, 487 c. 2.4.

⁷⁰ Voir, de manière générale, MARC HÄUSLER/RETO FERRARI-VISCA (2011), « Das Recht auf Akteneinsicht im Verwaltungs- und Verwaltungsjustizverfahren », *Jusletter*, 8 août.

⁷¹ ATF 138 V 218, 223 c. 8.1.2: « Die Behörde ist verpflichtet, ein vollständiges Akten-dossier über das Verfahren zu führen, um gegebenenfalls ordnungsgemäss Akteneinsicht gewähren und bei einem Weiterzug diese Unterlagen an die Rechtsmittelinstanz weiterleiten zu können. Die Behörde hat alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört. Der verfassungsmässige Anspruch auf eine geordnete und übersichtliche Aktenführung verpflichtet die Behörden und Gerichte, die Vollständigkeit der im Verfahren eingebrachten und erstellten Akten sicherzustellen » (références omises). Cf. également ATF 126 I 15, 16 c. 2.a.aa. Voir TANQUEREL (note 21), n° 1543.

ment de leur support⁷². Traditionnellement, le Tribunal fédéral estime par contre que ce droit ne s'étend pas aux « documents internes » tels que des notes personnelles, des instructions de service ou des échanges de vues⁷³, jurisprudence confirmée malgré les critiques d'une partie de la doctrine, qui estime que les restrictions au droit d'être entendu (cf. *infra* IV.B) suffisent à assurer la protection des intérêts pertinents⁷⁴.

Historiquement, le droit de consulter le dossier entretient par ailleurs des liens étroits avec le principe de la transparence de l'administration⁷⁵, puisque ce dernier vient d'une certaine manière parachever la reconnaissance progressive d'un droit d'accès hors procédure aux informations en possession de l'administration⁷⁶.

4. *Droit à la preuve et à la participation à l'administration des preuves*

Le droit à la preuve et à la participation à l'administration des preuves est exprimé à l'article 33 PA.

Il protège le droit d'offrir des preuves, pour autant que celles-ci portent sur des faits à la fois pertinents et susceptibles d'influencer la décision à rendre⁷⁷. Si ces conditions sont remplies, l'autorité administrative a

⁷² ADRIEN RAMELET (2021), *Le droit de consulter le dossier en procédure administrative, pénale et civile: Etude comparative de droit fédéral*, Berne, p. 389 s.

⁷³ ATF 125 II 473, 474 c. 4.a; ATF 117 Ia 90, 96 c. 5.b. Cf. CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 150.

⁷⁴ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (note 9), n° 495. Cf. MOOR/POLTIER (note 7), p. 328: « En définitive, ce qui doit être déterminant n'est pas la qualification de la nature de la pièce, mais son contenu: si elle est propre à déterminer l'évaluation d'un fait pertinent pour la décision à prendre, elle doit être accessible: il n'est pas nécessaire qu'elle soit destinée à servir effectivement à la motivation de la décision – ce que l'on ne peut pas savoir à l'avance. De manière générale, doit être possible la consultation de toute pièces qui incorpore sur les faits pertinents un savoir, notamment technique, dont l'autorité ne disposerait pas autrement. »

⁷⁵ Voir à ce sujet SUTTER (29), n° 16.

⁷⁶ ATF 129 I 249, 253 c. 3. Voir MOOR/POLTIER (note 7), p. 331-332; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 50), n° 1032-1036. S'agissant des rapports entre transparence et procédure judiciaire, consulter DAVID HOFMANN (2022) « Accès au dossier et aux décisions judiciaires: peut-on invoquer la LIPAD? », *SJ* p. 123-159.

⁷⁷ ATF 140 I 285, 299 c. 6.3.1.

l'obligation d'admettre lesdits moyens de preuve⁷⁸, ce qui est cohérent avec la maxime inquisitoire évoquée plus haut (cf. *supra* I.B). L'autorité peut toutefois réclamer une avance de frais à la partie qui réclame l'administration d'un moyen de preuve coûteux (art. 33, al. 2, PA).

Le droit à l'administration des preuves entretient des liens avec d'autres facettes du droit de la personne d'être entendue. Ainsi, sous l'angle du droit à l'information, la partie a le droit être informée des actes d'instruction que l'autorité entend accomplir (audition de témoins, interrogatoire d'expertes ou visites de lieux)⁷⁹ et d'y assister. Conformément au droit d'accès au dossier, l'autorité a par ailleurs l'obligation de consigner et conserver les moyens de preuve récoltés⁸⁰.

Selon la jurisprudence, l'autorité est en droit de procéder à une appréciation anticipée des preuves, lorsqu'elle a la certitude que la preuve offerte ne la fera pas changer d'opinion ou que le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier⁸¹. A notre sens, la figure de l'appréciation anticipée des preuves ne constitue pas une exception ou une restriction du droit d'être entendu, mais contribue à la définition de la portée du droit à la preuve.

5. *Droit de se faire représenter ou assister*

Le droit de se faire représenter ou assister est ancré à l'article 11 PA et inclut, le cas échéant, le droit à l'assistance juridique gratuite (art. 29, al. 3, Cst. et art. 65 PA).

Ce droit vise notamment à relativiser le rapport de force et le clivage entre l'administration, respectivement le tribunal, et la partie privée⁸². Il

⁷⁸ ATF 137 II 266, 270 c. 3.2. Voir par exemple TF, Arrêt 1C_118/2018 du 12 mars 2019, c. 2.6: « *Les instances cantonales ne pouvaient dès lors faire l'économie des moyens de preuve proposés et le grief de violation du droit d'être entendu doit être admis.* »

⁷⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 50), n° 1016.

⁸⁰ ATF 124 V 372, 375 c. 3.b.

⁸¹ Voir, parmi d'autres, ATF 146 III 203, 207 c. 3.3.2; TF, Arrêt 2C_235/2015 du 29 juillet 2015, c. 5.

⁸² DANIELA THURNHERR (2020), « *Verfahrensgrundrechte* », in: OLIVER DIGGELMANN/MAYA HERTIG RANDALL/BENJAMIN SCHINDLER (éds), *Droit constitutionnel suisse, vol. II: Etat de droit, droits fondamentaux et droits humains*, Zurich, p. 1477-1498, n° 24.

n'est pas applicable en cas d'obligation personnelle (service militaire ou passage d'un examen scolaire⁸³) et peut être écarté dans les cas d'urgence⁸⁴. Selon le Tribunal fédéral, ce droit n'inclut par ailleurs pas l'assistance d'une interprète⁸⁵.

Le droit de se faire représenter ou assister appartient au libre choix des parties, la procédure administrative n'étant en principe pas régie par un monopole de la représentation en justice⁸⁶.

6. *Droit d'obtenir une décision motivée*

Le droit d'obtenir une décision motivée découle de l'article 35 PA.

Ce droit doit permettre à la personne concernée de se rendre compte de la portée de la décision et d'évaluer les chances de succès d'un éventuel recours⁸⁷. L'autorité a donc l'obligation de motiver ses décisions, mais cela ne signifie pas qu'elle doive aborder l'ensemble des éléments invoqués : seuls les éléments de fait et de droit pertinents doivent être traités⁸⁸, un renvoi à un document séparé (par exemple le jugement de première instance) étant le cas échéant suffisant⁸⁹. Les exigences en termes de motivation devront être plus strictes dans certaines situations, par exemple lorsque l'autorité jouit d'un important pouvoir d'appréciation, lorsque la décision porte gravement atteinte à un droit fondamental ou lorsque l'affaire est particulièrement complexe⁹⁰.

⁸³ CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 128.

⁸⁴ MOOR/POLTIER (note 7), p. 340.

⁸⁵ ATF 131 V 35, 39 c. 3.3.

⁸⁶ FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET (2009), *Droit de la profession d'avocat*, Berne, n° 929-935 et n° 1010-1014.

⁸⁷ ATF 129 I 232, 236 c. 3.2 : « *Der Bürger soll wissen, warum die Behörde entgegen seinem Antrag entschieden hat. Die Begründung eines Entscheids muss deshalb so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt.* » Voir aussi TAF, Arrêt A-3649/2014 du 25 janvier 2016, c. 3.1.3. Cf. également TANQUEREL (note 21), n° 1572 ; OFK-WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, VwVG 29 N 64-65.

⁸⁸ ATF 138 I 232, 237 c. 5.1 ; TF, Arrêt 2C_528/2021 du 23 juin 2022, c. 3.2.

⁸⁹ ATF 123 I 31, 34 c. 2.c

⁹⁰ MOOR/POLTIER (note 7), p. 351.

Le droit à l'information joue également un rôle dans ce contexte, puisque la personne concernée doit se voir notifier la décision pour être en mesure de prendre connaissance de son contenu⁹¹.

B. Champ d'application

Le champ d'application du droit de la personne d'être entendue se compose d'un « cœur » – en d'autres termes, d'un terrain d'application privilégié – et de diverses extensions.

Comme l'indique littéralement l'article 30 PA, le droit d'être entendu s'applique principalement dans le cadre des procédures conduisant à la prise d'une décision administrative. De ce fait, le champ d'application du droit de la personne d'être entendue est étroitement lié à la notion de décision administrative.

Le droit d'être entendu s'applique dans les procédures non contentieuses et contentieuses⁹². Ceci n'exclut cependant pas un traitement différencié de certaines de ses facettes en fonction du type de procédure : ainsi, selon la jurisprudence, le droit d'assistance et de représentation s'applique pleinement en procédure contentieuse (art. 65 PA) alors qu'il est soumis à un examen restrictif en procédure non contentieuse⁹³. Le droit à la réplique (cf. *supra* III.A.2) suit une logique similaire.

Cette règle générale fait l'objet de multiples précisions et délimitations. Ainsi, en principe, lorsqu'une personne a initié une procédure administrative par le dépôt d'une requête, son droit à être entendue est réputé avoir été exercé et elle ne peut exiger de se faire entendre à nouveau, sauf si l'autorité entend se fonder sur des éléments inattendus⁹⁴. Par ailleurs, lorsqu'une personne est impliquée dans une procédure administrative sans l'avoir initiée, elle a en principe le droit d'y participer et d'être entendue sans en supporter les frais⁹⁵.

⁹¹ CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 169.

⁹² TANQUEREL (note 21), n° 1453.

⁹³ TF, Arrêt 9C_440/2018 du 22 octobre 2018, c. 5 ; ATF 117 V 408, 408 c. 5.a.

⁹⁴ TANQUEREL (note 21), n° 1530. Voir, dans le cadre d'une réflexion sur les formulaires dans le droit administratif, CHRISTIAN MEYER (2022), « Das Formular im Verwaltungsverfahren – Elemente einer Dogmatik », *ZBl* p. 231-253, p. 248-249.

⁹⁵ ATF 143 II 467, 473 c. 2.6.

En matière de mesures d'exécution, le droit d'être entendu doit pouvoir être exercé dès lors que la décision ne se contente pas de reprendre des obligations déjà contenues dans une décision antérieure⁹⁶. La personne concernée doit avoir l'occasion de se faire entendre dans le cadre d'une procédure de révocation, cette dernière constituant techniquement une nouvelle décision⁹⁷. De même, lorsqu'une personne a droit à une décision au sens de l'article 25a PA⁹⁸, cela déclenche une procédure non contentieuse au cours de laquelle elle disposera de la qualité de partie et pourra exercer ses droits procéduraux⁹⁹. *A contrario*, le droit d'être entendu ne s'applique pas avant l'ouverture formelle d'une procédure administrative, à l'exemple de ce qui prévaut en droit de la fonction publique¹⁰⁰. Il n'est en principe pas applicable non plus lorsque l'administration conclut des contrats de droit privé ou de droit public¹⁰¹.

La jurisprudence a parfois accepté d'étendre (partiellement) le droit d'être entendu en dehors du cadre procédural strict. Cette extension peut notamment reposer sur le fait que certaines personnes sont touchées avec une intensité supérieure que le reste de la population. Ainsi, alors que le droit de la personne d'être entendue n'est en principe pas applicable dans les procédures législatives, le Tribunal fédéral a considéré qu'il pouvait être invoqué par des personnes « *touchées de façon sensiblement plus grave que le plus grand nombre des destinataires ordinaires* »¹⁰². De même, le Tribunal fédéral a estimé que le droit de la personne d'être entendue devait être octroyé, en matière de décisions générales, aux personnes touchées davantage que le reste de la population¹⁰³. En matière de plans d'affectation, le droit d'être entendu est aussi

⁹⁶ TANQUEREL (note 21), n° 1152.

⁹⁷ TANQUEREL (note 21), n° 964.

⁹⁸ Voir, dans le présent recueil, la contribution d'ANNE-CHRISTINE FAVRE.

⁹⁹ TANQUEREL (note 21), n° 699.

¹⁰⁰ CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 116 mentionnent par exemple la phase de récolte d'informations par l'autorité qui précède, le cas échéant, l'ouverture d'une enquête administrative.

¹⁰¹ WALDMANN/BICKEL (note 68), n° 39.

¹⁰² ATF 145 I 167, 171 c. 4.1 ; ATF 134 I 269, 274 c. 3.3.1.

¹⁰³ ATF 138 I 171, 178 c. 3.3.2. cf. WALDMANN/BICKEL (note 68), n° 36.

reconnu aux propriétaires de bien-fonds inclus dans leur périmètre¹⁰⁴, par le biais de l'enquête publique et de la voie de recours exigées par l'article 33 LAT¹⁰⁵. Enfin, en présence d'un intérêt digne de protection, le droit de la personne d'être entendue peut lui permettre de consulter un dossier en dehors d'une procédure pendante (cf. *supra* III.A.3).

Un autre motif d'extension du droit de la personne d'être entendue est le caractère inattendu ou insolite des motifs envisagés par l'autorité. Ainsi, le droit d'être entendu ne s'applique en général pas dans le domaine des droits politiques, mais selon le Tribunal fédéral, l'exécutif cantonal doit donner aux membres du comité d'initiative la possibilité de se déterminer lorsqu'il examine la validité d'une initiative populaire et envisage de fonder sa décision sur une norme ou un motif juridique imprévu¹⁰⁶. Une partie de la doctrine plaide d'ailleurs en faveur d'une généralisation de cette jurisprudence, qui s'appliquerait donc également en cas de contrôle par le parlement cantonal¹⁰⁷.

Enfin, il arrive qu'une loi spéciale prévoie expressément l'application du droit de la personne d'être entendue en dehors d'une procédure administrative. Tel est le cas, par exemple, de l'article 5, alinéa 2 de l'ordonnance fédérale du 26 août 1998 sur l'assainissement des sites pollués¹⁰⁸. En effet, alors que l'inscription d'une parcelle au cadastre des sites pollués ne constitue pas en tant que telle une décision sujette à recours, cette disposition prévoit que l'autorité compétente communique à la personne qui détient le site « *les données qu'elle prévoit d'inscrire au cadastre et lui donne la possibilité de se prononcer et de fournir des éclaircissements* ». L'autorité se voit ainsi contrainte de respecter le droit d'être entendu avant l'inscription du site au cadastre¹⁰⁹. De même, alors que le droit de la personne d'être entendue ne porte en principe pas sur les

¹⁰⁴ ATF 144 I 318, 334 c. 7.2.2. Cf. MOOR/POLTIER (note 7), p. 318; WALDMANN/BICKEL (note 68), n° 37.

¹⁰⁵ ATF 143 II 467, 470 c. 2.2.

¹⁰⁶ ATF 145 I 167, 173 c. 4.3. Voir également PATRIZIA ATTINGER (2017), « Les initiatives populaires cantonales et le droit d'être entendu », *LeGes* 1/2017, p. 117-126.

¹⁰⁷ CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 46.

¹⁰⁸ « OSites » ; RS 814.680.

¹⁰⁹ JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/ISABELLE ROMY (2017), *La construction et son environnement en droit public : Eléments choisis pour les architectes, les ingénieurs et les experts de l'immobilier*, 2^{ème} éd., Genève, p. 324.

préavis établis par les autorités d'instruction à l'attention de l'autorité décisionnelle¹¹⁰, il arrive que la loi le prévoit, à l'exemple de la loi genevoise sur la police¹¹¹.

C. Autorités concernées

Le cercle des autorités soumises à l'obligation de respecter le droit d'être entendu découle directement de son champ d'application : il inclut donc les autorités administratives (de première instance ou de recours) et les juridictions administratives¹¹². Au surplus, les autres autorités étatiques, par exemple un parlement, doivent également respecter le droit de la personne d'être entendue lorsqu'elles sont amenées à rendre des décisions¹¹³.

Cela étant, la procédure d'administration des preuves n'a pas besoin d'être effectuée par l'autorité *in corpore* : celle-ci peut valablement constituer une délégation ou confier la tâche à l'une de ses subdivisions, qui fera un rapport – sur lequel la personne concernée devra avoir l'occasion de s'exprimer – au plénum¹¹⁴.

D. Titularité

Conformément aux règles relatives à son champ d'application (cf. *supra* III.B), le droit d'être entendu bénéficie en premier lieu aux parties à une procédure administrative (art. 29, al. 2, Cst.)¹¹⁵, c'est-à-dire, en droit fédéral, celle qui sont définies comme telles par la combinaison des articles 6 et 48 PA¹¹⁶, qu'il s'agisse de personnes physiques, de personnes

¹¹⁰ TANQUEREL (note 21), n° 1529.

¹¹¹ Art. 38 al. 3 LPol/GE : « A la fin de l'enquête, les résultats de celle-ci et la sanction envisagée sont communiqués à l'intéressé afin qu'il puisse faire valoir ses observations éventuelles. »

¹¹² TANQUEREL (note 21), n° 1453.

¹¹³ ATF 135 I 113, 118 c. 2.3. Cf. MOOR/POLTIER (note 7), p. 318, qui approuvent cette solution au motif que la nécessité de la garantie découle de l'objet de la décision et non de l'autorité qui la prononce.

¹¹⁴ ATF 117 Ia 133, 134 c. 1; ATF 110 Ia 81, 82 c. 5.c; ATF 100 Ib 399, 400 c. 2.

¹¹⁵ OFK-BIAGGINI, BV Art. 29 N 3a; CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 109-110.

¹¹⁶ Art. 6 PA : « Ont qualité de parties les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision. »

morales ou, à certaines conditions, d'organisations et d'autorités¹¹⁷. Il en va de même des communes lorsque celles-ci invoquent une violation de leur autonomie garantie par l'article 50, alinéa 1, Cst.¹¹⁸

Dans ce contexte, par le jeu cumulé des articles 89 et 111 LTF, il convient de relever que lorsqu'une voie de recours est ouverte auprès du Tribunal fédéral, les cantons ne peuvent définir la qualité de partie plus strictement que le droit fédéral¹¹⁹.

Ces règles doivent évidemment être adaptées *mutatis mutandis* dans les hypothèses où le droit d'être entendu est reconnu en dehors d'une procédure administrative au sens strict, par exemple dans le cadre de l'adoption d'un plan d'affectation.

E. Moment

En principe, le droit de la personne d'être entendue doit pouvoir être exercé avant la prise de la décision, ce qui découle directement de la lettre de l'article 30, alinéa 1, PA¹²⁰. Cette exigence temporelle s'explique par les différentes fonctions du droit identifiées plus haut (cf. *supra* I.B).

Toutefois, les lois de procédure peuvent prévoir des aménagements, à l'exemple de l'article 30, alinéa 2, PA. Cette dernière disposition doit toutefois être lue soigneusement, car certaines des hypothèses qu'elle

¹¹⁷ OFK-WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, VwVG Art. 29 NN 3-6.

¹¹⁸ ATF 131 I 90, 95 c. 3.1. Cf. MOOR/POLTIER (note 7), p. 317.

¹¹⁹ ATF 135 II 338, 344 c. 2.1. cf. TF, Arrêt 2C_587/2012 du 24 octobre 2012, c. 2.1 : « Aux termes de l'art. 111 al. 1 LTF, la qualité de partie à la procédure devant toute autorité cantonale précédente doit être reconnue à quiconque a qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral. Cette règle vaut devant toute autorité cantonale précédente, pas seulement devant celle qui précède immédiatement le Tribunal fédéral. Dès le premier échelon et à tous les niveaux de la procédure cantonale, les conditions pour être partie ne peuvent ainsi pas être définies de manière plus restrictive qu'elles ne le sont pour recourir devant le Tribunal fédéral. » Sur cet arrêt, relatif à la levée du secret professionnel, voir BENOÎT CHAPPUIS/JÉRÔME GURTNER (2021), *La profession d'avocat*, Genève, p. 243-244. De manière générale, consulter également THIERRY TANQUEREL, « Les tiers dans les procédures disciplinaires », in : BELLANGER/TANQUEREL (note 24), p. 97-124.

¹²⁰ De même, dans la banque de données terminologiques de l'administration fédérale TERMDAT (<https://www.bk.admin.ch/bk/fr/home/documentation/langues/termdat.html>), l'expression « droit d'être entendu » est notamment traduite par « *Anspruch auf vorgängige Anhörung* » « *diritto di essere preliminarmente sentito* ».

énoncé constituent en réalité de véritables exceptions au droit d'être entendu (par exemple, l'absence d'un tel droit lors de l'adoption de mesures d'exécution, cf. *infra* IV.A).

Il existe trois principaux cas de figure dans lesquels un *report* de l'exercice du droit de la personne d'être entendue est en principe possible¹²¹.

Le premier concerne les décisions qui peuvent être frappées d'opposition ou réclamation (art. 30, al. 2, let. b, PA). Une telle procédure est souvent mise en œuvre dans les décisions dites de masse (*Massenverfahren*), par exemple en matière fiscale¹²². Elle permet à l'autorité de rendre des décisions sans entendre les parties, mais elle s'accompagne de l'obligation d'entendre toutes celles qui feront opposition à la décision les concernant¹²³.

Le deuxième cas se rapporte aux situations de péril en la demeure, pour autant qu'un recours soit ouvert aux parties et qu'aucune disposition du droit fédéral ne leur accorde le droit d'être entendues préalablement (art. 30 al. 2 let. e PA)¹²⁴. Selon la doctrine, outre l'urgence de la situation, il est au surplus nécessaire qu'un intérêt public ou privé important justifie l'application de la clause¹²⁵. Tel pourra être le cas dans le cadre d'une procédure concernant des mesures provisoires¹²⁶.

Enfin, le troisième cas est celui dans lequel l'octroi du droit d'être entendu viderait la mesure de son sens¹²⁷, par exemple en cas d'inspection

¹²¹ OFK-BIAGGINI, BV Art. 29 N 18.

¹²² ATF 132 v 368, 371-374 c. 4. Cf. TANQUEREL (note 21), n° 1535; THIERRY TANQUEREL/FELIX UHLMANN/MARIUS ROTH (2021), *Le Conseil d'Etat dans le contentieux administratif*, Zurich, p. 196; VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN (2013), « L'opposition et le recours hiérarchique », in: TANQUEREL/BELLANGER (note 30), p. 179-208, p. 181-182.

¹²³ MOOR/POLTIER (note 7), p. 629 ss: « [La réclamation] tend à concilier les besoins pratiques d'une gestion commode et les exigences formelles de protection de la situation des administrés. »

¹²⁴ ATF 126 II 111, 122 c. 6.b.aa.

¹²⁵ TANQUEREL (note 21), n° 1534. Voir également ATAF 2009/61 c. 4.

¹²⁶ ATF 139 I 189, 192 c. 3.3.

¹²⁷ ATF 140 I 99, 102 c. 3.4. Cf. CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 124.

de certains lieux par l'autorité compétente¹²⁸ ou de mesure de surveillance secrète¹²⁹.

Dans le cas particulier de l'adoption de plans d'affectation (cf. *supra* III.B.), on relèvera enfin que la jurisprudence selon laquelle le droit de la personne d'être entendue peut valablement s'exercer à l'occasion d'un recours aboutit, elle aussi, à reporter le moment de son exercice¹³⁰.

IV. Limitations

Le droit d'être entendu peut faire l'objet de deux types de limites : des exceptions (*infra* A.) et des restrictions (*infra* B.).

A. Exceptions

On est en présence d'une exception lorsque le droit de la personne d'être entendue n'est pas du tout mis en œuvre. Dans la mesure où le droit d'être entendu est nié en tant que tel, ce type d'exception est rare et intervient essentiellement lorsqu'aucun préjudice n'en découle pour les personnes concernées.

Ainsi, la loi peut prévoir que le droit d'une partie d'être entendue ne s'applique pas lorsque l'autorité fait entièrement droit à ses conclusions ou en cas de mesure d'exécution ne réglant aucune question nouvelle (art. 30, al. 2, PA). Le Tribunal fédéral a également considéré que l'admi-

¹²⁸ ATF 125 II 508, 510 c. 4 : « *Um ihren Zweck zu erfüllen, waren diese Erhebungen unangemeldet durchzuführen und genügte es für die Gewährung des rechtlichen Gehörs, dass die Beschwerdeführer nachträglich zum Beweisergebnis Stellung nehmen konnten.* » Voir également art. 21a al. 1 de la loi fédérale du 28 septembre 2012 sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale (« LAAF » ; RS 651.1) : « *Exceptionnellement, l'AFC n'informe d'une demande les personnes habilitées à recourir par une décision qu'après la transmission des renseignements, lorsque l'autorité requérante établit de manière vraisemblable que l'information préalable des personnes habilitées à recourir compromettrait le but de l'assistance administrative et l'aboutissement de son enquête.* »

¹²⁹ ATF 109 Ia 273, 279 c. 4.a.

¹³⁰ TF, Arrêt 1A.16/2003 du 9 janvier 2004 (publié in RDAF 2004 I 121), c. 2.4. Cf. TANQUEREL (note 21), n° 1533.

nistration n'était pas tenue de mettre en œuvre le droit d'être entendu lorsqu'elle ne dispose d'aucune marge de manœuvre¹³¹.

La personne concernée peut évidemment aussi renoncer à exercer ses droits dans un cas donné¹³², y compris par actes concluants, pour autant que cette renonciation soit claire et sans équivoque¹³³. Par exemple, une partie peut renoncer à demander la motivation d'une décision¹³⁴.

B. Restrictions

Une restriction désigne le cas où une personne peut exercer son droit d'être entendue, mais d'une manière imparfaite. Cette limitation peut concerner tant le contenu du droit que ses conditions d'exercice.

Pour être valables, de telles restrictions doivent se fonder sur une base légale, poursuivre un intérêt public ou privé prépondérant et respecter le principe de la proportionnalité¹³⁵. Leur nombre a décliné au cours des dernières années, la jurisprudence se montrant toujours plus exigeante dans le degré de respect du droit d'être entendu¹³⁶.

Un bon exemple est fourni par les articles 26 à 28 PA, qui permettent le refus de la consultation de certaines pièces – c'est-à-dire une restriction du droit d'accès au dossier – en cas d'intérêt public ou privé important. Dans un tel cas de figure, la pièce dont la consultation a été refusée à une partie ne peut être utilisée à son détriment que si l'autorité lui a commu-

¹³¹ TF, Arrêt 8C_158/2016 du 2 février 2017, c. 4.2 (considérant non reproduit dans l'ATF 143 I 65).

¹³² ATF 101 Ia 309, 313 c. 2.b.

¹³³ ATF 127 I 44, 48 c. 2.e/aa.

¹³⁴ Art. 35 al. 3 PA. Cf. MOOR/POLTIER (note 7), p. 351.

¹³⁵ La doctrine est divisée quant à l'application de l'art. 36 Cst. à de telles restrictions. CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 219, appliquent sans discussion cette disposition; MOOR/POLTIER (note 7), p. 324-325, doutent que cette disposition soit directement applicable, mais admettent qu'elle peut « *néanmoins servir de source d'inspiration* ». Cela étant, l'application « matérielle » des trois conditions de restriction de l'art. 36 Cst. n'est pas remise en question. Voir par ailleurs OFK-WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, VwVG Art. 29 N 11.

¹³⁶ GRODECKI/JORDAN (note 15), n° 522: « *Les restrictions au droit d'être entendu, dont l'admissibilité a considérablement réduit ces dernières années face à l'évolution de la jurisprudence et des garanties fondamentales de procédure* ». Dans le même sens, cf. HOFMANN (note 76), p. 158.

niqué, oralement ou par écrit, son contenu essentiel et lui a donné l'occasion de s'exprimer à son sujet et de fournir des contre-preuves¹³⁷.

Le report dans le temps de l'exercice du droit d'être entendu (cf. *supra* III.E) constitue également une restriction de ce droit et doit donc également respecter les contraintes susmentionnées.

V. Contrôle

Le contrôle du respect du droit de la personne d'être entendue repose sur deux piliers : ce droit est de nature formelle (*infra* A) mais sa violation peut, à certaines conditions, être réparée par l'instance de contrôle (*infra* B).

A. Nature formelle

Le droit de la personne d'être entendue est une garantie dite formelle : le grief de sa violation doit donc être examiné à titre préliminaire par l'instance de recours et ce, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond¹³⁸. Au surplus, cet examen doit avoir lieu d'office¹³⁹. Le Tribunal fédéral examine librement le respect des garanties minimales de l'article 29 Cst. et l'application de la PA, mais il se restreint au contrôle de l'arbitraire s'agissant de normes cantonales qui iraient au-delà du standard fédéral¹⁴⁰.

En principe, en raison de cette nature formelle, la violation du droit d'être entendu doit conduire à l'annulation de la décision concernée¹⁴¹. La nullité demeure en revanche exceptionnelle et n'entre en ligne de compte que si l'irrégularité est particulièrement grave et facilement reconnaissable et que sa constatation ne met pas sérieusement en danger

¹³⁷ TANQUEREL (note 21), n° 1544. Cf. également l'art. 15 al. 2 LAAF en matière d'en-taide fiscale internationale.

¹³⁸ ATF 135 I 279, 285 c. 2.6.1; TAF, Arrêt A-3649/2014 du 25 janvier 2016, c. 3.1. Cf. CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 112; MOOR/POLTIER (note 7), p. 322; OFK-WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, VwVG Art. 29 N 9; SUTTER (note 11), n° 17.

¹³⁹ TAF, Arrêt C-7704/2008 du 14 mai 2010, c. 2.1.

¹⁴⁰ ATF 142 I 172, 173 c. 3.2. Cf. MALINVERNI/HOTTELIER/FLÜCKIGER/HERTIG RANDALL (note 6), p. 1454; CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 10.

¹⁴¹ ATF 144 I 11, 17 c. 5.3. Cf. CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 232.

la sécurité du droit¹⁴². Un exemple d'arrêt du Tribunal fédéral dans lequel la nullité a été constatée concernait des plans de zone qui n'avaient pas été publiés et n'avaient donc pas pu être attaqués¹⁴³.

B. Réparation

Cela étant, selon Tribunal fédéral, l'autorité de contrôle peut procéder à la réparation (*Heilung*¹⁴⁴) d'une violation du droit d'être entendu, pour autant que l'atteinte au droit ne soit pas « particulièrement grave »¹⁴⁵ et que l'instance de contrôle dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité intimée¹⁴⁶. Par exemple, un défaut de motivation de la décision peut être réparé par le dépôt de la réponse de l'autorité au recours¹⁴⁷.

Selon une formule fréquemment utilisée par le Tribunal fédéral, « [*l]a réparation de la violation du droit d'être entendu doit toutefois rester l'exception »*¹⁴⁸. Cependant, malgré ce postulat de base, la réparation est largement pratiquée par les juridictions administratives, au point que « [*d]ans la pratique cependant, il faut bien constater que l'exception tend à devenir la règle »*¹⁴⁹.

¹⁴² ATF 129 I 361, 363 c. 2.1. Cf. OFK-WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, VwVG Art. 29 N 68-69.

¹⁴³ ATF 114 Ib 180, 184 c. 2a.

¹⁴⁴ Le terme allemand est très parlant, puisqu'il évoque la « guérison » de la décision (défectueuse).

¹⁴⁵ TF, Arrêt 2C_780/2016 du 6 février 2017, c. 3.1. De manière générale, voir LORENZ KNEUBÜHLER (1998), « Gehörsverletzung und Heilung – Eine Untersuchung über die Rechtsfolgen von Verstössen gegen den Gehörsanspruch, insbesondere die Problematik der sogenannten 'Heilung' », ZBl p. 97-120.

¹⁴⁶ ATF 142 II 218, 226 c. 2.8.1; ATF 137 I 195, 197 c. 2.3.2. Cf. MOOR/POLTIER (note 7), p. 323.

¹⁴⁷ GRODECKI/JORDAN (note 15), n° 517.

¹⁴⁸ TF; Arrêt 8D_2/2016 du 6 décembre 2016, c. 3.2.3. Sur la condition de l'absence de violation grave, voir SUTTER (29), n° 22.

¹⁴⁹ MOOR/POLTIER (note 7), p. 324. Sur la réparation dans le cadre de la fin des rapports de service en droit public, voir STÉPHANE GRODECKI (2019), « Le droit d'être entendu avant la fin des rapports de service en droit public », in: MICHEL HOTTELIER/MAYA HERTIG RANDALL/ALEXANDRE FLÜCKIGER (éds), *Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel: Entre droit constitutionnel et droit administratif: questions autour du droit de l'action publique*, Genève, p. 179-191. Compte tenu de son pouvoir de cognition en principe restreint, notamment dans le contrôle des faits établis par les instances précédentes, le Tribunal fédéral ne répare qu'exceptionnel-

A cet égard et de manière générale, la réparation ne pose guère problème dans une procédure d'opposition ou dans le cadre d'un recours hiérarchique¹⁵⁰. Elle est cependant discutable, et très critiquée par la doctrine, dans le cadre de recours juridictionnels¹⁵¹. En effet, si l'on comprend les motifs tirés de l'économie de la procédure¹⁵², force est de constater que « *[d]ie nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs bildet häufig nur einen unvollkommenen Ersatz für eine unterlassene vorgängige Anhörung* »¹⁵³.

La réparation conduit en effet à un double déplacement : d'une part, l'autorité octroyant le droit d'être entendu n'est plus la même, ce qui prive la personne concernée d'un double degré d'instance¹⁵⁴ ; d'autre part, l'exercice du droit est repoussé dans le temps, puisque la réparation signifie inévitablement que le droit de la personne d'être entendue sera mis en œuvre après la prise de la décision administrative, à l'occasion de son contrôle¹⁵⁵, ce qui constitue en réalité une restriction dépourvue de base légale (cf. *supra* IV.B). Au surplus, contrairement à l'annulation de la décision, la réparation n'incite pas l'autorité inférieure à mieux respecter à l'avenir les droits procéduraux des parties¹⁵⁶.

lement lui-même une violation du droit de la personne d'être entendue. Cf. ATF 146 III 97, 105 c. 3.5.2.

¹⁵⁰ CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 236.

¹⁵¹ TANQUEREL (note 21), n° 1558 ; SUTTER (29), n° 24. Voir toutefois l'opinion différente de WIEDERKEHR (note 12), p. 25-26, selon lequel le noyau du droit d'être entendu réside dans l'établissement des faits, de sorte qu'il convient de renoncer à une annulation et à un renvoi lorsque la violation du droit de la personne d'être entendue n'a aucun effet sur l'issue de la procédure.

¹⁵² ATAF 2009/61 c. 4.1.3 : « *Eine Rückweisung der Streitsache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs würde folglich bloss zu einem formalistischen Leerlauf sowie einer unnötigen Verlängerung des Verfahrens führen und den Interessen der Beschwerdeführerin entgegenstehen. Unter diesen Voraussetzungen hat der Mangel als im Beschwerdeverfahren geheilt zu gelten.* » Cf. CR Cst.-DANG/NGUYEN, art. 29 N 238 : « *Il peut arriver qu'un renvoi à l'autorité précédente pour nouvelle décision conforme à la procédure n'ait guère de sens et/ou retarde inutilement le traitement d'une cause.* »

¹⁵³ ATF 105 Ia 193, 197 c. 2.b.cc

¹⁵⁴ Comme l'indiquent MOOR/POLTIER (note 7), p. 323, la réparation « *revient à supprimer pour l'intéressé le bénéfice de deux instances qui, toutes deux, doivent se prononcer régulièrement* ».

¹⁵⁵ OFK-WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, VwVG Art. 29 N 74.

¹⁵⁶ TAF, Arrêt B-3307/2014 du 22 décembre 2015, c. 3.3.

En conséquence, si l'on prend au sérieux les fonctions du droit d'être entendu (cf. *supra* I.B), la réparation devrait être exclue, sauf cas exceptionnels. A cet égard, il est possible de s'inspirer des trois conditions cumulatives proposées par Benjamin SCHINDLER pour qu'une réparation puisse être envisagée: l'intérêt de la tierce partie à une procédure rapide est sur le principe équivalent à l'intérêt à un déroulement correct de la procédure, cet intérêt doit au surplus prévaloir également dans le cas concret et l'erreur procédurale ne doit pas se trouver dans un rapport de causalité avec la décision concernée¹⁵⁷. En tout état, la réparation devrait être exclue lorsque l'autorité de recours ne peut pas contrôler l'opportunité de la décision et que l'autorité intimée disposait d'un large pouvoir d'appréciation¹⁵⁸.

Conclusion

La présente contribution s'est ouverte par le constat de l'importance croissante du droit d'être entendu.

Elle s'est poursuivie avec la présentation de ses principales composantes, dont on peut tirer l'observation générale suivante: la jurisprudence tend à étendre le champ d'application et la titularité du droit d'être entendu tout en limitant les restrictions qui peuvent lui être apportées. Compte tenu de la place du droit de la personne d'être entendue dans un Etat régi par le droit, ces développements doivent être salués. Il est toutefois permis de regretter la fréquence avec laquelle les violations du droit d'être entendu sont réparées en pratique. Si l'on prend les fonctions de ce droit au sérieux, il serait sage, malgré les attraits indéniables de l'économie de la procédure, de faire un usage plus parcimonieux de l'outil de la réparation.

¹⁵⁷ BENJAMIN SCHINDLER (2005), « Die ‹formelle Natur› von Verfahrensgrundrechten Verfahrensfehlerfolgen im Verwaltungsrecht – ein Abschied von der überflüssigen Figur der ‹Heilung› », *ZBl*, p. 169-196, p. 191-192.

¹⁵⁸ ATF 135 I 279, 286 c. 2.6.4. Cf. également TANQUEREL (note 21), n° 1554. La réparation devrait aussi être exclue lorsque l'autorité de première instance est composée de spécialistes devant lesquels les garanties de procédure doivent avoir été respectées (TAF, Arrêt B-3307/2014 du 22 décembre 2015, c. 3.3) ainsi que dans les domaines dans lesquels l'autorité de recours, tout en procédant à un examen libre, s'impose une retenue (TF, Arrêt 1C_52/2016 du 7 septembre 2016, c. 3.2).

Enfin, il convient de relever qu'en pratique, une contestation pour non-respect du droit d'être entendu conduit rarement à une modification substantielle de la décision querellée. En effet, dans la plupart des cas, l'autorité de contrôle estimera qu'elle est en mesure de réparer la violation du droit d'être entendu ou renverra l'affaire à l'autorité inférieure, qui procédera à l'acte manquant ou défectueux avant de confirmer sur le fond sa décision initiale. Il s'agit là d'un élément dont les personnes concernées doivent être conscientes avant d'entamer une procédure contentieuse.

La pratique récente en matière d'impartialité, de récusation et de composition correcte des autorités et juridictions administratives

STÉPHANE GRODECKI

*Chargé de cours à l'Université de Genève, avocat à Genève
Docteur en droit*

I. Introduction

Le droit d'être jugé par une autorité correctement composée et impartiale fait partie des droits procéduraux essentiels, garantis tant par la Convention européenne des droits de l'homme (art. 6 CEDH) que par la Constitution fédérale (art. 29 et 30 Cst.¹). Les différentes normes de procédure, cantonales ou fédérales, règlent également, souvent de manières similaires, ces questions.

Beaucoup a déjà été écrit sur la question. Citons en particulier les deux thèses d'habilitation publiées par SCHINDLER² sur l'indépendance de l'administration et de KIENER³ sur l'indépendance du juge. Il n'en demeure pas moins que le Tribunal fédéral continue régulièrement à rendre des arrêts en la matière, démontrant par-là que les questions qui se posent demeurent d'actualité.

En procédure administrative, il faut toujours distinguer deux stades différents: les règles applicables à l'administration, d'une part, et celles applicables aux autorités judiciaires, d'autre part. Les fondements et l'étendue du droit ne sont en effet pas les mêmes dans ces deux hypothèses, la seconde étant soumise à des règles plus exigeantes.

Il existe tout d'abord le droit à une composition correcte et impartiale de l'administration, y compris de l'autorité exécutive, dont le fondement

¹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

² BENJAMIN SCHINDLER (2002), *Die Befangenheit der Verwaltung*, Zurich.

³ REGINA KIENER (2011), *Richterliche Unabhängigkeit*, Berne.

est l'article 29 Cst.⁴, ainsi que le droit de procédure applicable (art. 10 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 [PA]⁵; art. 15 de la loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA/GE]⁶, par exemple). Si le droit à la composition correcte est tout aussi important pour l'administration, son impartialité, elle, est examinée de manière moins stricte, comme nous le verrons dans les exemples jurisprudentiels cités dans la présente contribution.

Il existe ensuite le droit à une composition correcte et impartiale des autorités judiciaires dont le fondement se trouve aux articles 29 et 30 Cst., 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte II)⁷ et 6 CEDH⁸, ainsi que dans le droit de procédure applicable (art. 15A LPA/GE; art. 34 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF)⁹).

Nous aborderons ainsi ces deux domaines, en citant des exemples jurisprudentiels récents afin d'offrir au lecteur une synthèse des règles actuelles.

II. La composition correcte de l'autorité

Le droit à la composition correcte de l'autorité permet à l'administré ou au justiciable d'exiger que les règles procédurales qui la fixe soit respectées. Il ne s'agit dès lors pas de garantir l'indépendance de l'autorité, mais bien le droit à ce qu'elle statue dans la composition prévue par la loi. Il s'agit en définitive de l'examen de la compétence fonctionnelle de l'autorité, dont la violation peut parfois même entraîner la nullité de la décision prise¹⁰. Le but est de s'assurer que l'autorité statue dans la com-

⁴ ATF 142 I 172, c. 3.2.

⁵ PA – RS 172.021.

⁶ LPA – RS/GE E 5 10.

⁷ RS 0.103.2.

⁸ ATF 144 I 159, c. 4.3.

⁹ LTF – RS 173.110.

¹⁰ PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER (2011), *Droit administratif*, vol. II « Les actes administratifs et leur contrôle », 3^e éd., Berne p. 369 ss.

position prévue par la loi, respectivement en respectant un éventuel quorum de présence¹¹.

A. Généralités

L'article 29, alinéa 1, Cst. prévoit que toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. La jurisprudence a tiré de cette disposition un droit à ce que l'autorité administrative ou judiciaire qui statue, le fasse dans une composition correcte et impartiale. Cette disposition n'exclut pas une certaine liberté dans la composition de l'autorité, par exemple en permettant la participation de suppléants dans le processus décisionnel. Il faut toutefois, lorsque cela est possible, que la composition soit fondée sur des critères. La composition de l'autorité est définie selon les règles du droit de procédure ou d'organisation. Celui-ci prévoit généralement des quorums afin d'assurer le fonctionnement des autorités collégiales. L'autorité est ainsi valablement constituée lorsqu'elle siège dans une composition qui correspond à ce que le droit d'organisation ou de procédure prévoit. Par conséquent, lorsqu'un membre de l'autorité est appelé à se récuser ou ne peut, pour une autre raison, prendre part à la décision, il doit, dans la mesure du possible, être remplacé. Si l'autorité statue alors qu'elle n'est pas valablement constituée, elle commet un déni de justice formel¹².

L'examen du droit à la composition correcte de l'autorité dépend donc des règles procédurales – en particulier sur la composition – applicables à chaque cas particulier. En cas de violation de ces règles la décision entreprise doit être systématiquement annulée, sans aucune réparation possible du vice de procédure par la juridiction supérieure en raison de sa gravité¹³.

B. Les autorités administratives

En ce qui concerne les autorités administratives, il n'existe pas un principe général qui consisterait à prévoir des membres suppléants dans

¹¹ THIERRY TANQUEREL (2018), *Manuel de droit administratif*, Genève p. 515; BENOÎT BOVAY (2015), *Procédure administrative*, Berne p. 165.

¹² ATF 142 I 172, c. 3.2 et les références citées.

¹³ ATF 144 IV 35, c. 2.1.

l'éventualité où un des membres de l'autorité appelée à statuer doit se récuser ou ne peut, pour une autre raison, prendre part à la décision. Lorsqu'un membre d'une autorité administrative se récuse, il convient toutefois de savoir quels sont les autres membres qui ont siégé; à défaut le droit à la composition correcte de l'autorité est violé¹⁴.

Seul l'article 29, alinéa 1, Cst. – à l'exclusion de l'article 30 Cst. qui s'applique aux autorités judiciaires – s'applique aux autorités de surveillance, par exemple la Chambre vaudoise des notaires¹⁵ ou toute autre autorité de surveillance des professions libérales ou des magistrats. Dans ce domaine, le droit cantonal prévoit fréquemment qu'une délégation de l'autorité de surveillance peut procéder à une enquête. Cette délégation n'est alors valable que pour l'enquête, mais non pour la prise de décision sur le fond. La prise d'une telle décision le serait par une autorité qui ne respecte pas le droit à la composition correcte et devrait être annulée¹⁶.

En revanche, lorsque le droit cantonal accorde le droit à un membre d'une autorité de participer à la prise de décision, sans exiger sa présence, son absence n'est pas une violation du droit à la composition incorrecte de l'autorité¹⁷. Il faut donc soigneusement examiner le droit procédural afin de déterminer si une participation est exigée ou non.

Le droit à la composition correcte de l'autorité s'applique en outre à toute prise de décision, y compris en matière de marchés publics. Le soumissionnaire doit ainsi être informé de la composition de l'autorité adjudicatrice¹⁸.

Enfin, le Tribunal fédéral a jugé que le fait que des juges cantonaux siègent dans une autorité cantonale de surveillance, en l'occurrence l'autorité de surveillance valaisanne des avocats, n'était pas critiquable sous l'angle de l'article 29, alinéa 1, Cst. et du droit à la composition correcte de l'autorité car cette composition est prévue par la loi¹⁹.

¹⁴ Arrêt TF 2C_278/2017 du 17 août 2017.

¹⁵ ATF 142 I 172, c. 3.

¹⁶ ATF 142 I 172, c. 3.

¹⁷ Arrêt TF 1C_89/2020 du 23 juillet 2020, c. 3.

¹⁸ Arrêt TF 2C_951/2019 du 16 juillet 2020, c. 1.3.4.

¹⁹ Arrêt TF 2C_187/2011 du 28 janvier 2011, c. 3, considérant non publié à l'ATF 137 II 425.

Ce type de composition est fréquent pour les autorités de surveillance. Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral n'a pas examiné cette question sous l'angle de l'article 30 Cst., soit la garantie d'un tribunal indépendant et impartial, car le grief a été déclaré irrecevable pour cause de tardiveté.

A notre sens, ce type de composition ne pose pas de problème sous l'angle du droit à la composition correcte de l'autorité. En revanche, au regard de l'article 30 Cst., la situation n'est aujourd'hui plus acceptable.

Cette disposition n'impose en effet pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective du magistrat est établie, car une disposition interne de sa part ne peut guère être prouvée. En revanche, il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle du magistrat. Seules les circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération. Les impressions purement individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives²⁰.

Il est objectivement curieux pour le justiciable de voir un ou plusieurs collègues d'un des juges qui a participé à la prise de la première décision statuer sur son recours. Il pourrait craindre le risque de voir la position de l'autorité intimée être favorisée par cette construction juridique²¹. A notre sens, même s'il n'est pas établi qu'une telle construction dans la composition défavorise le justiciable, elle peut lui en donner l'apparence, ce qui suffit à violer l'article 30 Cst. Il faudrait donc, selon nous, y mettre fin, ce qui pourrait entraîner un bouleversement pour de nombreuses autorités de surveillance.

C. Les autorités judiciaires

S'agissant des autorités judiciaires, le droit à la composition exacte est garanti par l'article 30 Cst. Cette disposition n'impose pas une organisation judiciaire prédéfinie. Néanmoins, une base légale formelle codifiant de manière générale et abstraite les principes sur la compétence, la

²⁰ ATF 144 I 159, c. 4.3 ; ATF 143 IV 69, c. 3.2.

²¹ Cf. *mutatis mutandis* le raisonnement qui a conduit le Tribunal fédéral à refuser qu'un greffier d'une Cour siège dans cette Cour comme juge suppléant : Arrêt TF 1B_420/2022 du 9 septembre 2022 destiné à publication aux ATF. Le risque d'atteinte à l'indépendance est à notre sens le même ici.

composition et l'organisation des autorités judiciaires est nécessaire²². Les dispositions sur la composition de l'autorité judiciaire ne peuvent ainsi pas figurer dans un règlement de la juridiction, en particulier pas la délégation de certaines décisions à un juge unique en cas de juridiction collégiale²³.

Ont ainsi été considérés comme une violation du droit à une autorité judiciaire composée correctement :

- Le fait de statuer avec un juge assesseur qui n'est plus en fonction²⁴ ;
- L'absence d'un greffier lors de la délibération alors que la loi lui octroyait une voix consultative²⁵ ;
- La délégation de certaines décisions à un juge unique dans un Tribunal collégial sans base légale formelle²⁶.

En revanche, le fait qu'un des membres de la juridiction n'ait pas participé à la procédure probatoire n'est pas une violation du droit à la composition correcte de l'autorité, car la loi n'exige pas que tous les juges qui siègent lors de la décision aient participé à l'administration des preuves²⁷.

Enfin, le Tribunal fédéral a jugé que la libre composition des Cours ou de l'attribution des dossiers ne pose pas de problème au regard de l'article 30 Cst., car le droit à la composition correcte de l'autorité n'exclut pas une certaine marge de manœuvre dans la composition de l'organe appelé à statuer (y compris pour l'appel aux suppléants), pour autant que cela soit sur la base de critères objectifs²⁸. Il n'existe ainsi aucune obligation de passer par des attributions informatiques aléatoires dans l'attribution des dossiers.

²² ATF 129 V 196, c. 4.1.

²³ Arrêt TF 9C_106/2018 du 17 décembre 2018 ; RDAF 2018 I 613, 616 (TF, 5.04.2018).

²⁴ Arrêt TF 1C_235/2008 du 13 mai 2009.

²⁵ Arrêt TF 9C_754/2009 du 12 mai 2010, c. 1.3.

²⁶ Arrêt TF 9C_106/2018 du 17 décembre 2018 ; RDAF 2018 I 613, 616 (TF, 5.04.2018).

²⁷ Arrêt TF 1A.264/2006 du 30 mai 2007, c. 4.

²⁸ ATF 144 I 37 ; ATF 144 I 70 ; ZBI 2018 343 (TF, 20.03.2018).

Cette approche très souple des règles sur l'attribution est toutefois critiquée²⁹, notamment en raison de la possibilité d'intervention sur les résultats des litiges en fonction de la composition des cours³⁰.

III. L'impartialité et la récusation

Si l'examen du droit à la composition correcte de l'autorité se fonde exclusivement sur le critère objectif des règles prévues par la loi, le droit à l'impartialité – et son corollaire le droit de demander la récusation – fait place à des dimensions plus subjectives, où le contentieux est souvent beaucoup plus fourni.

A noter que la récusation ne touche en principe que les personnes physiques individuelles composant les autorités, et non l'autorité en tant que telle³¹. Il s'agit de ne pas vider la procédure et la réglementation de l'administration de son sens. Il n'est dès lors pas possible que la récusation vise à relever une autorité entière des tâches qui lui sont attribuées par la loi³². Une demande de récusation dirigée contre une autorité dans son ensemble peut cependant être examinée comme si elle était dirigée contre chacun des membres de l'autorité pris individuellement³³.

A. Les autorités administratives

1. Généralités

Pour les autorités non judiciaires, le droit à l'impartialité tiré des articles 30, alinéa 1, Cst. et 6, paragraphe 1, CEDH ne sont pas applicables. En revanche, on déduit la garantie d'un traitement équitable et l'exigence d'impartialité de l'article 29, alinéa 1, Cst., qui dispose que

²⁹ BENJAMIN ROTSCCHILD, « L'attribution des affaires manque de transparence », *Plaidoyer* 2022/2 18.

³⁰ GABRIEL GERTSCH, « Richterliche Unabhängigkeit und Konsistenz am Bundesverwaltungsgericht: ein quantitative Studie », *ZBl* 2021 34. Pour une vision de droit comparé, cf. JAYA RAMJI-NOGALES/ANDREW I SCHOENHOLTZ/PHILIPPE G. SCHRAG, « Refugee roulette: disparities in asylum adjudication », 60 *Stan. L. Rev.* 295 2007/2008.

³¹ ATF 97 I 860, c. 4.

³² ATF 122 II 471, c. 3.b. Cf. toutefois pour un cas exceptionnel ATAF 2008/13, c. 10.

³³ Arrêt TF 2C_110/2019 du 9 décembre 2019, c. 5.3; Arrêt TF 2C_1124/2015 du 31 mars 2017, c. 4.2; Arrêt TF 9C_4993/2013 du 20 février 2014, c. 5.4.

toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement. Dans sa substance, la garantie d'impartialité impose tant au juge qu'à l'autorité administrative qu'ils ne se soient pas déjà déterminés sur les faits à apprécier. Les exigences qui valent pour les tribunaux ne se transposent cependant pas telles quelles dans la procédure administrative. Ce sont justement les impondérables liés au système de la procédure interne à l'administration qui ont conduit à la création d'instances judiciaires indépendantes³⁴. En d'autres termes, les dispositions sur la récusation sont, en principe, moins sévères pour les membres des autorités administratives et gouvernementales que pour les autorités judiciaires³⁵.

L'article 29, alinéa 1, Cst. n'impose en effet pas l'indépendance et l'impartialité comme maxime d'organisation d'autorités gouvernementales, administratives ou de gestion et n'offre pas, dans ce contexte, une garantie équivalente à celle applicable aux tribunaux³⁶. Comme pour la récusation des juges, l'apparence de partialité peut découler d'un comportement déterminé d'un membre de l'autorité ou de circonstances de nature fonctionnelle ou organisationnelle³⁷.

La jurisprudence relève toutefois que les demandes de récusation dirigées contre des personnes qui participent à une décision administrative par une activité de conseil ou d'instruction ne doivent pas être admises à la légère; les circonstances faisant redouter une apparence de partialité doivent être examinées concrètement dans chaque cas d'espèce, en tenant compte de la fonction et de l'organisation de l'autorité administrative³⁸.

En raison de ces règles très souples, la jurisprudence relative aux membres de l'administration est rare. Ainsi, le simple fait qu'un dénonciateur connaisse des membres d'une autorité de surveillance n'est pas un motif de récusation³⁹. Même le choix d'un enquêteur administratif – qui devrait montrer une certaine indépendance – au sein de la même adminis-

³⁴ ATF 140 I 326, c. 5.2.

³⁵ ATF 140 I 326, c. 5.2.

³⁶ ATF 125 I 119, c. 3f.

³⁷ ATF 147 I 173, c. 5.1.

³⁸ ATF 137 II 431, c. 5.2.

³⁹ Arrêt TF 2C_794/2011 du 22 décembre 2011.

tration n'a pas été considéré comme problématique sous l'angle de l'article 29, alinéa 1, Cst., même si un enquêteur extérieur serait « préférable » selon le Tribunal fédéral⁴⁰.

Les membres de l'administration bénéficient même d'une grande liberté de ton dans leurs échanges avec les administrés. Selon la jurisprudence, les acteurs administratifs bénéficient ainsi d'une liberté de propos importante à l'égard des parties et sont notamment en droit, souvent dans l'intérêt et avec l'accord de ces dernières, de donner leur opinion sur la procédure en cours et son issue probable ; des maladresses et des propos déplacés sont également tolérés suivant les circonstances, s'ils ne dénotent aucun « parti pris », si ce n'est en faveur de l'intérêt général.

Seules sont considérées comme suspectes les déclarations faites au sujet de la cause ou de l'une des parties qui permettent objectivement de déduire que le fonctionnaire compétent s'est déjà forgé, sur la base d'éléments étrangers à la simple appréciation objective des pièces du dossier – voire avant même que celui-ci soit complet – une opinion définitive sur l'issue de la procédure⁴¹.

2. *La particularité de l'intervention en qualité d'employeur*

La gestion des employés publics par l'administration peut entraîner des interventions ou des propos engagés de la hiérarchie, en particulier dans une procédure de fin des rapports de service. Se pose ainsi la question de l'éventuelle récusation de la hiérarchie, qui va nécessairement démontrer un certain « parti pris » en envisageant un licenciement.

A cet égard, il est admis par la jurisprudence que, dès le moment où l'autorité administrative, en sa qualité d'employeur, est amenée à informer son employé de l'éventualité de la prise de mesures à son encontre, celle-ci ne revêt plus une position complètement neutre et impartiale, contrairement à une instance judiciaire de recours susceptible d'être par la suite appelée à se prononcer sur la question. D'une part, l'autorité administrative doit garantir à l'agent concerné un traitement égal sur le plan formel, et, d'autre part, elle doit veiller au bon fonctionnement de l'administration publique en sa qualité d'employeur, ce qui la met sou-

⁴⁰ Arrêt TF 8D_1/2021 du 4 novembre 2021.

⁴¹ Arrêt TAF B-1596/2020 du 1^{er} octobre 2020, c. 4.1 ; Arrêt TAF B-7795/2015 du 14 juillet 2016, c. 8.1 ; Arrêt TAF B-2371/2014 du 7 janvier 2015, c. 3.1.

vent dans la situation où elle doit sauvegarder des intérêts opposés. Il est en effet inévitable que, lorsqu'elle communique à l'agent les motifs qui pourraient justifier son licenciement, et lui donne la possibilité de s'exprimer sur ceux-ci, l'autorité d'engagement s'est déjà fait une idée, du moins en grande partie, de la solution qu'elle entend adopter. La jurisprudence ne voit pas en ces circonstances un motif objectif de partialité. D'ailleurs, le Tribunal administratif fédéral, qui a eu l'occasion de se pencher sur des cas présentant une opposition d'intérêts analogue, a toujours refusé d'admettre que cela puisse constituer un motif de récusation de l'autorité administrative. Il en va, toutefois, autrement des situations dans lesquelles il existe des éléments objectifs permettant de retenir que l'autorité ou la personne appelée à décider ou à instruire la procédure a un intérêt personnel à l'issue du litige ou s'est laissée guider par des considérations qui sont dénuées de tout lien avec la problématique posée⁴².

B. L'autorité exécutive

Si les motifs de récusation sont rares pour les membres de l'administration, ils le sont encore plus pour les membres de l'autorité exécutive. La jurisprudence considère en effet que les membres des autorités supérieures du pouvoir exécutif ne peuvent être récusés que s'ils ont un intérêt particulier à l'affaire, s'ils ont émis auparavant une opinion personnelle au sujet d'une partie ou s'ils ont commis des erreurs de procédure ou d'appréciation particulièrement lourdes ou répétées, qui doivent être considérées comme des violations graves de leurs devoirs et dénotent l'intention de nuire à la personne concernée⁴³. Une récusation est également possible lorsque l'autorité s'est forgée une opinion inébranlable avant même d'avoir pris connaissance de tous les faits pertinents de la cause. A cet égard, une appréciation spécifique est nécessaire dans chaque situation particulière⁴⁴.

Dans ses deux derniers arrêts rendus sur une autorité exécutive, le Tribunal fédéral a rejeté les requêtes de récusation d'une autorité exécutive :

⁴² Arrêt TAF A-4054/2015 du 15 février 2016, c. 5.

⁴³ ATF 125 I 119, c. 3e.

⁴⁴ ATF 140 I 326, c. 5.2.

- Le simple fait d'avoir adopté un rapport dans une affaire ne rend pas le membre d'une autorité exécutive communale récusable pour toute décision en lien avec cette même affaire⁴⁵;
- Le fait qu'il existe entre un avocat et un Conseiller d'Etat « un passé houleux » n'est pas un motif de récusation de ce dernier⁴⁶.

C. L'autorité judiciaire

Selon la formule établie par la jurisprudence, la garantie d'un tribunal indépendant et impartial instituée par les articles 30 Cst. et 6 CEDH n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective du magistrat est établie, car une disposition interne de sa part ne peut guère être prouvée. Il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle du magistrat. Seules les circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération. Les impressions purement individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives⁴⁷. L'impartialité subjective d'un magistrat se présume en outre jusqu'à preuve du contraire⁴⁸.

1. Généralités

D'après la jurisprudence, une faute de procédure – voire une fausse application du droit matériel – ne suffit pas à elle seule pour donner une apparence de prévention. Il n'en va autrement que si le magistrat a commis des erreurs grossières ou répétées constituant une grave violation des devoirs de sa charge⁴⁹. L'annulation d'une décision antérieure n'est ainsi pas un motif de récusation⁵⁰.

Toutefois, en cas d'annulation d'une décision s'il y a une modification de la composition entre le premier arrêt (annulé) et le second arrêt, les par-

⁴⁵ Arrêt TF 1C_375/2021 du 17 mars 2022.

⁴⁶ SJ 2020 I 37, 48, c. 6 (TF, 18.07.2019).

⁴⁷ ATF 144 I 159, c. 4.3; ATF 143 IV 69, c. 3.2.

⁴⁸ ATF 136 III 605, c. 3.2.1.

⁴⁹ ATF 143 IV 69, c. 3.2; ATF 141 IV 178, c. 3.2.3.

⁵⁰ SJ 2021 335, 336 (TF, 20.04.2021).

ties doivent être informées de cette modification, avec indication des motifs qui la justifient⁵¹.

Le droit à l'impartialité doit garantir l'indépendance de la justice. Ainsi, en cas d'intervention d'un chef de service de l'administration fiscale dans la prise d'une décision, celle-ci ne peut pas être examinée par un juge, qui est également l'époux du dit chef de service⁵². Par ailleurs, un juge, par ailleurs membre de l'exécutif d'une commune, ne peut pas statuer sur une question de péréquation financière intercommunale, susceptible de concerner *in fine*, même indirectement, la commune où il siège⁵³. En revanche, le simple fait que le mari et le beau-frère d'une juge aient un lien avec une partie à la procédure n'est pas un motif de récusation, car le lien est trop indirect⁵⁴.

2. *L'appartenance politique*

L'appartenance d'un juge à un parti politique, fréquente en Suisse en raison du système électoral applicable aux juges, ne suffit pas à elle seule à justifier la suspicion de partialité, car la personne élue ou nommée à une fonction judiciaire est censée être capable de prendre le recul nécessaire par rapport à son parti politique et de se prononcer objectivement sur le litige qui divise les parties⁵⁵, même si le juge est membre d'un parti politique soutenant des thèses défavorables à une partie⁵⁶. Toutefois, lorsqu'un juge assume des responsabilités particulières dans un parti politique, il doit être récusé lorsque l'affaire a des impacts politiques⁵⁷.

3. *L'amitié*

Selon la jurisprudence, une relation d'amitié entre un juge et un avocat ne peut constituer un motif de récusation que dans des circonstances spéciales, qui ne doivent être admises qu'avec retenue. Il faut qu'il y ait un lien qui, par son intensité et sa qualité, soit de nature à faire craindre

⁵¹ SJ 2018 I 283 (TF, 22.06.2017).

⁵² ATF 140 I 240.

⁵³ ATF 147 I 173.

⁵⁴ ATF 140 III 221.

⁵⁵ DCEDH *l'Ocelot SA c. Suisse* du 21 mai 1997, requête 20873/92; ATF 138 I 1.

⁵⁶ SJ 2013 I 438 (TF, 25.09.2012).

⁵⁷ RDAF 2019 I 91 (TF, 29.10.2018).

objectivement qu'il influence le juge dans la conduite de la procédure et dans sa décision⁵⁸.

N'ont ainsi pas été retenus comme motif de récusation :

- Une « amitié » sur Facebook⁵⁹ ;
- La simple existence de liens entre l'avocat et un juge (trésorier d'un club de football, connaissances sociales)⁶⁰ ;
- La qualité de membre du juge d'une partie du « Lions Club »⁶¹ ;
- La participation en commun par un juge et un avocat d'une partie à des activités sportives⁶² ;
- Des réunions régulières entre un juge et un avocat pour pratiquer du sport et dîner ensuite, en discutant parfois de questions juridiques⁶³.

En revanche, lorsqu'un juge et un avocat ont partagé un bureau en commun, tout en partant en vacances ensemble, il existe un lien d'amitié tel qu'il justifie la récusation du juge⁶⁴.

La jurisprudence est ainsi très souple en la matière et les interactions sociales entre les avocats et les juges, courantes dans un pays aussi petit que la Suisse fonctionnant dans un « microcosme » cantonal, sont ainsi largement tolérées.

4. *L'inimitié*

Depuis quelques années, le Tribunal fédéral a également été appelé à rendre des arrêts sur l'existence d'un rapport d'inimitié entre un juge et un avocat.

Ainsi, un grave conflit personnel ou une forte inimitié entre un magistrat et un avocat constituent tant un motif de récusation du magistrat qu'un

⁵⁸ ATF 138 I 1, c. 2.4.

⁵⁹ ATF 144 I 159.

⁶⁰ Arrêt TF 2C_1058/2017 du 5 février 2017.

⁶¹ Arrêt TF 4A_182/2013 du 17 juillet 2013.

⁶² Arrêt TF 1B_784/2012 du 6 mars 2013.

⁶³ Arrêt TF 5A_253/2010 du 10 mai 2010.

⁶⁴ ZBl 2020 573 (TF, 8.10.2019); ZBl 2016 153, c. 4 (TF, 17.08.2015) et in *Plaidoyer* 2015/5 56.

motif d'incapacité de postuler de l'avocat. Dans une telle situation, le Tribunal fédéral a jugé que le premier d'entre eux à œuvrer sur le dossier devait rester alors qu'il appartenait au second de renoncer à s'en saisir⁶⁵.

Cette jurisprudence est applicable à un grave conflit préexistant à la procédure. Si celui-ci intervient en cours de procédure, ce sont alors les règles générales sur la récusation qui vont s'appliquer⁶⁶.

5. *L'avocat juge suppléant*

En Suisse, il arrive fréquemment que les avocats œuvrent également comme juge suppléant.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le fait que l'avocat soit membre d'une juridiction devant laquelle il plaide dans des affaires sans lien avec celles qu'il doit trancher n'est pas un motif de récusation⁶⁷, même si le Tribunal fédéral invite à la retenue : « *Es wäre zwar grundsätzlich zu begrüßen, wenn ein Richter vor dem Gericht, dem er ersatzweise angehört, nicht als Parteivertreter auftritt.* »⁶⁸

En revanche, il y a un motif de récusation lorsque l'avocat/juge-suppléant représente ou a représenté une des parties à la procédure dans laquelle il siège⁶⁹, lorsqu'il représente ou a représenté une partie adverse de la partie qui plaide devant lui⁷⁰ ou encore lorsqu'il doit statuer sur une même question juridique qu'il plaide par ailleurs comme avocat⁷¹.

Suite aux critiques élevées contre ce système⁷², le Tribunal cantonal argovien, dans un arrêt isolé, a jugé que si un avocat, par ailleurs juge

⁶⁵ Arrêt TF 1B_191/2020 du 26 août 2020, c. 4,3 ; Arrêt TF 5A_124/2022 du 26 avril 2022, c. 4.1.2.

⁶⁶ Cf. sur la question, TANO BARTH/FABIO BURGNER, « Tensions entre avocats et magistrats : récusation du magistrat ou incapacité de postuler de l'avocat ? » *Revue de l'avocat*, 2020 p. 487.

⁶⁷ ATF 139 III 433 ; ATF 139 I 121 ; ATF 138 I 406.

⁶⁸ ATF 139 I 121, c. 5.4.2.

⁶⁹ ATF 116 Ia 485.

⁷⁰ ATF 139 III 433 ; ATF 139 I 121 ; ATF 138 I 406 ; ATF 135 I 14.

⁷¹ ATF 124 I 121.

⁷² Cf. REGINA KIENER/GABRIELA MEDICI, « Anwälte und andere Richter », in *Justice-Justiz-Giustizia* 2011/2 ; PASCAL SCHMID, « Ersatzrichter künftig als Anwälter vor Verwaltungsgericht ausgeschlossen », in *Justice-Justiz-Giustizia* 2013/3 ; STÉ-

suppléant, plaiderait devant une Cour composée de juges suppléants, tous ces derniers devaient être récusés⁷³.

6. *Le greffier juge suppléant*

En revanche, le Tribunal fédéral a mis fin à un système, connu principalement dans certains cantons alémaniques où un greffier pouvait fonctionner comme juge suppléant dans la Cour où il travaillait. Il a jugé qu'un tel système ne garantissait pas l'indépendance (art. 30 Cst. et 6 CEDH) du juge suppléant au vu de son rapport particulier avec les autres juges⁷⁴. Un greffier ne peut ainsi pas (plus) fonctionner en qualité de juge suppléant dans le Tribunal où il travaille.

D. *La procédure*

Enfin, selon la jurisprudence, la récusation doit être demandée sans délai dès que la partie a connaissance du motif de récusation, c'est-à-dire dans les jours qui suivent la connaissance de la cause de récusation, sous peine de déchéance⁷⁵. A cet égard, le délai est respecté lorsque la demande est déposée dans les six à sept jours qui suivent la connaissance de la cause de récusation, mais en revanche, il ne l'est pas lorsqu'elle est formée trois mois, deux mois ou même vingt jours après que son auteur a pris connaissance du motif de récusation⁷⁶.

Lorsque le requérant ne connaît la composition de l'autorité qu'après le prononcé de la décision, le délai ne commence à courir qu'à la réception de celle-ci⁷⁷, et le motif de récusation peut alors être invoqué pour la première fois dans le recours au Tribunal fédéral⁷⁸.

PHANE GRODECKI, « L'activité de juge suppléant par un avocat: le Tribunal fédéral annoncerait-il le chant du cygne », in *Revue de l'avocat* 2017 p. 347.

⁷³ ZBl 2019 508 (TC/AG, 28.02.2018). Le recours au Tribunal fédéral contre cet arrêt a été déclaré irrecevable: ZBl 2019 514 (TF, 9.07.2018).

⁷⁴ Arrêt TF 1B_420/2022 du 9 septembre 2022, destiné à publication aux ATF.

⁷⁵ ATF 140 I 271, c. 8.4.3.

⁷⁶ Arrêt TF 1B_13/2021 du 1^{er} juillet 2021, c. 2.

⁷⁷ Arrêt TF 2C_1058/2017 du 5 février 2019, c. 5.3.

⁷⁸ ATF 147 I 173.

IV. Conclusion

Force est de constater que la jurisprudence en matière de composition et d'impartialité est très casuistique. Il n'est guère possible d'en tirer une véritable synthèse. Les règles générales sont connues et n'évoluent guère. En revanche, les questions qui se posent sont toujours très particulières et trouvent des réponses « au cas par cas ». Le nombre d'arrêts sur récusation n'est donc sans doute pas prêt de diminuer à l'avenir.

Le pouvoir d'examen en fait, droit et opportunité des autorités judiciaires fédérales

EMILIA ANTONIONI LUFTENSTEINER

Juge au Tribunal administratif fédéral

I. Introduction

La présente publication fait suite à la présentation effectuée le 21 juin 2022 et a pour but de poursuivre la réflexion sur la question du pouvoir d'examen des autorités judiciaires en l'abordant sous l'aspect de la pratique. Elle se concentre sur le droit fédéral.

Dans son traité intitulé « De l'esprit des lois » publié à Genève en 1748, MONTESQUIEU définit les principes fondant l'Etat démocratique moderne. Ce dernier doit être organisé de sorte à ce que différents pouvoirs fondamentaux s'exercent séparément. De cet axiome découle que le législateur élu par le peuple édicte les lois, l'administration les met en œuvre et le juge procède au contrôle de leur application.

Ce postulat relativement simple n'a, avant tout, jamais pu être réalisé tel quel : tous les ordres juridico-politiques qui s'en sont inspirés l'ont plus ou moins abâtardi, faisant souvent intervenir dans la répartition des compétences entre organes étatiques des considérations qui lui étaient étrangères¹. Il touche, par contre, véritablement à ses limites depuis des décennies dans un Etat où les tâches n'ont cessé d'augmenter ainsi que de se diversifier et ont évolué. Les activités qu'il exerce ne peuvent ainsi pas être définies par le biais de règles appliquant le syllogisme juridique simple mais appellent à des constructions juridiques complexes qui font entrer en jeu diverses législations, la planification, la gestion par objectifs, les politiques publiques mais aussi des nouveaux principes tels que celui de transparence ou de précaution² et probablement aussi, à l'avenir, d'autres principes émergents tels que celui du développement du-

1 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 446 ss.

2 MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 436 ss et 450; TANQUEREL (2018) p. 222.

nable. Les tâches que l'Etat doit effectuer impliquent l'adoption et l'application de normes souples.

En effet, la complexité des tâches qui sont dévolues à l'Etat, l'enchevêtrement des différentes législations susceptibles de trouver à s'appliquer³ mais également l'incertitude qui entoure aussi bien la définition des faits pertinents que des solutions à adopter, impliquent une difficulté à définir des règles dont découle une prévisibilité claire du droit. Le principe de légalité trouve ses limites dans la prévisibilité des configurations individuelles qui peuvent se présenter, dans l'impossibilité de généraliser et d'abstraire ou dans la nécessité de procéder à une réduction de la réalité⁴. Le juge qui est appelé à contrôler l'activité de l'administration doit donc composer avec un droit dont la densité normative est faible et qui déplace ou transfère une partie de la légitimité démocratique des mains du pouvoir législatif dans celles de l'exécutif, voire de l'administration, dont l'activité est contrôlée par le pouvoir judiciaire.

Une partie de cette légitimité qui est transmise ainsi à l'exécutif du fait de normes ouvertes est compensée par le biais de la participation de la population aux décisions qui sont prises soit par le biais de la planification, le référendum financier ou à travers les garanties de procédure qui sont aménagées en faveur de l'administré à l'exemple du développement de la qualité pour agir devant les juridictions administratives⁵.

Se pose alors la question du rôle du juge et en particulier du contrôle qu'il peut effectuer à l'égard des décisions qui sont prises et précisément de l'étendue de son pouvoir d'examen.

Dans les litiges qu'il est amené à trancher, le juge administratif parcourt un cheminement lui permettant de rendre un arrêt. Il fixe avant tout les faits déterminants pour ensuite interpréter la norme et finalement procéder à son application. Dans la réalité, s'il y a lieu de bien distinguer le fait du droit⁶, ces trois étapes s'interpénètrent et ne se suivent pas strictement l'une après l'autre⁷. Suivant la procédure menant à l'arrêt et pour

³ MORAND (1999) p. 189.

⁴ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 625.

⁵ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 450 et 684.

⁶ BOVEY (2022b) n° 26.

⁷ HÄNNI (2022) p. 9; MOOR (2021) § 3.2 p. 113.

des raisons didactiques, il y a néanmoins lieu de les présenter séparément.

Le siège de la matière pour les recours devant le Tribunal administratif fédéral est l'article 49 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA)⁸. A l'égard du Tribunal fédéral, il s'agit des articles 105 et 106 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF)⁹.

II. Etablissement des faits

A. Définition des faits déterminants

1. *Etablissement des faits par l'autorité judiciaire*

La première étape que le juge est appelé à effectuer dans le processus qui le mène à rendre un arrêt consiste à définir l'état de fait « déterminant ». Le pouvoir d'examen d'un tribunal correspond aux griefs que les parties sont habilitées à soulever. Le siège de la matière pour les recours devant le Tribunal administratif fédéral est l'art. 49 al. 2 PA. Le Tribunal fédéral, quant à lui, statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 97 et 105, al. 1, LTF). Il ne peut rectifier ou compléter d'office les constatations de l'autorité précédente que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte (art. 105, al. 2, LTF)¹⁰.

2. *La maxime inquisitoire et ses allègements*

En application de la maxime inquisitoire (art. 12 PA), le Tribunal administratif fédéral constate les faits d'office. Cette maxime est notamment tempérée par le devoir de collaborer (art. 13 PA)¹¹.

Si, d'un point de vue philosophique, la réalité purement objective est difficile à déterminer, le juge procède à l'instruction de la cause afin de définir l'état de fait qui lui apparaît objectif. Pour ce faire, il se réfère au droit afin d'identifier les éléments qu'il est nécessaire de recueillir afin de trancher la cause puisque: « la norme désigne les faits que l'on appelle

⁸ PA – RS 172.021.

⁹ LTF – RS 173.110.

¹⁰ BOVEY (2022 b) n° 51.

¹¹ Cf. contribution de la Professeure Grisel Rapin dans le même opus.

pertinents ou qui doivent être établis »¹². Ainsi un aller et retour s'instaure entre la réalité et le droit qui trouve à s'y appliquer¹³. Cela, afin de déterminer ce qu'il faut alléguer et prouver¹⁴.

3. *Les faits, les moyens de preuve y relatifs et les présomptions de faits*

Afin de disposer d'une compréhension complète des faits, l'autorité judiciaire dispose du dossier de l'autorité intimée; elle peut non seulement entendre les parties, requérir la production d'actes officiels, mais également procéder à différentes mesures d'instruction telles que recueillir l'avis d'experts ou de témoins, se déplacer sur le terrain pour accomplir une inspection locale, formuler une demande d'ambassade, etc. (art. 12 PA).

Le juge constate un fait lorsque, procédant à l'appréciation des preuves, il répond aux questions : qui, où, quand, quoi, comment combien, dans quelles circonstances, pourquoi¹⁵ ?

La doctrine a procédé à une distinction des faits qu'elle qualifie, à titre d'exemple, de pertinents, primaires, secondaires, prémisse, externes, internes, notoires, présents, futurs, négatifs, de procédure et même hypothétiques¹⁶. On abordera ici seuls certains parmi ceux qui peuvent être utiles à la présente contribution.

Les *faits extérieurement constatables* sont censés être, d'un point de vue théorique, objectivement reconnaissables. Ils devraient permettre de définir, par exemple, l'état d'une chose (poids, aspect, caractéristiques, mesure), d'une personne (santé, apparence, caractère), d'une situation, de l'enchaînement d'événements dans le temps et ses conséquences (mort, blessure, perte financière) ou des circonstances de temps et de lieu et l'identification de personnes¹⁷.

¹² MOOR (2021) § 3.2, § 4.1 ss, p. 113.

¹³ MOOR (2010) § 6.5, p. 108.

¹⁴ BOVEY (2022b) n° 25-26.

¹⁵ CORBOZ (1991) p. 94.

¹⁶ BOVEY (2022b) n° 28 ss; DONZALLAZ (2008) n° 3637.

¹⁷ BOVEY (2022b) n° 29.

D'autres *faits, dits internes, relèvent du « for intérieur »* d'une personne et plus précisément de ce qui se passe dans l'esprit de celle-ci. Ce qu'une tierce personne sait ou veut à un moment donné peut effectivement constituer un fait pertinent¹⁸. Le Tribunal fédéral parle de « faits psychiques liés à des éléments relevant de la sphère intime, souvent inconnus de l'administration et difficiles à prouver »¹⁹. S'ils sont difficilement constatables, ces faits peuvent être rendus vraisemblables en considération des circonstances et du comportement des personnes concernées. Il en découle que les personnes visées sont les mieux à même de connaître de ces faits et donc à les « prouver ». Dans ces circonstances, la jurisprudence est parfois amenée à poser une *présomption* en faveur de l'administration, laquelle est susceptible d'être renversée par la personne concernée.

On citera à titre d'exemple, la présomption d'avoir agi frauduleusement de la personne qui divorce après un court laps de temps après avoir obtenu la naturalisation facilitée. Lorsque l'autorité fait usage d'une telle présomption, la personne à qui la nationalité est retirée devra donc rendre vraisemblable l'existence d'une véritable communauté de vie des conjoints lorsque la demande de naturalisation a été formulée. Tel est le cas s'il existait une véritable volonté commune et intacte des conjoints de maintenir une union stable et que des événements postérieurs sont intervenus qui ont porté à un changement de situation. Les propos des époux, ainsi que leur comportement seront donc déterminants afin de connaître ce « fait intérieur »²⁰. Néanmoins, lorsque les conditions d'application de la présomption ne sont pas remplies, l'autorité judiciaire doit y renoncer. En matière d'annulation de la naturalisation facilitée, il peut s'agir de l'écoulement d'un délai relativement long entre l'octroi de la naturalisation facilitée et la séparation du couple. Dans ce cas, le fardeau de la preuve qui consiste à rendre vraisemblable de manière prépondérante le comportement déloyal et trompeur de l'époux naturalisé, incombe intégralement alors à l'autorité qui a procédé à l'annulation de

¹⁸ ATF 143 I 310, c. 2.2; Arrêt TF 4A_111/2019 du 23 juillet 2019, c. 2.1.3; Arrêt TF 8C_800/2016 du 12 décembre 2017, c. 3.2.1.

¹⁹ Arrêt TF 1C_203/2020 du 26 novembre 2020, c. 3.2.

²⁰ ATF 135 II 161, c. 3; Arrêt TF 1C_646/2013 du 7 novembre 2013, c. 4.2.

la naturalisation facilitée et il appartient ensuite au juge de procéder à une libre appréciation des éléments à disposition²¹.

4. *Le degré de la preuve*

En droit administratif, l'établissement des faits s'effectue en principe par le biais de la *preuve stricte, entière ou de pleine conviction (der volle Beweis)*. Dans ce cas, la preuve est considérée apportée lorsque le tribunal ou l'autorité estime, d'un point de vue objectif, que la preuve fournie confirme l'exactitude d'une allégation de fait. Il n'est pas nécessaire ni possible d'atteindre une certitude absolue. La certitude est fondée sur l'expérience de la vie, elle doit être raisonnable et libre de tout doute sérieux²².

Lorsque la mise en œuvre du droit ne peut s'effectuer en raison de difficultés probatoires (*Beweisnot*)²³, il y a lieu de recourir au degré de preuve réduit qu'est la vraisemblance²⁴. Cette notion indéfinie qui ouvre l'espace à un degré diminué de la preuve, prend de l'importance dans de nombreux domaines du droit administratif, cela aussi bien lors de l'établissement des faits que dans l'application du droit de fond. Ainsi, par exemple, en matière d'assistance administrative fiscale internationale, la nécessité de transmettre des informations à une autorité étrangère s'analyse à la lumière de la pertinence vraisemblable qui constitue la clé de voûte de l'échange de renseignements²⁵. Dans d'autres domaines tels que l'aménagement du territoire et le droit de l'environnement²⁶, en matière

²¹ Arrêt TF 1C_618/2020 du 19 mai 2021, c. 3.1 ss.

²² ATAF 2015/1. c. 4.3.

²³ ATF 130 III 321, c. 3.2.

²⁴ ATF 130 III 610, c. 4.1.

²⁵ Arrêt TF 2C_695/2017 du 29 octobre 2018, c. 2.6.

²⁶ ATF 144 II 332, c. 4.1.2. Il y a lieu de relever de manière plus générale que les phénomènes environnementaux sont marqués par la fluidité et l'impermanence des processus naturels. Les mesures à prendre sont complexes et ne peuvent se résoudre à des procédures relativement simples comme celles, par exemple, de l'octroi d'un permis de conduire. La relation entre la cause (fait) et son effet (conséquence) apparaît plus difficile à cerner mais étant donné que l'autorité doit anticiper les évolutions et les conséquences et dangers, l'action de l'Etat doit pouvoir se fonder sur des faits futurs probables, d'où découle une importance accrue de la notion de vraisemblance, cela aussi bien dans la constatation des faits que l'application du droit.

de transparence²⁷ ou le droit de la concurrence²⁸, où les situations à gérer sont complexes, la preuve stricte n'est pas à même de permettre une constatation des faits.

Comme pour l'application du droit la détermination des faits ne peut souvent pas s'effectuer par le biais d'une déduction ou syllogisme de manière claire mais elle relève de l'abduction qui est notamment concrétisée par la notion de vraisemblance²⁹. « A partir d'une constatation dont la signification n'est pas certaine, on passe par une hypothèse interprétative pour arriver à une conclusion. »³⁰

Lorsque l'on a recours à la notion de vraisemblance, il est opportun de distinguer la vraisemblance simple de celle prépondérante et dans certains domaines il convient de faire référence à différents critères spécifiques afin de pouvoir l'analyser.

La vraisemblance simple permet de constater un fait si certains éléments objectifs parlent en faveur de son existence et cela quand bien même une autre solution serait également envisageable³¹. La vraisemblance d'un fait est donnée lorsqu'il apparaît que son existence apparaît comme étant plus vraisemblable ou probable que son inexistence. En revanche, les faits ne peuvent être considérés vraisemblables lorsque dans l'appréciation globale, ils sont certes possibles, mais que des éléments prépondérants s'y opposent.

La vraisemblance prépondérante présuppose l'existence d'un fait et est admise lorsque celui-ci n'est pas considéré seulement comme une hypothèse possible mais paraît être la plus probable parmi tous les faits allégués ou envisageables³². Il s'agit par exemple de la contre-preuve que doit apporter l'assuré pour contrer la preuve apportée par l'assurance

²⁷ ATF 142 II 332, c. 4.1 ss.

²⁸ ATF 139 I 72, c. 8.3.2.

²⁹ MOOR (2010) p. 90 ss.

³⁰ MOOR (2010) p. 99.

³¹ ATF 144 II 65, c. 4.2.2 dans lequel le Tribunal fédéral parle « d'impression d'une certaine probabilité de l'existence du fait en question, sans qu'il faille pour autant exclure la possibilité que les circonstances puissent être différentes » ; ATF 142 II 49, c. 6.2.

³² ATF 144 II 4.6, c. 3.1.

quant à la survenance d'un sinistre³³. Celui qui fait valoir une prétention à l'encontre de l'assureur est tenu d'alléguer et de prouver la survenance du cas d'assurance. Comme cette preuve est régulièrement liée à des difficultés, l'ayant droit, tenu de prouver, bénéficie d'un allègement de la preuve et satisfait à son devoir de preuve s'il parvient à rendre la survenance du cas d'assurance vraisemblable de manière prépondérante. Si l'assureur parvient, dans le cadre de la contre-preuve à laquelle il a droit, à éveiller des doutes importants quant à la présentation des faits par l'ayant droit, la preuve de l'ayant droit a échoué. Le Tribunal fédéral a également recours à la vraisemblance prépondérante en matière d'assurance-chômage pour connaître l'état des créances et d'insolvabilité du travailleur³⁴.

Certaines lois prévoient spécifiquement une réduction du degré de la preuve. Tel est le cas, par exemple, de l'article 31 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS)³⁵: l'assuré qui dépose une demande de réduction de ses cotisations doit rendre vraisemblable que le paiement de la cotisation entière constituerait pour lui une charge trop lourde.

L'article 7 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi)³⁶ prévoit également que celui qui requiert l'asile doit prouver ou du moins rendre vraisemblable qu'il est un réfugié. Lorsque les faits peuvent être déterminés seulement ou presque exclusivement par le biais des propos des personnes, il y a lieu d'utiliser des critères spécifiques permettant, à l'issue de l'audition, de définir si les affirmations sont véridiques et si les faits relatés sont susceptibles d'être considérés comme avérés. Les propos spontanés sur les questions essentielles doivent être³⁷:

- a. détaillés, relever du vécu et le cas échéant, être corroborés d'émotions (densité de la motivation);
- b. correspondre à des faits connus et à l'expérience générale de la vie (plausibles),
- c. être dépourvus de contradictions majeures (concordants) et

³³ ATF 130 III 321, c. 3.3.

³⁴ ATF 144 V 427, c. 3.2.

³⁵ RAVS – RS 831.101.

³⁶ LAsi – RS 142.31.

³⁷ AMARELLE/NGUYEN (2015) p. 77 n° 15.

- d. être corroborés par les moyens de preuves fournis et/ou par un comportement libre de mensonges ou de bonne foi (crédibles). Les pièces éventuellement produites effectivement doivent pouvoir confirmer les allégations.

Ces éléments sont analysés de manière globale et permettent de restituer une image de vraisemblance ou pas³⁸.

Il est également parfois nécessaire de prévoir différents degrés de preuve³⁹. Tel est le cas en matière d'égalité où le législateur a opté pour une solution « hybride » du degré de la preuve, à analyser en deux étapes et cela, afin de corriger l'inégalité résultant de la concentration des moyens de preuve en mains de l'employeur. Il en résulte que celui qui fait valoir une inégalité fondée sur le sexe doit l'établir au degré réduit de la simple vraisemblance, tandis que l'employeur qui doit démontrer l'absence de discrimination doit établir ce fait au degré de la pleine conviction⁴⁰. La doctrine relève néanmoins que ce système est difficilement applicable dans une même et unique procédure et peut engendrer une confusion entre les différents degrés de preuve⁴¹.

5. *Appréciation des preuves*

Dans la mesure où elle est amenée à les établir, l'autorité judiciaire constate librement les faits et dispose d'un pouvoir d'examen entier. Elle peut, si elle l'estime adéquat, renoncer à certaines mesures d'instruction demandées par les parties lorsqu'elle considère qu'elles n'auront pas d'impact sur la solution, elle procède ainsi à une appréciation anticipée des preuves⁴².

6. *Novas*

Le juge du Tribunal administratif fédéral prend en considération l'état de fait existant au moment où il statue. Il tient également compte des

³⁸ Arrêt TAF E-1897/2015 du 13 août 2018, c. 3; Arrêt TAF E-3913/2015 du 20 décembre 2016, c. 3.2 ss.

³⁹ Tel est le cas des art. 31, al. 1, (vraisemblance) et 141, al. 3, (pleine conviction).

⁴⁰ BOHNET (2018) n° 68, 116 et 169.

⁴¹ BOHNET (2018) n° 165.

⁴² ATF 145 I 167, c. 4.1; ATF 142 III 48, c. 4.1.1.

faits nouveaux intervenus depuis la décision prise par l'instance précédente.

Devant le Tribunal fédéral, les recourants ne peuvent faire valoir des faits ou des preuves nouvelles à moins que ceux-ci ne résultent de la décision de l'autorité précédente (art. 99 LTF). Le Tribunal fédéral est, en effet, lié par les constatations de l'autorité précédente, peu importe que le fait résulte d'une appréciation des preuves, de l'application des règles sur le fardeau de la preuve, d'un aveu ou de l'absence de contestation⁴³. A ce principe, subsistent quelques exceptions : il s'agit des faits postérieurs à la décision qui déterminent la recevabilité du recours ou ceux qui permettent de déterminer les parties à la procédure devant le Tribunal fédéral ou alors des faits qui rendent le recours sans objet ou finalement des faits relatifs à un vice de procédure qui ne pouvait être invoqué avant que la décision attaquée soit rendue⁴⁴. Le Tribunal fédéral admet également en matière de détention administrative des étrangers de nouveaux motifs en cas de demande de libération⁴⁵.

Se pose également la question de savoir si un fait nouveau postérieur à l'arrêt du Tribunal administratif fédéral attaqué devant l'autorité suprême tel que l'entrée en guerre de la Fédération de Russie le 24 février 2022 contre l'Ukraine pourrait également constituer un fait nouveau dont le Tribunal fédéral pourrait être amené à tenir compte en matière d'assistance administrative internationale en matière fiscale. A l'heure actuelle, le Tribunal fédéral a suspendu une telle procédure⁴⁶. L'autorité judiciaire suprême est entrée en matière sur le recours compte tenu du fait que le contexte de la guerre en Ukraine soulevait une question juridique de principe (art. 84a LTF) et relevait également d'un cas particulièrement important au sens de l'article 84, alinéa 2, LTF. Se pose donc la question de savoir comment ce fait sera traité dans l'arrêt au fond et le cas échéant, s'il constitue un complément de jurisprudence lequel participe à étoffer le droit.

⁴³ BOVEY (2022a) n° 3.

⁴⁴ BOVEY (2022a) n° 23 ss et références citées.

⁴⁵ BOVEY (2022a) n° 34 et références citées.

⁴⁶ Ordonnance du Tribunal fédéral du 31 mai 2022 dans la cause 2C_219/2022.

7. *Constatation inexacte ou incomplète des faits*

L'appréciation des preuves permet d'aboutir à la constatation des faits.

Le Tribunal fédéral étant le juge du droit et non du fait, il ne lui appartient donc pas d'administrer des preuves et/ou de les apprécier. Ainsi, il procède en principe au renvoi de la cause en cas d'établissement incomplet de faits⁴⁷.

Lorsque le Tribunal administratif fédéral constate que les faits déterminants ont été établis de manière inexacte ou incomplète, il se limite, en principe, à corriger ou à compléter les constatations effectuées par l'autorité inférieure. Exceptionnellement, il dispose également de la possibilité de renvoyer la cause à l'autorité inférieure pour complément d'instruction (art. 61, al. 1, PA). Dans cette analyse, entrent en considération le type de violation, la gravité du vice, l'intérêt des parties à la procédure ainsi que les conséquences liées à l'étendue des mesures d'instruction à effectuer par l'autorité de recours. Il y a également lieu de tenir compte du principe d'économie de la procédure⁴⁸ ainsi que la durée de celle-ci⁴⁹. L'établissement clairement inexact ou incomplet des faits qui mène à une sérieuse violation du droit, porte l'autorité judiciaire à renvoyer la cause à l'autorité inférieure. Tel est par exemple le cas, lorsqu'il y a lieu de constater une violation grave des garanties de procédure telle que le droit d'être entendu⁵⁰. Il en va de même si l'autorité précédente est mieux placée en raison de sa proximité personnelle, fonctionnelle ou technique avec les circonstances de fait pour procéder aux compléments ou éclaircissements nécessaires⁵¹. L'autorité inférieure peut donc, par exemple, être appelée à procéder à une nouvelle audition des personnes concernées, à analyser la situation sécuritaire dans un pays étranger, ou à compléter des expertises lacunaires. Cette voie permet également de respecter le principe de la double instance. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, le tribunal dispose d'une latitude pour trancher la question de

⁴⁷ BOVEY (2022d) n° 22 ss et références citées.

⁴⁸ ATAF 2014/13, c. 8.2.

⁴⁹ ATAF 2015/1, c. 4.8.

⁵⁰ ATAF 2019 I/5, c. 2.3.

⁵¹ Sur tous ces aspects: MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER (2022) n° 3.193 ss. TAF arrêt E-3787/2015 du 17 novembre 2016, c. 10.1.

savoir s'il complète lui-même l'état de fait ou s'il procède à une cassation et renvoie la cause à l'autorité inférieure pour complément d'instruction.

8. *Conclusion intermédiaire*

La constatation d'un fait est souvent une question complexe. Lorsqu'elle s'y consacre, l'autorité de recours procède à une première opération délicate lui laissant une certaine marge de manœuvre, cela aussi bien dans la définition des éléments qu'il y a lieu d'instruire, qu'à l'égard des preuves qui peuvent être apportées. Un fait peut être déterminé concrètement, matériellement, scientifiquement et aussi par le biais d'une présomption. Le degré de la preuve diffère également selon qu'il soit matériellement possible d'établir des faits à l'aide d'éléments objectifs. Il y a donc parfois lieu d'admettre des faits lorsqu'ils sont vraisemblables.

L'autorité de recours dispose non seulement d'une liberté dans l'appréciation des preuves qui lui sont soumises mais également dans les conséquences à en tirer en cas de violation, puisqu'une latitude lui est laissée afin de décider si elle procède à une correction de cet état de fait ou si elle renvoie la cause à l'autorité inférieure pour instruction ultérieure et nouvelle décision.

Le juge se trouve ainsi déjà au stade de la constatation de l'état de fait déterminant dans une situation où à la recherche de la « vérité », il va procéder à des choix qui seront déterminants pour la suite mais qui impliquent une marge d'appréciation certaine.

B. *Application du droit*

Lorsque les faits ont été constatés à satisfaction, il y a lieu d'y appliquer le droit. Mettant en œuvre le principe de *iura novit curia* lequel consacre l'application du droit d'office (art. 12 PA; art. 106, al. 1, LTF⁵²), l'autorité judiciaire procède à un contrôle en légalité de l'acte attaqué à la lumière du droit fédéral et international directement applicable compte tenu des compétences qui lui incombent⁵³. Dans son analyse, cette autorité veille notamment au respect des principes généraux de proportion-

⁵² ATF 141 II 393, c. 2.

⁵³ BOVEY (2022c) n° 8 ss pour le Tribunal fédéral; SCHINDLER (2019) n° 24 ss à l'égard du Tribunal administratif fédéral.

nalité, d'égalité de traitement (art. 8 Cst.) ainsi que de la bonne foi et vérifie que l'autorité inférieure n'ait pas violé l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.).

L'application du droit d'office implique une analyse du droit qui est variable selon les questions qui se posent. L'autorité judiciaire *doit* procéder à un examen d'office lorsqu'il s'agit d'établir sa compétence pour connaître d'un recours, afin d'examiner les conditions de recevabilité du recours ou lorsque la cause présente un caractère international. Elle *peut* procéder à une analyse du droit autre que celle avancée par le recours puisqu'elle n'est pas liée aux conclusions des parties et aux griefs invoqués mais elle n'examine d'autres points que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (art. 62, al. 4, PA)⁵⁴. Le Tribunal fédéral constate quant à lui une violation du droit différente de celle retenue par l'autorité précédente lorsqu'elle lui « saute aux yeux »⁵⁵.

Les autorités judiciaires peuvent donc fonder leur arrêt sur une motivation différente de celle effectuée par l'autorité inférieure et procèdent ainsi à une substitution de motifs⁵⁶. Par ailleurs, si les autorités judiciaires appuient leur décision sur des dispositions avec l'application desquelles les parties n'avaient pas à compter, elles doivent leur accorder l'occasion de s'exprimer au préalable à cet égard⁵⁷. Pour des motifs d'économie de la procédure, l'autorité de recours, et en particulier le Tribunal administratif fédéral peut aussi exceptionnellement outrepasser l'objet de la contestation lorsque l'état de fait évolue en cours d'instance⁵⁸.

1. *Interprétation*

Le sens des normes que le juge est appelé à appliquer n'est pas toujours immédiatement donné. Les notions juridiques s'expriment en effet par des mots qui forment un texte d'où découle un sens. La méthode permet-

⁵⁴ ATF 135 I 91, c. 2.1 ; ATAF 2014/24, c. 2.2, arrêt du TAF A-4747/2019 du 14 avril 2021, c. 2.2.1.

⁵⁵ ATF 142 I 135, c. 1.5.; et sur ces questions : BOVEY (2022 c) n° 29, 30 ss et références citées.

⁵⁶ ATF 139 II 404, c. 3 ; ATF 135 III 397, c. 1.4.

⁵⁷ Arrêt TF 4A_126/2019 du 17 février 2020, c. 2 ; ATAF 2019 I/7, c. 1.3 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER (2022) n 1.54.

⁵⁸ ATAF 2014/24, c. 1.4.

tant d'accéder au sens consiste à interpréter les termes de la formule. La tradition a mis au point quelques modes d'interprétation permettant de révéler la signification à conférer aux mots contenus dans un texte légal⁵⁹. Grâce aux données lexicales et aux règles de syntaxe usuelles, il s'agit avant tout de connaître le sens littéral du texte. Ensuite et par le biais de l'interprétation historique, il y a lieu de se référer aux circonstances dans lesquelles le texte a été élaboré et adopté. L'interprétation téléologique permet quant à elle de savoir quel est le sens qu'une norme peut dégager par rapport à son but. Finalement, l'interprétation systématique a pour objectif d'analyser le sens à lui donner dans un contexte juridique donné, en relation avec d'autres normes constituant un système⁶⁰.

Le Tribunal fédéral ne se lie à aucune méthode et les emploie toutes sans instaurer entre elles un ordre de priorité. Il les définit chacune avec suffisamment de cautions pour être en mesure de choisir dans le cas concret celle qui lui paraît productive du sens le plus raisonnable⁶¹. Le juge ne privilégie ainsi aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens « véritable » de la norme⁶².

Dans cet exercice déjà, le juge est non seulement amené à expliquer mais aussi à compléter peu à peu et progressivement le droit.

2. *Violations du droit, abus ou excès du pouvoir d'appréciation et inopportunité*

Lors du contrôle de la bonne application du droit, le juge examine avant tout si l'autorité a violé une règle de droit en appliquant une disposition qui n'était pas en vigueur ou qui n'aurait pas dû être appliquée ou alors, qui n'a simplement pas été appliquée. La violation du droit peut aussi découler d'une fausse concrétisation d'une norme qui a été mal appliquée ou interprétée car elle ne correspondait pas au sens de la loi. Il s'agit par exemple des cas où l'état de fait n'a pu être juridiquement correctement apprécié ou alors, dans le cadre de la subsumption, du cas de figure

⁵⁹ ATAF 2022 I/1, c. 5.4; ATAF 2020 IV/4, c. 5; ATAF 2020 VI/9, c. 9.

⁶⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 127.

⁶¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 131.

⁶² ATAF 2020 VI/9, c. 9.1.

où la conséquence juridique qui en est tirée est fausse ou inexacte⁶³. Par ailleurs, lors de son analyse en légalité, le juge peut également être amené à examiner si l'autorité précédente a commis un excès (positif ou négatif) ou un abus de son pouvoir d'appréciation⁶⁴. La doctrine relève que la distinction entre l'abus et l'excès négatif n'est pas toujours aisée à effectuer et n'a, au demeurant, qu'un intérêt descriptif et pédagogique, ne comportant aucune conséquence juridique⁶⁵. Cette analyse est plus complexe que celle du simple contrôle du syllogisme juridique car le pouvoir d'appréciation suppose l'existence d'une certaine indétermination dans la norme qu'il s'agit d'interpréter non pas pour savoir quel sens spécifique a voulu lui donner le législateur, mais pour savoir quel est le sens qui va lui être donné face à la réalité et traiter précisément le cas particulier⁶⁶.

À l'égard du pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral, se pose alors la question de l'articulation du contrôle en légalité, comprenant également celui du pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure, avec celui qui est effectué en opportunité en application de l'article 49, alinéa 1, lettre c, PA. À ce sujet, la doctrine estime, en bref, que dans sa mise en œuvre, l'autorité judiciaire procède à un même et unique contrôle, le concept d'opportunité constituant le miroir exact du pouvoir d'appréciation⁶⁷. En effet, puisque le juge n'en fait pas véritablement usage, la notion d'opportunité mentionnée à l'article 49, alinéa 1, lettre c, PA est inutile car elle ne permet ni de fonder la nécessité d'un contrôle judiciaire de l'administration, ni d'en délimiter les contours⁶⁸.

Cette approche permet de faire évoluer la réflexion sur la question de l'opportunité mais la problématique mérite également d'être abordée à l'égard de domaines où le contrôle en inopportunité a pu être exercé durant un certain temps pour être ensuite supprimé. Cette comparaison permet d'apporter des éléments de réponse pratiques à la question de

⁶³ BOVEY (2022c) n° 16 ss.

⁶⁴ TANQUEREL (2018) n° 180; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 743.

⁶⁵ TANQUEREL (2018) n° 180.

⁶⁶ HÄNNI (2022) p. 96.

⁶⁷ TANQUEREL (2018) n° 519; TANQUEREL (2013) p. 213.

⁶⁸ BERNARD (2019) p. 30; TANQUEREL (2013) p. 238; TANQUEREL (2001) p. 464.

savoir comment aborder la question de la mise en œuvre du contrôle concret du pouvoir d'appréciation et de l'opportunité⁶⁹.

3. *Diminution de la densité normative*

a. La problématique et ses enjeux

Nous avons annoncé en introduction à la présente contribution que la nature et la multiplicité des tâches publiques de l'Etat moderne impliquent une diminution de la densité normative laquelle va à l'encontre de l'exigence de prévisibilité inhérente au modèle de la séparation des pouvoirs. Effectivement, afin d'exercer efficacement les activités qui lui sont dévolues, l'Etat ne peut se fonder sur des normes appliquant le syllogisme juridique simple (propre aux compétences liées) mais il doit pouvoir faire appel à des constructions juridiques complexes qui supposent l'existence de normes ouvertes (propres aux compétences discrétionnaires) lesquelles sont constituées de concepts juridiques indéterminés ou aménagent un pouvoir ou une liberté d'appréciation à l'autorité chargée de leur application. Dans ces circonstances, comme l'indique MOOR, c'est seulement à partir de son application que la norme prend son sens et devient, outre sa lettre, un contenu; ces normes ne déterminent plus de manière précise l'activité administrative qu'elles régissent, elles ne prescrivent plus, elles lui assignent des limites, lui imposent des objectifs, fixent un cadre et aménagent la liberté⁷⁰.

En effet, ces normes permettent de s'adapter aux circonstances concrètes, de réagir avec flexibilité aux situations qui peuvent se modifier, de résoudre des problèmes complexes qui ne peuvent être décrits de manière générale et abstraite et de tenir compte d'éléments techniques ou scientifiques lesquels sont également susceptibles d'évoluer. Elles laissent aussi à l'autorité la possibilité de tenir compte des aspects politiques et de gestion où l'administration doit pouvoir prévoir, planifier et coordonner.

Le domaine des gros investissements publics tels que la construction d'hôpitaux, d'autoroutes, d'aérodromes, de barrages, de centrales nucléaires constitue un exemple illustrant de manière remarquable l'évolution des tâches de l'Etat. Le choix de telles installations et leur nature

⁶⁹ *Infra* II, B, 3, d.

⁷⁰ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 446 ss, 677 ss, 735 ss.

nécessite une *logique d'action* ou d'opportunité et le droit peut seulement tracer les limites à la liberté administrative en posant des finalités et en définissant des valeurs à respecter. « L'objet même sur lequel la norme est censée porter, détermine sa structure »⁷¹.

Le modèle de la séparation des pouvoirs ne se trouve néanmoins pas fondamentalement altéré par la diminution de la densité normative qui se limite à introduire dans le mécanisme institutionnel et juridique des flottements, du jeu. Des compensations procédurales telles que la codification de la procédure administrative, l'extension de la qualité pour recourir devant la juridiction ordinaire ou l'accès général au juge (art. 29a Cst.) et le développement du droit d'être entendu, constituent les évolutions les plus récentes. En parallèle, une participation démocratique au processus de décision ou l'utilisation du référendum financier sont d'autres moyens pour pallier le déficit démocratique résultant de la liberté dont dispose l'Etat par le biais de normes souples⁷².

b. Compétences discrétionnaires

Par opposition aux compétences liées qui se fondent sur des normes conditionnelles qui appliquent le simple syllogisme juridique, l'exercice de compétences discrétionnaires repose sur des normes laissant un espace à l'autorité lors de sa prise de décision en raison des possibilités de choix qu'elles lui confèrent. L'indétermination de ces normes peut résulter de différents facteurs, on relèvera notamment⁷³:

- Les *circonstances concrètes et individuelles* qui définissent les conditions auxquelles s'exercent les activités administratives (investissements routiers, constructions d'écoles, de barrages ou exploitation d'une gravière, beauté des sites, zones d'affectation, etc.);
- La *variété et l'imprévisibilité* des situations à régir et la nécessité d'adapter le régime juridique qui impliquent non seulement la prise en compte de postulats d'efficacité mais également des valeurs et donc des considérations relevant aussi bien d'intérêts publics que privés (ex. délivrance d'une autorisation de défricher).

⁷¹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 450.

⁷² MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 451.

⁷³ MOOR (2021) p. 68; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 735.

- L'exigence de *solutions au cas par cas* pour lesquelles la norme fixe les objectifs et les limites du pouvoir de l'administration (ex. subventions ; sanctions administratives).

Deux types de compétences discrétionnaires sont généralement reconnues par l'ensemble de la doctrine⁷⁴. Il s'agit d'une part des concepts juridiques indéterminés et d'autre part, de la liberté d'appréciation.

c. Concepts juridiques indéterminés et liberté d'appréciation

Un *concept juridique indéterminé* est une notion dont le sens s'appréhende seulement par rapport aux circonstances concrètes. Tel est par exemple le cas du comportement « fautif » ou bien du monument « digne de protection », de « la beauté » des sites, de « la sécurité » du trafic de « la décentralisation judiciaire de l'économie » ou encore des « raisons humanitaires ». Il s'agit de normes qui trouvent leur contenu et *deviennent déterminées* dès lors qu'elles sont confrontées à un cas concret où l'autorité chargée de leur application ou de leur contrôle prend une décision⁷⁵.

La *liberté d'appréciation* s'exprime quant à elle par la possibilité de choisir, entre plusieurs conséquences juridiques légalement possibles, celle qui apparaît la plus opportune ou raisonnable. Elle est reconnaissable lorsque le verbe pouvoir est utilisé dans la loi. L'autorité « peut », « a la faculté de » ou « statue librement » sont des expressions couramment utilisées. Elle a trait au pouvoir en opportunité de l'autorité administrative appelée à rendre une décision. Cette dernière doit ensuite faire l'objet d'un contrôle par l'autorité judiciaire qui n'est pas sans poser problème.

La doctrine discute intensément et de longue date le fait de savoir jusqu'où peut s'étendre le contrôle des décisions appliquant des normes imprécises octroyant une marge d'appréciation ou un choix à l'autorité. Elle s'est en particulier penchée sur la question de savoir lesquelles étaient soumises au contrôle en légalité et dans quelle mesure, si elles relèvent de l'opportunité, elles peuvent faire et font réellement l'objet d'un contrôle judiciaire. La doctrine a défini des notions afin de circonscrire et gérer la question du contrôle de l'opportunité en relation avec le

⁷⁴ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 737 et références citées.

⁷⁵ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 138 ; HÄNNI (2022) p. 106.

principe de la séparation des pouvoirs. Le sens donné aux différentes notions utilisées n'est néanmoins pas aisé à appréhender puisqu'il diffère d'une langue à l'autre⁷⁶ et le contenu des notions ne se superpose pas forcément, et pour cause : le contenu du contrôle en légalité (y compris celui du pouvoir d'appréciation) et en opportunité ne se laisse pas clairement définir⁷⁷. Par ailleurs, les approches dogmatiques divergent non seulement dans la manière d'aborder les questions, mais aussi à l'égard des solutions préconisées qui sont plus ou moins distinctes.

A l'heure actuelle, la doctrine compte deux courants principaux. En bref, pour le premier (courant dit dualiste), il y a lieu de procéder à une distinction entre les concepts juridiques indéterminés et la liberté d'appréciation dont dispose l'administration. Le juge peut revoir librement les décisions découlant des concepts juridiques indéterminés puisqu'ils comportent une latitude de jugement qui constitue une opération juridique que le juge peut être amené à vérifier⁷⁸. Tandis que les décisions prises en application de normes prévoyant une liberté d'appréciation et donc d'un pouvoir en opportunité ne peuvent plus être revues par le juge sous cet aspect⁷⁹. Une autre partie de la doctrine traite ces deux notions ensemble (courant dit unitaire) et estime qu'en fonction du but dévolu par le législateur, l'examen portant aussi bien sur des concepts juridiques indéterminés que la liberté d'appréciation relève du pouvoir en opportunité⁸⁰. A cet effet, la doctrine a procédé à une classification des différents types de pouvoirs d'appréciation en fonction des buts poursuivis par le législateur⁸¹ :

⁷⁶ Il suffit de faire référence aux termes d'« *Ermessen* », qui en allemand est couramment utilisé aussi bien pour définir le pouvoir d'appréciation que celui en opportunité (*Unangemessenheit*) et cela aussi bien par la doctrine que la jurisprudence. Il en va de même de tous les concepts s'appuyant sur la notion d'appréciation (liberté, pouvoir, marge etc.) qui sont tantôt associés à un contrôle en légalité tantôt à celui en opportunité.

⁷⁷ SCHINDLER (2019) n° 35.

⁷⁸ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 749.

⁷⁹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 739 ss.

⁸⁰ HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN (2020) n° 393 ss et références citées.

⁸¹ SCHINDLER (2010) n° 539 ss ; repris également dans TANQUEREL (2018) n° 525.

- a) Le pouvoir d'appréciation au cas par cas est fondé sur la nécessité d'individualiser l'application de la loi en fonction des particularités des situations d'espèce.
- b) Le pouvoir d'appréciation adaptatif vise à permettre l'adaptation de la mise en œuvre de la loi en fonction de l'évolution des circonstances.
- c) Le pouvoir d'appréciation d'expertise technique est centré sur la prise en considération des connaissances des spécialistes appelés à trancher en premier lieu.
- d) Le pouvoir d'appréciation politique a pour objet de poursuivre et compléter un programme législatif.
- e) Le pouvoir d'appréciation entrepreneurial a pour objectif la mise en œuvre efficiente d'un programme législatif.

TANQUEREL constate que l'opportunité résiduelle qui subsiste après un examen très incisif de la légalité doit être soustraite au juge, car elle relève d'un pouvoir politique qui ne lui revient pas. Afin d'éviter toute confusion, cet auteur propose également d'éliminer la notion de contrôle en opportunité des décisions puisque le juge n'en fait, en tout état de cause, pas usage et elle apparaît inutile⁸².

A notre avis, dans la mise en œuvre, ces deux approches s'équivalent puisqu'elles ont pour conséquence d'imposer le contrôle en légalité aussi bien pour les concepts juridiques indéterminés que pour les décisions prises dans le cadre de la liberté d'appréciation. A l'égard des concepts juridiques indéterminés en particulier, la première approche nie l'existence d'un pouvoir en opportunité lors de la prise de décision alors que la deuxième refuse le contrôle judiciaire en opportunité des décisions. Le fait que le premier courant considère qu'il n'y a pas de pouvoir en opportunité à l'égard des concepts juridiques indéterminés a pour conséquence supplémentaire que l'autorité judiciaire peut substituer son appréciation à celle de l'autorité administrative lorsque les décisions sont prises en application de normes qui les contiennent alors que tel n'est pas le cas pour la liberté d'appréciation. La doctrine constate d'ailleurs également que la distinction ne revêt pas d'importance pour la pratique⁸³.

Le législateur a finalement également prévu de manière explicite que le pouvoir d'examen pour inopportunité puisse être exclu. Il s'agit en pre-

⁸² TANQUEREL (2013) p. 216 ss.

⁸³ SCHINDLER (2010) n° 538.

mier lieu du cas prévu à l'article 49 PA : lorsqu'une autorité cantonale a statué comme autorité de recours.

Plusieurs lois fédérales spéciales excluent également explicitement le contrôle de l'inopportunité devant le Tribunal administratif fédéral. Tel est le cas en matière d'asile (art. 106, al. 1, LAsi). Des dispositions légales spécifiques écartent aussi cet examen, tel est, par exemple, le cas en matière de marchés publics (art. 56 al. 3 de la loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019 [LMP]⁸⁴)⁸⁵ ou en matière de planification hospitalière au sens de l'article 39 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal)⁸⁶ (art. 53, al. 2, let. e, LAMal)⁸⁷ ou à l'égard des résultats d'examens et de promotions des EPF⁸⁸.

d. Exercice du pouvoir d'examen en opportunité dans la pratique

Le Tribunal administratif fédéral en tant qu'autorité judiciaire de contrôle dispose d'une cognition pleine et entière des décisions en légalité, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation qui s'étend également à l'examen en inopportunité (art. 49, al. 1, let. a et c, PA). Le Tribunal fédéral dispose d'un pouvoir d'examen en légalité à l'égard de l'application du droit fédéral (art. 106 LTF).

La question de l'exercice de ce pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral a fait l'objet de développements dans la doctrine qui concluent qu'en pratique le contrôle de l'excès ou de l'abus du pouvoir d'appréciation ainsi que l'analyse en inopportunité sont limités par la *retenue*⁸⁹ que s'impose l'autorité de recours. L'autorité judiciaire de recours ne peut restreindre librement son pouvoir d'examen mais agit de la sorte afin de respecter la marge de manœuvre qui doit être laissée à l'autorité précédente lorsque les circonstances locales, techniques, fonc-

⁸⁴ LMP – RS 172.056.1.

⁸⁵ ATF 141 II 14, c. 2.3, 8.2, 8.3.

⁸⁶ LAMal – RS 832.10.

⁸⁷ En revanche, le Tribunal administratif fédéral dispose d'un plein pouvoir d'examen en matière tarifaire (art. 47 LAMal ; ATAF 2010/25, c. 2.4).

⁸⁸ SCHINDLER (2019) n° 42 qui énonce également d'autres exceptions.

⁸⁹ Ou du moins une « certaine retenue ».

tionnelles, personnes ou politiques, etc. le lui imposent⁹⁰. Le Tribunal administratif fédéral estime par ailleurs à l'égard de l'examen en opportunité qu'il ne peut substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité inférieure et n'y a pas recours « **sans nécessité** »⁹¹.

aa. Pouvoir d'appréciation exercé avec retenue

On citera à titre d'exemple le cas d'espèce de l'exploitation d'un aéroport à l'occasion duquel le Tribunal fédéral a confirmé le contrôle exercé avec retenue du Tribunal administratif fédéral⁹²: « le Tribunal administratif fédéral s'impose une certaine retenue et n'empiète pas facilement sur la marge d'appréciation de l'autorité d'application du droit lorsque celle-ci est plus proche des conditions locales, techniques et personnelles que l'autorité de recours. Il corrige une décision inappropriée, mais laisse à l'instance inférieure le choix entre plusieurs solutions appropriées. S'il s'agit d'examiner des questions particulières dans lesquelles l'instance inférieure dispose de connaissances spécifiques, le Tribunal administratif fédéral peut s'imposer une certaine retenue sans pour autant restreindre son pouvoir de cognition de manière inadmissible⁹³ ».

Il va sans dire que l'autorité peut procéder à une telle analyse seulement si l'état de fait a été constaté à satisfaction par l'autorité administrative, à savoir que cette dernière a examiné les points essentiels et a procédé soigneusement et complètement aux éclaircissements nécessaires⁹⁴.

ab. Exclusion du pouvoir d'examen pour inopportunité

Par modification législative de l'article 106, alinéa 1, lettre c, LAsi⁹⁵, le législateur a aboli le contrôle en opportunité du Tribunal administratif fédéral en matière d'asile. Ce changement était motivé pour des raisons tenant à l'accélération des procédures dans ce domaine. S'est posée alors la question de savoir comment cette restriction allait être mise en œuvre.

⁹⁰ MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER (2022) n° 2154; SCHINDLER (2019) n° 8.

⁹¹ Nicht « Ohne-Not-Praxis »; SCHINDLER (2019) n° 3 et références citées.

⁹² Arrêt TF 1C_402/2016 du 31 janvier 2016, c. 8.

⁹³ Référence citée par le Tribunal fédéral: ATF 136 I 184, c. 2.2.1.

⁹⁴ ATF 142 II 451 c. 4.5.1.

⁹⁵ RO 2013 4375 5357; FF 2010 4035; FF 2011 6735.

Lorsqu'un requérant dépose une demande d'asile en Suisse, il se peut qu'un autre Etat européen soit compétent pour traiter de sa demande. Tel est le cas, par exemple, si la personne concernée a transité par un pays ayant signé les accords Dublin. Or, lorsque la compétence d'un pays tiers pour traiter une demande de protection est donnée, le pays qui abrite le requérant peut, en application de la clause dite de souveraineté, renoncer à son transfert auprès de l'Etat compétent. La Suisse a mis en œuvre cette clause par le biais de l'article 29a, alinéa 3, de l'Ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure du 11 août 1999 (OA1)⁹⁶ qui stipule:

« Le SEM *peut*, pour des *raisons humanitaires*, également traiter la demande lorsqu'il ressort de l'examen qu'un autre Etat est compétent. »

Cette norme ouverte contient aussi bien la liberté d'appréciation octroyée à l'autorité chargée de l'appliquer qu'un concept juridique indéterminé définissant les cas dans lesquels elle est censée être mise en œuvre. Ayant procédé au contrôle de l'application de cette disposition librement et de manière récurrente avant l'abrogation du pouvoir d'examen pour inopportunité dans le domaine de l'asile, le Tribunal administratif fédéral a donc dû décider comment traiter les griefs portant sur l'application de cet article à partir du 1^{er} février 2014 dès lors que son pouvoir d'examen était désormais limité à la légalité. Dans un arrêt de principe du 13 mars 2015⁹⁷, l'autorité judiciaire s'est ralliée à l'approche dualiste du pouvoir de contrôle des compétences discrétionnaires de l'administration: « L'interprétation d'une notion juridique indéterminée, autrement dit l'interprétation de la loi, est une question de droit. Le juge administratif, qui exerce le contrôle de l'application du droit, peut, en conséquence, la revoir entièrement et librement, même s'il s'impose généralement une certaine retenue en rapport avec l'appréciation de l'autorité administrative, notamment lorsque celle-ci est mieux à même d'apprécier la situation en raison de sa proximité de l'affaire, ou s'agissant de domaines dans lesquels celle-ci dispose de connaissances techniques spéciales (cf. ATAF 2014/26, c. 7.8). Ne se pose pas, à cet égard, la question de la limitation du contrôle de l'opportunité. »

En revanche, le Tribunal administratif fédéral a admis que son pouvoir d'examen était limité quant à savoir si l'autorité pouvait ou non appli-

⁹⁶ OA 1 – RS 142.311.

⁹⁷ ATAF 2015/9, c. 6.

quer dite disposition : « la liberté d'appréciation (également parfois désignée sous la terminologie » pouvoir d'appréciation » ou encore « liberté de décision » [*Ermessen*, parfois *Entscheidungsspielraum*]) constitue un espace de liberté conféré, par le législateur, à l'administration, que le juge doit respecter lorsqu'il n'a pas le pouvoir de contrôler l'opportunité d'une décision [...]. Le pouvoir de statuer en opportunité permet à l'autorité administrative de faire des choix dans l'application de la loi (mais pas de l'appliquer ou non) et de se déterminer entre plusieurs solutions prévues par le législateur. Une autorité supérieure possédant le même pouvoir d'appréciation peut considérer qu'un autre choix est meilleur et substituer son appréciation à celle de l'autorité inférieure. Un juge qui n'a pas le pouvoir de statuer en opportunité [...] ne le peut, en revanche, pas. Il ne doit que s'assurer que l'autorité administrative a fait usage de son pouvoir d'appréciation, sans abus ni excès. Commet un abus l'autorité qui, tout en restant dans les limites de son pouvoir d'appréciation, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou l'autorité qui viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité. Excède son pouvoir l'autorité qui exerce son appréciation alors que la loi l'exclut, ou qui, au lieu de choisir entre deux solutions possibles, en adopte une troisième (excès positif [*Ermessensüberschreitung*]). Excède aussi son pouvoir l'autorité qui se considère être liée, alors que la loi l'autorise à statuer selon son appréciation, ou qui renonce d'emblée en tout ou partie à exercer son pouvoir d'appréciation (excès négatif [*Ermessensunterschreitung*]; cf. ATF 137 V 71 ; 128 III 156). »⁹⁸

Se penchant sur la difficulté d'appliquer l'article 29a, alinéa 3, OA1, le Tribunal administratif fédéral a précisé devoir, « vérifier que le SEM a exercé correctement son pouvoir d'appréciation. D'une part, dit office doit faire usage de ce pouvoir. A cette fin, il doit établir de manière complète l'état de fait et procéder à un examen de toutes les circonstances pertinentes. D'autre part, son choix doit être fait en fonction de critères admissibles. Ces critères doivent être transparents et objectifs, ou plutôt raisonnables, faute de quoi l'autorité se rend coupable d'arbitraire. Le SEM doit en outre se conformer aux exigences résultant du droit d'être

⁹⁸ ATAF 2015/9, c. 6.1.

entendu, de l'égalité de traitement et du principe de la proportionnalité. Ses considérations déterminantes doivent être intégrées dans la motivation de sa décision. Il importe dès lors que le SEM indique de manière explicite dans ses décisions pour quelle raison il estime qu'il y a lieu ou non d'appliquer la clause de souveraineté [...] ». Et finalement, « [...] le Tribunal administratif fédéral ne peut plus substituer son appréciation à celle de l'office »⁹⁹.

L'élément particulier dans ce dernier considérant réside non seulement dans le choix de critères mais aussi dans leur détermination à proprement parler puisque l'autorité administrative ne les a pas publiés et s'est très longtemps contentée de motiver ses décisions de manière lapidaire¹⁰⁰ lorsqu'elle abordait la question de l'application de l'article 29a, alinéa 3, OA1. Le Tribunal administratif fédéral a donc été contraint d'élaborer une liste de critères sur la base de la casuistique qu'il avait progressivement constituée avant la suppression du contrôle pour inopportunité¹⁰¹ qu'il effectuait avec retenue¹⁰². Cela lui a permis de trancher la cause « en légalité » tout en ne substituant plus, même dans ce cadre, son appréciation à celle de l'autorité inférieure¹⁰³. Matériellement, l'autorité judiciaire a notamment retenu que la situation spécifique dans l'Etat de destination, les problèmes médicaux, la vulnérabilité particulière, l'intérêt supérieur de l'enfant, les expériences traumatisantes vécues dans le pays d'origine ou la durée de la procédure constituaient de tels critères. Sur la base d'une appréciation de toutes les circonstances concrètes du cas d'espèce, un cumul de raisons permettent de faire apparaître le transfert

⁹⁹ Résumé in : MONNET (2023) p. 253.

¹⁰⁰ Arrêt TAF E-504/2016 du 5 novembre 2018, c. 5.5.1.

¹⁰¹ MONNET (2023) p. 253 ; MONNET (2015) p. 425.

¹⁰² Le Tribunal administratif fédéral exerçait ce pouvoir lorsque les circonstances du cas particulier étaient telles qu'il apparaissait évident qu'une analyse devait avoir lieu à la lumière de l'art. 29a, al. 3, OA1 et se substituait à l'appréciation de l'autorité inférieure lorsque la constellation du cas particulier était grave et entraînait dans la notion de raisons humanitaires interprétée de manière rigoureuse. Dans les autres cas, le Tribunal administratif fédéral se limitait à constater que les raisons n'étaient de toute évidence pas remplies et confirmait l'approche de l'autorité intimée. Nous pouvons poser la question de savoir si ce contrôle est assimilable à celui défini par la notion de *nicht* « *Ohne-Not-Praxis* » mais cette question semble être relativement vaine dans le contentieux de masse que constituent les procédures Dublin en matière d'asile.

¹⁰³ Arrêt TAF E-5380/2016 du 17 septembre 2018, c. 7.2 ; MONNET (2015) p. 423 ss.

comme étant problématique d'un point de vue humanitaire¹⁰⁴. L'autorité administrative s'est ensuite alignée à la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, tout en ne publiant pas les critères fondés sur sa propre pratique¹⁰⁵.

Il en découle que lorsque le législateur exclut explicitement le contrôle pour inopportunité, le juge administratif examine librement l'état de fait, procède à un contrôle en légalité des critères qui ont permis de faire usage du pouvoir en opportunité par l'autorité intimée et se limite à un examen en légalité de la solution adoptée. Il ne se substitue pas à l'appréciation de l'autorité intimée en tant qu'elle porte sur des éléments de la décision et cela quand bien même dite décision devrait être tranchée à la lumière de critères découlant de précédents. Dans cette constellation, la sanction adoptée par l'autorité judiciaire est, dans la plupart des cas¹⁰⁶, la cassation de la décision.

La perspective où le contrôle en opportunité est exclu de par la loi est ainsi plus sévère que l'examen en opportunité avec une certaine retenue puisque la possibilité de procéder à un examen pour inopportunité avec retenue impose un contrôle plus incisif par rapport à celui portant sur la « simple » légalité. En d'autres termes, lorsque l'autorité prend une décision en opportunité, le contrôle en légalité est extrêmement réduit car l'autorité judiciaire ne peut, dans son examen, substituer son appréciation à celle de l'autorité administrative. Dans la constellation particulière de l'article 29a, alinéa 3, OA1, l'analyse se limite le plus souvent au contrôle de l'interdiction de l'arbitraire pour constatation incomplète des faits ou à la constatation d'un défaut de motivation de la décision¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Arrêt TAF E-504/2016 du 5 novembre 2018, c. 5.2.

¹⁰⁵ MONNET (2023) p. 254, note 67.

¹⁰⁶ *Application du principe de célérité (durée de la procédure) combiné à celui de proportionnalité*: Arrêt TAF E-6654/2017 du 23 mars 2020, c. 6; Arrêt TAF E-504/2016 du 5 novembre 2018, c. 5.2.: « il y aurait lieu de renvoyer la cause au SEM afin qu'il rende une décision dûment motivée en tenant compte de l'ensemble des éléments susceptibles de constituer des motifs d'ordre humanitaire. Néanmoins, eu égard au principe de célérité qui devrait présider aux procédures de détermination de l'Etat responsable [...] et de la durée de la présente procédure, il se justifie d'inviter le SEM à ouvrir la procédure nationale et à examiner la demande d'asile de l'intéressé »; Arrêt TAF E-8027/2016 du 26 septembre 2018, c. 7.

¹⁰⁷ *Etablissement incomplet des faits*: arrêt TAF E-4790/2016 du 12 septembre 2016, p. 8; Arrêt TAF E-3728/2016 du 28 juin 2016, p. 10. *Défaut de motivation*: Arrêt TAF E-826/2017 du 14 février 2017, p. 9; Arrêt TAF E-8080/2016 du 26 janvier

Si cette pratique peut sembler problématique à la lumière du contrôle en légalité, elle ne fait que démontrer que lorsque le contrôle pour inopportunité est explicitement exclu par le législateur, l'autorité de recours n'est plus vraiment à même de constater une violation du principe de proportionnalité et qu'une partie du contrôle de la légalité lui échappe ainsi. Quant aux cas d'application du principe de l'égalité de traitement, ils sont extrêmement rares¹⁰⁸. L'exclusion de l'examen pour inopportunité absorbe ainsi également une partie de l'examen en légalité puisque concrètement, il est difficile de définir la frontière réelle entre l'examen en légalité et en opportunité. Ce n'est donc qu'en excluant le pouvoir d'examen pour inopportunité et en retirant donc à l'autorité judiciaire la possibilité de se substituer à l'appréciation de l'autorité administrative que l'on réussit à tracer une ligne claire.

ac. Questions liées à l'exclusion du pouvoir d'examen
pour inopportunité

En reprenant l'exemple d'application de l'article 29a, alinéa 3, OA1 abordé ci-dessus, il y a lieu de constater que l'exclusion du pouvoir de contrôle pour inopportunité pose différents problèmes de procédure.

D'une part, la possibilité de guérir un défaut de motivation de la décision qui subsistait lorsque le Tribunal administratif fédéral disposait de contrôle en opportunité a été supprimée. En effet, selon la jurisprudence, une telle violation du droit d'être entendu est considérée comme réparée lorsque l'intéressé jouit de la possibilité de s'exprimer librement devant une autorité de recours laquelle doit pouvoir disposer du même pouvoir d'examen que l'autorité précédente¹⁰⁹. La sanction peut ainsi seulement être la cassation. D'autre part, il n'est pas possible de tenir compte des *novas* (vrai ou faux) devant l'instance de recours si ce n'est pour observer que l'état de fait n'a pas été constaté à satisfaction. Le but poursuivi par le législateur d'accélérer les procédures, en excluant l'examen en opportunité du juge appelé à contrôler les décisions de l'autorité de pre-

2017, p. 7 ss. *En comparaison*: Arrêt TAF E-3260/2014 du 26 septembre 2017, c. 7, 7.3 et 7.3.3 à l'occasion duquel, dans le cadre du recours contre une décision en matière de réexamen, le Tribunal administratif fédéral a pu juger en opportunité et s'est substitué à l'appréciation de l'autorité inférieure après le 1^{er} février 2014.

¹⁰⁸ HÄNNI (2022) p. 112.

¹⁰⁹ ATF 142 II 218, c. 2.8.1.

mière instance, n'a pas été atteint car au lieu de pouvoir trancher comme il le faisait précédemment, le Tribunal est obligé de procéder à une cassation des décisions viciées. Il en résulte dès lors un travail supplémentaire aussi bien pour l'autorité administrative que celle de recours. Ce changement a ralenti et a complexifié les procédures où la question de l'application de l'article 29a, alinéa 3, OA1 peut trouver à s'appliquer.

ad. Conclusion intermédiaire

La doctrine estime qu'étant donné que le Tribunal administratif fédéral exerce le pouvoir d'examen pour inopportunité avec retenue, il procède, dans les faits, à un contrôle en légalité. Or, il apparaît que tel n'était pas le cas (avant le 1^{er} février 2014) à l'égard de l'application de l'article 29a, alinéa 3, OA1 où le contrôle du pouvoir pour inopportunité par le juge s'exerçant avec une certaine retenue laissait place, par rapport à la situation actuelle où il est exclu, à un examen plus incisif de l'autorité de recours. Cet exemple permet aussi de relever qu'il est difficile de délimiter théoriquement le contrôle judiciaire en légalité de celui pour inopportunité. Dans le cas concret l'examen est également différent selon que le contrôle de l'opportunité est admis ou pas. En d'autres termes, l'examen en inopportunité exercé de manière réduite ne correspond pas à un examen en légalité.

Nous ne pouvons donc pas nier que le fait de disposer d'un pouvoir d'examen en opportunité « théorique » puisse avoir un impact sur la cognition du juge et cela quand bien même il n'en ferait usage qu'avec retenue.

Il y a également lieu de constater que le droit évolue avec le temps et que le pouvoir en opportunité rétrécit à l'usage. En effet, une fois un précédent défini, celui-ci permet, dans les constellations suivantes similaires, une analyse en légalité par le biais du principe d'égalité de traitement notamment. Les précédents résultant de l'exercice d'un pouvoir en opportunité permettent également d'étoffer les critères déterminants applicables aux cas qui se présentent à l'avenir¹¹⁰.

En définitive, il est possible d'affirmer que le contrôle en inopportunité est à géométrie variable. D'origines diverses, son étendue se modifie en se réduisant avec le temps suite aux décisions d'application prises par

¹¹⁰ Voir dans le même sens: HÄNNI (2022), chapitres 2 III 2.4 c-d, 3 V et 5 II 2.

l'autorité administrative lesquelles permettent de définir des précédents ainsi que des critères de mise en œuvre. Par le biais du principe d'égalité de traitement ou l'analogie la pratique consacrée s'impose ensuite aux cas suivants dont le contrôle s'effectue alors par le biais d'un examen en légalité.

e) Approche dogmatique du pouvoir d'examen du juge en opportunité

Les différentes approches doctrinales développées à l'égard du pouvoir d'examen du juge en opportunité abordées ci-dessus¹¹¹ sont complexes. Certaines sont également remises en question par leurs auteurs eux-mêmes qui constatent qu'elles n'ont pas véritablement été reprises dans la jurisprudence de manière rigoureuse et constante. Dans la réalité, en matière de cognition, l'autorité judiciaire s'adapte au domaine du droit spécifique et au cas particulier, d'où il résulte que même lorsqu'il est nanti d'un pouvoir d'examen en opportunité, le juge n'en fait pas forcément un usage incisif et limite son pouvoir d'examen par différents moyens comme la retenue ou bien par le biais de la *nicht* « *Ohne-Not-Praxis* »¹¹².

La doctrine a tenté par l'usage de notions d'isoler de manière aussi claire que possible l'éventuel pouvoir dont devrait disposer uniquement l'autorité administrative qui échappe au contrôle judiciaire. Or, pour répondre à cette question, il est légitime de savoir si l'approche par des notions telles qu'elles ont été avancées dans la doctrine est à même d'identifier ce qui se veut par essence indéterminé et qui se mêle également en partie à l'analyse en légalité. En effet, des notions telles que l'opportunité, qui constitue une sorte de référentiel fixe général, ne permet pas de trouver une réponse suffisamment fine à cette question. La doctrine s'est également positionnée dans ce sens. SCHINDLER relève en particulier que « les motifs de recours habituellement utilisés dans le droit procédural ne permettent qu'une catégorisation relativement grossière du contrôle judiciaire qui ont, en fait, trait à la compétence. Les codifications ne définissent pas s'il est envisageable que les autorités compétentes disposent d'une densité de contrôle différenciée. Les motifs de recours admissibles

¹¹¹ *Infra* II, B, 3, c.

¹¹² SCHINDLER (2019) n° 3 et 19.

ne permettent pas non plus d'effectuer une délimitation stricte entre différentes catégories de pouvoirs d'examen. Il n'est en particulier pas possible de déterminer une ligne de séparation précise entre la violation du droit et de l'inopportunité. La transition entre l'une et l'autre est d'ailleurs glissante et cela, quand bien même la doctrine s'efforce (en vain) depuis des décennies d'établir une délimitation prétendument claire entre le contrôle en légalité et en opportunité. Le texte de l'art. 49 PA qui régit l'exercice du contrôle des autorités de recours ne fournit qu'une grille de base schématique. Il incombe à la pratique et à la doctrine de concrétiser cette grille en la complétant par de fines gradations supplémentaires. La délimitation des compétences entre l'administration qui exécute et l'instance de recours qui contrôle est un travail quotidien, pragmatique – et souvent pénible ! – le travail qui consiste à définir le pouvoir d'examen ne peut pas être remplacé par un recours simplifié à des formules générales »¹¹³. En faisant abstraction de la théorie dualiste ou unitaire du pouvoir d'examen relatif aux normes ouvertes, il s'agit de savoir si une approche flexible peut être envisagée laquelle permettrait d'apprivoiser les notions de pouvoir d'appréciation et d'opportunité ainsi que d'aborder la question de l'examen par l'autorité judiciaire des décisions qui ont été prises en leur application.

Dans cette perspective, SCHINDLER, a élaboré une typologie de différents pouvoirs d'appréciation dont dispose l'autorité administrative qui sont reliés au but défini par la norme et dont nous avons reproduit le résumé ci-dessus.

Cette approche permet une certaine flexibilisation qui a aussi pour conséquence de légitimer la restriction du pouvoir d'examen du juge en tant qu'il porte sur le contrôle en inopportunité des décisions. Elle donne néanmoins une réponse qui peut être complétée par l'approche qui intègre la *dimension temporelle* du droit laquelle a un impact sur le pouvoir d'examen du juge.

f) Perspectives

L'utilisation de concepts juridiques indéterminés ou bien le fait que l'administration dispose d'une liberté d'appréciation a pour conséquence que le contrôle en légalité s'effectue de manière concomitante à celui de

¹¹³ SCHINDLER (2019) n° 5.

l'opportunité dans l'opération qui mène à la décision et permet, en définitive, de savoir quelle réponse juridique s'impose et si celle-ci est également raisonnable¹¹⁴.

Il n'est pas aisé d'identifier avec précision dans quelle mesure l'administration décide en proportionnalité ou s'appuie sur un véritable pouvoir en opportunité. La doctrine a, en particulier, relevé à différentes reprises qu'il n'est pas facile de fixer concrètement la frontière entre proportionnalité et opportunité¹¹⁵. La délimitation entre le champ du droit et de l'opportunité ne peut s'effectuer clairement et le pouvoir de contrôle présente de multiples variations ou comporte de fines gradations lorsqu'il s'agit d'appliquer des normes juridiques ouvertes¹¹⁶.

Il est ainsi difficilement envisageable de définir par avance, de manière généralisée et claire le pouvoir d'examen d'une autorité. Il s'agit plutôt de savoir comment l'examen peut s'exercer concrètement selon les domaines du droit compte tenu du fait que la norme en question a éventuellement déjà fait l'objet d'une application qui a permis d'en circonscrire les contours. En effet, l'application rétroagit sur le sens de la norme à laquelle elle confère un contenu¹¹⁷. Le droit souple n'est pas « pré-déterminé » ou « pré-écrit », il trouve son sens et évolue au contact avec la réalité dans une approche réflexive¹¹⁸. Il génère une marge de manœuvre en faveur des autorités chargées de sa mise en œuvre et est difficilement compatible avec les notions statiques qui tentent de le définir. Il en va donc de même du pouvoir d'examen du juge appelé à contrôler son application.

Nous avons pu constater que le pouvoir décisionnel en opportunité rétrécit sous l'effet du temps et de la concrétisation des normes. Il en résulte que les décisions qui sont rendues dans un premier temps en application d'un vaste pouvoir en opportunité permettent de constituer des précédents et une pratique qui impliquent, par le biais de l'application du principe d'égalité de traitement notamment, un contrôle en légalité.

¹¹⁴ HÄNNI (2022) p. 232; MOOR (2021) p. 175.

¹¹⁵ TANQUEREL (2013) p. 215-216.

¹¹⁶ SCHINDLER (2019) n° 5.

¹¹⁷ Par analogie à l'application qui rétroagit sur l'interprétation: MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 140; MOOR (2010) p. 122 ss.

¹¹⁸ MOOR (2021) p. 36 et 38 ss.

Les normes qui prévoient à leur origine une liberté d'appréciation importante perdent ainsi progressivement une partie de cette composante. Les décisions desquelles elles découlent et le contrôle à leur égard s'effectue de plus en plus en légalité. En d'autres termes, la liberté d'appréciation et donc le pouvoir en opportunité inclus dans le mot « peut » devient progressivement un « doit » à travers la concrétisation de la norme lors de son application aux cas particuliers.

Après avoir défini dans le domaine et le cas spécifique si le législateur a souhaité conférer une part d'opportunité aux autorités chargées de l'application des normes, il y a lieu de déterminer le processus et les instruments concrets dont dispose le juge pour procéder au contrôle d'actes litigieux. En d'autres termes, au-delà de la question de savoir jusqu'où le pouvoir d'appréciation du juge s'étend (étant donné qu'il ne peut être défini de manière fixe), on peut tenter de répondre à la question de savoir comment il s'exerce, c'est-à-dire, selon quelles méthodes. La jurisprudence du Tribunal fédéral a déjà répondu à la question de savoir comment l'autorité administrative doit exercer le pouvoir d'appréciation qui lui était conféré par la loi pour ne pas tomber dans l'excès ou l'abus. La doctrine a reproduit cette méthodologie d'une manière qui éclaire¹¹⁹. Or, cette façon de procéder s'applique évidemment aussi au juge appelé à contrôler l'activité administrative.

Nous proposons donc de poursuivre cette démarche méthodologique de manière intégrative privilégiant une solution sobre et pragmatique, laquelle pourrait également inclure le pouvoir d'examen en opportunité dans la mesure où le juge procédant à ce contrôle doit être à même de motiver sa décision de manière raisonnée/rationnelle¹²⁰ et raisonnable¹²¹.

Lorsqu'il exerce son pouvoir d'examen, le juge procède à un examen complet de toutes les *circonstances pertinentes* afin d'établir l'état de fait. Ensuite, il utilise des *critères clairs, transparents et raisonnables* permettant de déterminer le contenu qui peut être donné à la norme en relation avec les buts fixés. Il analyse également s'il existe des précédents permettant l'application du principe *d'égalité de traitement ou d'analogo-*

¹¹⁹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 743.

¹²⁰ MOOR (2021) p. 71, 119 ss, 232.

¹²¹ MOOR (2010) p. 268 ss.

gie. Dans la mesure où cela peut lui être utile, il applique la méthodologie sur les règles d'*interprétation*. Par ailleurs, il vérifie que la décision soit *conforme aux principes généraux* de proportionnalité, d'intérêt public et qu'elle ne viole pas l'interdiction de l'arbitraire. Finalement, il effectue (si nécessaire) une *pesée des intérêts* en présence. A tous les stades de la réflexion, il tient compte des *buts et objectifs* posés par la loi.

Dès lors que le juge ne dispose pas des moyens pour expliquer les motifs qui fondent certains choix et les étayer (parce qu'ils sont d'ordre purement politique tout en restant dans le cadre de la loi et en n'étant pas arbitraires), il doit interrompre son examen et ne peut substituer son appréciation à celle de l'autorité administrative. A l'égard de ces éléments, il exerce donc son pouvoir de contrôle avec retenue. Le juge se doit de procéder, quoi qu'il en soit, à un examen avec retenue lorsqu'il analyse des questions techniques extrêmement pointues ou bien s'il s'agit de la connaissance des circonstances locales ou lorsque l'autorité administrative a procédé au choix de l'orientation de politiques publiques. Nous relèverons que la césure nette entre légalité et opportunité étant impossible à effectuer, l'approche du contrôle judiciaire avec retenue permet de marier ces deux types d'examens et de s'adapter aux spécificités propres aux différents domaines du droit.

Par ailleurs, cette méthodologie doit pouvoir s'appuyer sur une argumentation juridique¹²² solide laquelle doit être : complète (à l'égard de l'état de fait et du droit applicable), structurée et rigoureuse (logique et ne contenant pas d'élément d'extranéité), raisonnable (proportionnelle) et prospective (en créant un précédent elle doit pouvoir être « durable »). Pour ce faire, le juge se doit de faire preuve de rigueur, de flexibilité voire parfois de créativité.

L'argumentation doit être orientée vers les textes de droit et refléter l'univers des représentations sociales¹²³. Nous précisons enfin que plus la densité normative des dispositions applicables est faible, plus l'argumentation de la décision de l'autorité administrative et judiciaire doit être étayée¹²⁴.

¹²² MOOR (2021) p. 225.

¹²³ MOOR (2010) p. 272 ss.

¹²⁴ MOOR (2010) p. 271 ss.

De cette matière, le juge contribue à la fixation et à l'évolution du droit. Cette méthodologie a aussi pour avantage d'adhérer à l'évolution du droit administratif qui en étant vague, nécessite une approche flexible, holistique et autopoïétique¹²⁵. Ce fonctionnement devrait ainsi pouvoir être également intégré au contrôle judiciaire.

Nous préciserons également que la théorie du droit a mis en évidence le travail effectué par le droit¹²⁶ lors de sa mise en œuvre comme un processus d'argumentation récursif auquel le juge contribue non seulement par le biais de ses compétences juridiques mais aussi en étant apte à transposer dans sa jurisprudence les besoins d'une société de manière raisonnée et raisonnable¹²⁷. Ainsi : « l'argumentation établit l'acceptabilité sociale de la solution à laquelle elle aboutit »¹²⁸. La doctrine a également mis en valeur le processus cognitif de la prise de décision judiciaire qui allant au-delà des méthodes juridiques classiques, démontre l'importance décisive des précédents dans la détermination du droit constitutionnel¹²⁹. En mettant en évidence le pouvoir de concrétisation et de création du juge dans l'élaboration du droit, HÄNNI relève également comme le fait MOOR, que le pouvoir judiciaire contribue à consolider le lien de légitimation démocratique entre la conception générale abstraite par la législation et la décision individuelle concrète dans le cas particulier¹³⁰. La jurisprudence s'oriente toujours vers des réalités de la vie et en particulier vers des évolutions sociales : lorsqu'elle concrétise le sens de la norme, elle a aussi pour tâche d'examiner l'adaptation de la pratique juridique aux conditions réelles ainsi qu'à l'évolution des valeurs dans une société¹³¹. Par ailleurs, la mise en œuvre de la norme par l'autorité judiciaire est toujours l'objet du dialogue institutionnel puisque la fonction créatrice du pouvoir judiciaire doit être considérée dans son interaction institutionnelle avec le pouvoir législatif : le législateur a la possibilité d'observer, à l'aide de la jurisprudence des plus hautes juridictions,

¹²⁵ MOOR (2021) p. 95 et 230.

¹²⁶ Le droit travaille, c'est-à-dire qu'il est concrétisé et il évolue lors de son application aux cas d'espèce, en contact avec la réalité.

¹²⁷ MOOR (2021) p. 46, 51, 62, 199.

¹²⁸ MOOR (2021) p. 228.

¹²⁹ HÄNNI (2022) p. 261.

¹³⁰ HÄNNI (2022) p. 251.

¹³¹ HÄNNI (2022) p. 243 ; MOOR (2021), § 7.2 et § 8, p. 119 ss.

la manière dont les lois qu'il a édictées agissent dans la pratique¹³². Il en découle une interaction complémentaire entre les différents pouvoirs qui permet de les réconcilier¹³³.

Bref, MONTESQUIEU est sauvé!

III. Conclusion

Le juge dispose d'une marge d'appréciation déjà lors de l'établissement des faits. En exerçant son pouvoir d'examen à l'égard de normes vagues, l'autorité judiciaire se trouve ensuite confrontée au dilemme de savoir jusqu'où s'étend son analyse lorsqu'elle applique le droit à une constellation particulière.

En qualifiant et en structurant les normes dont la densité normative est faible par le biais de notions et de critères, la doctrine a tenté d'isoler et de soustraire à l'examen du juge un pouvoir qu'elle appelle « politique »¹³⁴. Cela à juste titre puisque le juge, étant par essence indépendant, ne peut disposer d'un tel pouvoir. Néanmoins, cette approche pose problème dans sa mise en œuvre, notamment à l'égard de certaines garanties procédurales. Par ailleurs, elle complexifie ou ralentit la procédure et est relativement statique puisqu'elle tient seulement partiellement compte du fait que le droit est défini et évolue seulement en contact avec la réalité et que le pouvoir en opportunité rétrécit à l'usage. En effet, une fois un précédent défini, celui-ci permet, dans les constellations suivantes similaires, une plus simple analyse en légalité par le biais du principe d'égalité de traitement ou de l'analogie.

Se pose donc la question de savoir si les différents courants doctrinaux ne pourraient pas être complétés par une démarche plutôt intégrative et pragmatique, laquelle au lieu d'exclure et d'isoler le concept d'opportunité du pouvoir d'examen du juge tenterait de l'apprivoiser comme étant celle qui trouve son sens et sa limite (pour le juge) dans la rationalité et le caractère raisonnable de sa mise en œuvre concrète. Au lieu de tenter

¹³² HÄNNI (2022) p. 253.

¹³³ HÄNNI (2022) p. 247 ss; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012) p. 437.

¹³⁴ Le juge dispose tout au plus d'un pouvoir micro-politique qu'il exerce de manière rigoureuse et raisonnable en se fondant sur les principes constitutionnels et des valeurs : HÄNNI (2022) p. 249; MOOR (2021) p. 73 et 199; MOOR (2010) p. 126 ss, MOOR (2005) p. 52 et 298.

de définir explicitement le contrôle que le juge peut effectuer en se reposant sur des critères dont on peut difficilement définir le contenu puisque le droit évolue, ne serait-il pas plus aisé d'opter pour une méthodologie (telle que nous l'avons brièvement esquissée) adaptable à chaque domaine laquelle explique les étapes que le juge doit suivre lors de son examen et cela dans la perspective flexible, holistique et autopoïétique du droit administratif ?

Bibliographie

- AMARELLE CELSA/NGUYEN MINH SON (2015), Code annoté de droit des migrations, Volume IV : La loi sur l'asile (LAsi), Berne.
- BERNARD FREDERIC (2019), « Du contrôle de l'administration par le juge », in: HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Etudes en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel (édit.), Genève.
- BOHNET FRANÇOIS (2018), avis de droit: « La vraisemblance au sens de l'article 6 de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes au regard de la jurisprudence fédérale » publié sur le site internet du Département fédéral de l'intérieur : <https://www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home/documentation/publications-en-general/publications-droit.html>
- BOVEY GREGORY (2021a), « Art. 99 » in: AUBRY GIRARDIN/DONZALLAZ/DENYS/BOVEY/FRÉSARD, (éds), *Commentaire de la LTF*, Berne.
- BOVEY GREGORY (2022b), « Art. 105 », in: AUBRY GIRARDIN/DONZALLAZ/DENYS/BOVEY/FRÉSARD, (éds), *Commentaire de la LTF*, Berne.
- BOVEY GREGORY (2022c), « Art. 106 », in: AUBRY GIRARDIN/DONZALLAZ/DENYS/BOVEY/FRÉSARD, (éds), *Commentaire de la LTF*, Berne.
- BOVEY GREGORY (2022d), « Art. 107 », in: AUBRY GIRARDIN/DONZALLAZ/DENYS/BOVEY/FRÉSARD, (éds), *Commentaire de la LTF*, Berne.
- CORBOZ BERNARD, « Le pourvoi en nullité à la Cour de cassation du Tribunal fédéral », *SJ* 1991, p. 57-102.
- DONZALLAZ YVES (2008), *Loi sur le Tribunal fédéral. Commentaire*, Berne.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX (2020), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^e éd., Zurich/Bâle/Genève.
- HÄNNI JULIA (2022), « *Verfassungsstruktur des Judikativen Rechts, Zur Präjudizienrezeption als Methodik gerichtlicher Entscheidungsfindung. Unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechte* », Zurich/St-Gall/Vienne/Baden-Baden.
- MONNET JEAN-PIERRE (2023), « La jurisprudence du Tribunal administratif fédéral en matière de transferts Dublin : morceaux choisis »

- in: BREITENMOSER/GLESS/LAGODNY (éds), *Schengen et Dublin en pratique*, Zurich/St-Gall.
- MONNET JEAN-PIERRE (2015), « La Jurisprudence du Tribunal administratif fédéral en matière de transfert Dublin », in: BREITENMOSER/GLESS/LAGODNY (éds), *Schengen et Dublin en pratique – Questions actuelles*, Zurich/St-Gall.
- MOOR PIERRE (2021), *Le travail du droit, essais sur le droit de l'Etat de droit II*, Québec.
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT (2012), *Droit administratif, vol. I « Les fondements »*, 3^e éd., Berne.
- MOOR PIERRE (2010), *Dynamique du système juridique, Une théorie générale du droit*, Genève/Zurich/Bâle.
- MOOR PIERRE (2005), *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris.
- MORAND CHARLES-ALBERT (1999), *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris.
- MOSER ANDRE/BEUSCH MICHAEL/KNEUBÜHLER LORENZ/KAYSER MARTIN (2022), *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 3^e éd., Bâle.
- SCHINDLER BENJAMIN (2010), *Verwaltungsermessen*, Zurich/St-Gall.
- SCHINDLER BENJAMIN (2019), « Art. 49 » in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (éds), *VwVG Kommentar*, 2^e éd., Zurich/St-Gall.
- TANQUEREL THIERRY (2001), « De l'opportunité de l'opportunité », in: AUER/DELLEY/HOTTELLIER/MALINVERNI (éds), *Aux confins du droit: essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Bâle/Genève/Munich.
- TANQUEREL THIERRY (2013), « Le contrôle de l'opportunité », in: BELLANGER/TANQUEREL (éds), *Le contentieux administratif*, Genève/Zurich/Bâle.
- TANQUEREL THIERRY (2018), *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle.

L'obligation de collaborer et l'audition des parties et des témoins

CLÉMENCE GRISEL RAPIN

*Professeure à l'Université de Fribourg**

Introduction

L'obligation de collaborer des parties et des tiers compte aujourd'hui parmi les grands principes de la procédure administrative, aussi bien fédérale que cantonale. La procédure administrative est traditionnellement gouvernée par la maxime inquisitoire, qui impose à l'autorité d'établir les faits d'office. Dans tous les systèmes, cette maxime est tempérée par une obligation faite aux administrés de collaborer à l'établissement des faits.

Le lien entre l'obligation de collaborer et la maxime inquisitoire est complexe : on peut voir l'obligation de collaborer comme une exception, une relativisation, un corollaire, ou encore un pendant de la maxime inquisitoire. Cela revient à poser la question de la responsabilité des différents acteurs – autorités, parties, tiers – dans la procédure.

Les sources de l'obligation de collaborer sont nombreuses et ses formes variées, qu'elle soit exigée des parties ou de tiers. Dans tous les cas, l'objectif de la collaboration est de permettre à l'autorité d'établir les faits, sans avoir à recourir à des moyens de preuve (plus) contraignants. Les enjeux de la collaboration sont toutefois très différents pour les parties et pour les tiers, qui n'ont pas les mêmes intérêts dans la procédure et son issue.

* Je remercie vivement Monsieur Samuel Lüthi, MLaw et assistant diplômé à l'Université de Fribourg, pour l'aide qu'il m'a apportée pour la préparation et la mise au point de ce texte.

I. Les sources

A. Les sources constitutionnelles

Les sources de l'obligation de collaborer sont nombreuses et éparées. Le principe général de collaboration trouve son fondement dans le principe de la bonne foi (art. 5, al. 3, Cst.¹) : collectivités publiques et justiciables doivent avoir un comportement de bonne foi les uns vis-à-vis des autres². Il s'agit d'un devoir réciproque très général, qui prend forme au cours de la procédure administrative, lorsque se concrétise la relation entre la collectivité et l'administré.

L'obligation de collaborer peut se comprendre aussi comme un corollaire des garanties de procédure, en particulier du droit d'être entendu (art. 29 Cst. ; art. 6 CEDH)³. Cette vision souligne que le citoyen a, dans ses relations avec la collectivité publique, non seulement des droits, mais aussi des devoirs. Sa collaboration et son attitude de bonne foi en général peuvent d'ailleurs contribuer à une justice efficace et rapide. Dans certains cas, droit et devoir de coopérer se confondent : certains actes relèvent à la fois de l'obligation de collaborer et du droit d'être entendu⁴.

B. Les lois de procédure

Les lois de procédure administrative connaissent toutes une disposition générale sur l'obligation de collaborer des parties et sur la participation des tiers. Elles distinguent en général entre les devoirs des parties et ceux des tiers. Si l'objectif est identique, la forme et les enjeux diffèrent.

En droit fédéral, l'article 12 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968⁵ consacre ainsi le principe de l'établissement des faits d'office par l'autorité, tandis que l'article 13 PA fonde une obligation générale de collaborer des parties. Les articles 12 et 13 PA peuvent être considérés comme une sorte de standard général. Les lois

1 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 – RS 101.

2 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN (2021) n° 700 ; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY (2016) n°s 3 et 35 ss ad art. 13 PA ; MEYER (2019) n° 193.

3 MEYER (2019) n° 14.

4 Dans ce sens : MEYER (2019) n° 92.

5 PA – RS 172.021.

cantonaux de procédure connaissent un mécanisme similaire, la portée de l'obligation pouvant être décrite de façon plus ou moins précise⁶.

Quant aux tiers et aux témoins, l'article 12, lettre c, PA mentionne que les faits peuvent être constatés au moyen de « renseignements » ou de « témoignages » de tiers. Par ailleurs, les articles 14 à 19 PA détaillent la procédure relative à l'audition de témoins (autorité habilitée à entendre des témoins, refus de témoigner, droits des parties, etc.). En vertu de l'article 15 PA, chacun est tenu de témoigner. Par ailleurs, selon l'article 17 PA, celui qui peut être entendu comme témoin est aussi tenu de collaborer à l'administration d'autres preuves: il doit notamment produire les documents qu'il détient. La collaboration, les renseignements et l'audition de témoins sont également réglementés par les lois cantonales de procédure (cf. III/B).

C. Les lois spéciales

Pour ce qui concerne l'établissement des faits, l'administration des preuves et la collaboration des parties et des tiers, les lois de procédure sont le plus souvent complétées par des dispositions de procédure dans les lois de droit administratif spécial (cf. art. 13, al. 1, let. c, PA): ainsi par exemple dans le domaine du droit des étrangers (Loi sur l'asile du 26 juin 1998⁷, Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2015⁸), en matière de surveillance (Loi sur la surveillance des marchés financiers du 22 juin 2017⁹, Loi fédérale sur les cartels et les autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995¹⁰), ou d'assurances sociales (Loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales¹¹) et de droit fiscal.

Les lois spéciales confèrent en général une portée plus grande à l'obligation de collaborer des parties et des tiers et précisent la manière et la

6 Par exemple, art. 29 ss LPA/VD (RS/VD 173.36); art. 47 ss CPJA/FR (RSF 150.1); art. 22 ss LPA/GE (rsGE E 5 10); art. 15 ss LPJA/NE (RSN 152.130); art. 18 ss LPJA/VS (RS/VS 172.6). Cf. eg. BOVAY, p. 179 s.

7 LAsi – RS 142.31.

8 LEI – RS 142.20.

9 LFINMA – RS 946.1.

10 LCart – RS 251.

11 LPGa – RS 830.1.

forme de cette collaboration, ainsi que les conséquences spécifiques dans le cas où l'administré, tiers ou partie, n'apporterait pas la collaboration attendue. Certaines lois prévoient des sanctions administratives pour qui ne collabore pas (cf. p.ex. art. 51 LCart ou art. 174 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990¹²).

Les lois spéciales ne distinguent pas systématiquement la collaboration des parties de celle des tiers. Elles peuvent aussi parfois se référer à des conceptions différentes, en fonction des besoins du domaine à régler, ou prévoir des formes de participation spécifiques en procédure¹³. Ceci étant, les enjeux de la distinction entre parties et tiers ne disparaissent pas, à tout le moins en ce qui concerne les conséquences de l'absence de collaboration.

Enfin, les lois spéciales connaissent souvent des moyens de preuve différents de ceux des lois de procédure, car plus spécifiques ou ciblés, tenant compte du type de faits à établir et des difficultés d'obtenir certains moyens de preuve (perquisitions, saisies, fouilles). Par ailleurs, elles ne se réfèrent pas forcément au témoignage, mais peuvent fonder d'autres obligations de renseigner des tiers (y compris des sanctions en cas de refus de collaborer).

II. Le champ d'application

A. Personnel

Le système des lois de procédure administrative est fortement marqué par la distinction entre les parties et les tiers. Il en découle une série de conséquences sur les droits et les devoirs de chacun.

Dans le contexte particulier de la collaboration à l'établissement des faits, la distinction, si elle est certes essentielle, n'est pas suffisante à une bonne compréhension de tous les enjeux. Ainsi, le champ d'application personnel de l'obligation de collaborer est avant tout lié à son but, soit une constatation des faits correcte et complète. L'obligation de collaborer vise ainsi un cercle plus grand que celui des seules parties: elle in-

¹² LIFD – RS.542.11.

¹³ P.ex. les informateurs au sens de l'art. 15 LRens ou les personnes appelées à donner des renseignements au sens de l'art. 40 LCart.

combe aussi aux tiers, sous la forme de devoirs de renseigner, de témoigner et de participer à l'administration des preuves en général.

Selon le Tribunal fédéral, l'obligation de collaborer est justifiée par la connaissance ou la proximité par rapport aux faits de la cause, que la procédure doit mettre au jour¹⁴. On peut aussi trouver un fondement dans *l'intérêt* que les différents sujets de droit visés par le devoir de collaborer ont dans la procédure: soit parce qu'ils sont touchés plus que quiconque par son issue (les parties), soit parce qu'ils se trouvent dans un rapport étroit avec les faits pertinents, qui justifie qu'ils y apportent leur concours (les tiers)¹⁵.

Ce critère ne dépend ni de la place de l'administré dans la procédure, ni du fardeau de la preuve, ni de la maxime en vigueur. Il s'applique aussi bien aux procédures ouvertes à la demande de l'administré – et qui sont censées lui procurer un avantage – qu'à celles qui sont ouvertes d'office et tendent plutôt à lui imposer une obligation, voire une sanction.

Ceci étant, les enjeux de la collaboration ne sont pas du tout les mêmes pour les parties et pour les tiers: en cas de refus ou de collaboration défailante, les conséquences seront très différentes pour les parties ou pour des tiers sans qualité de partie.

B. Matériel

La PA limite en théorie l'obligation de collaborer à la constatation des faits dans les procédures que les parties introduisent elles-mêmes (art. 13, al. 1, let. a, PA) ou dans lesquelles elles prennent des conclusions indépendantes (art. 13, al. 1, let. b, PA)¹⁶. La loi réserve par ailleurs le cas où une loi spéciale prévoirait une obligation de collaborer plus étendue (art. 13, al. 1, let. c, PA). Ce champ d'application est fondé sur des critères qui paraissent aujourd'hui peu adéquats. Il dépend en grande partie de l'application de la maxime de disposition, plutôt que de la maxime

¹⁴ « Spécialement lorsqu'il s'agit d'élucider des faits qu'elles sont le mieux à même de connaître, respectivement qui relèvent de leur sphère d'influence », selon une formule du TF (Arrêt du TF 1C_611/2020 du 10 mai 2021, c. 2.3).

¹⁵ Sur les différents critères qui peuvent fonder le devoir de collaboration, cf. GRISEL (2008) p. 173 ss. Cf. eg. MEYER (2019) n° 77 ss.

¹⁶ Cf. p.ex. en droit cantonal: art. 7, al. 2, let. b, VEG/ZH (RS/ZH 175.2), art. 20 LPJA/BE (RSB 155.21), art. 47, al. 1, let. a, CPJA/FR).

d'office. Or, le fait qu'une procédure soit ouverte d'office ou sur demande d'un administré répond à une logique qui est étrangère à la question de l'obligation de collaborer dans le contexte d'une procédure gouvernée par la maxime inquisitoire. S'il est vrai que cette question est relativisée par le grand nombre de lois spéciales qui disposent une obligation de collaborer plus étendue, y compris dans les procédures ouvertes d'office, le champ d'application de l'obligation de collaborer ne devrait pas être compris dans un sens trop étroit, mais valoir dans toutes les procédures dans lesquelles l'administré trouve un certain *intérêt* (dans le sens d'avantage ou de proximité par rapport à l'état de fait)¹⁷.

III. La forme et l'objet de la collaboration

A. Pour les parties

Pour les parties, l'obligation de collaborer se comprend d'abord comme un devoir général de discipline ou de diligence tout au long de la procédure, qui inclut aussi l'interdiction d'utiliser des moyens procéduraux de manière abusive. Par exemple, en matière d'aide d'urgence, l'obligation de collaborer comprend non seulement le devoir de fournir à l'autorité tout renseignement utile, y compris de façon spontanée (par exemple en cas de changement d'adresse), mais aussi celui de rester atteignable ou d'ouvrir un compte bancaire¹⁸.

La PA et les lois cantonales ne précisent pas toujours sous quelle forme doit intervenir la collaboration des parties, ni quels actes concrets elle implique. L'article 13 PA indique simplement que la collaboration porte sur la constatation des faits, tandis que l'article 12 PA consacre les « renseignements des parties » comme moyens de preuve. Il faut déduire de la systématique de la loi que la collaboration porte sur l'ensemble de l'administration des preuves qui sont mises en œuvre par l'autorité administrative¹⁹.

¹⁷ A ce sujet : GRISEL (2008) p. 100 ss ; MEYER (2019) n° 82.

¹⁸ Cf. p.ex. : Arrêt TC/VD PC.2017.0112 du 2 juillet 2018 ; Arrêt TC/VD PS.2013.0049 du 11 novembre 2016.

¹⁹ AUER/BINDER (2019) nos 3 ss ad art. 13 PA ; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY (2016) n° 54 ad art. 12 PA.

L'obligation de collaborer consiste principalement en une obligation de renseigner l'autorité. Il s'agit de fournir des informations ou des explications sur les éléments de fait pertinents, par oral ou par écrit. Si la procédure administrative se déroule plutôt par écrit, il n'est pas exclu que l'autorité entende la partie lors d'une audition²⁰. Par ailleurs, certaines lois spéciales prévoient des auditions orales spécifiques (p.ex.: art. 29 LAsi, art. 42, al. 1, LCart ou art. 20, al. 2 et 43 de la loi fribourgeoise sur le droit de cité fribourgeois du 14 décembre 2017²¹).

Les parties doivent aussi participer à l'administration de toute autre preuve utile dont l'administration est ordonnée: production de documents, visite des lieux, expertise, etc.

Les lois spéciales prévoient de manière plus précise l'objet et la forme de la collaboration, en fonction des particularités et des besoins du domaine qu'elles règlementent. Tel est par exemple le cas en matière cartellaire (art. 40 et 42 LCart), en matière d'asile (art. 8 LAsi), en matière d'assurance sociales (art. 28 et art. 43, al. 2, LPGA – not. expertises et examens médicaux ou psychologiques) et dans bien d'autres domaines (p.ex. art. 11 de la loi fédérale relative à une redevance sur le trafic des poids lourds du 19 décembre 1997²²).

B. Pour les tiers

1. Les obligations de collaborer des tiers

Les obligations de collaborer des tiers sont éparées dans la PA, notamment en raison du renvoi général de l'article 19 PA à la loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947²³: il existe ainsi une obligation générale de renseigner (art. 12 PA), une obligation de fournir des documents et des pièces (art. 17 PA et 51 PCF par renvoi de l'art. 19 PA)²⁴, une obligation de tolérer l'administration d'autres preuves, comme

²⁰ La question s'apprécie en général à l'aune du droit d'être entendu et du droit à une audience publique.

²¹ LDCF/FR – RSF 114.11.

²² LRLP – RS 641.81.

²³ PCF – RS 273.

²⁴ AUER/BINDER (2019) n° 2 ad art. 17 PA; WALDMANN (2016) nos 38 ss ad art. 19 PA.

l'inspection locale (art. 17 PA et 55 PCF par renvoi de l'art. 19 PA)²⁵ et enfin une obligation de témoigner (art. 12 et 15 PA). En outre, les lois spéciales peuvent prévoir d'autres formes spéciales de collaboration.

2. *La distinction entre le renseignement de tiers et le témoignage*

L'obligation générale de renseigner se distingue à plusieurs égards de l'obligation de témoigner. D'abord, le témoignage se caractérise par son caractère oral et un aspect plus formel, à la différence des renseignements qui sont généralement fournis par écrit et sans forme spécifique (sauf prescription spéciale dans une loi)²⁶. Ensuite, la loi peut restreindre l'obligation de témoigner de certaines personnes en raison de liens qu'elles entretiennent avec la cause ou les parties²⁷. Ces motifs de refus ne concernent pas les personnes appelées à donner des renseignements. Le témoignage revêt également un caractère plus contraignant, dans le sens d'obligatoire, puisque la loi prévoit des sanctions pour celui qui ne répond pas à la convocation ou refuse de témoigner (art. 19 PA en lien avec les art. 44 PCF et 60 PA en cas de défaut; art. 307 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937²⁸ en cas de faux-témoignage).

Certaines lois de procédure font du témoignage un moyen de preuve subsidiaire²⁹. Par ailleurs, selon les régimes, toutes les autorités ne sont

²⁵ KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) n° 478; MEYER (2019), n° 323; WALDMANN (2016) n° 46 ss ad art. 19 PA.

²⁶ Si un tiers est entendu oralement, la tenue d'un procès-verbal s'impose, cf.: ATF 130 II 169; AUER/BINDER (2019) n° 42 ss ad art. 12 PA; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY (2016) n° 48 ad art. 12 PA.

²⁷ Selon certaines législations cantonales, les proches ne peuvent pas être appelés comme témoins, mais seulement comme personnes appelées à donner des renseignements. Cf. p.ex.: art. 31 LPA/GE.

²⁸ CP – RS.311.0.

²⁹ Tel est notamment le cas de l'art. 14 PA. Cf.: ATF 130 II 169, JdT 2004 I 239 (trad.), c. 2.3.3; WEISSENBERGER/HIRZEL (2016) n° 20 ad art. 14 PA. De même en droit cantonal: art. 24, al. 2, VRP/SZ (RS/SZ 234.110), art. 46 CPJA/FR, art. 16 VRG/SO (RS/SO 124.11), art. 12, al. 2, VRG/GR (RS/GR 370.100), art. 12, al. 2, VRG/TH (RS/TH 170.1), art. 18a, al. 2, LPJA/VS, art. 28, al. 1, LPA/GE et art. 63 LPJA/JU (RS/JU 152.130).

pas habilitées à y recourir³⁰. Par contre, au moment de l'appréciation des preuves, on peut accorder au témoignage une force probante accrue³¹.

3. *Le témoignage*

La loi fédérale sur la procédure administrative ne réglemente pas directement le témoignage, mais renvoie à la PCF. Les cantons étant libres d'édicter leur droit de procédure, ils n'ont pas adopté des réglementations identiques en matière de témoignage. Il existe néanmoins des tendances et caractéristiques communes.

Une douzaine de cantons ont choisi de reprendre directement ou par analogie le régime d'administration des preuves du Code de procédure civile du 19 décembre 2008³². Les articles 160 à 167 CPC (obligation de collaborer et droit de refus) et 169 à 176 CPC (témoignage proprement dit) s'appliquent ainsi à la procédure administrative. D'autres cantons disposent d'une réglementation topique qui reprend partiellement ou à titre subsidiaire la réglementation du CPC. Dans ces cantons, les lois de procédure administrative se contentent généralement de transposer les règles connues en procédure civile, avec quelques dérogations occasionnelles. Enfin, certains cantons ont aménagé un régime propre, plus indépendant de celui du CPC (ainsi Genève, Glaris et Lucerne).

Parmi les différences, on peut relever que certaines lois limitent le droit de recourir au témoignage à certaines autorités, en principe judiciaires : cela s'explique par le caractère formalisé de ce moyen de preuve, sa force probante accrue et les conséquences qui sont attachées au faux-témoignage. Par ailleurs, certaines lois font du témoignage un moyen de preuve subsidiaire, notamment la PA³³. Quoi qu'il en soit, la pratique montre

30 En droit fédéral: art. 14 PA, cf.: WEISSENBERGER/HIRZEL (2016) n° 26 ss ad art. 14 PA. De même en droit cantonal p.ex.: art. 26c VRG/ZH, art. 53 CPJA/FR et art. 18a, al. 2, let. a et b, LPJA/VS.

31 Et à l'inverse apprécier les renseignements de tiers avec prudence. AUER/BINDER (2019) n° 41 ad art. 12 PA; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY (2016) n° 124 ad art. 12.

32 CPC (RS 272).

33 Etant précisé que la loi spéciale peut faire du témoignage un moyen de preuve ordinaire. L'art. 42, al. 1, LCart prévoit ainsi la possibilité d'entendre des tiers comme témoins. Cf. not.: BANGERTER (2021) n° 15 ad art. 42 LCart.

que les autorités n'y recourent qu'avec une certaine retenue, y renonçant souvent au terme d'une appréciation anticipée des preuves³⁴.

IV. La portée

A. Pour les parties

1. *Introduction*

Déterminer la portée de l'obligation de collaborer est une question délicate : il s'agit de savoir quel degré de collaboration on peut raisonnablement attendre des administrés et à partir de quel stade l'autorité doit estimer suffisante la collaboration apportée. Il n'existe pas de réponse univoque, car le niveau de collaboration dépend des besoins de chaque cas concret et des faits à constater. Il est très difficile de définir de façon positive la portée de l'obligation de collaborer : on est tenté de se référer à des critères limitants, tels que la proportionnalité, la légalité, la protection des secrets ou le droit de se taire.

Il est aussi difficile de dissocier la portée de l'obligation de collaborer de celle de la maxime inquisitoire et du devoir de l'autorité d'établir les faits. Ces deux principes coexistent et sont interdépendants. De façon générale, il faut garder à l'esprit que le fait que l'administré doive coopérer à l'établissement des faits ne dispense pas l'autorité de constater les faits d'office (et vice-versa)³⁵. L'autorité administrative garde la maîtrise et la responsabilité de l'instruction et c'est elle qui décide en particulier sur quels points doit porter la collaboration des parties.

2. *Obligation de résultat ou obligation de moyen*

Parfois, l'obligation de collaborer se comprend comme une obligation de résultat : accomplir un acte déterminé, tolérer un acte étatique ou produire un résultat concret, comme remplir et déposer une déclaration d'impôts, produire une attestation, se présenter à une audition ou se soumettre à une analyse médicale.

³⁴ Après une appréciation anticipée des preuves, il est en effet fréquent que les tribunaux s'estiment suffisamment renseignés et considèrent qu'il n'est pas nécessaire d'entendre des témoins. La question est ainsi souvent jugée sous l'angle du droit d'être entendu, cf. p.ex. : Arrêts du TC/VD PS.2017.0089 du 12 septembre 2018 ; PE 2012.0329 du 17 janvier 2013 ; PE.2006.0383 du 9 novembre 2006.

³⁵ GRISEL (2008) n^{os} 155 ss ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (2013) n^o 478.

Dans la majorité des cas cependant, le devoir de collaborer s'apparente plutôt à une obligation de moyens. La collaboration consiste à « faire les efforts nécessaires » pour permettre l'établissement des faits. Il s'agit donc pour l'autorité d'apprécier la collaboration, au regard de l'obligation telle qu'elle est énoncée par la loi mais aussi de son but, soit l'établissement des faits.

La question est ainsi de savoir s'il existe une obligation de résultat quant à l'établissement des faits, c'est-à-dire du point de vue matériel: en d'autres termes, la collaboration de l'administré est-elle suffisante même s'il n'a pas été possible de prouver les faits ou même de les rendre vraisemblables? Cette question invite à examiner les conséquences d'une mauvaise collaboration ou d'un refus de collaboration. Les conséquences en cas de défaut de collaboration dépendent de la nature de l'obligation elle-même. Elles sont avant tout d'ordre procédural.

3. *Les conséquences d'un défaut de collaboration*

a. La contrainte

L'obligation de collaborer ne se prête guère à la contrainte directe en cas de refus de la part de l'administré (art. 41 PA)³⁶. Le recours à la force n'est en effet souvent pas adapté; il devrait faire l'objet d'une base légale spécifique et d'un examen strict sous l'angle du respect du principe de la proportionnalité. Certaines lois spéciales prévoient de telles possibilités³⁷. Quant à l'exécution par équivalent, elle est envisageable, mais souvent inappropriée pour des obligations personnelles ou de tolérer.

b. La non-entrée en matière

L'article 13, alinéa 2, PA prévoit que l'autorité peut déclarer irrecevables les conclusions prises dans une procédure au cours de laquelle les parties refusent de prêter le concours nécessaire qu'on peut attendre d'elles. Cette conséquence s'explique aisément lorsque la procédure est ouverte

³⁶ De cet avis: AUER/BINDER (2019) n° 41 ad art. 13 PA; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY (2016) n° 70 ad art. 13 PA.

³⁷ La LCart prévoit p.ex. que l'on peut obliger les parties à faire des dépositions ou procéder à des perquisitions et des saisies (art. 42, al. 2, LCart). Le projet de révision partielle de la LCart prévoit la possibilité d'ordonner des fouilles de personnes et d'objets (art. 42, al. 2, P-LCart). Cf. eg. en matière de droit des étrangers les art. 70 et 73 ss LEI.

à l'initiative ou à la demande de l'administré, qui y fait valoir des droits ou des intérêts : sa passivité ou son refus de collaborer s'interprètent comme une forme de désintérêt qui justifie la non-entrée en matière³⁸. Mais cette conséquence est inadaptée dans bon nombre de situations, notamment lorsque la procédure est ouverte d'office.

c. La décision en l'état du dossier

A moins que la loi spéciale ne prévoie des conséquences d'ordre procédural ou des sanctions, les autorités ont aussi la possibilité – qui est dans certains cas une nécessité – de « statuer en l'état du dossier ». Cette décision se distingue de la décision d'irrecevabilité, car il s'agit d'une décision au fond. Elle est prise sur la base des faits tels qu'ils ont été constatés jusque-là, mais sans procéder à des mesures d'instruction complémentaires pour pallier le défaut de collaboration de l'administré³⁹. Cette solution montre le rapport complexe entre le devoir de collaboration de l'administré d'une part et le devoir de l'autorité d'instruire les faits de la cause, d'autre part. Elle s'impose pour des raisons d'ordre pratique, puisqu'il est parfois tout simplement impossible d'établir les faits plus avant sans la collaboration des parties. Elle peut s'expliquer aussi sous l'angle de la proportionnalité et de l'économie de procédure. Cependant, la décision « en l'état du dossier » n'est pas adaptée à toutes les procédures (notamment les procédures ouvertes d'office), pour des raisons qui tiennent à l'intérêt public, voire à l'égalité de traitement.

d. L'appréciation des preuves et de l'attitude des parties

La collaboration des parties est appréciée au stade de la constatation des faits. L'article 40 PCF, applicable par renvoi de l'article 19 PA, commande une libre appréciation des preuves. On peut en retenir plusieurs conséquences.

D'abord, on déduit de la libre appréciation des preuves le principe selon lequel l'administré ne doit en aucun cas tirer avantage du fait qu'il n'a

³⁸ AUER/BINDER (2019) n^{os} 36 ss ad art. 13 PA; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY (2016) n^o 73 ad art. 13 PA; MEYER (2019) n^{os} 762 ss.

³⁹ Cf. p.ex.: Arrêt du TF 2C_727/2019 du 10 janvier 2020, c. 2.3, *ad* arrêt du TC/VD PE.2018.0476 du 28 juin 2019; arrêt du TC/VD PE.2018.0105 du 5 mars 2019. Voir aussi arrêt du TF 2C_845/2021 du 18 octobre 2022, destiné à publication.

pas collaboré⁴⁰. Autrement dit, une partie qui a violé son devoir de collaborer ne saurait être traitée plus favorablement qu'un administré qui a rempli son obligation.

Ensuite, l'obligation de collaborer à l'établissement des faits ne signifie pas devoir prouver ces faits; elle n'est pas liée au fardeau de la preuve⁴¹. Ce n'est pas parce qu'une partie est tenue de collaborer qu'elle supporte nécessairement le fardeau de la preuve (et vice-versa). Une partie est aussi tenue de collaborer à l'établissement de faits pour lesquels elle ne porte pas la charge de la preuve. En théorie, la portée que l'on donne à l'obligation de collaborer ne doit pas avoir pour effet de modifier la répartition du fardeau de la preuve⁴². Elle devrait seulement entraîner *l'application des règles sur le fardeau de la preuve*, voire éventuellement influencer le *degré* de la preuve requis⁴³.

L'appréciation de l'attitude des parties n'est guère problématique lorsque l'administré tenu de collaborer supporte par ailleurs le fardeau de la preuve. Dans ce cas, la violation d'un devoir de collaborer entraîne presque nécessairement la mise en œuvre des règles sur le fardeau de la preuve. En revanche, la situation est délicate lorsque l'administré est tenu de collaborer à la constatation de faits dont il ne porte pas la charge de la preuve.

Le Tribunal fédéral juge que le devoir de collaboration des parties à l'établissement des faits est spécialement élevé s'agissant de faits que celles-ci connaissent mieux que quiconque⁴⁴. En l'absence de collaboration de la partie concernée par de tels faits et d'éléments probants au dossier, l'autorité qui met fin à l'instruction du dossier en considérant qu'un fait ne peut être considéré comme établi ne tombe pas dans l'arbitraire et ne viole pas les règles régissant le fardeau de la preuve⁴⁵.

⁴⁰ GRISEL (2008) n° 798; p.ex. en matière fiscale: ATF 103 Ib 192 c. 1; arrêt du TF 2A_53/2003 du 13 août 2003, c. 4.1.

⁴¹ Pour une étude plus approfondie de cette problématique, cf.: GRISEL (2008) n°s 301 ss; MEYER (2019) n°s 676 ss.

⁴² Cf. p.ex.: Arrêt du TAF A-5884/2012 du 27 mai 2013, c. 3.4.3.

⁴³ On peut se satisfaire de la vraisemblance.

⁴⁴ ATF 128 II 139, JdT 2002 I p. 571 (trad.), c. 2b; arrêt TF 2C_284/2019 du 16 septembre 2019, c. 4.3; arrêt TF 1C_426/2017 du 11 mars 2019, c. 5.3 et références citées; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (2021) n° 707.

⁴⁵ Cf.: ATF 140 I 285; arrêt TF 2C_611/2020 du 10 mai 2021.

e. Les conséquences d'ordre procédural et les sanctions

La violation de l'obligation de collaborer peut entraîner d'autres conséquences d'ordre procédural : mise à la charge des frais de procédure, limitation ou perte d'un moyen de droit ou de la possibilité de critiquer l'état de fait dans une procédure de recours⁴⁶. Selon les législations, elle peut aussi être suivie de sanctions administratives ou pénales⁴⁷.

B. Pour les tiers

La portée de l'obligation de collaborer et de renseigner des tiers est plus aisée à déterminer. Cela, non seulement parce que leur collaboration est un moyen de preuve que l'autorité va administrer parmi d'autres, mais aussi en raison du fait que les tiers n'ont pas d'intérêt propre dans la procédure en cause, qu'ils n'y ont pas pris de conclusions et qu'ils n'ont pas à supporter un quelconque fardeau de la preuve. Ainsi, les conséquences pour le tiers sont indépendantes de l'issue de la procédure.

Dans la mesure où la collaboration des tiers repose toujours sur une base légale spécifique, les conséquences d'un refus sont en principe prévues par la loi. En droit fédéral, l'article 19 PA prévoit une application par analogie des articles 37, 39 à 41 et 43 à 61 PCF. C'est l'article 44 PCF qui règle les conséquences en cas de défaut du témoin : il peut donc être amené par la force et condamné aux frais (art. 44, al. 2, PCF).

L'article 19 PA précise que les sanctions pénales de la PCF sont remplacées par celles de l'article 60 PA. Il existe ainsi une possibilité d'infliger une amende d'ordre. L'article 292 CP s'applique à titre subsidiaire⁴⁸. Enfin, l'article 307 CP est applicable en cas de faux-témoignage. Les lois spéciales peuvent prévoir des conséquences ou des sanctions spécifiques (p.ex. : art. 42, al. 1, LCart en lien avec l'art. 64 PCF ; art. 174 LIFD).

Plusieurs législations cantonales renvoient au CPC. Le refus de témoigner est qualifié de refus de collaborer d'un tiers, sanctionné à l'article

⁴⁶ Ainsi en cas de taxation d'office. Cf. ég dans un autre domaine : ATF 130 II 449.

⁴⁷ Cf. p.ex. : art. 52 LCart (sanction de 100 000 CHF au plus), art. 61 LPE (amende de 20 000 CHF au plus) ; art. 174 LIFD (amende de 1000 CHF au plus, 10 000 CHF dans les cas graves ou en cas de récidive).

⁴⁸ Même si la décision peut faire l'objet d'un autre moyen d'exécution forcée, il reste possible d'user de la menace de 292 CP. Cf. : ATF 90 IV 206, c. 3 et 4 ; BICHOVSKY (2017) n° 35 ad art. 292 CP.

167 CPC. Une menace des sanctions de l'article 292 CP est aussi envisageable. Dans le canton de Genève, qui dispose d'un régime procédural propre en matière de témoignage, le refus de témoigner est réprimé par l'article 29 LPA/GE. Celui-ci prévoit que le témoin ne comparaisant pas à l'audience est puni d'une amende n'excédant pas 1000 CHF pour sa première offense et, s'il récidive, à une amende maximum de 3000 CHF et aux frais et dépens causés par ses absences. Si, lors de l'audience, le témoin refuse de témoigner, il peut être condamné à une amende de 3000 CHF. En outre le témoin peut être amené par la force publique (29 al. 3 LPA/GE).

V. Les limites

A. Les principes constitutionnels

1. *La légalité*

Le principe de la légalité (art. 5 Cst.) pose des limites à l'obligation de collaborer à plusieurs égards. D'abord, le principe, l'étendue et la forme de la collaboration doivent être précisées dans une base légale. En droit fédéral, l'article 13 PA constitue la base légale générale, complétée par des règles d'autres lois fédérales qui prévoient des obligations plus précises ou plus contraignantes. Ensuite, les conséquences attachées au défaut de collaboration, qu'il s'agisse de conséquences procédurales, matérielles ou de sanctions administratives, doivent être prévues par la loi⁴⁹.

2. *La proportionnalité*

Le principe de la proportionnalité joue un rôle fondamental comme limite à l'obligation de collaborer des parties et des tiers en procédure administrative. Il permet de limiter la portée de l'obligation en fonction des circonstances de chaque cas concret. La loi contient déjà une évocation du principe de la proportionnalité lorsqu'elle impose aux parties de fournir le concours « nécessaire » ou « que l'on peut attendre d'elles ». L'autorité doit encore s'assurer, dans chaque cas particulier, que l'obliga-

⁴⁹ Ainsi, certaines dispositions légales prévoient des sanctions spécifiques, comme l'art. 46, al. 1, LT (RS 641.10) qui sanctionne le défaut de collaboration par une amende. Cf.: KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY (2016) n° 85 ad art. 13 PA.

tion de collaborer exigée des administrés respecte les exigences de proportionnalité.

La collaboration doit être apte à établir les faits pertinents de la cause. Elle doit aussi être nécessaire, dans le sens qu'il n'apparaît pas possible d'établir les faits par d'autres moyens moins contraignants, mais aussi dans le sens que la collaboration ne peut porter que sur l'établissement de faits *pertinents* pour la prise de décision. Il serait ainsi contraire au principe de proportionnalité d'exiger de la partie qu'elle collabore à la constatation de faits qui sortent de l'objet du litige⁵⁰.

Enfin, la collaboration doit être raisonnablement exigible. Ce dernier aspect de la proportionnalité permet à l'autorité d'adapter ses exigences en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce, non seulement selon les faits qu'il s'agit d'établir, mais aussi de ce qui peut raisonnablement être exigé de chaque administré. L'autorité doit mettre en balance les intérêts en présence, soit d'un côté l'intérêt public à la bonne application du droit, qui justifie une pleine collaboration de l'administré et de l'autre, les inconvénients, voire les atteintes que peut provoquer une collaboration trop contraignante. La collaboration peut impliquer une atteinte à la sphère privée, à la liberté personnelle ou requérir des efforts et un investissement disproportionnés dans certains cas. Les aptitudes de l'administré lui-même doivent aussi être prises en compte dans cette pesée d'intérêts⁵¹.

3. *La bonne foi*

Le principe de la bonne foi pose des limites au devoir de collaborer, en imposant un certain comportement à l'autorité chargée de la procédure. Il lui appartient d'orienter l'administré sur ses obligations. Ce devoir d'explication (*Aufklärungspflicht*) dépend des circonstances et des capa-

⁵⁰ KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY (2016) n° 47 ad art. 13 PA; GRISEL (2008) n° 346.

⁵¹ Ainsi, en matière d'asile, il n'est pas raisonnablement exigible d'attendre d'un requérant d'asile qu'il collabore lors d'une audition dans une langue qu'il ne parle pas, s'il est mineur ou qu'il a subi des traumatismes, cf. p.ex.: ATAF 2014/30 du 24 juillet 2014, c. 3.2; JAAC 58/1994 n° 54 (CRA, 10.08.1993). Cf. eg. GRISEL (2008) n° 354.

cités des parties (procédure de masse, parties représentées ou non, etc.)⁵². Du principe de la bonne foi découle aussi l'obligation d'avertir l'administré des conséquences d'un défaut de collaboration. Le principe de la bonne foi se traduit enfin par l'interdiction du formalisme excessif. Il s'agit de ne pas appliquer des prescriptions de forme avec une rigueur excessive, en accordant par exemple à l'administré un délai de grâce pour régulariser ses actes.

B. Les secrets protégés par la loi

1. Pour les parties

Obligation de collaborer et de renseigner et protection des secrets doivent faire l'objet d'un arbitrage. De manière générale, le secret professionnel protégé par le mécanisme de l'article 321 CP l'emporte sur le devoir de collaborer du professionnel⁵³. Cependant, pour des motifs d'intérêt public, de nombreuses lois prévoient des obligations de communiquer ou de dénoncer⁵⁴. Dans un arrêt récent destiné à publication, le Tribunal fédéral a précisé la portée de l'obligation de collaborer d'un médecin visé par une procédure disciplinaire en lien avec la levée du secret médical. En vertu de l'article 86 de la loi sur la santé du 7 avril 2006 du canton de Genève⁵⁵, les professionnels de la santé et leurs auxiliaires sont tenus au secret professionnel au sens de l'article 321 CP. Ils peuvent en être déliés par le patient ou, s'il existe de justes motifs, par l'autorité supérieure de levée du secret professionnel. Le Tribunal fédéral considère que l'obligation de collaborer du médecin visée par la procédure ne se limite pas à chercher à obtenir la levée du secret médical par le patient, mais qu'il lui appartient de demander la levée du secret à l'autorité supérieure⁵⁶.

⁵² Arrêt du TF 2C_2/2015 du 13 août 2015, c. 2.3 ; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (2021) n° 712 ; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY (2016) n°s 50 ss ad art. 13 PA ; MEYER (2019) n°s 269 ss.

⁵³ Pour plus de détails, cf. : GRISEL (2008) n°s 441 ss ; GÜNGERICH/BICKEL (2016) n° 2 s. ad art. 16 PA ; MEYER (2019) n° 638.

⁵⁴ Cf. p.ex. les art. 12 LEP (obligation de déclarer les patients infectés et de transmettre les informations pertinentes) et l'art. 314c CC (droit d'aviser l'autorité de protection de l'enfant) ; GRISEL (2008) n°s 452 ss.

⁵⁵ LS – RS/GE K 1 03.

⁵⁶ Arrêt du TF 2C_845/2021 du 18 octobre 2022, destiné à publication.

En vigueur depuis 2013, l'article 13, alinéa 1^{bis}, PA précise que la collaboration ne s'étend pas aux renseignements et documents concernant des contacts entre une partie et son avocat. Il s'agit d'une protection spéciale du secret de l'avocat, également ancrée dans le CPP et le CPC. L'article 17, 2^e phrase, PA prévoit la même réserve pour les témoins (par renvoi à l'art. 51a PCF).

2. *Pour les tiers*

Parmi les motifs qui permettent de refuser de déposer ou de témoigner figure notamment la protection du secret professionnel (art. 42, al. 1, let. b, PCF, applicable par renvoi de l'art. 16 PA). Cela concerne principalement les avocats, les notaires ou les réviseurs, les médecins, ainsi que tous les professionnels visés à l'article 321 CP.

Les porteurs de secrets qui ne sont pas visés à l'article 321, chiffre 1, CP sont soumis à la règle de l'article 16, alinéa 2, PA : le détenteur d'un secret professionnel ou d'affaires au sens de l'article 42, alinéa 2, PCF peut refuser son témoignage s'il n'est pas tenu de témoigner en vertu d'une autre loi fédérale. Dans ce cas, le détenteur du secret ne peut refuser de témoigner qu'à deux conditions. D'abord, il faut procéder à une pesée des intérêts⁵⁷. Ensuite, le refus de témoigner n'est possible que s'il n'existe pas une disposition légale qui contraindrait expressément ce témoin à déposer. Tel est par exemple le cas de l'article 40 LCart qui oblige les tiers à fournir aux autorités de la concurrence tous les renseignements utiles. En vertu de l'article 16, alinéa 2, PA, auquel l'article 40 LCart se réfère expressément, les détenteurs d'un secret professionnel qui n'est pas protégé par l'article 321 CP ne peuvent donc pas refuser de témoigner ; le secret d'affaires ne constitue pas un motif de refus de collaborer.

C. **Le droit de refuser de témoigner en particulier**

Outre le droit de refuser de témoigner lié au secret protégé, d'autres motifs justifient la dispense de témoignage. Les lois peuvent diverger sur ce point.

⁵⁷ AUER/BINDER (2019) n° 12 ad art. 16 PA ; GÜNGERICH/BICKEL (2016) n° 40 ad art. 16 PA.

En droit fédéral, on peut mentionner la possibilité de refuser de témoigner accordée aux personnes interrogées sur des faits dont la révélation les exposerait à des poursuites pénales, à un grave déshonneur ou à un dommage pécuniaire, ou qui exposerait leur conjoint ou des parents (art. 42, al. 1, let. a, PCF) et la protection spéciale des médias (art. 42, al. 1, lettre a^{bis}, PCF en lien avec l'art. 28a CP) et des fonctionnaires s'agissant de faits dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction (art. 42, al. 3, PCF).

Les cantons qui ont choisi d'appliquer les règles du CPC connaissent deux types de motifs: les motifs de refus absolus, liés à la proximité familiale (art. 165 CPC) et les motifs de refus restreints, d'ordre divers, qui ont généralement trait à des faits couverts par un secret (avocat, médecin, ecclésiastique, fonctionnaire, etc.) ou aux conséquences qu'engendrerait le fait d'exposer certains faits (poursuite pénale, responsabilité civile).

Il convient de préciser encore que les motifs qui permettent de refuser de témoigner valent aussi pour les autres obligations de collaborer, comme celle de produire des titres (51 PCF) ou de tolérer une inspection locale (55 PCF), en vertu du renvoi général de l'article 19 PA à la PCF et de l'article 17 PA.

D. Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (art. 6 CEDH)

1. Introduction

Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est aujourd'hui une limite importante du devoir de collaboration des parties, et plus largement du système de constatation des faits en procédure administrative.

Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est garanti à l'article 14, alinéa 3, lettre g, du pacte ONU II et implicitement par l'article 6, paragraphe 1, CEDH. Il impose que personne ne soit obligé de s'incriminer soi-même ou de contribuer à sa propre incrimination (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Ce droit comprend celui de se taire et interdit aux autorités de recourir à des mesures de coercition abusives en vue d'obtenir des informations qui pourraient être utilisées contre l'accusé. Il peut ainsi entrer en conflit avec les devoirs de collaboration éten-

dus des parties en procédure. L'application du principe *nemo tenetur* en procédure administrative pose plusieurs types de questions, que ce soit quant à son champ d'application, à sa portée ou à ses conséquences sur un système de constatation des faits fondamentalement basé sur la collaboration.

2. *L'application en procédure administrative*

a. En général

Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est un principe de procédure pénale. Cependant, la notion d'accusation en matière pénale s'est progressivement introduite en procédure administrative, en fonction du champ d'application de l'article 6 CEDH. La Cour européenne des droits de l'Homme juge que la qualification par le droit interne n'est pas nécessairement déterminante⁵⁸. La qualification pénale d'une accusation, entraînant l'application de l'article 6 CEDH et des garanties qu'il contient, doit être effectuée sur la base des critères développés par la jurisprudence *Engel*, reprise par le Tribunal fédéral⁵⁹. Il convient ainsi d'examiner si le droit national classe la mesure étatique parmi les mesures pénales, mais également la nature de l'infraction (caractère dissuasif et répressif, nature des intérêts qu'elle protège), ainsi que la gravité ou la sévérité de la sanction, en particulier sous l'angle dissuasif.

L'application de ces critères au droit suisse a pour conséquence que certaines sanctions qualifiées en droit interne d'administratives ou de disciplinaires doivent être considérées comme des accusations en matière pénale au sens de l'article 6 CEDH. Dans cette mesure, les garanties conférées par la CEDH trouvent alors application. C'est ainsi que le Tribunal fédéral a admis que les sanctions pécuniaires prononcées sur la base de l'article 49a LCart devaient être qualifiées d'accusation en matière pénale au sens de l'article 6 CEDH⁶⁰. Il en va de même des sanctions prononcées par l'ancienne autorité de contrôle en matière de maison de

⁵⁸ ACEDH *Engel et autres c. Pays-bas*, du 8 juin 1976, n^{os} 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, § 82 ss; BIGLER (2018) n^o 12 ss ad art. 6 CEDH (volet pénal).

⁵⁹ ACEDH *Engel et autres c. Pays-bas*, du 8 juin 1976, n^{os} 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, § 82 ss; cf. p.ex.: ATF 121 I 379, c. 3.

⁶⁰ ATF 139 I 72, 78 ss, c. 2.2.2.

jeux⁶¹, de certaines sanctions administratives en matière fiscale⁶² ou de sanctions prévues par la loi fédérale sur les étrangers et la migration⁶³.

b. L'application aux personnes morales

Les garanties de la CEDH ont principalement vocation à protéger des personnes physiques. Sous certaines réserves, il est admis qu'elles s'appliquent aussi aux personnes morales. En plus des questions de qualification évoquées plus haut, le champ d'application personnel du droit de se taire fait l'objet de controverses. Celles-ci sont liées au fondement et à la fonction que l'on donne à cette garantie : certains y voient une émanation du droit à la dignité humaine, tandis que d'autres la fondent sur l'égalité des armes ou plus généralement sur le droit à une défense effective⁶⁴. Le Tribunal fédéral a tranché la question dans un arrêt de principe, jugeant que les personnes morales, en particulier les entreprises, peuvent se prévaloir de manière générale du principe *nemo tenetur*⁶⁵. Le Tribunal fédéral n'accorde toutefois pas la même portée au droit de ne pas s'auto-incriminer des personnes physiques et des personnes morales⁶⁶. A l'occasion d'une affaire récente, il a encore approfondi la question, en comparant la situation des organes d'une personne morale agissant pour le compte d'une entreprise avec celle d'une personne physique elle-même prévenue dans une enquête pénale. Dans cette affaire de droit des cartels, le Tribunal fédéral a jugé que, dans une procédure de sanction en matière de concurrence où des pénalités ne peuvent en principe pas être infligées à des personnes physiques, le droit de ne pas collaborer à sa propre condamnation n'est pas destiné à protéger le libre arbitre des

⁶¹ ATF 140 II 384, 388 ss, c. 3.

⁶² ATF 140 I 68, 76, c. 9.6.2 ; ATF 138 IV 47, 51 s., c. 2.6.1 ; ATF 121 II 257, 263 ss, c. 4 ; ATF 119 Ib 311, 324 s., c. 2.

⁶³ TAF A-597/2019 du 27 janvier 2020.

⁶⁴ Pour plus de détails et un exposé des différentes positions doctrinales, cf : MARTENET/TUMINI (2022) p. 387 ss.

⁶⁵ ATF 140 II 384, 393, c. 3.3.4. Cf. aussi : ATF 142 IV 207.

⁶⁶ ATF 142 IV 207, JdT 2017 IV 51, c. 8.4 : « Lorsqu'il s'agit de personnes morales, respectivement d'entreprises, il convient de procéder à une pesée des intérêts entre leurs droits procéduraux garantis par la Constitution et l'intérêt public (ainsi qu'éventuellement celui de personnes lésées) à la découverte efficiente de la vérité selon le droit de procédure pénal. Dans ce contexte, on recherchera un équilibre approprié entre les intérêts divergents, ce qui permettra, voire imposera, certaines adaptations adéquates des règles «*nemo tenetur*» à la situation concrète ».

organes, mais exclusivement à garantir aux entreprises parties à l'enquête le droit à une défense effective⁶⁷.

c. L'application aux témoins

Cet arrêt récent a été l'occasion de préciser l'application du principe *nemo tenetur* dans le contexte de l'obligation de témoigner. Le Tribunal fédéral devait répondre à la question de savoir si un ancien organe d'une société pouvait se prévaloir du droit de se taire, alors qu'il avait été invité à être entendu comme témoin par la Commission de la concurrence (COMCO).

Le Tribunal fédéral pose d'abord le principe selon lequel les « tiers » selon l'article 42 LCart peuvent être entendus comme témoins et sont tenus de faire des dépositions conformes à la vérité, tandis que les « parties à l'enquête » au sens de l'article 42 LCart peuvent se prévaloir du droit de se taire au sens de l'article 6 CEDH. Compte tenu des enjeux de cette distinction, il est donc essentiel dans un premier temps de bien distinguer les parties et les tiers. Selon le Tribunal fédéral, une personne est entendue non pas comme partie, mais comme témoin dès lors qu'elle n'est pas ou plus un organe formel ou de fait de la société concernée par l'enquête⁶⁸. Dans un deuxième temps, il s'agit de déterminer si cet ancien organe peut être entendu sur tous les faits, y compris ceux qui pourraient incriminer l'entreprise visée par l'enquête. Le Tribunal administratif fédéral avait jugé que le droit de se taire de l'entreprise s'étendait à son ancien organe au sujet des éléments concernant la période où il a été organe; le droit de garder le silence de l'entreprise serait éludé si la COMCO pouvait sans limitation interroger un ancien organe sur des faits survenus alors qu'il avait qualité d'organe. Le Tribunal fédéral n'approuve pas cette distinction. Il se fonde sur la particularité d'une procédure pénale dirigée contre une personne morale, dans laquelle le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination n'est pas destiné à protéger le libre arbitre des organes, mais plutôt à garantir le droit à une défense effective⁶⁹. Dans cette perspective, il n'existerait aucune raison de reconnaître le droit de se taire aux anciens organes de l'entreprise

⁶⁷ ATF 147 II 144, 152, c. 5.2.2.

⁶⁸ ATF 147 II 144, 149 s., c. 4.7.

⁶⁹ ATF 147 II 144, 152, c. 5.2.2.

concernée par l'enquête⁷⁰. D'après le Tribunal fédéral, le principe *nemo tenetur* n'a pas pour but de protéger contre toute déclaration incriminante, à défaut de quoi un droit de garder le silence devrait être reconnu à toute personne susceptible de faire des déclarations défavorables en raison d'un lien de proximité avec le comportement incriminé. Dans la mesure où un ancien organe est un tiers, son interrogatoire ne viole en principe pas le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination⁷¹.

3. La portée

La CourEDH a développé une jurisprudence sur la portée du principe *nemo tenetur*. On se contentera de rappeler ici que le principe interdit aux autorités de recourir à des mesures de coercition abusives (*improper compulsion*) en vue d'obtenir des informations qui pourraient être utilisées contre l'accusé ou l'administré. La CourEDH a jugé abusif d'exiger sous menace de sanction pénale la remise de documents potentiellement à charge, par exemple en matière d'impôts douaniers⁷² ou de soustraction d'impôt⁷³. En matière fiscale, le Tribunal fédéral a jugé que la menace de conséquences procédurales (renversement du fardeau de la preuve) pouvait constituer une contrainte abusive⁷⁴. Le fait de menacer l'administré de sanctions pénales s'il refusait de collaborer peut également constituer une violation du principe⁷⁵. Le simple ordre de produire des documents dont la détention est légalement imposée – en l'occurrence, par le droit des maisons de jeu – ne contrevient en revanche pas, à lui seul, à l'article 6 CEDH⁷⁶.

Le droit de se taire implique également un devoir d'informer l'administré sur l'étendue de ses droits⁷⁷.

⁷⁰ ATF 147 II 144, 152 ss, c. 5.2.3.

⁷¹ Sauf dans le cas où le témoin encourt personnellement une poursuite pénale ou en relation avec les comportements de son ancien employeur, précise le Tribunal fédéral.

⁷² ACEDH, *Funke c. France*, du 25 février 1993, n° 10588/83, série A, vol. 256A, § 44.

⁷³ ACEDH, *Chambaz c. Suisse*, du 5 avril 2012, n° 11663/04, §§ 39, 54.

⁷⁴ ATF 138 IV 47, 51 ss, c. 2.6.

⁷⁵ ATF 142 IV 207, 215, c. 8.3.2.

⁷⁶ ATF 140 II 384.

⁷⁷ ATF 130 I 126, c. 3.

4. *Les conséquences*

a. Les questions

L'application d'un principe issu et conçu pour la procédure pénale en procédure administrative pose de nombreuses questions et difficultés, aussi bien dogmatiques que pratiques. Procédure pénale et procédure administrative, si elles sont toutes deux gouvernées par la maxime inquisitoire, se fondent sur des conceptions très différentes de la collaboration entre les autorités et les parties dans la perspective de l'établissement des faits. La procédure administrative est profondément marquée par l'idée d'une collaboration active des parties à l'établissement des faits. C'est pourquoi le Tribunal fédéral élabore des solutions pragmatiques, en fonction des différents domaines du droit et des particularités des cas qui lui sont soumis.

Les questions qui se posent sont principalement de deux ordres : d'abord, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination peut entrer en conflit direct avec l'obligation de collaborer dans une procédure administrative lorsque cette procédure aboutit au prononcé d'une sanction qui doit être qualifiée de pénale, en application de la jurisprudence de la CourEDH ; il s'agit alors de résoudre le conflit entre ces deux principes (ci-dessous let. b). Ensuite, l'application de l'article 6 CEDH peut poser des difficultés lorsqu'un même état de fait donne lieu aussi bien à une procédure administrative qu'à une procédure pénale. Tel est par exemple le cas en matière fiscale (procédure administrative de rappel d'impôts et procédure pénale de soustraction fiscale)⁷⁸, en matière de droit de la circulation routière (procédure administrative relative au retrait du permis de conduire et procédure pénale relative à une sanction)⁷⁹, ou encore en matière de surveillance (procédure d'enquête administrative menée par la FINMA au sens des art. 32 ss LFINMA, suivie par exemple d'une procédure pour violation de l'obligation de communiquer au sens de l'art. 37 de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme du 10 octobre 1997⁸⁰)⁸¹(ci-dessous let. c).

⁷⁸ Cf. p.ex.: ATF 138 IV 47; ATF 133 II 114.

⁷⁹ Cf. p.ex.: ATF 146 IV 88; ATF 144 I 242; ATF 131 IV 36.

⁸⁰ LBA (955.0).

⁸¹ Cf. p.ex.: ATF 142 IV 207; ATF 142 II 243; ATF 134 IV 307.

b. Procédure administrative aboutissant à une sanction

Lorsque le droit de se taire est applicable, la pratique a cherché différentes solutions afin de concilier la garantie de ne pas contribuer à sa propre incrimination et les impératifs d'une procédure administrative gouvernée par le principe de collaboration. Parmi les adaptations envisageables en théorie, une solution consisterait à traiter les procédures administratives aboutissant à des sanctions comme de véritables procédures pénales et, par le biais d'une modification législative, leur appliquer les règles de la procédure pénale. Il s'agirait d'un véritable changement de paradigme, dans lequel la collaboration n'aurait plus de place.

Face à la difficulté d'appliquer le principe *nemo tenetur* en procédure administrative et aux conséquences que cela entraîne, on observe que le Tribunal fédéral a cherché à préciser le champ d'application du principe *nemo tenetur*⁸², voire à en relativiser la portée⁸³.

Il a également envisagé la solution consistant à distinguer entre les différents types de renseignements requis, soit ceux qui sont de nature à incriminer l'administré et ceux qui ne le seraient pas. Ainsi, certains renseignements à fournir par l'entreprise dans le cadre d'une procédure d'enquête cartellaire ne serviraient qu'à déterminer le montant de la sanction; le Tribunal administratif fédéral considère qu'ils ne sont pas de nature à incriminer l'entreprise⁸⁴. Il en va de même de certaines informations purement factuelles⁸⁵. Cette distinction ne va pas sans poser des problèmes pratiques et qui varient fortement selon les domaines. Une autre tendance consiste à distinguer les informations selon qu'elles peuvent être ou non obtenues indépendamment de la volonté de l'administré tenu de collaborer, déjà avant la mesure de contrainte⁸⁶.

c. Procédures administratives et pénales parallèles

Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne saurait être contourné ou mis en péril par la manière dont seraient articulées deux

⁸² Ainsi la question de son application aux anciens organes, ATF 147 II 144.

⁸³ Ainsi la question de sa portée en ce qui concerne les personnes morales.

⁸⁴ Arrêt TAF B-6595/2017 du 24 mai 2018, c. 4.3.3; MEYER (2019) n° 568.

⁸⁵ ATF 130 II 384, c. 3.4.

⁸⁶ ACEDH *Affaire Saunders c. Royaume-Uni*, du 17 décembre 1996, n° 19187/91, § 82 ss.

procédures, l'une administrative, l'autre pénale, concernant un même état de fait⁸⁷. A la suite de l'arrêt JB contre la Suisse⁸⁸, dans lequel la CourEDH avait jugé que l'obligation de collaborer telle que la prévoyait l'arrêté du Conseil fédéral concernant la perception d'un impôt fédéral direct du 1^{er} janvier 1941⁸⁹ risquait de contraindre le contribuable à s'auto-incriminer et violait l'article 6 CEDH, s'est profilée une solution consistant à mieux articuler les deux procédures parallèles. Une possibilité consiste à suspendre la procédure administrative, le temps qu'aboutisse la procédure pénale. C'est la solution qui prévaut en matière de LCR⁹⁰. Elle n'est cependant pas toujours adéquate. Dans certains cas de figure, l'intérêt public impose de mener la procédure administrative sans attendre l'issue de la procédure pénale.

En matière fiscale, le législateur a également introduit l'interdiction de l'inversion du fardeau de la preuve : les moyens de preuve rassemblés dans le cadre de la procédure en rappel d'impôts ne peuvent être utilisés dans la procédure pénale pour soustraction d'impôts que s'ils n'ont été rassemblés ni sous la menace d'une taxation d'office, avec inversion du fardeau de la preuve, ni sous la menace d'une amende en cas de violation d'une obligation de procédure (art. 183, al. 1^{bis}, LIFD).

VI. Conclusion

Le système de la procédure administrative est profondément marqué par l'idée de collaboration. L'établissement des faits repose en grande partie sur la collaboration des parties, mais aussi des tiers.

Si l'objectif de leur collaboration est identique, les enjeux sont toutefois très différents pour les parties et pour les tiers. A la différence des tiers, les parties ont par définition un intérêt à l'issue de la procédure ; elles ont également un intérêt à une constatation correcte et complète des faits, quelle que soit la manière dont est réparti le fardeau de la preuve. Les conséquences en cas de défaut de collaboration sont aussi différentes pour les parties et pour les tiers.

⁸⁷ Par exemple une procédure (administrative) de rappel d'impôt et une procédure (pénale) pour soustraction fiscale.

⁸⁸ ACEDH *Affaire JB c. Suisse*, du 3 mai 2001, n° 31827/96, § 70.

⁸⁹ AIFD (RO 56 2021).

⁹⁰ Cf. p.ex. : ATF 139 II 95, 101 c. 3.2.

A l'importance croissante que prend l'obligation de collaborer dans les procédures administratives correspond une nécessité d'assurer le respect des garanties constitutionnelles de l'Etat de droit et des garanties de procédure en particulier, surtout lorsque la procédure administrative peut aboutir à une sanction. Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination apparaît désormais comme une limite importante à l'obligation de collaborer des parties dans certaines procédures administratives.

Bibliographie sélective

- AUER CHRISTOPH/BINDER ANJA MARTINA (2019), art. 12, 13, 16 et 17 PA, in: AUER/MÜLLER/SCHINDLER (éds), *Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren – Kommentar*, Zurich/St-Gall.
- BANGERTER SIMON (2021), « art. 42 KG », in: AMSTUTZ/REINERT (éds), *Kartellgesetz – Basler Kommentar*, Bâle.
- BICHOVSKY AUDE (2017), « art. 292 CP », in: MACALUSO/MOREILLON/QUELOZ (éds), *Code Pénal II – Commentaire romand*, Bâle.
- BIGLER OLIVIER (2018), « art. 6 CEDH », in: GONIN/BIGLER (éds), *Commentaire de la CEDH – Art. 1 à 18*, Berne/Paris.
- GRISEL CLÉMENCE (2008), *L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative*, thèse Fribourg.
- MARTENET VINCENT, TUMINI STÉPHANIE (2022), « Le principe de *nemo tenetur* et les sanctions administratives pécuniaires », in: PERRIER DEPEURSINGE/DONGOIS/GARBARSKI/LOMBARDINI/MACALUSO (éds), *Cimes et châtiments – Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon*, Berne, p. 381 ss.
- MEYER CHRISTIAN (2019), *Die Mitwirkungsmaxime im Verwaltungsverfahren des Bundes – Ein Beitrag zur Sachverhaltsfeststellung als arbeitsteiligem Prozess*, thèse Lucerne.
- KRAUSKOPF PATRICK, EMMENEGGER KATRIN, BABEY FABIO (2016), « art. 12 et 13 PA », in: WALDMANN/WEISSENBERGER (édit.), *Praxis-kommentar Verwaltungsverfahren (VwVG)*, 2^e éd., Zürich/Bâle/Genève.
- WEISSENBERGER PHILIPPE/HIRZEL ASTRID (2016), « art. 14 PA », in: WALDMANN/WEISSENBERGER (éds), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahren (VwVG)*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève.
- GÜNGERICH ANDREAS, BICKEL JÜRG (2016), « art. 16 PA », in: WALDMANN/WEISSENBERGER (éds), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahren (VwVG)*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève.
- Waldmann Bernhard (2016), « art. 19 PA », in: WALDMANN/WEISSENBERGER (éds), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahren (VwVG)*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève.
- BOVAY BENOÎT (2015), *Procédure administrative*, 2^e éd. Berne.

KOLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN (2013), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève.

KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD, KUHN MATHIAS (2021), *Öffentliches Verfahrensrecht*, 3^e éd., Zurich/St-Gall.

Lorsque le concept de partie montre ses limites : vers des droits de procédure sans qualité de partie ?

THIERRY TANQUEREL

Professeur honoraire de l'Université de Genève

I. Le contexte

A. L'enjeu

La question examinée ici est celle de savoir à quelles personnes il convient de conférer des droits de nature procédurale dans le processus qui mène à une décision administrative, à savoir la procédure administrative¹.

En principe, cette question est réglée en recourant au concept de partie à la procédure. La qualité de partie, qui est accordée à un cercle de personnes défini par la loi², emporte avec elle la jouissance d'un ensemble de droits procéduraux³. Ces derniers sont donc en quelque sorte conférés en bloc aux parties à une procédure administrative déterminée, les personnes n'ayant pas cette qualité ne disposant d'aucun droit particulier dans ladite procédure.

Dans certaines circonstances, l'application des règles sur la qualité de partie ne suffit pas pour tenir compte équitablement de tous les intérêts en jeu. Un tel déficit peut notamment se révéler en ce qui concerne la position des tiers qui déclenchent la procédure.

1 On peut trouver en doctrine des définitions plus larges de la procédure administrative, cf. THURNHERR (2013) n° 27 ss. On s'en tiendra ici à la définition orientée sur la prise d'une décision, sans la limiter à la procédure non contentieuse, contrairement, p.ex., à TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) n° 760.

2 Sur le plan fédéral, art. 6 de la loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (PA – RS 172.021).

3 RHINOW *et al.* (2021) n° 860; TANQUEREL (2018a) n° 1484; DUBEY/ZUFFE-REY (2014) n° 1947; MOOR/POLTIER (2011) p. 282; GRISEL (2008) n° 112 s.; HÄNER (2000) n° 246; KNAPP (1991) n° 628^{bis}.

Plusieurs solutions ont été imaginées pour pallier ces difficultés. L'une d'elle consiste à « forcer » la qualité de partie, soit à conférer celle-ci, en vertu d'une disposition légale spéciale, à des personnes qui ne l'auraient pas nécessairement en vertu de la règle générale. Une autre piste est celle de la création, toujours par voie législative, de droits procéduraux spécifiques, non liés à la qualité de partie.

Il apparaît donc d'emblée que la question des droits procéduraux sans qualité de partie ne peut être examinée qu'en relation avec celle de l'étendue du cercle des parties, que celle-ci résulte d'une règle générale ou de prescriptions spéciales.

Revisitant la problématique déjà évoquée lors de la Journée de droit administratif de 2004⁴, la présente contribution s'attachera donc d'abord à rappeler les principes généraux définissant la qualité de partie et réglementant la position des personnes qui ne sont pas destinataires directes des décisions administratives, qualifiées ici de tiers. Elle tentera ensuite d'identifier les problèmes liés en particulier au déclenchement de procédures par des tiers. Elle présentera enfin quelques pistes de solutions que le législateur a suivies ou pourrait suivre.

B. La qualité de partie

1. *La définition et le cercle des parties*

Selon l'article 6 PA, ont qualité de parties les personnes dont les droits et obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision.

Comme cela a été plusieurs fois remarqué⁵, la formulation de l'article 6 PA est maladroite. En effet, que ce soit au niveau fédéral ou cantonal, le cercle des personnes disposant de la qualité pour recourir inclut toujours celui des personnes dont les droits et obligations pourraient être touchés par la décision en cause. Seule la deuxième moitié de l'article a donc une portée propre.

⁴ TANQUEREL/BELLANGER (2004), spéc. les contributions de MOOR, BELLANGER et TANQUEREL.

⁵ TANQUEREL (2018a) n° 1490; BOVAY (2015) p. 174; MOOR/POLTIER (2011) p. 284 s.; GRISEL (2008) n° 481; déjà: GRISEL (1984) p. 838.

Il résulte en outre de l'article 111, alinéa 1, de la loi sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005⁶, que la définition fédérale de la qualité de partie s'impose aux cantons dans la mesure où ceux-ci ne peuvent prévoir de définition plus étroite⁷. On notera, par exemple, que l'article 7 de la loi genevoise sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA-GE)⁸ définit la qualité de partie exactement dans les mêmes termes que l'article 6 PA, ce qui n'était pas le cas avant 2009⁹.

Le renvoi que fait l'article 6 PA au critère de la qualité pour recourir permet de définir le cercle des parties comme comprenant d'abord – conformément aux articles 48 PA et 89 LTF, ainsi qu'à l'abondante jurisprudence du Tribunal fédéral y relative¹⁰ – l'ensemble des personnes touchées directement et spécialement (ou « particulièrement ») par la décision en cause et qui auraient un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification; ces personnes doivent être touchées dans une mesure et avec une intensité plus grande que la généralité des administrés; l'intérêt invoqué – qui n'est pas nécessairement un intérêt juridiquement protégé, mais peut être un intérêt de fait – doit se trouver avec l'objet de l'éventuelle contestation dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération¹¹.

Ont également qualité de partie, comme l'indique expressément l'article 6 PA, les autorités¹² ou les organisations (p.ex. environnementales¹³) qui disposent d'un droit de recours prévu spécialement par la loi ou déduit de la règle générale.

⁶ LTF – RS 173.110.

⁷ ATF 138 II 162, 164, c. 2.1.1; BOVAY (2015) p. 173 s.

⁸ RS/GE E 5 10.

⁹ TANQUEREL (2018a) n° 1495.

¹⁰ Voir, notamment, ATF 147 I 478, 480, c. 2.2 et la jurisprudence citée. Voir aussi la jurisprudence citée par HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n° 1149 ss, et par TANQUEREL (2018a) n° 1360 ss.

¹¹ ATF 143 II 506, 512, c. 5.1.

¹² ATF 135 II 338, 344 s, c. 2.1.

¹³ ATF 141 II 233, 238 s., c. 4.2.2 et 4.2.3.

2. *Les difficultés de délimitation*

La question de la qualité de partie est simple en ce qui concerne les personnes auxquelles la décision en cause confère des droits ou impose des obligations. L'identification de ces personnes, que l'on considère comme destinataires directes de la décision, ne pose pas de problèmes particuliers.

C'est en ce qui concerne les personnes non-destinataires directes de la décision¹⁴ – les tiers – que des difficultés de délimitation peuvent se poser.

On peut parler, d'une part, de *tiers cibles* lorsqu'il est question de personnes susceptibles d'être touchées de fait par une décision, sans que les droits et obligations de ces personnes ne soient en cause.

On peut parler, d'autre part, de *tiers déclencheurs*, lorsque l'on s'intéresse aux personnes autres que des destinataires directs de la décision en cause, dont l'intervention a contribué à l'ouverture d'une procédure administrative. Cette contribution peut prendre plusieurs formes.

Il peut s'agir, d'abord, d'une requête de décision formulée par quelqu'un qui demande que des droits ou obligations d'une autre personne soient créés ou modifiés (si quelqu'un requiert une décision concernant ses propres droits ou obligations, il s'agit alors d'un destinataire de ladite décision).

On peut aussi être en présence d'une dénonciation, à savoir le fait de signaler à l'autorité compétente de première instance le comportement contraire au droit d'une personne, privée ou agent étatique, ou d'une autorité, sans pour autant réclamer spécifiquement la prise d'une décision protégeant ses propres intérêts¹⁵. L'article 71, alinéa 1, PA vise expressément la dénonciation dont la cible est une autorité.

On parlera souvent, dans le langage courant, de plainte, lorsque la personne qui dénonce certains faits est elle-même la victime de ces faits.

¹⁴ Sur la distinction entre destinataires (*Adressaten*) et non-destinataires (*Nicht-Adressaten*) d'une décision, cf. BRUNNER (2021) n° 45 ss; RHINOW *et al.*, (2021) n° 849 s.; THURNHERR (2013) n° 368 ss; HÄNER (2000) n° 704 ss.

¹⁵ TANQUEREL (2018a) n° 1439.

Nous proposons de parler de plainte formalisée¹⁶ lorsque la loi prévoit une procédure spécifique permettant à un cercle de personnes, qui peut varier suivant la législation en cause, de porter certains faits devant une autorité qui devra rendre une décision sur la violation du droit alléguée.

Il faut enfin évoquer l'hypothèse où une personne contribue au déclenchement d'une procédure simplement par son témoignage ou par la fourniture de renseignements, cela non pas sous la forme d'une intervention spontanée auprès de l'autorité, mais sur sollicitation de cette dernière. Dans ce cas, c'est uniquement le contenu de l'information fournie par le tiers et non l'intention de celui-ci qui en fait un tiers déclencheur.

Les catégories exposées ici ne sont pas exclusives. Dans le cas d'une requête de décision ou d'une dénonciation, le tiers déclencheur peut évidemment être également un tiers cible. De même, la plainte formalisée peut être assimilée à une requête de décision lorsque la personne qui formule la plainte dispose de la qualité de partie, en vertu de la règle générale ou d'une disposition spéciale.

Dans ce contexte, les difficultés de délimitation peuvent résulter d'une complexité liée à la position du tiers. Dans cette hypothèse, l'objet de la décision est clair (par exemple, l'octroi ou le refus d'une autorisation de construire), mais l'effet de cette décision sur le tiers est difficile à cerner : cet effet est-il indirect ou par ricochet ? est-il suffisamment tangible pour se distinguer de l'effet touchant l'ensemble de la population ? On est ici dans la discussion très classique, mais néanmoins ardue et toute en nuances, de la délimitation de la qualité pour agir¹⁷.

La complexité peut aussi être liée à l'objet de la décision et à son effet éventuel pour les tiers. Dans cette hypothèse, c'est la portée même de la décision qui est ambiguë. Le cas typique est celui des décisions présentées comme sanctionnatrices, mais qui pourraient aussi être considérées comme préventives ou réparatrices. Le cercle des tiers susceptibles d'être qualifiés de parties ne sera pas le même dans le second cas que dans le premier. Nous y revenons plus loin¹⁸.

¹⁶ TANQUEREL (2018a) n° 1410.

¹⁷ Pour l'exemple particulièrement frappant de la gestion de l'espace, cf. ZEN-RUFFINEN (2004).

¹⁸ *Infra*, II, C, 2 et III, A.

II. Le problème

A. Introduction

La majorité des procédures administratives sont déclenchées soit d'office par l'autorité compétente, soit sur requête des destinataires potentiels des décisions en cause. Dans la première catégorie, on peut ranger, par exemple, les procédures d'engagement ou de licenciement de membres du personnel de l'Etat ou les procédures de taxation fiscale. Dans la seconde catégorie, on trouvera toutes les procédures menant à l'octroi de prestations étatiques – prestations sociales ou subventions – lorsque cet octroi est subordonné à une demande des bénéficiaires, ainsi que les requêtes d'autorisation de toutes sortes.

Il est statistiquement moins fréquent que des procédures administratives soient déclenchées par des tiers, donc des personnes qui n'entrent pas dans le cercle des destinataires directs de la décision en cause. Les deux types de décisions pour lesquelles ce cas de figure est le plus souvent observé sont les mesures administratives et les sanctions administratives. Ce qui n'empêche évidemment pas que, pour la majorité de ces décisions, la procédure soit déclenchée d'office par l'autorité.

Lorsqu'une procédure administrative est ouverte d'office ou sur requête d'une personne qui est destinataire directe de la décision en cause, les éventuels tiers sont nécessairement des tiers cibles. La détermination, parmi ceux-ci, de celles et ceux qui peuvent revendiquer la qualité de partie relève, encore une fois, de la discussion classique sur l'étendue de la qualité pour agir, puisque cette dernière est la clé de la qualité de partie.

En revanche, lorsqu'un déclenchement de la procédure par un tiers est envisageable, cela entraîne inévitablement une réflexion sur la place procédurale appropriée de ce tiers. Il convient donc de se demander dans quelle mesure, pour les deux types de décisions évoqués à cet égard, le tiers déclencheur pourrait avoir la qualité de partie (B). Il faut aussi examiner les problèmes de qualification susceptibles de se poser (C). On exposera enfin les effets négatifs qui peuvent résulter de la limitation de la qualité de partie (D) et les risques qu'une extension trop large de cette qualité peut poser (E).

B. Les procédures déclenchées par les tiers

1. Les mesures administratives

Nous entendons par mesures administratives les décisions qui sont prises par l'autorité pour prévenir la survenance d'une violation du droit ou pour rétablir une situation conforme au droit¹⁹. Elles prennent en général la forme d'injonctions adressées à une personne qui se trouve dans l'illégalité ou qui risque de s'y trouver, lui ordonnant de rétablir une situation conforme au droit, d'adopter un certain comportement ou, au contraire, de s'abstenir d'un comportement déterminé²⁰. Dans la dernière hypothèse, la mesure administrative peut consister dans le retrait ou la suspension d'une autorisation²¹. La mesure administrative est parfois comprise plus étroitement, comme strictement préventive²², ou beaucoup plus largement, comme incluant les sanctions disciplinaires²³, voire toutes les sanctions administratives²⁴. Elle ne se confond pas avec la mesure de police, notion chère à la doctrine alémanique (*polizeiliche Massnahme*)²⁵, qui est limitée à la protection de l'ordre public et qui ne prend pas nécessairement la forme d'une décision.

Comme exemples de mesures administratives, on peut citer l'ordre d'arrêt d'un chantier ou celui de démolir une construction illégale en droit des constructions. On peut aussi mentionner la décision ordonnant l'assainissement d'une installation, conformément à l'article 16 de la loi sur la protection de l'environnement, du 7 octobre 1983 (LPE)²⁶ ou encore les mesures ordonnées par la commission fédérale de la concurrence (COMCO) en vertu de l'article 30 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, du 6 octobre 1995 (LCart)²⁷.

¹⁹ TANQUEREL (2018a) n° 1197.

²⁰ *Id.*, n° 1141.

²¹ *Id.*

²² MOOR/POLTIER (2011) p. 133.

²³ *Id.*, p. 142 ss.

²⁴ KNAPP (1991) n° 1682.

²⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (2022) n° 1525 ss; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) § 38. Mais voir aussi, DUBEY/ZUFFEREY (2014) § 23.

²⁶ RS 814.01.

²⁷ RS 251.

La personne tierce qui demande à l'autorité compétente de prendre une mesure administrative aura la qualité de partie, conformément à la règle générale déjà exposée²⁸, lorsqu'elle aurait la qualité pour recourir, le cas échéant, contre ladite mesure ou le refus de celle-ci. Tel sera le cas si la mesure en cause est susceptible de la toucher directement, plus que n'importe qui, dans un intérêt digne de protection. Aura, par exemple, la qualité de partie, le voisin qui demande l'arrêt d'un chantier important jouxtant immédiatement sa propriété ou qui exige la démolition d'une construction illégale le privant de vue ou de soleil. Il en ira de même des personnes dont la situation est directement affectée par un excès d'émissions et qui demandent l'assainissement de l'installation émettrice²⁹. Aura aussi la qualité de partie une organisation bénéficiant d'un droit de recours légal et réclamant la suppression d'une construction édifiée sans autorisation, dans la mesure où elle aurait eu le droit de recourir si une autorisation avait été accordée.

Si les conditions de la qualité pour agir ne sont pas remplies, la personne qui demande le prononcé d'une mesure administrative sera simplement dénonciatrice, sans qualité de partie. Son intervention sera considérée comme effectuée dans l'intérêt public.

2. *Les sanctions administratives*

Nous retenons ici une définition relativement étroite des sanctions administratives, à savoir les décisions qui visent à réprimer une violation du droit par un administré. C'est en raison de leur caractère punitif que ces décisions, dont l'objectif final est de ramener leurs destinataires sur le droit chemin, se distinguent des mesures administratives, qui visent directement à maintenir ou rétablir une situation conforme au droit³⁰. Il reste que cette distinction n'est pas forcément aisée, ce qui peut conduire aux problèmes de qualification abordés ci-après³¹.

²⁸ *Supra* I, B, 1.

²⁹ Pour un exemple concernant une demande de mesure administrative contre un établissement public, fondée sur la loi cantonale genevoise sur la restauration, le débit de boissons, l'hébergement et le divertissement, du 19 mars 2015 (LRDBHD/GE – RS/GE I 2 22), voir l'Arrêt du Tribunal fédéral 2C_214/2018, du 7 décembre 2018.

³⁰ TANQUEREL (2018a) n° 1202.

³¹ *Infra* II, C.

Le critère de distinction avec les sanctions pénales est essentiellement celui de l'autorité compétente : autorité administrative ou tribunal pénal³². A cette aune, les amendes prononcées par des autorités administratives sont des sanctions administratives, quand bien même elles pourraient avoir un caractère pénal au sens de l'article 6 paragraphe 2 CEDH³³. Constitueront aussi des sanctions administratives, les sanctions dites disciplinaires, à savoir celles dont dispose l'administration à l'égard des personnes qui se trouvent dans un rapport de droit spécial avec l'Etat ou qui exercent une profession soumise à une surveillance spéciale de l'Etat³⁴.

Comme l'objet même de la sanction administrative est de punir une personne qui a violé des obligations légales ou des devoirs professionnels auxquels la loi renvoie, la procédure administrative y relative est fondamentalement bipolaire : elle oppose d'une part l'autorité compétente pour prononcer la sanction et, d'autre part, la personne susceptible d'être sanctionnée. La jurisprudence considère que toute autre personne ne peut être concernée qu'indirectement par la sanction en cause³⁵. Comme elle insiste, par ailleurs, sur « l'utilité pratique de l'admission du recours pour le recourant »³⁶, autrement dit sur le caractère concret de l'intérêt qui doit être touché pour que la qualité pour agir (et donc aussi la qualité de partie) soit donnée, cela exclut la satisfaction morale qu'un tiers pourrait ressentir à voir sanctionnée une personne ayant commis une infraction administrative.

Le simple fait d'être dénonciateur ne donne donc pas la qualité de partie³⁷, celle-ci ne pouvant intervenir que si les conditions générales de la qualité pour recourir sont remplies. Le tiers qui aura provoqué l'action de l'autorité, par son témoignage ou par la fourniture de renseignements, n'aura pas non plus, de ce simple fait, la qualité de partie. Dans les deux cas, le fait que le tiers déclencheur ait, par hypothèse, été lésé par le comportement de la personne en cause, ne lui donne pas non plus la qualité

³² TANQUEREL (2018a) n° 1204.

³³ TANQUEREL (2018a) n° 1207.

³⁴ TANQUEREL (2018b) p. 17.

³⁵ ATF 135 II 145, 152, c. 6.2.

³⁶ ATF 138 II 162, 164, c. 2.1.2 ; 135 II 145, 150, c. 6.1 ; 133 II 468, 470, c. 1.

³⁷ ATF 138 II 162, 164 s, c. 2.1.2 ; 135 II 145, 151, c. 6.1 ; 133 II 468, 471, c. 2.

de partie. Seul est déterminant l'effet sur le tiers de la décision susceptible d'être prise.

C. Les problèmes de qualification

1. *La qualification erronée de la décision*

Il peut arriver qu'une autorité ou un tribunal considère à tort qu'une décision constitue une sanction, alors qu'il s'agit d'une mesure ayant une portée plus large. Cette erreur de qualification peut avoir pour effet d'exclure de la qualité de partie des tiers qui sont bel et bien touchés directement par la décision en cause. Un exemple frappant en est donné par un cas dans lequel le Tribunal fédéral a eu le bon goût de reconnaître son erreur et de corriger sa jurisprudence.

L'autorité cantonale compétente avait interdit à un avocat de postuler dans une cause déterminée en raison d'un conflit d'intérêt. Dans un premier temps, le Tribunal fédéral avait considéré que l'interdiction de postuler était une sanction disciplinaire. Il avait dès lors jugé que le client privé de la possibilité de se faire représenter par ledit avocat était certes touché par la décision en cause, mais seulement de manière indirecte, seul l'avocat sanctionné étant directement concerné par l'objet de la contestation³⁸. A nouveau saisi, trois ans plus tard, dans une affaire similaire, le Tribunal fédéral a, correctement, modifié sa jurisprudence en reconnaissant que l'interdiction de postuler prononcée contre un avocat ne relevait pas du droit disciplinaire, mais visait à garantir la bonne marche du procès, notamment en s'assurant qu'aucun avocat ne soit restreint dans sa capacité de défendre une partie – en cas de défense multiple – respectivement en évitant qu'un mandataire puisse utiliser les connaissances d'une partie adverse, acquises lors d'un mandat antérieur, au détriment de celle-ci. Il en résultait que le client privé de la possibilité de se faire représenter par l'avocat de son choix était touché directement par la décision en cause et avait donc la qualité pour recourir³⁹.

Cet exemple montre l'importance de la compréhension de la portée d'une décision et de la qualification de celle-ci pour la détermination de la qualité de partie.

³⁸ ATF 135 II 145, 152, c. 6.2.

³⁹ ATF 138 II 162, 168, c. 2.5.1 et 2.5.2.

2. *Les procédures ambiguës*

Le droit disciplinaire s'est imposé comme un instrument central de la gestion du personnel de l'Etat, d'une part, et de la gestion d'établissements publics accueillant des usagers, comme les établissements d'enseignement ou les prisons, d'autre part. Cet instrument fonctionne plutôt bien tant que les reproches qui peuvent être faits à une personne visée par une procédure disciplinaire ne concernent pas la situation de tiers, comme des collègues ou des usagers de l'établissement en cause.

En revanche, lorsque, par exemple dans un cadre professionnel ou scolaire, un comportement est constitutif de harcèlement envers des collègues ou des condisciples, l'objet d'une procédure ouverte contre la personne en cause est ambigu. D'une part, sous l'angle disciplinaire, la procédure peut mener à une sanction, qui a pour objectif le retour de son destinataire dans le droit chemin, voire, en fonction de la gravité des faits et de la faute, l'exclusion de l'intéressé. D'autre part, il est également du devoir de la hiérarchie, respectivement, des responsables de l'établissement d'enseignement, de protéger les personnes qui sont victimes du comportement incriminé.

Si la question, comme c'est trop souvent le cas, est traitée exclusivement sous l'angle disciplinaire, une sanction ne pourra être prise que si elle est proportionnelle à la faute commise⁴⁰. Or, il se peut que, compte tenu de circonstances personnelles de l'auteur des actes de harcèlement, la faute ne soit pas considérée comme suffisamment grave pour justifier une mesure d'éloignement, quand bien même les conséquences pour les victimes seraient importantes. Il peut ainsi arriver qu'un membre du personnel ou un usager d'un établissement d'enseignement soit maintenu en poste, respectivement soit autorisé à fréquenter l'établissement, sans que les conséquences d'une telle décision sur les tiers ne soient suffisamment prises en compte, la décision n'étant analysée qu'à l'aune de son effet sanctionnateur.

⁴⁰ ATF 148 I 1, 16 s., c. 12.2. Sur l'exigence de la faute en droit disciplinaire, TANQUEREL (2018b) p. 22 et, plus largement, pour les sanctions administratives, TANQUEREL (2018a) n° 1214; DUBEY/ZUFFEREY (2014) n° 2249. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (2020) n° 1515 s., parlent d'erreur disciplinaire (*Disziplinarfehler*), commise intentionnellement ou par négligence, ce qui nous paraît revenir au même.

Cette distorsion, sur le fond, de la pesée des intérêts, se combine à une asymétrie dans les droits procéduraux : ceux-ci seront, comme il est normal, entièrement reconnus à la personne destinataire de la décision, mais, dans une logique purement répressive, ils seront déniés aux tiers, ces derniers n'étant considérés comme touchés qu'indirectement par une éventuelle sanction.

Si certaines mesures, comme celles aboutissant à l'éloignement temporaire ou définitif de la personne en cause, étaient considérées comme des mesures administratives, ayant pour but de rétablir une situation conforme au droit ou d'éviter qu'une violation du droit ne se produise, la pesée des intérêts et le cercle des parties seraient différents. A l'instar de ce qui se passe pour le retrait de permis de conduire dit « de sécurité »⁴¹, la mesure pourrait être prononcée même en l'absence de faute de son destinataire, la proportionnalité se mesurant en comparant l'atteinte qu'elle engendre aux intérêts de son destinataire avec les atteintes aux intérêts des tiers qu'elle permet d'éviter. Du point de vue procédural, comme dans le cas de l'assainissement d'une installation polluante, les tiers dont la situation de fait serait directement touchée par la mesure en cause auraient la qualité de partie. A cet égard, si l'on considère l'effet concret (et non pas seulement sanctionnateur) d'une mesure d'éloignement, il paraît évident que, dès lors qu'une telle mesure soustrait des tiers à des actes de harcèlement, elle les touche directement.

La clarification de la portée des procédures dont le caractère uniquement sanctionnateur est aujourd'hui trop vite admis transformerait donc l'analyse de la qualité de partie en ce qui les concerne.

D. Les effets négatifs de la limitation de la qualité de partie

Nous avons vu que la jurisprudence sur la qualité pour recourir, qui gouverne également la qualité de partie, n'admet que des tiers puissent avoir la qualité de partie que s'ils sont directement touchés dans un intérêt digne de protection par la décision en cause. Il découle de cette règle que, dans les procédures sanctionnatrices, les personnes agissant comme dénonciatrices n'ont pas pour autant la qualité de partie, et cela même si elles ont été lésées par les comportements dénoncés. Cette limitation de la qualité de partie peut avoir une série d'effets négatifs.

⁴¹ ATF 127 II 122, 124 ss, c. 3.

Sous l'angle du fonctionnement de l'administration, l'absence de qualité de partie du dénonciateur ne contribue pas à responsabiliser l'administration quant au traitement – dans l'intérêt public – de la dénonciation. Si l'administration s'abstient en outre de fournir une quelconque information sur la suite donnée à la dénonciation, contrairement à la recommandation d'une partie de la doctrine⁴², c'est la transparence de son fonctionnement qui en souffrira.

Pour les personnes lésées par des comportements dénoncés à l'administration, la limitation de la qualité de partie dénote d'abord une absence de reconnaissance de leurs intérêts. On pensera à l'intérêt en quelque sorte « moral » à la reconnaissance de la violation de leurs droits. On pensera aussi à l'intérêt plus concret que peut avoir le résultat d'une procédure administrative pour la conduite d'une autre procédure, notamment civile. Le Tribunal fédéral a bien identifié cet intérêt, dans le cas d'une procédure disciplinaire, mais l'a considéré comme « sort[ant] manifestement du cadre délimité par l'objet de la contestation »⁴³.

Mais c'est surtout dans le déroulement même de la procédure que l'absence de qualité de partie – et donc, notamment, de tout droit d'accéder au dossier ou d'être assisté – que peut naître, surtout pour les personnes qui ont dénoncé des actes de harcèlement, un profond sentiment d'injustice. Ces personnes seront en principe entendues en présence de l'auteur des actes dénoncés, elles n'auront pas eu accès au dossier, elles pourront être soumises au questionnement, parfois très incisif, des avocats de la personne mise en cause et elles ne pourront, de leur côté, ni être assistées ni poser de questions. La situation sera analogue pour les victimes de harcèlement entendues comme témoins, quand bien même elles n'auraient pas dénoncé les faits. Expliquer à ces personnes qu'elles n'ont aucun droit dans la procédure, car celle-ci ne les touche pas directement, alors même que, souvent, ce qui est en jeu est la continuation de la collaboration avec l'auteur des actes de harcèlement allégués, n'est guère susceptible d'apaiser le sentiment d'injustice ressenti.

⁴² MOOR/POLTIER (2011) p. 618, avec la doctrine citée note 79, et p. 619.

⁴³ ATF 133 II 468, 472, c. 2.

E. Les risques de l'extension de la qualité de partie

Une réponse aux problèmes qui viennent d'être évoqués pourrait être simplement d'élargir la qualité de partie, dans les procédures sanctionnatrices, aux personnes qui ont dénoncé les faits ou qui en ont été les victimes. Une telle démarche ne serait cependant pas sans risque, en particulier du fait que la qualité de partie est liée à un faisceau de droits de procédure qui sont accordés en bloc aux personnes bénéficiant de cette qualité.

Un premier risque est le miroir du problème de l'ambiguïté des procédures évoqué plus haut⁴⁴. Si certaines procédures gagneraient à voir leur nature complexe, à la fois sanctionnatrice et préventive ou réparatrice, reconnue, d'autres doivent être protégées contre une dangereuse confusion des genres. Il en est ainsi des procédures disciplinaires souvent déclenchées par des justiciables contre des juges en raison du contenu de décisions rendues par la justice. Or, il est fondamental pour l'indépendance de la justice et le bon fonctionnement de celle-ci que la surveillance disciplinaire des tribunaux soit clairement séparée des voies de droit qui permettent de remettre en cause les décisions de ceux-ci. Reconnaître à tout dénonciateur d'un ou d'une juge, la qualité de partie à la procédure susceptible d'être ouverte à la suite d'une dénonciation, entraînerait le risque d'un détournement généralisé de la surveillance des tribunaux.

Le deuxième risque est, lui, le miroir de la question du sentiment d'injustice des victimes d'actes dénoncés en vue de l'ouverture d'une procédure administrative. Il n'est évidemment pas possible de considérer que toute dénonciation est par principe bien fondée. Reconnaître sans limite la qualité de partie à tout auteur d'une dénonciation entraînerait le risque de procédures abusives et, plus généralement, d'un déséquilibre des procédures cette fois en défaveur des personnes visées.

Enfin la reconnaissance pure et simple de la qualité de partie des dénonciateurs dans les procédures sanctionnatrices poserait des problèmes délicats de confidentialité dans différentes hypothèses : premièrement, en cas de procédure visant plusieurs personnes ; deuxièmement, en cas de procédures concernant des actes ayant lésé plusieurs personnes ; troisiè-

⁴⁴ *Supra* II, C, 2.

mement, lorsque des informations pertinentes pour la procédure ne concernent pas directement le rapport entre la personne visée par la procédure et la ou les personnes lésées.

III. Les pistes de solutions

A. La clarification de l'objet de la procédure

Nous avons relevé le caractère ambigu de certaines procédures disciplinaires dans des cas où une intervention protectrice des tiers de la part de l'autorité responsable est nécessaire.

Pour répondre à ce problème, il serait certainement utile de revoir l'approche du droit de la fonction publique et du droit régissant l'usage des établissements publics dans une perspective de protection du personnel, respectivement des usagers, en cas d'actes portant atteinte à la personnalité de tiers. Il s'agirait de concevoir la réglementation non pas tant comme un droit disciplinaire, mais comme un droit de police ou de gestion centré sur la bonne marche des entités en cause et sur la protection des membres du personnel et des usagers.

Dans ce cadre, il serait possible de prévoir des mesures administratives, par exemple d'éloignement, pour lesquelles les victimes d'actes contraires au droit auraient la qualité de partie en vertu de la règle générale. En effet, ces victimes seraient alors directement touchées par les mesures en cause, puisque celle-ci les soustrairaient au risque de subir de nouvelles atteintes à la personnalité.

Certaines procédures de plainte formalisée pouvant conduire à des décisions constatatoires⁴⁵ relèvent aussi de la démarche préconisée ici.

Si cette démarche était mise en œuvre de façon généralisée, la question de la renonciation au droit disciplinaire pourrait d'ailleurs se poser⁴⁶. Toutefois, une telle évolution se heurterait certainement à des résistances importantes et au phénomène à ne jamais sous-estimer que constitue la force de l'habitude.

⁴⁵ *Infra*, III, B.

⁴⁶ Pour un regard critique sur le droit disciplinaire, TANQUEREL (2018b) p. 30 ss. Voir aussi, avec une focale sur le droit du personnel et sur le canton de Vaud, EMERY/GRUND (2018) spéc. p. 89 ss et 91 ss.

B. Les procédures de plainte formalisée

Comme déjà relevé, on peut parler de plainte formalisée lorsque le législateur institue une autorité et une procédure pour faire constater une violation du droit, constatation qui peut, suivant la législation applicable, s'accompagner de mesures réparatrices, comme une injonction envers la personne à l'origine de l'illégalité constatée. On présentera ici trois modèles de plainte formalisée, l'un au niveau fédéral, les deux autres au niveau cantonal genevois.

1. En matière de radio-télévision

Le modèle de plainte formalisée sans doute le plus connu est celui institué par la loi fédérale sur la radio et la télévision, du 24 mars 2006 (LRTV)⁴⁷ en ce qui concerne le contenu des programmes de radio ou de télévision. Après avoir passé par une procédure de réclamation auprès d'un organe de médiation (art. 91 ss LRTV), qui est ouverte à « quiconque » (art. 92 al. 1 LRTV), les personnes qui souhaitent se plaindre du contenu d'une émission peuvent s'adresser à l'autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision instituée par les articles 82 à 85 LRTV. La qualité pour agir de base pour déposer plainte comporte pour la personne plaignante deux conditions : avoir été partie à la procédure de réclamation préalable et prouver que la publication rédactionnelle contestée la touche de près ou qu'une demande d'accès à un programme au sens de l'article 91, alinéa 3, lettre b, LRTV a été refusée (art. 94, al. 1, LRTV). La voie de la plainte, qualifiée alors par le Tribunal fédéral de « plainte populaire »⁴⁸, est aussi ouverte aux conditions de l'article 94, alinéas 2 et 3, LRTV, à des personnes qui ne sont pas touchées de près par l'émission en cause⁴⁹. Par ailleurs, l'autorité de plainte peut se saisir, dans l'intérêt public, d'une plainte ne remplissant pas toutes les conditions formelles (art. 96, al. 1, LRTV), laquelle constitue alors une simple dénonciation.

La procédure devant l'autorité de plainte est une procédure décisionnaire, qui peut aboutir à une décision constatatoire (art. 97, al. 2, LRTV), voire au prononcé de mesures administratives réparatrices (art. 97, al. 3,

⁴⁷ RS 784.40.

⁴⁸ ATF 137 II 40, 42, c. 2.2.

⁴⁹ *Infra* III, D, 1.

LRTV *cum* art. 89 LRTV). Un recours au Tribunal fédéral est ouvert contre les décisions de l'autorité de plainte (art. 99, al. 3, LRTV), la qualité pour recourir étant régie exclusivement par l'article 89 LTF⁵⁰. On peut déduire de la jurisprudence citée du Tribunal fédéral que cette qualité se recoupe avec celle pour déposer plainte selon l'article 94, alinéa 1, LRTV. Dès lors, les plaignants au sens de cette disposition ont qualité de partie à la procédure. Cette qualité de partie ne s'étend en revanche pas aux personnes qui déposent une plainte populaire⁵¹.

2. *En droit genevois du personnel de l'Etat*

L'article 2B de la loi générale (genevoise) relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux, du 4 décembre 1997 (LPAC-GE)⁵² prévoit qu'il est veillé à la protection de la personnalité des membres du personnel, notamment en matière de harcèlement psychologique et de harcèlement sexuel (al. 1) et que des mesures sont prises pour prévenir, constater et faire cesser toute atteinte à la personnalité (al. 2), les modalités étant fixées par un règlement du Conseil d'Etat (al. 3).

Par le règlement relatif à la protection de la personnalité à l'Etat de Genève, du 12 décembre 2012 (RPPers-GE)⁵³, le Conseil d'Etat a institué un groupe de confiance, composé d'au moins cinq personnes ayant reçu une formation spécifique, chargé de la mise en œuvre du dispositif de protection de la personnalité et s'acquittant de ses tâches « en toute indépendance » (art. 4 à 7 RPPers-GE).

Le groupe de confiance entend les personnes qui souhaitent s'adresser à lui (art. 12 et 13 RPPers-GE). Il peut notamment conduire une médiation (art. 14 RPPers-GE) et procéder à un examen préalable des situations qui lui sont soumises (art. 15 RPPers-GE). Le groupe de confiance peut aussi conduire une procédure d'investigation (art. 19 ss RPPers-GE), qui a pour but d'établir les faits et de déterminer si les éléments constitutifs d'une atteinte à la personnalité sont réalisés ou non. Cette procédure comprend des mesures d'instructions et se conclut par un rapport adressé

⁵⁰ ATF 137 II 40, 42, c. 2.2; 135 II 430, 433, c. 1.1.

⁵¹ *Infra*, III, D, 1.

⁵² RS/GE B 5 05.

⁵³ RS/GE B 5 05.10.

à l'autorité d'engagement. Dès réception du rapport, cette dernière dispose d'un délai de 60 jours pour entendre « les parties » et leur notifier une décision motivée, par laquelle elle constate l'existence ou non d'une atteinte à la personnalité et son auteur (art. 30, al. 1, RPPers-GE). Cette décision peut être contestée auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (art. 30, al. 2, RPPers-GE). Par ailleurs, vis-à-vis de l'auteur d'un harcèlement ou d'une atteinte à la personnalité, l'autorité d'engagement peut prendre – ou proposer à l'autorité compétente – toute mesure disciplinaire utile (art. 30, al. 3 RPPers-GE), le prononcé d'une telle mesure devant être porté à la connaissance de « la personne plaignante » (art. 30, al. 4 RPPers-GE).

Malgré la rédaction assez peu claire du RPPers-GE, on peut comprendre que celui-ci institue une véritable procédure de plainte formalisée pour harcèlement, à l'issue de laquelle une décision constatatoire doit être prise par l'autorité d'engagement. Dans le cadre de cette procédure auront la qualité de partie – terme d'ailleurs employé par le RPPers-GE – aussi bien la personne visée que la personne qui se plaint auprès du groupe de confiance. Cette reconnaissance de la qualité de partie correspond à une application correcte des règles générales sur ladite qualité. En effet, la décision constatatoire en cause porte sur l'existence d'une violation des droits de la personnalité de la personne plaignante en raison d'actes imputés à la personne visée. Les deux sont donc destinataires directes de la décision en cause.

On remarque que, dans ce cas, une éventuelle procédure disciplinaire est séparée de la procédure constatatoire, faisant l'objet d'un alinéa distinct de l'article 30 RPPers-GE. Dans cette procédure disciplinaire, la « personne plaignante », désignée comme telle et non plus comme partie, n'aura pas la qualité de partie⁵⁴. Avant la modification de l'article 2B LPAC-GE intervenue en 2007, laquelle a donné lieu à l'édiction du RPPers-GE, la personne plaignante avait expressément la qualité de partie, y compris dans la procédure disciplinaire, en vertu de l'article 2B, alinéa 3 *in fine*, LPAC-GE dans sa teneur de l'époque⁵⁵.

⁵⁴ Arrêt de la CJCA-GE du 7 septembre 2021 (ATA/915/2021), c. 12.

⁵⁵ Sur l'historique législatif et réglementaire, voir l'arrêt précité note 54, c. 10.

3. *La législation genevoise sur la santé*

La loi genevoise sur la santé, du 7 avril 2006 (LS-GE)⁵⁶ prévoit l'institution d'une commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients (art. 10, al. 1, LS-GE), laquelle est compétente pour traiter des plaintes et des dénonciations résultant d'une infraction à la LS-GE ou à ses dispositions d'exécution dans les cas où l'infraction a été commise dans le cadre de soins prodigués à une personne déterminée par un professionnel de la santé ou une institution de santé (art. 12B, al. 1, LS-GE). L'organisation et les compétences de la commission, ainsi que la procédure sont régies par la loi sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients, du 7 avril 2006 (LComPS-GE)⁵⁷.

La procédure devant la commission est une procédure administrative décisionnaire, puisqu'elle peut se conclure par une injonction ou une décision constatatoire (art. 20, al. 1, LComPS-GE), voire par une sanction disciplinaire (art. 20, al. 2, LComPS-GE).

La commission peut se saisir d'office ou être saisie par le dépôt d'une plainte émanant du patient concerné, de son représentant thérapeutique au sens de la LS-GE ou de son représentant légal, à savoir de la personne habilitée à décider des soins en son nom (art. 8, al. 1, LComPS-GE). La commission peut aussi être saisie par une dénonciation du département compétent, des professionnels de la santé, des institutions de la santé, d'autres autorités ou de particuliers (art. 8, al. 2, LComPS-GE).

L'article 9 LComPS-GE prévoit expressément que, outre le professionnel de la santé ou l'institution mise en cause, ont également qualité de partie le patient qui saisit la commission ou la personne habilitée à décider des soins en son nom. La procédure de plainte auprès de la commission est donc véritablement une procédure de plainte formalisée, dans laquelle les plaignants ont la qualité de partie et cela même lorsque cette procédure aboutit à une sanction disciplinaire. Les simples dénonciateurs n'ont, en revanche, conformément à la règle générale, pas la qualité de partie.

⁵⁶ RS/GE K 1 03.

⁵⁷ RS/GE K 3 03.

Il est intéressant de noter que l'abandon de la distinction entre procédure constatatoire ou d'injonction et procédure disciplinaire résulte d'une révision législative datant de 2006⁵⁸. Curieusement, le législateur genevois a, presque au même moment, choisi d'exclure la qualité de partie des plaignants en procédure disciplinaire dans le cadre du droit du personnel, mais à l'inverse de l'étendre en droit de la santé.

C. La qualité de partie « forcée »

On peut parler de qualité de partie forcée lorsque, par une disposition spéciale, le législateur confère cette qualité à des personnes qui ne l'auraient pas eue en vertu de la règle générale consacrée à l'article 6 PA.

On trouve un exemple de ce mécanisme dans le cadre de la procédure de plainte formalisée en droit genevois de la santé, qui vient d'être évoquée.

En effet, on a vu que les dispositions cantonales applicables à cette procédure confèrent la qualité de partie au patient ou à la personne habilitée à décider des soins en son nom. Dans la mesure où la procédure aboutit à une constatation de violation des droits du patient ou à une injonction (par exemple de donner accès au dossier médical), cette qualité de partie du patient résulte de la règle générale : le patient est destinataire direct de la décision. Mais en ce qui concerne la procédure disciplinaire, la qualité de partie ne pourrait être déduite de la règle générale et ne découle que de la règle spéciale de l'article 9 LComPS-GE. On peut aussi estimer qu'est forcée par la même disposition la qualité de partie qui est conférée en propre à la personne habilitée à décider des soins au nom du patient et non simplement exercée par cette personne au nom du patient.

Il faut remarquer que le législateur a limité ici son intervention pour forcer la qualité de partie à la procédure non contentieuse de première instance. En effet, l'article 22, alinéa 2, LComPS-GE prévoit expressément que le plaignant ne peut pas recourir contre les sanctions administratives prononcées par la commission⁵⁹. Dans ce cas de figure, la qualité de partie est ainsi complètement découplée de la qualité pour recourir.

⁵⁸ Arrêt de la CJCA-GE du 25 août 2009 (ATA/402/2009), c. 4 ss.

⁵⁹ *Id.*, c. 5 à 8. Il est précisé, dans ce dernier considérant, que le patient peut toujours recourir contre les aspects de la décision relatifs à la violation de ses droits de patient.

On trouve un autre exemple de qualité de partie imposée spécialement par le législateur à l'article 104, alinéa 4, de la loi vaudoise sur le notariat, du 29 juin 2004 (LNo/VD)⁶⁰, qui prévoit, en ce qui concerne les procédures disciplinaires ouvertes contre des notaires, que si l'ouverture de l'enquête a été décidée après dénonciation, le dénonciateur a, sur requête, les droits et les obligations d'une partie s'il a subi un préjudice du fait de l'activité reprochée au notaire ; il en est de même des personnes lésées intervenant en cours d'instruction. Le critère de la qualité de partie est donc ici non pas l'effet de la décision sur le dénonciateur, mais l'effet des actes dénoncés.

Le droit vaudois présente aussi une règle intéressante en matière d'enquête publique, notamment pour les permis de construire ou les plans d'affectation. Les personnes qui interviennent dans une procédure d'enquête publique ou de consultation ont en effet la qualité de partie en procédure administrative selon l'article 13, alinéa 1, lettre d, de la loi vaudoise sur la procédure administrative, du 28 octobre 2008 (LPA-VD)⁶¹. Lorsque la participation à l'enquête publique ou à la consultation est ouverte à quiconque, cela étend largement la qualité de partie, moyennant une participation effective auxdites procédures. Cet élargissement de la qualité de partie en procédure non contentieuse, qui implique le droit de recevoir la décision en cause, n'emporte pas pour autant qualité pour recourir, laquelle reste régie par les dispositions cantonales pertinentes⁶².

D. Les droits procéduraux partiels des tiers sans qualité de partie

Nous avons jusqu'ici évoqué les solutions qui répondent aux limites du concept de qualité de partie en jouant avec celui-ci. Il y a lieu d'aborder en outre les modèles qui se fondent sur l'octroi de droits procéduraux partiels aux tiers sans qualité de partie. Ces droits procéduraux sont logiquement partiels, car s'ils étaient complets on serait simplement en présence d'un élargissement de la qualité de partie. Ils concernent les dénonciateurs considérés uniquement comme tels, donc sans démonstration d'un intérêt personnel qui leur conférerait la qualité de partie, les

⁶⁰ RS/VD 178.11.

⁶¹ RS/VD 173.36.

⁶² BOVAY (2015) p. 172.

plaignants dans des procédures de plainte formalisée qui ne peuvent non plus démontrer un tel intérêt, voire, parfois, les personnes entendues comme témoins ou à titre de renseignement sans avoir déclenché elles-mêmes la procédure. Différents droits peuvent être concernés, dans le contexte de divers modèles recensés en droit fédéral et cantonal.

1. *Le droit à une décision*

Dans le modèle déjà évoqué de la plainte formalisée instaurée par la LRTV, nous avons déjà relevé qu'en sus de la plainte déposée par une personne touchée de près par la publication rédactionnelle contestée, la loi prévoit une plainte populaire. Les conditions de cette dernière sont posées par l'article 94, alinéas 2 et 3, LRTV : la plainte doit être contre-signée par au moins 20 personnes physiques de 18 ans au moins, de nationalité suisse ou titulaires d'un permis d'établissement ou de séjour. Dans la mesure où elles ne remplissent pas les conditions de l'article 89, alinéa 1, LTF, ces personnes n'ont pas la qualité de partie dans la procédure. Elles ont néanmoins droit à ce que l'autorité de plainte rende une décision. Elles disposent également des droits de procédure liés à l'interdiction du déni de justice, comme le droit de formuler une demande de récusation. Si elles ne peuvent recourir contre le fond des décisions rendues par l'autorité de plainte, elles peuvent recourir contre la violation alléguée de ces droits.⁶³

Lorsque l'autorité de plainte entre en matière, dans l'intérêt public, sur une plainte ne remplissant pas toutes les conditions formelles, les plaignants ne jouissent pas des droits reconnus aux parties (même partiellement), ce que l'article 96, alinéa 1, LRTV précise, mais qui découle déjà de la réglementation générale de la qualité de partie.

On trouve d'autres occurrences de droit à une décision dans le canton de Genève, dans le cas des dénonciations formées devant la commission du barreau ou devant le conseil supérieur de la magistrature. En effet, l'article 43, alinéa 2, de la loi genevoise sur la profession d'avocat, du 26 avril 2002 (LPAv-GE)⁶⁴ prévoit que le président de la commission du barreau peut classer les dénonciations qui lui apparaissent manifestement mal fondées, mais que si le dénonciateur, dûment avisé, persiste, la

⁶³ ATF 137 II 40, 42, c. 2.2 ; 135 II 430, 435 ss, c. 3 ; 123 II 115, 119, c. 2c.

⁶⁴ RS/GE E 6 10.

commission plénière statue. L'article 19, alinéa 2, de la loi genevoise d'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ-GE)⁶⁵ contient une règle analogue pour les dénonciations adressées au conseil supérieur de la magistrature. Cette règle ne signifie pas que le dénonciateur aurait un droit à ce que sa dénonciation ne soit pas classée, mais simplement à ce qu'un éventuel classement, dont la motivation peut être sommaire, soit prononcé par la commission, respectivement le conseil, en séance plénière. Le droit à une décision a donc ici une portée restreinte.

2. *Un droit à l'information*

Il existe diverses règles spéciales qui prévoient, selon une formulation et des modalités qui peuvent varier, que les personnes ayant déposé une plainte ou une dénonciation sont informées de la suite donnée à celle-ci. On en mentionnera quelques-unes à titre d'exemple.

L'article 97, alinéa 1, LRTV, prévoyant que les délibérations de l'autorité de plainte sont publiques, pour autant qu'aucun intérêt privé digne de protection ne s'y oppose, les plaignants (dénonciateurs) qui n'ont pas un droit à recevoir une décision ont néanmoins la possibilité d'être informés de la suite donnée à leur plainte en assistant à la délibération.

L'article 48 LPAv-GE prévoit que si une procédure a été ouverte par la commission du barreau sur une dénonciation, l'auteur de cette dernière est avisé de la suite qui y a été donnée, sans accès au dossier. La commission lui communique la sanction infligée et décide dans chaque cas de la mesure dans laquelle il se justifie de lui donner connaissance des considérants.

Dans le même canton, la règle est plus stricte en ce qui concerne le conseil supérieur de la magistrature : les décisions sont communiquées au dénonciateur, pour information (art. 19, al. 5, LOJ-GE).

Toujours à Genève, une règle d'application générale, figurant à l'article 28A, alinéa 1 et alinéa 2, lettre c, LPA-GE, donne aux personnes alléguant – en pratique par une dénonciation ou au travers d'un témoignage ou d'un renseignement donné à l'autorité – avoir été atteintes dans leur intégrité physique, psychique ou sexuelle un droit à être informées, à leur demande, que la dénonciation est traitée et, à l'issue de la procédure, de

⁶⁵ RS/GE E 2 05.

son résultat. Un droit d'accès au dossier est exclu et une obligation de garder le secret, en principe limitée dans le temps, peut être prévue (art. 28A, al. 4, LPA-GE). Cette règle n'a évidemment de portée propre que dans la mesure où les personnes concernées n'ont pas la qualité de partie dans une procédure de plainte formalisée au sens du RPPers-GE⁶⁶.

Ailleurs en Suisse, l'article 32, alinéa 2, de la loi bernoise sur les avocats et les avocates, du 28 mars 2006 (LA-BE)⁶⁷ prévoit, en ce qui concerne les procédures disciplinaires contre ceux-ci ou celles-ci, que la personne qui dénonce n'a pas de droits de partie dans la procédure disciplinaire, mais peut demander que des informations sur la liquidation de sa dénonciation lui soient fournies.

3. *Le droit de « participer à la procédure »*

Lorsque la COMCO ouvre une enquête en vertu des articles 27 ss LCart, l'article 43, alinéa 1, LCart prévoit que peuvent s'annoncer afin de participer à la procédure les tiers (comme l'indique la note marginale de l'article) suivants : les personnes qui ne peuvent accéder à la concurrence ou l'exercer du fait de la restriction à la concurrence (let. a) ; les associations professionnelles ou économiques que leurs statuts autorisent à défendre les intérêts économiques de leurs membres, pour autant que des membres de l'association ou de l'une de ses sections puissent participer à l'enquête (let. b) ; les organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs (let. c). Ces conditions sont plus souples que celle régissant la qualité de partie au sens strict⁶⁸. Les personnes intéressées à participer doivent s'annoncer dans un délai de 30 jours dès la publication de l'ouverture de l'enquête (art. 28, al. 2, LCart). La participation de tiers au sens de l'article 43, alinéa 1, LCart, ne sert pas seulement leur intérêt, mais vise à faciliter l'établissement des faits pertinents et à améliorer la qualité de décisions⁶⁹.

Le Tribunal fédéral a jugé que le fait d'être admis à participer à la procédure au sens de l'article 43, alinéa 1, LCart, n'entraînait pas *ipso facto*

⁶⁶ *Supra*, III, B, 2.

⁶⁷ RS/BE 168.11.

⁶⁸ BRUNNER (2021) n° 266.

⁶⁹ ATF 139 II 328, 335 s., c. 4.2.

la titularité de la qualité de partie, laquelle ne devait se déterminer que sur la base de l'article 6 PA et impliquait, pour les concurrents, que ceux-ci subissent un désavantage économique sensiblement significatif du fait de la restriction à la concurrence en cause⁷⁰.

Le secrétariat de la commission peut exiger la désignation d'un représentant unique pour les groupes de plus de cinq participants ayant des intérêts identiques et il peut limiter la participation, si nécessaire, à une audition (art. 43, al. 2, LCart). Les participants ont en outre le droit de se prononcer par écrit sur la proposition de décision formulée par le secrétariat (art. 30, al. 2, LCart). Logiquement, bien que la loi ne le dise pas expressément, ils doivent avoir le droit de recevoir communication de la décision finale de la COMCO⁷¹. La loi réserve au surplus, de façon déclaratoire, les droits des parties, en ce qui concerne les personnes qui disposent de cette qualité en vertu de la règle générale de l'article 6 PA. Les limitations prévues par l'article 43, al. 2, LCart ne sont évidemment pas applicables à ces dernières.

4. *Le droit d'être assisté*

Le droit genevois prévoit, dans sa loi générale de procédure, que les personnes alléguant avoir été atteintes dans leur intégrité physique, psychique ou sexuelle et appelées à être entendues à titre de témoin ou à titre de renseignement peuvent être accompagnées d'une personne de confiance et être assistées d'un conseil de leur choix (art. 28A, al. 1, LPA-GE). La personne de confiance ne peut pas être une personne qui est intervenue ou pourrait être appelée à intervenir dans le cadre de la procédure administrative concernée (art. 28A, al. 2, LPA-GE).

Cette règle, entrée en vigueur en 2019, constitue une amélioration considérable de la situation des victimes d'actes de harcèlement dans les procédures disciplinaires. En ce qui concerne les audiences, moments souvent très difficiles pour les victimes, elle place ces dernières sur un pied d'égalité avec la personne visée par la procédure, en tout cas sous l'angle très important du droit à une assistance. Elle n'implique pas pour autant l'octroi d'une qualité de partie, avec tous les droits qui en découlent, ce

⁷⁰ ATF 139 II 328, 335 ss, c. 4.

⁷¹ BRUNNER (2021) n° 266.

qui semble raisonnable au vu des risques évoqués plus haut⁷². Comme pour le droit à l'information, déjà mentionné⁷³, cette règle n'a de portée concrète que dans la mesure où les personnes concernées n'ont pas la qualité de partie dans une procédure constatatoire au sens du RPPers-GE. Il conviendra sans doute d'attendre encore un peu pour évaluer, avec l'expérience et le recul nécessaires, l'efficacité de ce mécanisme.

Le droit genevois connaît un autre cas de droit à une assistance, dont la justification est moins évidente et l'aménagement un peu curieux. L'article 19, alinéa 4, LOJ-GE, prévoit en effet que le conseil supérieur de la magistrature ne peut prononcer une sanction disciplinaire sans avoir auparavant entendu le magistrat mis en cause, ainsi que le « plaignant » (qui n'est autre qu'un dénonciateur, expression utilisée ailleurs dans le même article), lesquels peuvent se faire assister d'un avocat. On remarque ainsi que si le plaignant a donc un droit à être entendu oralement, avec l'assistance d'un avocat, lorsqu'une sanction est envisagée dans le traitement de sa dénonciation, tel n'est pas le cas si le conseil n'entend pas donner suite à celle-ci, ce qui est pourtant la situation la plus défavorable pour ledit plaignant.

5. *Le droit à une audition hors de la présence des parties et le droit de refuser de répondre*

L'article 18, alinéa 2, PA prévoit que, lorsqu'il faut sauvegarder d'importants intérêts publics ou privés, les témoins peuvent être entendus en l'absence des parties et celles-ci peuvent se voir refuser l'autorisation de prendre connaissance des procès-verbaux d'audition. Dans cette dernière hypothèse, lesdits procès-verbaux ne peuvent être utilisés au désavantage de la partie en cause que si l'autorité lui en a communiqué le contenu essentiel et lui a donné l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves (art. 28 PA). Les lois cantonales de procédure connaissent des règles analogues, par exemple, à l'article 42, alinéas 5 et 6, LPA-GE.

Dans des cas délicats, où une personne appelée à témoigner se trouve être victime des agissements de la personne visée par la procédure en cause, cette règle permet à l'autorité menant la procédure d'épargner à la victime une confrontation qui peut être douloureuse.

⁷² *Supra*, II, E.

⁷³ *Supra*, III, D, 2.

L'article 28A LPA-GE va plus loin en ce qui concerne les personnes alléguant avoir été atteintes dans leur intégrité physique, psychique ou sexuelle. Il prévoit expressément, à son alinéa 3, lettre b, un droit de ces personnes à être entendues en l'absence des parties aux conditions fixées par l'article 42 LPA-GE. La chambre administrative de la Cour de justice a déduit du renvoi à l'article 42 LPA-GE que l'application de l'article 28A, alinéa 3, lettre b, LPA-GE exige une pesée des intérêts au sens de l'article 42, alinéa 5, LPA-GE. Or, la chambre elle-même relève que l'adoption de l'article 28A, alinéa 3, lettre b, visait à pallier les insuffisances du régime de l'article 42, alinéa 5, LPA-GE. Elle considère néanmoins que la nouvelle disposition conserve un intérêt pratique, car si l'intérêt à une audition du témoin seul est prépondérant, l'autorité est alors obligée de procéder ainsi, ce qui ne serait pas le cas, dans la même hypothèse, lorsque seul l'article 42, alinéa 5, LPA-GE est applicable⁷⁴. Cette dernière affirmation est contestable : elle aurait pour conséquence logique qu'une autorité pourrait sanctionner ou faire amener par la force publique, sur la base de l'article 29 LPA-GE, une personne qui refuserait de témoigner en présence des parties alors qu'existerait un intérêt prépondérant à ce qu'elle témoigne seule. Cette interprétation de l'article 42, alinéa 5, LPA-GE ne saurait être suivie. Dès lors, l'interprétation que fait la chambre de la portée de l'article 28A, alinéa 3, lettre b, LPA-GE est trop restrictive, car le renvoi à l'article 42 LPA-GE qu'il contient ne doit pas le vider de sa substance. Ce renvoi concerne essentiellement le mécanisme de communication prévu par l'article 42, alinéa 6, LPA-GE. Certes, l'exigence de proportionnalité vaut pour l'application du droit prévu à l'article 28A, alinéa 3, lettre b, LPA-GE, dont les titulaires ne sauraient abuser sans motif. Mais, le principe du droit à une audition hors de la présence des parties doit subsister, ce qui exclut de maintenir purement et simplement la pratique résultant de l'article 42, alinéa 5, LPA-GE.

Les personnes mentionnées à l'article 28A, alinéa 1, LPA-GE peuvent en outre refuser de répondre aux questions touchant leur sphère intime (art. 28, al. 3, let. a, LPA-GE). L'usage de ce droit n'est pas soumis à

⁷⁴ Arrêt de la CJCA-GE du 6 juillet 2021 (ATA/711/2021), c. 4d. L'arrêt a été annulé par le Tribunal fédéral pour des motifs sans rapport avec la question évoquée ici (ATF/np 8C_610/2021, du 2 février 2022).

conditions. Il ne saurait donc en aucun cas donner lieu à une sanction au sens de l'article 29, alinéa 4, LPA-GE.

IV. Conclusion

La problématique des limites du concept de qualité de partie est particulièrement en évidence dans les procédures déclenchées par des tiers, tout spécialement les procédures sanctionnatrices. Mais elle peut aussi se rapporter à un souci de qualité des décisions, comme dans le cas des enquêtes publiques dans le canton de Vaud ou des enquêtes ouvertes par la COMCO selon la LCart.

Les pistes de solution ne passent pas uniquement par l'octroi de droits procéduraux sans qualité de partie. Elles peuvent consister dans une meilleure définition de l'objet de certaines procédures administratives, voire dans le développement de procédures de plainte formalisée, qui permettent de définir de manière modulée les droits procéduraux des tiers.

Sous réserve de quelques exceptions, le législateur a, d'une manière générale, évité de succomber à la tentation de forcer la qualité de partie au-delà de la définition communément admise de celle-ci.

En ce qui concerne la piste des droits procéduraux sans qualité de partie, le régime de l'article 28A LPA-GE présente une solution intéressante et nuancée, qui apparaît complémentaire à la procédure de plainte formalisée prévue par le RPPers-GE. Ce double mécanisme mérite d'être observé et évalué sur une certaine durée pour en juger l'efficacité.

Pour le reste, les règles relatives au droit à une décision ou à être informé dont certains tiers déclencheurs peuvent être titulaires sont très disparates. On peine à discerner une logique commune à ces règles.

Manifestement la problématique évoquée dans la présente contribution en est encore au stade des expérimentations et des tâtonnements, avec une production normative encore limitée et un régime qui, considéré globalement, n'est pas encore arrivé à maturité.

Bibliographie

- BOVAY BENOÎT (2015), *Procédure administrative*, 2^e éd., Berne,
- BRUNNER FLORIAN (2021), *Verfahren mit mehreren Parteien im öffentlichen Recht*, Zurich.
- DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE (2014), *Droit administratif général*, Bâle.
- EMERY YVES/GRUND FILIP (2018), « La fonction publique avec ou sans droit disciplinaire », in: TANQUEREL/BELLANGER (éds), *Le droit disciplinaire*, Genève/Zurich/Bâle, p. 71 ss.
- GRISEL ANDRÉ (1984), *Traité de droit administratif*, Neuchâtel.
- GRISEL CLÉMENTCE (2008), *L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative*, Zurich/Bâle/Genève.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX (2020), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8^e éd., Zurich/Saint-Gall.
- HÄNER ISABELLE (2000), *Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, Zurich.
- KNAPP (1991), *Précis de droit administratif*, Bâle.
- MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE (2011), *Droit administratif*, Vol. II: *Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e éd., Berne.
- RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE (2021), *Öffentliches Prozessrecht*, 4^e éd., Bâle.
- TANQUEREL THIERRY (2018a), *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle.
- TANQUEREL THIERRY (2018b), « Caractéristiques et limites du droit disciplinaire », in: TANQUEREL/BELLANGER (éds), *Le droit disciplinaire*, Genève/Zurich/Bâle, p. 9 ss.
- TANQUEREL THIERRY/BELLANGER FRANÇOIS (éds) (2004), *Les tiers dans la procédure administrative*, Genève/Zurich/Bâle.
- THURNHERR DANIELA (2013), *Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln*, Zurich/Saint-Gall.
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS (2014), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Berne.

ZEN-RUFFINEN PIERMARCO (2004), « La qualité pour agir des tiers dans la gestion de l'espace », in : TANQUEREL/BELLANGER (éds), *Les tiers dans la procédure administrative*, Genève/Zurich/Bâle, p. 167 ss.

La procédure administrative : état des lieux et perspectives

ETIENNE POLTIER

Professeur honoraire, Université de Lausanne

Voici un siècle, la notion de procédure administrative était à peine connue ; elle se conduisait peut-être encore à la plume d'oie. Aujourd'hui, avec les progrès de la technologie, s'ouvre la perspective d'une procédure menée à chef en quelques clics, entièrement numérisée. Difficile, pour l'auteur comme pour le lecteur de remonter aussi loin dans le temps ou, à l'inverse, de se projeter ainsi dans l'avenir. Dans les lignes qui suivent, on dressera un état des lieux, en débutant en 1968, date de la loi du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative¹, texte qui n'a en somme guère plus de 50 ans. Cette loi couvre à la fois la procédure non contentieuse et la procédure contentieuse ; c'est la perspective que l'on adoptera : elles forment en effet, dans leur ensemble, un système procédural qui contribue, par les garanties offertes à l'administré, à la protection juridique de ce dernier, ainsi qu'à la concrétisation du droit matériel.

Après cet état des lieux (ch. I), on consacrera quelques développements aux fonctions de la procédure, en tentant de mettre en évidence quelques principes directeurs (II). On évoquera ensuite quelques tendances à l'œuvre actuellement (III) avant d'ajouter quelques remarques conclusives (IV).

I. État des lieux

La procédure administrative, on vient de le dire, est une branche du droit administratif relativement jeune. On tentera ici d'en décrire l'évolution jusqu'à la situation actuelle, en suivant plusieurs approches, qui n'ont bien sûr rien d'exhaustif. La première s'appuiera sur les sources (A). Par ailleurs, on examinera comment s'est cristallisé un droit d'accès au juge dans le domaine de la juridiction administrative (B) ; on abordera égale-

¹ PA – RS 172.0.21.

ment l'évolution de la définition de la qualité de partie en procédure administrative (C).

A. Les sources

On laissera de côté, sous cette rubrique, la procédure contentieuse. En effet, la création de voies de recours contre les décisions des autorités administratives s'est toujours accompagnée de l'adoption de règles de droit. Il fallait en effet désigner l'autorité de recours, ainsi que les règles applicables à la procédure menée par cette dernière. En d'autres termes, les lois régissant la juridiction administrative (souvent dans des domaines spécialisés) étaient ainsi chose courante depuis fort longtemps². En revanche, les textes portant sur la procédure non contentieuse sont beaucoup plus récents ; c'est sur ces sources de la procédure administrative que l'on mettra ici l'accent. On le fera en suivant la chronologie de leur adoption, de sorte que l'on passera en revue successivement des dispositions constitutionnelles ou légales.

1. *Les prémisses : l'article 4 aCst.*

On se souvient que, sous l'empire de l'ancienne Constitution fédérale, le Tribunal fédéral a développé une jurisprudence très large en s'appuyant sur l'article 4 aCst. Sur cette base, il a notamment développé des principes de rang constitutionnel ; tel était le cas de la garantie du droit d'être entendu notamment, dont certains aspects ont été reçus progressivement en procédure administrative.

2. *L'adoption de la PA, puis de lois cantonales*

Adoptée en 1968, la PA marquait en somme un tournant. Certes, ce n'était pas la première loi codifiant l'ensemble de la procédure administrative (non contentieuse, puis contentieuse)³, il n'en reste pas moins que le modèle fédéral a depuis lors fait de nombreux émules, au point qu'aujourd'hui tous les cantons sont dotés d'une loi régissant la procédure administrative. Il demeure que cette évolution s'est déroulée lentement : la loi genevoise date de 1985, le texte fribourgeois de 1991, alors que la

² Ainsi, l'existence de voies de recours dans le domaine fiscal remonte à près d'un siècle ; les textes légaux ou réglementaires correspondant également.

³ Le législateur bernois l'avait en effet fait auparavant.

loi vaudoise n'a été adoptée qu'en 2008, pour une entrée en vigueur en 2009!

Ce constat peut surprendre, dans la mesure où le principe de la base légale vaut également en matière de procédure⁴. Certes, il existait auparavant des dispositions de procédure non contentieuse dans de nombreuses lois spéciales; il reste que le principe de la base légale paraît n'avoir fait son chemin dans ce domaine qu'assez tardivement.

On notera encore qu'il n'a jamais été question d'une codification fédérale de la procédure administrative, applicable de manière uniforme à la Confédération et aux cantons⁵.

3. *Les articles 29 à 30 Cst.*

La garantie du droit d'être entendu, en procédure administrative (non contentieuse et contentieuse), n'a trouvé de consécration au plan constitutionnel que dans la période récente. Certes, divers précédents de la Cour européenne des droits de l'homme, en lien avec l'article 6 CEDH, ont joué un rôle de précurseurs dans ce domaine⁶. Il demeure que l'application générale de la garantie du droit d'être entendu aux procédures administratives découle en fin de compte de l'article 29, alinéa 1, Cst.⁷, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2000; l'article 29 Cst. comporte d'autres garanties encore sur lesquelles on reviendra plus loin. L'article 30 Cst. prévoit quant à lui des garanties applicables dans les procédures judiciaires (y compris les juridictions administratives). L'article 29a Cst., entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007, prévoit enfin une garantie d'accès au

⁴ Dans ce sens, MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET (2012), p. 725 ss, spécialement p. 728; d'ailleurs, l'art. 164, al. 1, let. g, Cst. le dit pour le droit fédéral, lorsqu'il exige que les dispositions fondamentales en matière de procédure reposent sur une loi au sens formel. Voir aussi ATF 104 Ia 226, spécialement 232: « *Une base légale est requise pour toute procédure dans laquelle sont prises des décisions juridiquement obligatoires, que ce soit dans le domaine de la législation, de la juridiction ou de l'administration.* »

⁵ Sinon en doctrine: voir THURNHERR (2015).

⁶ Voir aussi plus bas sous B.

⁷ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 – RS 101. Pour de plus amples développements à ce sujet, BERNARD, dans ce volume.

juge, qui s'étend aussi aux causes de droit public⁸ (sur cet aspect voir au surplus *infra* B).

Quoi qu'il en soit, il faut retenir à ce stade que les parties à une procédure administrative peuvent se prévaloir essentiellement, sur le plan constitutionnel, des garanties énoncées aux articles 29 à 30 Cst. (dont la garantie du droit d'être entendu).

4. *Les lois spéciales*

On a évoqué ci-dessus la PA, ainsi que des lois générales de procédure administrative cantonale. Le tableau serait toutefois incomplet si l'on ne mentionnait pas les très nombreuses règles de procédure (régissant souvent aussi la procédure non contentieuse) figurant dans les lois spéciales (où droit matériel et droit procédural sont le plus souvent mêlés). Cela ne surprend pas, dans la mesure où l'autorité d'application, dans chaque domaine particulier qui lui est assigné, connaît des besoins qui varient considérablement, notamment dans la phase de l'ouverture de la procédure ou dans celle de l'instruction. Ainsi les autorités scolaires ou universitaires sont dotées de règles particulières, par exemple en matière d'examens. Le domaine de la police des étrangers ou celui de l'asile connaissent également des règles très spécifiques. Il en va de même du domaine de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement⁹ ou du droit des marchés publics. Ces procédures administratives présentent logiquement des natures très diverses. Dans certains cas, une seule partie privée est confrontée à l'administration; dans d'autres procédures au contraire, de très nombreuses parties privées interviennent, ainsi dans le cas de projets de constructions importants, où l'administration fait face à un constructeur, d'une part, et à une multitude d'opposants, d'autre part. De même, il y a des procédures dites de masse: l'administration est en effet amenée à rendre de très nombreuses décisions, par exemple en matière de fiscalité ou d'assurances sociales, dans la mesure où tout un chacun est potentiellement un contribuable ou un assuré. Dans ces différentes configurations, l'administration doit pou-

⁸ Voir également art. 191a, al. 2 et 191b, al. 1, Cst., entrés en vigueur à la même date.

⁹ On peut mentionner d'emblée les procédures d'enquêtes publiques ou l'exigence d'une étude d'impact sur l'environnement; on peut signaler également le principe de coordination, valable dans ce domaine, codifié à l'art. 25a de la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (LAT – RS 700).

voir compter sur des instruments différents, adaptés à ses besoins et à ceux des parties, afin de pouvoir gérer efficacement ces procédures.

Ces textes spéciaux peuvent, bien évidemment, déroger aux dispositions de la loi générale de procédure¹⁰; cependant, la question se pose de savoir dans quelle mesure ces dispositions spéciales respectent les principes généraux de la procédure administrative, spécialement les garanties découlant des articles 29 à 30 Cst., mentionnés ci-dessus. On y reviendra plus bas (III); à ce stade, il faut souligner surtout les difficultés qui proviennent de la profusion de lois spéciales: il est de ce fait pratiquement impossible d'avoir une image complète du droit de la procédure administrative, la codification résultant de la loi générale de procédure perdant de ce fait une (grande) partie de sa portée. Autrement dit, il faut à ce stade retenir – mais ce constat est sans doute banal dans le champ du droit administratif – une forme d'éclatement des sources, accompagné d'un risque d'explosion des questions qui se posent.

B. L'accès au juge

Pendant longtemps, le droit positif n'a pas offert d'accès généralisé au juge en droit administratif. Certes, dans certains domaines, par exemple en matière fiscale, l'on avait mis en place des commissions de recours indépendantes, qui constituaient une première ébauche dans ce sens¹¹. Il n'en demeure pas moins que la compétence générale pour connaître le contentieux administratif appartenait le plus souvent au pouvoir exécutif cantonal (voire fédéral). Par la suite, le canton de Berne a institué la compétence générale du Tribunal administratif à cet effet. En outre, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a retenu que la notion de contestation dans les affaires civiles ou pénales s'étendait à certaines causes relevant du droit public (par exemple celles mettant en jeu le droit de propriété ou celles qui avaient trait à l'exercice d'une profession, ces matières devant être qualifiées d'affaires civiles; de même, les causes dans lesquelles l'administration prononçait des sanctions devaient être considérées, pour certaines d'entre elles en tout cas, comme des af-

¹⁰ Même si l'art. 4 PA n'est pas d'une extrême clarté à cet égard.

¹¹ Cela dès les années 1930.

faïres pénales¹²). Dès lors, l'accès au juge devait être assuré dans ce type d'affaires, conformément à l'article 6 CEDH, malgré leur nature administrative¹³.

L'étape décisive a été franchie enfin par l'adoption, puis l'entrée en vigueur (en 2007 seulement), de l'article 29a Cst. Cette disposition prévoit désormais une garantie générale d'accès au juge, qui vaut pour toutes les causes civiles, pénales et administratives¹⁴. C'est donc tardivement que cette garantie a été consacrée au plan constitutionnel pour le contentieux de droit public¹⁵.

Les cantons, pour leur part, ont adopté des mécanismes d'accès au juge sur le plan légal, pour certains auparavant déjà et, pour quelques autres, en 2007 (simultanément à l'entrée en vigueur de la réforme de la justice, comportant notamment la nouvelle loi, du 17 juin 2005, sur le Tribunal fédéral¹⁶ et la loi, du même jour, sur le Tribunal administratif fédéral¹⁷); la LTAF généralisait aussi l'accès au juge, cela auprès d'une juridiction unique, s'agissant du contentieux des décisions rendues par les autorités administratives fédérales.

Le droit d'accès au juge s'est ainsi imposé peu à peu, avant d'être d'application générale dès 2007. Cette date ne marquait donc pas de bouleversement, mais correspondait plutôt à l'aboutissement d'une lente évolution. On a pu constater également une professionnalisation de la juridiction administrative, désormais confiée, sur le plan fédéral, au Tribunal administratif fédéral, et sur le plan cantonal au Tribunal cantonal

12 Il peut alors s'avérer difficile de concilier les principes de la procédure administrative (qui repose largement sur une obligation de collaborer des parties) avec ceux de la procédure pénale (p.ex. le droit de ne pas s'auto-incriminer ou *nemo tenetur*), qui sont pour parties contradictoires : sur ce thème, voir GRISEL RAPIN, dans ce volume.

13 Sur ce point, voir aussi BERNARD, dans ce volume.

14 LUGON/POLTIER/TANQUEREL (2006), p. 106 ss.

15 Pour un exemple récent digne d'attention : arrêt TF 2C_1023/2021 du 29 novembre 2022, destiné à la publication ; la RSR avait effacé un commentaire, peu après que celui-ci avait été posté sur son compte Instagram : la mesure a été considérée comme une atteinte à la liberté d'expression et doit dès lors pouvoir être contestée auprès d'une autorité judiciaire, conformément à l'art. 29a Cst.

16 LTF – RS 173.110.

17 LTAF – RS 173.32.

ou au Tribunal administratif cantonal. Les commissions de recours (recrutées selon un système de milice) sont devenues rares aujourd'hui¹⁸.

C. La qualité de partie, la légitimation à recourir

C'est d'abord la question de la légitimation à recourir qui s'est posée: il s'agissait en effet de délimiter le cercle des personnes ayant la légitimation pour saisir l'autorité de recours d'une contestation. Dans un premier modèle, le critère retenu était celui de l'intérêt juridiquement protégé; le recourant devait ainsi démontrer que la norme dont il invoquait la violation avait pour but de protéger (aussi) ses intérêts¹⁹. Avec la PA, adoptée en 1968, le législateur a introduit un nouveau modèle, fondé sur l'intérêt digne de protection²⁰. Pour recourir, il suffit ainsi que la partie puisse invoquer un intérêt légitime, qu'il soit de fait ou de droit; autrement dit, le but de protection poursuivi par la norme invoquée est sans pertinence. On peut ici citer Fritz GYGI²¹:

« Für die Bundesverwaltungsrechtspflege ist [...] allein massgebend, ob der Beschwerdeführer ein ausreichendes prozessrechtliches Rechtsschutzinteresse daran hat, dass die angefochtene Verfügung aufgehoben oder geändert wird. Unmassgeblich ist mithin, ob der Beschwerdeführer Interessen vorbringen kann, die durch das materielle Recht geschützt werden sollen. Auf eine beabsichtigte rechtliche Schutzwirkung kommt es nicht an. »

Il faut souligner ensuite que l'article 6 PA définit la qualité de partie en procédure non contentieuse en se référant à la définition de la qualité pour recourir; il en découle une convergence très forte entre ces deux cercles de personnes. Dans la même ligne, l'article 111 LTF pose d'ailleurs le principe de l'unité de la procédure, qui conforte cette convergence: aux termes de cette disposition, toute personne qui a qualité pour recourir au Tribunal fédéral doit se voir reconnaître, par contrecoup, la qualité de partie dans toutes les étapes précédentes de la procédure (y compris en procédure non contentieuse). Il en résulte que la qualité de

¹⁸ Il y a quelques exemples encore, notamment dans le domaine fiscal: ainsi Soleure et Valais.

¹⁹ Autrement dit, la disposition invoquée pouvait viser à la fois un but d'intérêt public et la protection de l'intérêt privé de l'intéressé.

²⁰ Sur la genèse et la justification de ce nouveau critère, MOOR/POLTIER (2011), 718 ss.

²¹ GYGI (1983), p. 152.

partie en procédure non contentieuse peut, éventuellement, être définie plus largement (notamment par le droit cantonal) que celle de la qualité pour recourir ; par contre, l'inverse n'est pas possible²².

Sur ce point aussi, le mouvement initié par la PA a été repris peu à peu par les législations cantonales²³. La LTF, entrée en vigueur en 2007, forme l'aboutissement de cette évolution (à tout le moins, la LTF forçait les cantons à s'y conformer) : en effet, l'article 89, alinéa 1, LTF a repris le critère de l'intérêt digne de protection pour l'ouverture du recours en matière de droit public ; avec l'article 111 LTF posant le principe de l'unité de la procédure, déjà cité, le droit cantonal devait adopter le même critère, voire un critère plus large, tant en procédure contentieuse²⁴, qu'en procédure non contentieuse. Le critère de l'intérêt digne de protection se trouve ainsi désormais d'application générale ; la seule exception qui subsiste est celle du recours constitutionnel subsidiaire, lequel présente un caractère exceptionnel (ce dernier reste en effet fondé sur le critère de l'intérêt juridiquement protégé : article 115 LTF).

Il n'en demeure pas moins que la notion d'intérêt digne de protection est difficile à cerner : elle a donné lieu à une jurisprudence très abondante, fortement casuistique. On peut citer tout d'abord une première formule :

*« Constitue un intérêt digne de protection au sens de l'article 89, alinéa 1, lettre c, LTF, tout intérêt pratique ou juridique à demander la modification ou l'annulation de la décision attaquée. Il consiste donc dans l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant, en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. Cet intérêt doit être direct et concret ; en particulier, le recourant doit se trouver, avec la décision entreprise, dans un rapport suffisamment étroit, spécial et digne d'être pris en considération. Il doit être touché dans une mesure et avec une intensité plus grande que l'ensemble des administrés. »*²⁵

22 En pratique, le cercle des parties à la procédure non contentieuse et celui des personnes ayant qualité pour recourir sont souvent identiques ; il faut réserver les solutions découlant des lois spéciales.

23 Genève dès 1985, Vaud dès 1996.

24 Rien n'empêche les cantons d'admettre la légitimation à recourir plus largement, ce qu'a fait apparemment le canton de Vaud : BOVAY/BLANCHARD/GRISEL RAPIN (2021), art. 75 N 1.2.3.2 et 1.2.7.2 (mais la jurisprudence n'en a pas vraiment tiré de conséquences).

25 ATF 138 II 162, spécialement p. 164.

La crainte qui se manifeste dans de nombreux arrêts est celle d'une ouverture trop large des voies de recours, au risque du «recours populaire». A ce propos, on cite ici une formule complémentaire:

«[...] Es gibt keine rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung zur Popularbeschwerde oder zur Aufsichtsbeschwerde, die dem Anzeiger keine Parteistellung verschafft (Article 71 VwVG); wo diese Grenze verläuft, ist für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen [...]. Wegleitend dafür sind namentlich einerseits die Möglichkeit für die Interessierten, den angestrebten Erfolg auf anderem – z.B. zivil- oder strafrechtlichem – Weg zu erreichen [...], und andererseits das Anliegen, die Verwaltungstätigkeit nicht übermässig zu erschweren.»²⁶

On déduit de cet arrêt que la frontière entre intérêt digne de protection et (la figure qui fait office de repoussoir du) recours populaire, doit être recherchée concrètement en fonction de la législation applicable; cela semble exclure l'adoption de formules générales, valables pour les différents domaines du droit. On retrouve d'ailleurs une concrétisation de cette approche dans la formule suivante:

«Un commerçant n'est pas atteint dans ses intérêts dignes de protection au sens de l'article 103, lettre a, OJ par le projet de construction d'un concurrent. La qualité d'un concurrent pour agir par la voie du recours de droit administratif suppose qu'il ait avec l'objet du litige une relation spéciale suffisamment étroite au regard du droit fédéral déterminant.»²⁷

Avec le critère de l'intérêt digne de protection, le cercle des personnes habilitées à recourir et celui des personnes ayant qualité de partie ont connu une forte extension. Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence s'est attachée, au fil des années, à contenir cette évolution dans la crainte du recours populaire. De manière générale, le destinataire de la décision, (qu'il s'agisse d'une décision à prendre ou au contraire d'une décision contestée par un recours), se voit généralement reconnaître la qualité de partie; en effet, cet acte a pour effet de modifier sa situation

²⁶ ATF 139 II 279, c. 2.3.

²⁷ Chapeau de l'ATF 109 Ib 198; certes, ce précédent concernait l'ancien recours de droit administratif, mais celui-ci prévoyait déjà le critère de l'intérêt digne de protection. On peut d'ailleurs supposer que le commerçant recourant peut aisément contourner cet obstacle, en faisant valoir de manière légitime des immissions de bruit excessives ou des problèmes d'accès à son établissement liés au trafic induit par le projet contesté.

juridique²⁸. La jurisprudence s'est montrée beaucoup plus circonspecte sur la question de la légitimation de tiers agissant à l'encontre de décisions favorables au destinataire. Certes, la qualité pour recourir du voisin, dans le domaine du droit des constructions et de la protection de l'environnement, a été assez largement admise²⁹. A l'inverse, la légitimation du concurrent n'a été reçue que très restrictivement³⁰. Les consommateurs se sont par ailleurs vu dénier la qualité pour agir³¹, de même que les dénonciateurs³². Il devrait en aller de même du contribuable, lorsqu'il s'en prend à une décision dont il n'est pas le destinataire, mais qui entraîne potentiellement, selon lui, une aggravation des charges publiques³³.

En fin de compte, la qualité de partie et la légitimation à recourir ont connu une extension importante avec l'adoption du critère de l'intérêt digne de protection. Par contre, depuis l'adoption des normes topiques, la jurisprudence s'est constamment employée à resserrer cette notion, faisant valoir qu'il convenait d'éviter l'ouverture d'un recours populaire. Elle l'a fait dans une approche casuistique, domaine du droit par domaine du droit, ce qui n'offre guère de sécurité juridique.

II. Les fonctions de la procédure

Historiquement, la procédure se voit généralement assigner un rôle secondaire par rapport au droit matériel; elle est au service de ce dernier ou, comme le dit l'adage latin, elle est une « *ancilla iuris* ». Néanmoins, cette fonction ne doit pas être négligée; sans cadre procédural, il n'est en effet pas certain que le droit matériel puisse trouver application, ce qu'un

28 Ainsi, on peut considérer que le destinataire peut se voir reconnaître un intérêt de droit à la modification de la décision attaquée; il aurait donc la qualité également au regard du critère de l'intérêt juridiquement protégé.

29 Voir à cet égard la thèse de PFEIFFER.

30 Voir par exemple ATF 139 II 328, 333, c. 3.4; voir également POLTIER (2017), N 102 et les références.

31 ATF 124 II 499.

32 ATF 139 II 279; à moins que l'auteur de la plainte puisse se voir reconnaître un intérêt digne de protection, ce qui devrait être rare. Voir cependant ATF 138 II 162.

33 Voir cependant arrêt TF 1C_233/2021 du 5 avril 2022; la légitimation du recourant a été admise, bien qu'il ne soit que contribuable, certes dans le cadre d'un contrôle abstrait du règlement communal contesté.

adage anglais exprime bien : « *no right without a remedy* ». Autrement dit, la procédure joue par rapport au droit matériel un rôle instrumental (*infra* A) ; il est sans doute important, mais à première vue secondaire.

Il demeure que cette approche de la procédure apparaît comme très restrictive ; elle doit en effet se voir reconnaître d'autres fonctions également³⁴ (B).

A. La fonction instrumentale

Cette première fonction ne saurait être niée, mais elle ne peut pas, elle ne peut plus être considérée comme exclusive. Certes, l'application du droit matériel constitue un objectif central en droit public ; et la procédure peut même apparaître, dans certaines configurations, comme un obstacle entravant l'atteinte de cet objectif (le respect de la règle de procédure pouvant apparaître comme trop formaliste). Il n'en reste pas moins que l'autorité, chargée de mettre en œuvre le droit positif, dispose fréquemment d'un pouvoir d'appréciation étendu, de sorte que le cadre procédural dans lequel s'élabore la décision peut s'avérer déterminant (le centre de gravité se déplace donc dans une certaine mesure du droit matériel vers la procédure)³⁵.

On relèvera au passage que les autorités, chargées de conduire respectivement la procédure non contentieuse ou la procédure contentieuse, assument des missions fondamentalement différentes. Dans la procédure non contentieuse, l'autorité a pour mission l'application de la loi, alors que l'autorité de recours, pour sa part, assume une fonction de contrôle de la décision portée devant elle. Ces approches et ces fonctions, qui guident chacune de ces étapes procédurales, sont donc profondément différentes³⁶. La tendance actuelle des juridictions administratives, confrontées à un vice affectant la procédure non contentieuse, est fréquemment de considérer que celui-ci, bien qu'il soit avéré, peut néanmoins être réparé dans le cadre de la procédure de recours ; l'idée est qu'un renvoi à l'autorité administrative, afin qu'elle procède conformément au droit formel, constituerait un détour inutile, occasionnant un

³⁴ Sur ce thème, voir également BERNARD, dans ce volume.

³⁵ Kommentar VwVG (2018) – SCHINDLER, Einleitung N 20. Voir aussi THURNHERR (2013), N 177 ss.

³⁶ THURNHERR (2013), N 190 ss ; MOOR/POLTIER (2011), p. 599 ss et 637 ss.

retard dans l'avancement de la procédure, tout en conduisant en fin de compte au même résultat. Cette approche traduit une manière de privilégier la fonction instrumentale de la procédure; en outre, le contrôle exercé par l'autorité de recours sur la procédure apparaît comme secondaire par rapport à celui visant le droit matériel. Cette approche, même si elle est fréquente dans la jurisprudence, mérite d'être questionnée³⁷.

B. Les autres fonctions de la procédure

La doctrine a mis en évidence d'autres fonctions essentielles de la procédure (qu'il s'agisse de la procédure non contentieuse ou de la procédure contentieuse)³⁸.

La procédure met en place tout d'abord un canal de communication entre les parties et l'autorité. Les parties présentent ainsi des allégués sur les faits ou des arguments sur le droit; l'autorité se doit d'en prendre connaissance. Par ailleurs, cette dernière adresse des demandes aux parties et celles-ci doivent les comprendre, avant d'y donner suite. Dans ce contexte, il importe que l'autorité soit à l'écoute et soit respectueuse des parties, qu'elle doit traiter dignement (on parle à cet égard d'une exigence de *fairness* de la procédure). La langue de la procédure revêt à cet égard une certaine importance.

Par ailleurs, la procédure a une fonction de rationalisation du travail de l'autorité. Il s'agit en effet de mettre en place un cadre régulé, dans lequel les parties et l'administration vont interagir. Les processus suivis sont ainsi standardisés, ce qui est de nature à permettre en fin de compte le prononcé d'une décision dans un délai utile et à un coût raisonnable. Il s'agit de mettre en place des mécanismes qui ne soient pas trop complexes (par exemple en réduisant le nombre des parties à la procédure ou des moyens de preuves admissibles); en assurant leur réglage, les dispositions de procédure permettent un traitement à la fois efficace et conforme au principe de l'égalité de traitement des causes soumises à l'administration. Les exigences de simplification sont même sensiblement plus élevées encore en présence de procédures relevant de l'administration de masse.

³⁷ Kommentar VwVG (2018) – SCHINDLER, Einleitung N 21.

³⁸ Kommentar VwVG (2018) – SCHINDLER, Einleitung N 22 ss. Voir aussi THURNHERR (2013), N 196 ss; voir aussi WIEDERKEHR (2022).

La procédure non contentieuse a aussi une fonction de protection juridique, complémentaire à celle des voies de droit. Il s'agit en effet d'assurer aux parties l'exercice du droit d'être entendu dans ses diverses composantes, avant même le prononcé d'une décision (voir d'ailleurs la formulation de l'art. 32, al. 1, PA). Dans le même esprit, en tant que la procédure non contentieuse permet de préparer une décision qui soit plus solidement fondée, elle peut jouer un rôle de décharge des instances de recours ou un rôle complémentaire par rapport à la protection juridique elle-même (ce d'autant que le contrôle exercé par l'autorité de recours ne peut s'étendre à tous les aspects de la décision). D'ailleurs, il s'agit aussi, dans cette phase non contentieuse (spécialement durant l'instruction) d'établir les faits de manière exacte et complète, avec la collaboration des parties, conforme en fin de compte à la réalité des faits. Ces différents éléments permettent d'aboutir, autant que faire se peut, à une « décision juste ».

La procédure a enfin un rôle de légitimation de l'action publique et contribue à cet égard à la paix publique. Ainsi, une décision soigneusement motivée est susceptible de convaincre les parties de son bien-fondé ; elle contribue donc à l'acceptation potentielle de la décision par les parties concernées, ce qui réduit le risque de litiges.

En fin de compte, SCHINDLER³⁹ résume les relations entre ces différentes fonctions par ce qu'il appelle un « triangle magique ». Les trois sommets de ce triangle sont alors les suivants : l'objectif d'une « décision juste », la *fairness* et enfin l'exigence que la procédure soit simple, rapide et économique. Les lois de procédure s'expriment il est vrai rarement de manière expresse sur les relations entre ces trois objectifs ou sur l'équilibre entre eux auquel il conviendrait de tendre. Quoi qu'il en soit, ces différents objectifs ne coïncident pas pleinement avec la seule fonction instrumentale de la procédure.

C. Les fonctions et les principes généraux de la procédure

On évoquera ci-après brièvement quelques principes procéduraux ; il s'agit cependant de montrer dans quelle mesure ces différents principes permettent à la procédure de remplir ses fonctions. Quelques principes

³⁹ On s'inspire en effet, sur les développements qui précèdent, ainsi que sur le point qui va suivre, du Kommentar VwVG (2018) – SCHINDLER, Einleitung N 22 ss.

relèvent du droit constitutionnel, notamment de l'article 29 Cst. (ch. 1 ; voir aussi ch. 2, à propos de l'article 30 Cst.). D'autres principes procéduraux doivent également être mentionnés, même s'ils ne figurent pas expressément, ni dans la Constitution, ni dans la loi : on pense ici aux maximes (3). On évoquera enfin les lois de procédures proprement dites (4).

1. *Les principes codifiés à l'article 29 Cst.*

Cette disposition constitue le fondement notamment de la garantie du droit d'être entendu (art. 29, al. 2, Cst.) ; on peut d'ailleurs y rattacher le thème de l'assistance judiciaire gratuite (art. 29, al. 3, Cst.). La garantie du droit d'être entendu, parmi les autres droits prévus par l'article 29 Cst., constitue le phare qui doit servir de guide pour l'adoption des règles de procédure au niveau légal, notamment en matière administrative. Ce thème, développé ailleurs dans cet ouvrage⁴⁰, ne sera pas repris ici en détail.

L'article 29, alinéa 1, Cst., dans une formule très ramassée, comporte aussi d'autres garanties, que l'on peut rattacher à l'interdiction du déni de justice matériel ou formel. Le premier élément (déni de justice matériel) est visé par l'exigence d'un traitement *équitable* (étant entendu que, s'agissant du droit public, les exigences de l'art. 29 concernent aussi bien la procédure non contentieuse que la contentieuse). Un traitement équitable de la cause suppose notamment que les parties à la procédure disposent d'armes égales (on voit d'ailleurs ici le lien avec le droit d'être entendu). Par ailleurs, une procédure ne peut être qualifiée d'équitable que si elle est conduite par une autorité établie par la loi, compétente, composée de manière régulière et impartiale⁴¹. Enfin, l'autorité devrait, sur la base de cette exigence, adopter un comportement conforme à la loi et de surcroît loyal (ou conforme aux exigences de la bonne foi)⁴².

L'article 29, alinéa 1, Cst. exige aussi que la cause dont l'autorité est saisie soit tout simplement traitée (on peut rattacher cette exigence à l'interdiction du déni de justice formel). On ne s'attardera pas longtemps

⁴⁰ Voir la contribution de FRÉDÉRIC BERNARD.

⁴¹ DUBEY (2018), N 4022 ss et 4027 ss. Sur les deux derniers aspects (composition régulière de l'autorité et impartialité de celle-ci), voir GRODECKI, dans cet ouvrage.

⁴² DUBEY (2018), N 4033 ss.

sur cet aspect; il y a violation de cette garantie lorsque l'autorité tarde à statuer, lorsqu'elle refuse de le faire (dénier de justice formel au sens étroit), voire en cas de violation de la prohibition du formalisme excessif⁴³. La jurisprudence a récemment développé (sur le modèle de ce que prévoit l'art. 25 PA, s'agissant des décisions en constatation, mais en le dépassant) un aspect particulier de cette exigence: en effet, dans certaines circonstances, il faut reconnaître à la partie concernée un droit à l'ouverture d'une procédure, puis au prononcé d'une décision⁴⁴; de surcroît, dès l'instant où un tel droit est reconnu, il ouvre également l'accès à la juridiction administrative, puisque la décision est l'acte par excellence susceptible de recours. On ajoutera que, dans la période récente, le législateur a étendu le champ des actes susceptibles de faire l'objet de décisions, notamment avec l'article 25a PA relatif aux actes matériels. Ce thème, qui traduit une évolution discrète, mais essentielle du droit de la procédure administrative, est abordé ailleurs dans cet ouvrage; il ne sera donc pas traité ici⁴⁵.

2. *Les principes de l'article 30 Cst. (procédure contentieuse)*

L'article 30 Cst. constitue le fondement de diverses garanties de procédures judiciaires. Elles sont donc applicables, en procédure contentieuse, devant les juridictions de droit public. On rappelle d'ailleurs que l'article 29a Cst. garantit l'accès au juge dans les causes de droit public également. L'article 30 Cst. prévoit, pour les procédures judiciaires, que les parties ont droit à ce que leur cause «soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial»⁴⁶. On ne s'étendra pas sur cette disposition et ses diverses composantes; il faut tout au plus relever que l'article 30, pose des exigences envers l'autorité judiciaire qui correspondent dans une certaine mesure à celles qui découlent du traitement équitable à teneur de l'article 29, alinéa 1, Cst. pour l'autorité administrative en procédure non contentieuse. Elles sont toutefois

⁴³ Voir à ce sujet DUBEY (2018), N 4036 ss et les nombreuses références.

⁴⁴ Il faut souligner en effet que l'autorité, dès l'instant qu'elle a ouvert une procédure, pour laquelle elle est compétente, a l'obligation de la mener à chef et de rendre une décision à ce propos.

⁴⁵ Voir la contribution d'ANNE-CHRISTINE FAVRE. Voir également BAUMANN, ainsi que WALDMANN, in HÄNER/WALDMANN (2022), p. 55 ss. Voir aussi ATF 143 I 336, relatif à l'extension du régime de l'art. 25a PA au droit cantonal.

⁴⁶ Sur le dernier point voir d'ailleurs GRODECKI dans cet ouvrage.

appliquées en posant des standards plus élevés pour les autorités judiciaires, notamment s'agissant d'indépendance et d'impartialité⁴⁷.

3. *Les maximes*

Les lois de procédure mettent en place des processus, des mécanismes ; ceux-ci doivent en somme être dotés d'un moteur, afin que la procédure avance jusqu'au prononcé d'une décision (cette idée est d'ailleurs sous-jacente à l'art. 29, alinéa 1, Cst., lorsqu'elle exige un traitement de la cause dans un délai raisonnable). Il existe divers types de procédures (procédure civile, pénale, administrative) et il est normal dès lors que ces procédures obéissent, dans une certaine mesure à tout le moins, à des maximes différentes.

La première question à résoudre est celle de déterminer qui, de l'administration ou de la partie, a l'initiative de l'ouverture de la procédure. On parle de maxime d'office lorsqu'il appartient à l'administration de le faire (cette compétence s'étend aussi à la définition de l'objet de la procédure, voire à la possibilité d'y mettre fin) ; lorsque cette prérogative revient à la partie, on parle au contraire de maxime de disposition. On trouve les deux solutions en procédure administrative ; dans certains cas, l'initiative appartient à l'administration (ainsi pour le prononcé d'une sanction administrative ou dans le domaine fiscal) ; au contraire, de nombreuses procédures administratives ne débutent qu'avec une demande de l'administré (autorisations de toutes sortes, subventions, prestations d'assurances sociales, etc.). Le contentieux administratif, par voie de recours (ce qui est la configuration la plus fréquente) ou par voie d'action, obéit lui aussi à la maxime de disposition⁴⁸. Une fois ouverte, la procédure administrative se poursuit par la phase d'instruction ; dans ce cadre, prévaut la maxime inquisitoire, qui s'oppose à la maxime des débats, applicable en procédure civile. Selon la maxime inquisitoire, il appartient à l'autorité d'établir d'office les faits (voir par exemple art. 12 PA) ; la partie assume cependant dans ce cadre fréquemment une obliga-

⁴⁷ Notamment l'exigence d'une autorité établie par la loi, compétente et impartiale. Voir à ce propos DUBEY (2018), N 4027 et 4237 ss, avec de longs développements à propos de l'art. 30 Cst.

⁴⁸ Cette maxime prévaut en procédure civile. Dans le domaine de la procédure pénale, c'est la maxime d'office qui domine ; cependant les voies de droit obéissent à la maxime de disposition.

tion de collaboration (voir par exemple art. 13 PA)⁴⁹. On mentionnera encore l'obligation pour l'autorité d'appliquer le droit d'office.

On relèvera à cet égard que les deux derniers éléments mentionnés contribuent à l'objectif de la procédure consistant à arrêter en fin de compte une « décision juste » (basée sur la réalité des faits et appliquant l'ensemble des règles de droit pertinentes).

4. *Les lois de procédure*

Au niveau de la loi (formelle, voire matérielle), les textes concrétisent ces différents principes. Ceux-ci sont parfois contradictoires (le droit d'être entendu, d'une part, l'avancement dans un délai raisonnable de la procédure, d'autre part, par exemple); les dispositions légales de procédure, qui ne peuvent guère être qualifiées de principes, traduisent souvent une forme de compromis entre ces principes. Le droit positif prévoit ainsi généralement que la procédure se déroule par écrit; une telle norme n'est pas un « grand principe », même si elle est une caractéristique importante de la procédure administrative et qu'elle constitue simultanément une restriction du droit d'être entendu⁵⁰. De même, les lois de procédure prévoient des délais légaux; elles permettent également à l'autorité de fixer aux parties des délais pour l'exercice du droit d'être entendu ou la production de pièces; là aussi, il s'agit d'une forme de restriction du droit d'être entendu que la jurisprudence a largement admise, dans la mesure où ces règles permettent à la procédure d'avancer⁵¹.

En fin de compte, on retrouve l'idée du triangle magique de SCHINDLER; la question pourrait se poser de savoir dans quelle mesure les différentes normes des lois de procédure arrêtent des solutions tenant compte de manière adéquate des différentes fonctions assignées à la procédure. Il est toutefois impossible, dans le cadre de la présente contribution, d'examiner les dispositions des différentes lois (générales ou spéciales) de procédure au travers de la grille d'analyse proposée par cet auteur. Dans les

⁴⁹ Sur ce dernier point, voir les développements de GRISEL RAPIN, dans ce volume.

⁵⁰ Restriction devenue presque évidente : on répète volontiers que le droit d'être entendu n'est pas un droit d'être entendu « oralement ».

⁵¹ En effet, il faut bien que la procédure avance; la fixation de délais est une manière de faire fonctionner le « moteur ».

lignes qui suivent, on se limitera à quelques réflexions sur les tendances en cours actuellement.

III. Les tendances à l'œuvre aujourd'hui

On a choisi de traiter ici, assez brièvement, deux tendances⁵². Tout d'abord, aussi bien dans la société civile que dans le monde politique, la procédure administrative (non contentieuse ou contentieuse) est critiquée – dans une forme de leitmotiv – pour sa lenteur excessive (*infra* A). Par ailleurs, on évoquera la prolifération de dispositions spéciales prévoyant des règles de procédure qui s'écartent peu ou prou des règles arrêtées par les lois générales et les difficultés que cela soulève (B); ces divergences s'expliquent d'ailleurs dans certains cas par la volonté d'accélérer les procédures, soit de répondre par ce biais à la première préoccupation.

A. L'exigence d'une procédure simple, rapide et économique

On se souvient des trois pôles du triangle magique de SCHINDLER; le débat politique met aujourd'hui fréquemment en avant l'un de ces pôles, afin que la procédure administrative se déroule plus rapidement, voire de manière plus économique. A cet égard, le droit positif a régulièrement apporté quelques réponses (ou tenté de le faire); il évoluera encore à l'avenir dans le même sens. Les réponses données varient selon qu'il s'agit de la procédure non contentieuse ou de la procédure contentieuse (ci-après 1, puis 2).

1. La procédure non contentieuse

On l'a déjà relevé, l'autorité est amenée, dans certains domaines, à gérer des procédures relevant de l'administration de masse (ainsi en droit fiscal ou en droit des assurances sociales, par exemple). L'une des réponses apportées pour améliorer l'efficacité de l'administration a été l'introduction d'une procédure de réclamation (ci-dessous a). L'on a envisagé également pour ces procédures ainsi que d'autres, obéissant à la maxime de disposition, l'utilisation de formulaires, notamment pour le dépôt de

⁵² L'approche suivie ici n'a donc rien d'exhaustif; le choix opéré pourrait même apparaître comme arbitraire, mais il s'explique par l'étendue de la présente contribution.

demandes adressées à l'autorité (b). Dans la foulée, l'on a introduit la possibilité de procédures numérisées et cette voie devrait se confirmer à l'avenir (c).

a. Les procédures de réclamation

Ce procédé consiste à admettre que l'autorité a la possibilité, dans un premier temps, de rendre une décision sous une forme simplifiée (dotée par exemple d'une motivation sommaire, voire sans motivation; sans signature). En compensation, les parties sont autorisées à former une contestation (on parle à ce propos de réclamation ou d'opposition) de manière simplifiée également; en effet, celle-ci n'a pas à être motivée non plus et elle est (souvent) gratuite. Dans la mesure où cette procédure de réclamation permet à l'administré, pour la première fois, d'exercer pleinement son droit d'être entendu, on peut même se demander si le droit constitutionnel n'exige pas la gratuité de cette procédure⁵³.

On connaît ce mécanisme en matière fiscale, ainsi que dans le domaine des assurances sociales. Le législateur cantonal l'a parfois étendu à d'autres domaines (ainsi en droit vaudois, en matière de retrait du permis de conduire et de bourses d'études et d'apprentissage⁵⁴). Le but principal est ici de créer une forme de « filtre » de manière à éviter que l'administration de masse ne génère un contentieux de masse: en effet, la réclamation est adressée à l'autorité qui a rendu la première décision; elle peut alors reconsidérer sa position par le prononcé d'une décision sur réclamation. Seule la décision sur réclamation peut ensuite être portée devant la juridiction administrative de recours.

A priori, ce mécanisme apparaît comme un filtre efficace; malgré le nombre très élevé de décisions rendues dans le domaine fiscal ou celui des assurances sociales, les juridictions de recours ne semblent pas inondées de procédures⁵⁵. Par contre, il n'est pas évident d'affirmer que cette

⁵³ Sur cette thématique, voir ATF 143 II 467; voir en outre THURNHERR (2020), certes à propos des frais dans le cadre des procédures d'opposition en matière de construction et d'aménagement, spéc. p. 1072 ss.

⁵⁴ Voir à ce sujet BOVAY/BLANCHARD/GRISEL RAPIN (2021), art. 66 N 1 ss.

⁵⁵ L'auteur n'a pas été en mesure de procéder à des relevés statistiques sur ces points; l'affirmation présentée au texte, approximative, mériterait d'être nuancée.

voie de droit intermédiaire (considérée comme un prolongement de la procédure non contentieuse) accélère les procédures⁵⁶.

L'article 52 de la loi fédérale, du 6 octobre 2000, sur la partie générale du droit des assurances sociales prévoit ce mécanisme⁵⁷. L'article 51 LPGa prévoit cependant une procédure simplifiée, plus simple encore que celle que l'on vient de décrire, puisqu'elle est informelle et ne comporte pas le prononcé d'une décision. Elle s'applique aux prestations, créances ou injonctions qui ne sont pas importantes ou celles avec lesquelles l'assuré n'est pas en désaccord (à défaut l'art. 49, al. 1, LPGa s'applique et exige le prononcé d'une décision⁵⁸). Contrairement à ce qui prévaut dans le cadre de l'article 49 LPGa, qui exige une décision en la forme écrite, tel n'est donc pas le cas dans la procédure simplifiée régie par l'article 51 LPGa ; dans ce cadre, les autorités compétentes en matière d'assurances sociales peuvent, en conséquence, traiter les cas, de manière informelle et totalement numérisée. En pratique, les caisses-maladie procèdent très largement de la sorte ; on peut d'ailleurs se demander si les caisses basculent volontiers de la procédure simplifiée à celle de l'article 49 LPGa, pour rendre des décisions en bonne et due forme, car la voie informelle de l'article 51 LPGa est pour elles beaucoup moins coûteuse qu'une procédure ordinaire.

b. L'utilisation par l'administration de formulaires pré-rédigés

Avec l'avènement de la bureaucratie, décrite par Max WEBER, la procédure administrative est devenue pour l'essentiel écrite ; cette exigence crée d'emblée une distance entre l'administré et l'administration. Une étape supplémentaire dans la formalisation des procédures est intervenue avec la généralisation de l'utilisation de formulaires. Cela avait pour effet de standardiser les processus : l'administré, dans la formule pré-imprimée, devait fournir des réponses précises sur sa situation de fait, de sorte que le formulaire ne laissait souvent pas de place pour présenter les

⁵⁶ Il faudrait sans doute distinguer selon que la décision fait ou non l'objet d'une réclamation. Les décisions non contestées sont traitées sans doute rapidement ; c'est moins évident pour les autres.

⁵⁷ LPGa – RS 830.1.

⁵⁸ Voir à ce propos art. 51, al. 1, avec renvoi à l'art. 49, al. 1, et 51, al. 2, LPGa. L'intéressé peut exiger qu'une décision, au sens de l'art. 49 LPGa, soit rendue ; il en va en particulier ainsi lorsque l'intéressé n'est pas d'accord avec une « décision » prise en procédure simplifiée : art. 49, al. 1 *in fine*, LPGa.

particularités de situations individuelles⁵⁹. Il faut bien évidemment réserver les cas dans lesquels les formulaires comportent des espaces permettant précisément à l'administré d'ajouter des indications relatives à sa situation particulière; en pratique, de tels formulaires facilitent moins un traitement standardisé des cas que ceux qui ne contiennent pas cet espace.

c. La numérisation

Avec l'essor de l'informatique, l'usage de formulaires s'est renforcé encore. Cela a d'ailleurs pu déboucher dans certains cas sur un traitement (presque) entièrement numérique de dossiers et donc sur une accélération très significative du traitement de ces causes⁶⁰.

La numérisation, aujourd'hui, ne se limite pas au traitement de dossiers ouverts sur demande par le biais de formulaires. Elle concerne désormais de nombreux domaines: on pense à la fiscalité, ainsi qu'au domaine du droit des constructions et de la protection de l'environnement. Dans ce dernier cas, toutefois, le droit positif exige des pesées d'intérêts complexes; la numérisation favorise la circulation de l'information, mais la prise de décisions elles-mêmes reste délicate.

Quoi qu'il en soit, à l'heure actuelle, la communication par voie électronique, portant notamment sur les décisions administratives, est limitée; ainsi l'article 34, alinéa 1^{bis}, PA prévoit que la notification des décisions par cette voie n'est possible qu'avec l'accord de la partie concernée⁶¹. On peut toutefois se demander si cette approche mesurée du traitement électronique des dossiers administratifs est réellement observée par toutes les administrations ou si, dans les faits, ces dernières cèdent un peu plus au confort numérique.

⁵⁹ Voir à ce sujet les deux études de MEYER (2022a) et MEYER (2022b).

⁶⁰ On pense ici à l'établissement, par l'autorité, des certificats COVID; voir à ce sujet BRAUN BINDER, ainsi que MEYER (2022b), p. 371, avec d'autres exemples p. 368 ss.

⁶¹ Bon nombre de législations cantonales comportent la même exigence; ainsi Fribourg: voir annexe 1 au CPJA (traitement électronique des données dans la procédure administrative, art. 3; cette règle précise toutefois que les personnes qui s'adressent électroniquement à une autorité sont censées accepter une notification par la même voie des décisions administratives). Sur ce thème, voir au surplus GLASER/EHRAT (2019).

Il faut encore signaler à ce propos la refonte de la fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données⁶², qui devrait entrer en vigueur en 2023. L'art. 21 LPD permet désormais le prononcé, en droit fédéral, de décisions entièrement automatisées (la modification de diverses lois spéciales doit intervenir simultanément, celles-ci concrétisant la possibilité ouverte par la LPD); l'article 25, alinéa 2, lettre d LPD aménage dans cette hypothèse le droit d'accès de la personne concernée⁶³. Pour l'avenir, il faut sans doute compter avec une numérisation accrue des procédures non contentieuses; un projet de loi fédérale a été déposé en effet dans ce sens⁶⁴. Ce projet serait applicable, au premier chef, à l'administration fédérale, mais les administrations cantonales suivront sans doute le même chemin.

2. *La procédure contentieuse*

a. La tenue d'audiences?

Bon nombre des principes abordés au sujet de la procédure non contentieuse sont valables aussi pour la procédure contentieuse. Tel devrait être le cas de l'équilibre résultant du triangle magique de SCHINDLER. Néanmoins, on se souvient que l'autorité de recours assume une fonction différente, dont l'accent est mis sur le contrôle de la décision administrative. Sous l'angle procédural, il en résulte une différence fondamentale (liée à l'application de la maxime de disposition en procédure de recours): l'auteur du pourvoi, une fois qu'il a déposé son acte, doit collaborer à la procédure; on attend de lui notamment qu'il mette en évidence les points qu'il entend contester. L'autorité de recours peut ainsi adopter un point de vue resserré par rapport à celui de l'autorité de première instance; cela permet l'examen de la situation particulière du recourant et une limitation du contrôle exercé. Dans un tel contexte, on pourrait envisager que l'autorité de recours, afin d'assurer un traitement approprié de cette situation particulière, tienne audience pour entendre le recourant oralement. Certains auteurs estiment, de manière convain-

⁶² FF 2020 7397.

⁶³ BRAUN BINDER, p. 257 ss, avec une analyse des lois spéciales où de telles décisions sont prévues, p. 261 ss.

⁶⁴ Projet de loi fédérale sur l'utilisation des moyens électroniques pour l'exécution des tâches des autorités (P- LMETA); voir le message du Conseil fédéral sur cet objet, publié à la FF 2022 804 ss.

cante, qu'il y aurait là un moyen pour une efficacité accrue⁶⁵. Il n'en demeure pas moins que la tendance actuelle, au sein des juridictions administratives, va vers une rationalisation et une standardisation accrue des procédures; concrètement, elles paraissent fixer de plus en plus rarement des audiences, en s'appuyant parfois sur des textes légaux visant à donner un caractère exceptionnel à cette mesure d'instruction⁶⁶. Le manque de moyens paraît être ici la justification de cette approche.

b. La suppression de voies de recours et autres moyens

La lenteur de certaines procédures, certes complexes, a été mise en exergue à juste titre. On pense ainsi aux procédures nécessaires pour la réalisation de parcs éoliens (dans la règle, deux étapes successives sont nécessaires; le plan d'affectation, puis le permis de construire)⁶⁷. Concrètement, la proposition a été faite récemment de supprimer la voie du recours au Tribunal fédéral contre les décisions cantonales de permis de construire; un tel pourvoi ne restant possible qu'à l'encontre des plans d'affectation⁶⁸.

A vrai dire, ce n'est là qu'un exemple parmi les dispositions adoptées ou proposées en vue d'une accélération des procédures contentieuses. Il n'est guère possible de les examiner chacune, ce d'autant que certaines ont déployé peu d'effets, ce qui a suscité de nouvelles propositions dans le même but. On pense par exemple aux règles fixant à l'autorité de recours un délai pour le prononcé de son jugement⁶⁹.

c. La numérisation

Enfin, la tendance à la numérisation fait aussi son chemin pour les procédures contentieuses, même si le projet en cours est moins avancé que

⁶⁵ SCHINDLER (2012).

⁶⁶ Pour le droit vaudois, voir BOVAY/BLANCHARD/GRISEL RAPIN (2021), art. 27 N 1.1.

⁶⁷ Dans le canton de Vaud, diverses procédures conduites à cet effet se sont déployées sur une période de plus de 20 ans.

⁶⁸ Voir à ce propos FF 2023 344 s., concernant il est vrai les installations éoliennes d'intérêt national.

⁶⁹ Sur ce thème, voir encore SCHINDLER (2012); WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME (2021a); WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME (2021b).

pour les procédures non contentieuses de l'administration fédérale⁷⁰. Ainsi, un avant-projet de loi fédérale sur la plateforme de communication électronique dans le domaine judiciaire (AP-LPCJ) a été mis en consultation; un projet devrait bientôt être déposé sur le bureau du Parlement. On mentionnera ici une seule disposition de cet avant-projet⁷¹, l'article 47a, lettre c^{bis}: il pose le principe de la communication électronique obligatoire. Selon son alinéa 1, cette obligation s'impose à la fois aux autorités et aux personnes qui représentent les parties à titre professionnel devant les autorités judiciaires suisses; elle implique que ces dernières ne peuvent procéder à l'échange de documents avec les autorités de recours qu'en utilisant une plateforme de communication électronique. Bon nombre de cantons envisagent d'adopter aussi ce modèle sur le plan cantonal.

B. Les lois spéciales: lieu de forces centrifuges

On a relevé que le droit administratif spécial comportait fréquemment des dispositions de procédure qui s'écartent de la loi générale de procédure. Le phénomène est compréhensible, dans la mesure où la loi générale est très ramassée et qu'elle n'est guère en mesure de répondre aux besoins des autorités dans les différents domaines qu'elles ont à traiter. Il reste à savoir si le législateur, en adoptant des règles particulières, prend en considération les principes généraux de la procédure, voire s'il se contente de préciser les règles de la loi générale, sans y déroger (pour reprendre l'exigence formulée, de manière maladroite, par l'art. 4 PA; elle est sans doute peu respectée, ce d'autant qu'on voit mal qu'elle lie le législateur).

Toutefois, on peut craindre le phénomène contraire. A cet égard, on se bornera à citer ici la loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics⁷². Certes, selon l'article 55 LMP, les procédures de décisions et de recours sont régies par la PA, sauf disposition contraire de la LMP. Néanmoins, la LMP paraît effectivement s'écarter de la PA sur de très

⁷⁰ Par exemple, la jurisprudence du TF retient que les parties ne peuvent se prévaloir d'un droit à la notification des communications des autorités pénales sous forme numérique: ATF 147 IV 510.

⁷¹ Identique dans l'AP – LPCJ et dans l'AP – PA.

⁷² LMP – RS 172.056.1.

nombreux points et dans une mesure importante. Le premier exemple est d'ailleurs frappant; selon l'article 51, alinéa 1: «*Les soumissionnaires ne peuvent invoquer le droit d'être entendu avant la notification de la décision*»; en outre, selon l'article 57, alinéa 1: «*Au cours de la procédure de décision, les soumissionnaires, n'ont pas le droit de consulter les pièces..* Autrement dit, ces droits, qui semblent supprimés durant la procédure non contentieuse (et ce jusqu'au dépôt du recours), sont renvoyés à être exercés durant la procédure contentieuse. Pendant cette dernière, selon l'article 57, alinéa 2, LMP, «*le recourant peut, sur demande, consulter les pièces relatives à l'évaluation de son offre et les autres pièces de la procédure déterminantes pour la décision, à moins qu'un intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose*». Autrement dit, même durant la procédure contentieuse, le droit de consulter le dossier se trouve limité aux pièces déterminantes; et encore, la consultation de celles-ci ne semble pas être possible lorsqu'un intérêt public ou privé prépondérant (on pense ici aux secrets d'affaire) s'y oppose. On pourrait ainsi se demander si ces dispositions respectent les exigences minimales de l'art. 29, alinéa 2, Cst.; vu l'art. 190 Cst., ce thème ne sera pas développé ici. Mais les règles de l'AIMP, soit l'accord intercantonal sur le même objet, sont les mêmes; or, le droit (inter)cantonal ne bénéficie pas de l'immunité de l'art. 190 Cst., de sorte que la question pourrait surgir dans ce contexte. Le deuxième exemple concerne l'article 13 LMP, qui règle la question de la récusation. A teneur de cette disposition (al. 1, let. e), une apparence de partialité n'est pas suffisante pour conduire à la récusation⁷³; il faut au contraire que la personne incriminée ne dispose pas de l'indépendance nécessaire pour participer à la procédure d'adjudication, du côté de l'adjudicateur ou du jury. Par ailleurs, il faut noter, s'agissant de la procédure contentieuse, que le recours n'a pas d'effet suspensif (art. 54 LMP). De surcroît, pour toutes les contestations portant sur des marchés non soumis aux accords internationaux, le recours ne peut pas tendre à l'annulation de la décision; l'autorité de recours, si elle admet le pourvoi, ne peut constater que l'illégalité de la décision attaquée (art. 52, al. 2, LMP). On note encore que l'art. 23 LMP prévoit la possibilité de conduire des enchères électroniques, auquel cas le pro-

⁷³ En droit ordinaire, une apparence de partialité est au contraire suffisante! Voir à ce propos GRODECKI, dans ce volume.

cessus d'acquisition se déroule de manière entièrement numérisée, à l'aide d'algorithmes.

Comme on le voit, les entorses apportées par la LMP aux principes généraux de procédure (droit d'être entendu; impartialité de l'autorité amenée à statuer), voire les dérogations à la PA (régime des voies de recours) sont très importantes. On a pu faire un constat similaire avec la LPGA, spécialement avec l'art. 51 de cette loi. Il en découle un droit de procédure spécial, très éloigné des solutions de la loi générale de procédure administrative. Il s'agit-là uniquement de deux exemples. La question peut ainsi se poser de savoir si les dispositions des lois spéciales respectent l'esprit de la PA ou, au contraire, si elles s'en affranchissent complètement, voire dans une mesure excessive; on ne saurait toutefois lui apporter une réponse générale ici.

IV. Remarques conclusives

Dans le domaine de la procédure administrative (non contentieuse ou contentieuse), les grands principes côtoient de nombreuses normes de moindre importance. Les normes constitutionnelles posant les garanties de procédure (garanties générales de l'art. 29 Cst.; garantie d'accès au juge: art. 29a; garanties de procédure judiciaire: art. 30) sont paradoxalement plus récentes que bon nombre de lois générales de procédure administrative. Il est ainsi possible que les dispositions constitutionnelles précitées n'aient pas encore livré tout le potentiel qu'elles recèlent, de sorte que l'on peut s'attendre à de nouveaux développements encore. Par ailleurs, les lois cantonales de procédure (au contraire de la PA qui est relativement ancienne) ont été adoptées dans la période récente; on peut d'ailleurs se demander quel a été l'apport réel de ces textes de lois par rapport à la situation antérieure où la procédure n'était pas réglementée.

Quoi qu'il en soit, sur le terrain des principes, il n'est pas évident que l'adoption d'une nouvelle disposition prévoyant un « droit à une bonne administration » serait susceptible de compléter le dispositif actuel résultant des articles 29 ss Cst. L'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui consacre un tel droit, comporte d'assez nombreux aspects procéduraux; mais ceux-ci ne paraissent pas se dis-

tinguer fondamentalement de ceux qui découlent des dispositions suisses⁷⁴.

On a pu constater plus haut que la pression pour une accélération des procédures administratives était forte et constante. Néanmoins, sur le plan juridique, il convient de s'assurer que les dispositions adoptées dans un tel but ne viennent pas restreindre par trop, voire violer les principes procéduraux consacrés dans la Constitution. Par ailleurs, le phénomène de la numérisation entraîne une évolution qu'il est difficile d'apprécier pleinement à l'heure actuelle. D'aucuns souhaitent obtenir la garantie qu'un humain soit chargé de traiter des dossiers touchant des situations essentielles à la sauvegarde des droits de personnes privées⁷⁵. De même, la crainte se fait jour d'un traitement des causes administratives par la voie d'algorithmes; on peut d'ailleurs se demander si cette formule relève du droit matériel (l'algorithme devrait sans doute être programmé de manière à respecter le droit matériel) ou procédural. A cet égard, certains juristes suggèrent, dans l'hypothèse où des algorithmes sont appliqués, que ceux-ci soient transparents, vérifiables et équitables⁷⁶. On laissera ces dernières questions ouvertes non sans relever leur importance dans le contexte actuel de numérisation, qui n'épargne pas les acteurs publics.

⁷⁴ Ont une portée procédurale à tout le moins les al. 1, 2, voire 4 de l'art. 41 de la Charte précitée. Voir au surplus TANQUEREL (2022), p. 24 ss, au sujet de la consécration d'un tel droit, à vrai dire moins sur le terrain procédural que sur celui du droit matériel.

⁷⁵ Voir à ce sujet art. 23 de l'avant-projet de Constitution valaisanne.

⁷⁶ Voir la proposition VON SCHIRACH, qui fait l'objet d'un débat entre les professeurs MARKUS SCHEFER et l'ancien juge au Tribunal fédéral HANS-GEORG SEILER, in: Plaidoyer 2/2022, p. 6 ss.

V. Bibliographie sommaire

- AUBRY GIRARDIN FLORENCE/DONZALLAZ YVES/DENYS CHRISTIAN/
BOVEY GRÉGOR/FRÉSARD JEAN-MAURICE (2022), *Commentaire
de la LTF*, 3^e éd., Berne.
- AUER CHRISTOPH/MÜLLER MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (éds)
(2018), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
(VwVG)*, 2^e éd., Zurich (cité : *Kommentar VwVG-Auteur* (2018),
Art. XX N YY).
- BACHMANN GREGOR (2019), *Anspruch auf Verfahren und Entscheid. Der
Zugang zum Verwaltungsverfahren und zur Verwaltungsrechtspflege
unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtliche Ver-
fahrensgarantien*, Berne.
- BOVAY BENOÎT (2015), *Procédure administrative*, 2^e éd., Berne.
- BOVAY BENOÎT, BLANCHARD THIBAUT/GRISEL RAPIN CLÉMENCE
(2021), *Procédure administrative vaudoise, LPA-VD annotée*, 2^e éd.
Bâle.
- BELLANGER FRANÇOIS, TANQUEREL THIERRY (éds) (2013), *Le conten-
tieux administratif*, Genève/Zurich/Bâle.
- BRAUN BINDER NADJA, Als Verfügungen gelten Anordnungen der Ma-
schinen im Einzelfall... – Eine Dystopie oder künftiger Verwaltungs-
alltag?, in: RDS 2020 I 253 ss.
- CANDRIAN JÉRÔME (2013), *Introduction à la procédure administrative
fédérale: la procédure devant les autorités administratives fédérales
et le Tribunal administratif fédéral*, Bâle.
- CHAIX FRANÇOIS (2017), Les motifs du recours en matière de droit
public, in: BOHNET/TAPPY (éds), *Dix ans de Loi sur le Tribunal fédé-
ral*, Bâle, p. 187 ss.
- DUBEY JACQUES (2018), *Droits fondamentaux II* 783 ss, Bâle.
- DONZALLAZ YVES (2008), *Loi sur le Tribunal fédéral – Commentaire*,
Berne.
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHWEIZER RAINER J. (éds) (2008), *Le Tri-
bunal administratif fédéral: Statut et missions*, St-Gall.
- GLASER ANDREAS/EHRAT MARCO (2019), E-Government-Gesetzge-
bung durch die Kantone – Integration in die Verfahrenskodifikation
oder Auslagerung in Spezialerlasse?, *LeGes* n° 5.

- GYGI FRITZ (1983), *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2^e éd., Berne.
- HÄNER ISABELLE/WALDMANN BERNHARD (2022), 8. *Forum für Verwaltungsrecht, Brennpunkt « Verfügung »*, Berne.
- KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS (2021), *Öffentliches Verfahrensrecht*, 3^e éd., Zurich/St-Gall.
- KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN (2013), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd., Zurich.
- LUGON JEAN-CLAUDE/POLTIER ETIENNE/TANQUEREL THIERRY (2006), Les conséquences de la réforme de la justice fédérale pour les cantons, in: *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, [édité par TANQUEREL/BELLANGER], Genève/Zurich/Bâle, p. 103 ss.
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE (2021), *Droit constitutionnel suisse*, vol. II: Les droits fondamentaux, 4^e éd., Berne (p. 649 ss).
- MANFRINI PIERRE-LOUIS (2006), Le Tribunal administratif fédéral, in: *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, [édité par TANQUEREL/BELLANGER], Genève/Zurich/Bâle, p. 25 ss.
- MEYER CHRISTIAN (2022a), Das Formular im Verwaltungsverfahren – Elemente einer Dogmatik, *ZBl* 2022 p. 231 ss.
- MEYER CHRISTIAN (2022b), Digitale Formulare als Angelpunkt automatisierter Verwaltungsverfahren, in: *RDS* 2022 I 365.
- MOOR PIERRE, FLÜCKIGER ALEXANDRE, MARTENET VINCENT (2012), *Droit administratif*, vol. I: Les fondements, 3^e éd., Berne.
- MOOR PIERRE, POLTIER ETIENNE (2011), *Droit administratif*, vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd., Berne.
- MOSER ANDRÉ/BEUSCH MICHAEL/KNEUBÜHLER LORENZ (2022), *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 3^e éd. Bâle.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS (éds) (2018), *Bundesgerichtsgesetz – Basler Kommentar*, 3^e éd., Bâle.
- PFEIFFER LAURENT (2013), *La qualité pour recourir en droit de l'aménagement du territoire et de l'environnement*, thèse Lausanne.

- POLTIER ETIENNE (2017), Les actes attaquables et la légitimation à recourir en matière de droit public, in: BOHNET/TAPPY (éds), *Dix ans de Loi sur le Tribunal fédéral*, Bâle, p. 123 ss.
- POLTIER ETIENNE (2007), Le recours en matière de droit public, in: *La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral*, [édité par PORTMANN], CEDI-DAC Lausanne, p. 131 ss.
- RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE (2014), *Oeffentliches Prozessrecht*, 3^e éd., Bâle.
- SCHINDLER BENJAMIN (2012), Beschleunigungspotentiale im öffentlichen Verfahrensrecht, *PJA* 2012, p. 13 ss.
- SEILER HANSJÖRG/VON WERDT NCIOLAS/GÜNGERICH ANDREAS (2015), *Bundesgerichtsgesetz (BGG)*, 2^e éd. Berne.
- TANQUEREL THIERRY (2022), Les grands principes: origine, état des lieux et perspectives, in: BELLANGER/BERNARD, Les grands principes du droit administratif, p. 9 ss.
- THURNHERR DANIELA (2020), Kostenfolgen der Einsprache im Raumplanungs- und Baurecht, in: Boillet/Favre/Martenet, *Le droit public en mouvement*, Genève, p. 1049 ss.
- THURNHERR DANIELA (2015), Einheitlichkeit und Vielfalt in der Verwaltungsrechtspflege – Die kantonale Verfahrensautonomie auf dem Prüfstand, *JAB* 2015 p. 74 ss.
- THURNHERR DANIELA (2013), *Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln. Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten*, Zurich.
- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS (2022), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5^e éd., Berne.
- WALDMANN BERNHARD/WEISSENBERGER PHILIPPE (éds) (2016), Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2^e éd. Zurich/Bâle/Genève (VwVG).
- WEBER-DÜRLER BEATRICE (1989), Verwaltungsökonomie und Praktikabilität im Rechtsstaat, *ZBl* 1989 p. 193 ss.
- WIEDERKEHR RENÉ (2022a), Öffentliches Verfahrensrecht, 2^e éd., Berne.

- WIEDERKEHR RENÉ (2022b), Wozu Verwaltungsverfahren? Elemente einer Theorie fairer Verfahren – Eine Skizze, *PJA* 2022 p. 18 ss.
- WIEDERKEHR RENÉ/MEYER CHRISTIAN/BÖHME ANNA (2021a), Prozessökonomie als Verfahrensgrundsatz: Gesetzliche Vereinfachungstechniken und praktische Argumentationsfelder, *recht* 2021 p. 130 ss (cité WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME [2021a]).
- WIEDERKEHR RENÉ/MEYER CHRISTIAN/BÖHME ANNA (2021b), Praktikabilität als Verfahrensgrundsatz: Gesetzliche Vereinfachungstechniken und praktische Argumentationsfelder, *recht* 2021 p. 211 ss (cité WIEDERKEHR/MEYER /BÖHME [2021b]).
- WURZBURGER ALAIN (2005), La nouvelle organisation judiciaire fédérale, in: *JT* 2005 I 631 ss.
- WURZBURGER ALAIN (2007), Présentation générale et système des recours, in: *La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral*, [édité par PORTMANN], CEDIDAC Lausanne, p. 9 ss.

Table des matières

Sommaire	5
Avant-propos	7
ANNE-CHRISTINE FAVRE	
Le droit à une décision	9
I. Introduction	9
II. Les garanties procédurales	10
A. Les garanties de procédure découlant de l'art. 29 Cst.	10
1. Les garanties découlant de l'art. 29 al. 1 Cst.	10
2. Les garanties découlant de l'art. 29 al. 2 Cst.	12
B. La garantie d'accès au juge découlant de l'art. 29a Cst.	12
III. Les conditions du droit à une décision dans la législation fédérale	15
A. Généralités	15
B. L'objet du droit à une décision	17
C. Les sanctions d'une non-entrée en matière	18
D. Le droit à une décision constatatoire	18
E. Le droit à une décision formatrice	20
F. Le droit à une décision sur acte matériel	20
IV. Quelques scénarios	23
A. Procédure informelle et droit à l'ouverture d'une procédure administrative	23
B. Les rapports de droit publics soumis à décision	24
C. Renseignement et décision constatatoire	26
D. Le droit à une décision en cas de non-engagement dans la fonction publique	26
E. Acte matériel et atteinte à des droits ou obligations ..	27
F. Remarques conclusives	30
Bibliographie	32

FRANÇOIS BELLANGER

Les aspects formels de la décision	35
I. Introduction	35
II. La notion de « décision »	36
A. Principe	36
B. Les éléments caractéristiques de la décision	38
1. L'existence d'un acte étatique unilatéral	38
2. L'acte émane d'une autorité	39
3. L'acte est fondé sur le droit public	39
4. L'acte vise un cas individuel et concret	40
5. L'acte règle un rapport de droit de manière contraignante et obligatoire	41
III. Les aspects formels de la décision	41
A. Les exigences formelles	43
1. La forme écrite	43
2. L'indication qu'il s'agit d'une « décision »	45
3. La motivation	45
4. L'indication de la voie et délai de recours	46
5. La notification	46
B. La conséquence de la violation des exigences formelles	47
IV. Une définition de la décision limitée à son sens matériel ...	49
V. Conclusion	53
Bibliographie	56

FRÉDÉRIC BERNARD

Le droit d'être entendu	59
Introduction	59
I. Fondements	59
A. Origine	59
B. Fonctions	62
C. Sources	65
II. Nature	68
III. Mise en œuvre	68
A. Contenu	69
1. Droit à l'information	70
2. Droit de s'expliquer	70
3. Droit de consulter le dossier	72
4. Droit à la preuve et à la participation à l'administration des preuves	73
5. Droit de se faire représenter ou assister	74
6. Droit d'obtenir une décision motivée	75
B. Champ d'application	76
C. Autorités concernées	79
D. Titularité	79
E. Moment	80
IV. Limitations	82
A. Exceptions	82
B. Restrictions	83
V. Contrôle	84
A. Nature formelle	84
B. Réparation	85
Conclusion	87

STÉPHANE GRODECKI

La pratique récente en matière d'impartialité, de récusation et de composition correcte des autorités et juridictions administratives	89
I. Introduction	89
II. La composition correcte de l'autorité	90
A. Généralités	91
B. Les autorités administratives	91
C. Les autorités judiciaires	93
III. L'impartialité et la récusation	95
A. Les autorités administratives	95
1. Généralités	95
2. La particularité de l'intervention en qualité d'employeur	97
B. L'autorité exécutive	98
C. L'autorité judiciaire	99
1. Généralités	99
2. L'appartenance politique	100
3. L'amitié	100
4. L'inimitié	101
5. L'avocat juge suppléant	102
6. Le greffier juge suppléant	103
D. La procédure	103
IV. Conclusion	104

EMILIA ANTONIONI LUFTENSTEINER

Le pouvoir d'examen en fait, droit et opportunité des autorités judiciaires fédérales	105
I. Introduction	105
II. Etablissement des faits	107
A. Définition des faits déterminants	107

1. Etablissement des faits par l'autorité judiciaire	107
2. La maxime inquisitoire et ses allègements	107
3. Les faits, les moyens de preuve y relatifs et les présomptions de faits	108
4. Le degré de la preuve	110
5. Appréciation des preuves	113
6. Novas	113
7. Constatation inexacte ou incomplète des faits	115
8. Conclusion intermédiaire	116
B. Application du droit	116
1. Interprétation	117
2. Violations du droit, abus ou excès du pouvoir d'appréciation et inopportunité	118
3. Diminution de la densité normative	120
a. La problématique et ses enjeux	120
b. Compétences discrétionnaires	121
c. Concepts juridiques indéterminés et liberté d'appréciation	122
d. Exercice du pouvoir d'examen en opportunité dans la pratique	125
aa. Pouvoir d'appréciation exercé avec retenue	126
ab. Exclusion du pouvoir d'examen pour inopportunité	126
ac. Questions liées à l'exclusion du pouvoir d'examen pour inopportunité	131
ad. Conclusion intermédiaire	132
e) Approche dogmatique du pouvoir d'examen du juge en opportunité	133
f) Perspectives	134
III. Conclusion	139
Bibliographie	141

CLÉMENCE GRISEL RAPIN

L'obligation de collaborer et l'audition des parties et des témoins	143
Introduction	143
I. Les sources	144
A. Les sources constitutionnelles	144
B. Les lois de procédure	144
C. Les lois spéciales	145
II. Le champ d'application	146
A. Personnel	146
B. Matériel	147
III. La forme et l'objet de la collaboration	148
A. Pour les parties	148
B. Pour les tiers	149
1. Les obligations de collaborer des tiers	149
2. La distinction entre le renseignement de tiers et le témoignage	150
3. Le témoignage	151
IV. La portée	152
A. Pour les parties	152
1. Introduction	152
2. Obligation de résultat ou obligation de moyen	152
3. Les conséquences d'un défaut de collaboration ...	153
a. La contrainte	153
b. La non-entrée en matière	153
c. La décision en l'état du dossier	154
d. L'appréciation des preuves et de l'attitude des parties	154
e. Les conséquences d'ordre procédural et les sanctions	156
B. Pour les tiers	156

Table des matières

V.	Les limites	157
A.	Les principes constitutionnels	157
1.	La légalité	157
2.	La proportionnalité	157
3.	La bonne foi	158
B.	Les secrets protégés par la loi	159
1.	Pour les parties	159
2.	Pour les tiers	160
C.	Le droit de refuser de témoigner en particulier	160
D.	Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (art. 6 CEDH)	161
1.	Introduction	161
2.	L'application en procédure administrative	162
a.	En général	162
b.	L'application aux personnes morales	163
c.	L'application aux témoins	164
3.	La portée	165
4.	Les conséquences	166
a.	Les questions	166
b.	Procédure administrative aboutissant à une sanction	167
c.	Procédures administratives et pénales parallèles	167
VI.	Conclusion	168
	Bibliographie sélective	170

THIERRY TANQUEREL

Lorsque le concept de partie montre ses limites : vers des droits de procédure sans qualité de partie ?	173
I. Le contexte	173
A. L'enjeu	173
B. La qualité de partie	174
1. La définition et le cercle des parties	174
2. Les difficultés de délimitation	176
II. Le problème	178
A. Introduction	178
B. Les procédures déclenchées par les tiers	179
1. Les mesures administratives	179
2. Les sanctions administratives	180
C. Les problèmes de qualification	182
1. La qualification erronée de la décision	182
2. Les procédures ambiguës	183
D. Les effets négatifs de la limitation de la qualité de partie	184
E. Les risques de l'extension de la qualité de partie	186
III. Les pistes de solutions	187
A. La clarification de l'objet de la procédure	187
B. Les procédures de plainte formalisée	188
1. En matière de radio-télévision	188
2. En droit genevois du personnel de l'Etat	189
3. La législation genevoise sur la santé	191
C. La qualité de partie « forcée »	192
D. Les droits procéduraux partiels des tiers sans qualité de partie	193
1. Le droit à une décision	194
2. Un droit à l'information	195
3. Le droit de « participer à la procédure »	196
4. Le droit d'être assisté	197

5. Le droit à une audition hors de la présence des parties et le droit de refuser de répondre	198
IV. Conclusion	200
Bibliographie	201

ETIENNE POLTIER

La procédure administrative : état des lieux et perspectives

203

I. État des lieux	203
A. Les sources	204
1. Les prémisses : l'article 4 aCst.	204
2. L'adoption de la PA, puis de lois cantonales	204
3. Les articles 29 à 30 Cst.	205
4. Les lois spéciales	206
B. L'accès au juge	207
C. La qualité de partie, la légitimation à recourir	209
II. Les fonctions de la procédure	212
A. La fonction instrumentale	213
B. Les autres fonctions de la procédure	214
C. Les fonctions et les principes généraux de la procédure	215
1. Les principes codifiés à l'article 29 Cst.	216
2. Les principes de l'article 30 Cst. (procédure contentieuse)	217
3. Les maximes	218
4. Les lois de procédure	219
III. Les tendances à l'œuvre aujourd'hui	220
A. L'exigence d'une procédure simple, rapide et économique	220
1. La procédure non contentieuse	220
a. Les procédures de réclamation	221

Table des matières

b. L'utilisation par l'administration de formulaires pré-rédigés	222
c. La numérisation	223
2. La procédure contentieuse	224
a. La tenue d'audiences?	224
b. La suppression de voies de recours et autres moyens	225
c. La numérisation	225
B. Les lois spéciales: lieu de forces centrifuges	226
IV. Remarques conclusives	228
V. Bibliographie sommaire	230
Table des matières	235

Ouvrages déjà parus dans la collection Pratique du droit administratif

FRANÇOIS BELLANGER/FRÉDÉRIC BERNARD (éds), *Les grands principes du droit administratif*, Genève, Zurich, 2022, 206 p.

VÉRONIQUE BOILLET/ANNE-CHRISTINE FAVRE/THIERRY LARGEY/VINCENT MARTENET (éds), *La contractualisation en droit public*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2021, 234 p.

ANNE-CHRISTINE FAVRE/VINCENT MARTENET/ETIENNE POLTIER (éds), *L'entraide administrative – Évolution ou révolution?*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2019, 236 p.

THIERRY TANQUEREL/FRANÇOIS BELLANGER (éds), *Le droit disciplinaire*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2018, 211 p.

FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (éds), *L'égalité des personnes handicapées: principes et concrétisation*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2017, 279 p.

ANNE-CHRISTINE FAVRE/VINCENT MARTENET/ETIENNE POLTIER (éds), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2016, 315 p.

THIERRY TANQUEREL/FRANÇOIS BELLANGER (éds), *Les agglomérations*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2015, 268 p.

FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (éds), *Le contentieux administratif*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2013, 250 p.

THIERRY TANQUEREL/FRANÇOIS BELLANGER (éds), *Les réformes de la fonction publique*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2012, 254 p.

ANNE-CHRISTINE FAVRE/VINCENT MARTENET/ETIENNE POLTIER (éds), *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 (éds), *Les autorités administratives indépendantes*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2011, 232 p.

THIERRY TANQUEREL/FRANÇOIS BELLANGER (éds), *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 (éds), *Surveillance et contrôles de l'administration*, Schulthess Éditions Romandes, Genève, Zurich, Bâle, 2008, 211 p.

ALEXANDRE FLÜCKIGER/CHRISTINE GUY-ECABERT (éds), *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 (éds), *L'avenir juridique des communes*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2007, 256 p.

ALEXANDRE FLÜCKIGER (éds), *La mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2006, 123 p.

FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (éds), *Les nouveaux recours fédéraux en droit public*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2006, 207 p.

THIERRY TANQUEREL/FRANÇOIS BELLANGER (éds), *Le service public*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2006, 264 p.

FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (éds), *L'entraide administrative*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2005, 186 p.

THIERRY TANQUEREL/FRANÇOIS BELLANGER (éds), *Les tiers dans la procédure administrative*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2004, 234 p.

FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (éds), *Le domaine public*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2004, 155 p.

Actes des Journées de droit administratif parus hors collection

THIERRY TANQUEREL/FRANÇOIS BELLANGER (éds), *L'administration transparente*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, Bâle, Munich, 2002, 180 p.

FRANÇOIS BELLANGER/THIERRY TANQUEREL (éds), *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 (éds), *Fonction publique: vers une privatisation?*, Schulthess, Zurich, 2000, 196 p.