

Pratique du droit administratif

Les grands principes de la procédure administrative

Edité par
Frédéric Bernard et François Bellanger

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



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

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'écartier 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 Verfahrensgarantien*, 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 contentieux administratif*, Genève/Zurich/Bâle.
- BRAUN BINDER NADJA, Als Verfügungen gelten Anordnungen der Maschinen im Einzelfall... – Eine Dystopie oder künftiger Verwaltungsalltag?, 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 fédéral*, 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 Tribunal administratif fédéral: Statut et missions*, St-Gall.
- GLASER ANDREAS/EHRAT MARCO (2019), E-Government-Gesetzgebung 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/HOTTELLIER 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], CEDIDAC 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.