

Pratique du droit administratif

Le contentieux administratif

Edité par
François Bellanger et Thierry Tanquerel

Schulthess 
ÉDITIONS ROMANDES

Le contentieux administratif

Edité par
François Bellanger et Thierry Tanquerel

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>.

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.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2013
ISBN 978-3-7255-6945-8

www.schulthess.com

Sommaire

	Avant-propos	7
VINCENT MARTENET / MATTHIEU CORBAZ	L'influence des garanties fondamentales de procédure sur le contentieux administratif	9
BENOÎT BOVAY	L'évolution des voies de droit cantonales	45
CHRISTIAN BOVET / ANGELA CARVALHO	Les actes attaquables	77
FRANÇOIS BELLANGER	La qualité pour recourir	111
CLAUDE-EMMANUEL DUBEY	La procédure de recours devant le Tribunal fédéral. Thèmes choisis	137
VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN	L'opposition et le recours hiérarchique	179
THIERRY TANQUEREL	Le contrôle de l'opportunité	209

L'influence des garanties fondamentales de procédure sur le contentieux administratif

VINCENT MARTENET

Professeur à l'Université de Lausanne

MATTHIEU CORBAZ

Assistant diplômé à l'Université de Lausanne

I. Introduction

Le contentieux administratif est régi, en Suisse, par de nombreuses règles fédérales ou cantonales. La législation fédérale ou cantonale sur la procédure administrative ainsi que d'éventuelles dispositions figurant dans une loi ou ordonnance relevant du droit administratif spécial revêtent une grande importance. Il serait cependant erroné de faire abstraction des garanties fondamentales de procédure de la Constitution fédérale¹ ou des instruments internationaux de protection des droits de l'homme ratifiés par la Suisse, au premier rang desquels figure la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950². Les constitutions cantonales ne semblent en revanche pas jouer un grand rôle dans ce domaine.

Une grande part du contentieux administratif entre dans le champ d'application des garanties conventionnelles ou constitutionnelles de procédure, lesquelles sont généralement directement applicables. Un particulier peut par conséquent directement les invoquer dans une procédure administrative à laquelle il est partie. Par ailleurs, les garanties de procédure influent sur l'interprétation de la législation sur la procédure administrative, en vue d'assurer une interprétation conforme de celle-ci à celles-là.

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

2 CEDH – RS 0.101.

La présente contribution n'examine évidemment pas toutes les formes d'influence des garanties fondamentales de procédure sur le contentieux administratif. Le sujet est extrêmement vaste, si bien que seules quelques questions fondamentales ou d'actualité seront traitées. Le champ d'application du droit à un procès équitable (II) ainsi que le droit d'accéder à un juge (III) représentent, en quelque sorte, le socle de ces garanties. Le droit d'être entendu constitue également une garantie essentielle dans le cadre des procédures administratives ou judiciaires, en vertu de l'article 29, alinéa 2, Cst. notamment. Il connaît de nombreuses ramifications et sa portée est affinée par touches jurisprudentielles successives, par exemple en lien avec la consultation de documents ou notes internes (IV) ou le désormais fameux « droit de répliquer » (V). Enfin, le principe *ne bis in idem* (VI) et les sanctions administratives pécuniaires (VII) soulèvent de nombreuses questions à cheval sur le droit administratif et le droit pénal, attestant, si besoin était, la perméabilité des différents domaines du droit (VIII).

II. Le champ d'application du droit à un procès équitable

Le droit à un procès équitable, ancré à l'article 6 CEDH notamment³, concerne d'une part les droits et obligations de caractère civil et, d'autre part, les accusations en matière pénale. Ces deux notions n'étant pas définies par la convention, c'est à la Cour européenne des droits de l'homme qu'il revient d'en déterminer les contours et, par là-même, de fixer le champ d'application du droit à un procès équitable.

Outre le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial ainsi qu'établi par la loi, le droit à un procès équitable regroupe diverses garanties, en particulier le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, la publicité des débats et le prononcé public du jugement, le droit d'être entendu ainsi que l'égalité des armes. En matière pénale, s'y ajoutent le droit de ne pas s'auto-incriminer, la présomption d'innocence et les droits de la défense.

³ Cf. également art. 14, § 1, du pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II – RS 0.103.2).

A. L'interprétation autonome et extensive des notions conventionnelles

La Cour européenne des droits de l'homme a très tôt considéré, à l'occasion de ses arrêts *Engel et autres*⁴ et *König*⁵ notamment, que les notions d'accusation en matière pénale et de contestation sur les droits et obligations de caractère civil devaient être interprétées de façon autonome, c'est-à-dire sans se référer exclusivement au sens qui leur est attribué sur le plan national. Pareille démarche s'avère indispensable en présence de notions vagues, lesquelles seraient dès lors susceptibles de revêtir des significations différentes selon les Etats parties⁶.

L'interprétation autonome des notions d'accusation en matière pénale et de contestations sur les droits et obligations de caractère civil a eu pour conséquence d'étendre le champ d'application du droit à un procès équitable ou, autrement dit, de lui conférer une portée extensive⁷. Cette approche, parfois qualifiée de « politique législative »⁸, a en effet pour conséquence d'étendre le champ d'application de l'article 6 CEDH à des domaines qui relèvent traditionnellement du droit public.

B. Les contestations sur des droits et obligations de caractère civil

Pour être en présence de *contestations sur des droits et obligations de caractère civil*, deux exigences doivent être réunies : il faut, d'une part, l'existence d'une « contestation relative à un droit » et, d'autre part, que le droit concerné revête un « caractère civil ». Les principes adoptés par la Cour pour déterminer si l'affaire en cause présente ces deux caractéristiques sont, pour la plupart, résumés dans son arrêt *Bentham*⁹.

4 ACEDH *Engel et autres c. Pays-Bas*, du 8 juin 1976, nos 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72.

5 ACEDH *König c. Allemagne*, du 28 juin 1978, n° 6232/73.

6 FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 11^e éd., Paris 2012, p. 254.

7 SUDRE (n. 6) p. 256.

8 ACEDH *König* (n. 5), opinion séparée du Juge MATSCHER; JEAN-FRANÇOIS RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 2^e éd., Paris 2012, p. 430-432; SUDRE (n. 6) p. 254.

9 ACEDH *Bentham c. Pays-Bas*, du 23 octobre 1985, n° 8848/80, §§ 32-36.

Les Juges de Strasbourg estiment, à propos de l'existence d'une « contestation relative à un droit », que ce terme ne doit pas être compris dans une acception trop technique et qu'il convient d'en donner une définition matérielle et non formelle¹⁰. La contestation doit être réelle et sérieuse¹¹ et peut porter sur l'existence du droit, son étendue ou ses modalités d'exercice¹². Elle peut en outre concerner des questions de fait ou de droit¹³. A noter en revanche que la procédure dans laquelle s'inscrit la contestation ne doit pas présenter un lien trop ténu avec le droit en cause, des répercussions lointaines ne suffisant pas à justifier une application de l'article 6 CEDH¹⁴.

S'agissant de la notion de « droits et obligations de caractère civil », la Cour relève que celle-ci ne peut s'apprécier à la seule lumière du droit interne de l'Etat partie¹⁵. En ce sens, la nature de la loi suivant laquelle la contestation doit être tranchée et celle de l'autorité compétente en la matière ne sont pas déterminantes¹⁶. De même, la contestation en cause peut opposer plusieurs particuliers entre eux ou un justiciable à une autorité publique, que celle-ci agisse comme personne privée ou en tant que détentrice de la puissance publique¹⁷. Seul importe en définitive le *caractère* du droit en question, lequel est *privé* lorsque la situation ou l'acte litigieux a une incidence sur les droits patrimoniaux de l'intéressé¹⁸.

10 ACEDH *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, du 23 juin 1981, n^{os} 6878/75 et 7238/75, § 45.

11 ACEDH *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, du 23 septembre 1982, n^{os} 7151/75 et 7152/75, § 81.

12 ACEDH *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* (n. 10) § 49.

13 ACEDH *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* (n. 10) § 51; ACEDH *Albert et Le Compte c. Belgique*, du 10 février 1983, n^{os} 7299/75 et 7496/76, § 29.

14 ACEDH *Ringeisen c. Autriche*, du 16 juillet 1971, n^o 2614/65, § 94; ACEDH *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* (n. 10) § 47.

15 ACEDH *König* (n. 5) §§ 88-89.

16 ACEDH *Ringeisen* (n. 14) § 94; ACEDH *König* (n. 5) § 90; MICHEL HOTTELIER/HANSPETER MOCK/MICHEL PUÉCHAVY, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2011; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*, vol. II « Les actes administratifs et leur contrôle », 3^e éd., Berne 2011, p. 646; SUDRE (n. 6) p. 387.

17 ACEDH *König* (n. 5) § 90.

18 ACEDH *Ortenberg c. Autriche*, du 25 novembre 1994, n^o 12884/87, § 28; ACEDH *Procola c. Luxembourg*, du 28 septembre 1995, n^o 14570/89, § 39; MOOR/POLTIER (n. 16) p. 646; SUDRE (n. 6) p. 388.

Cette large définition a permis aux Juges de Strasbourg de considérer que l'article 6, paragraphe 1, CEDH devait s'appliquer aux *sanctions disciplinaires* qui impliquent une suspension ou un retrait de l'autorisation d'exercer une activité professionnelle¹⁹. Le *contentieux en matière d'assurances sociales* est lui aussi compris dans la notion de contestations sur des droits et obligations de caractère civil. La Cour a ainsi considéré que le refus de prestations de l'assurance et de l'aide sociales relève de l'article 6, paragraphe 1, CEDH, tout comme l'obligation de cotiser à la sécurité sociale²⁰. Il en va de même s'agissant des décisions administratives touchant l'*exercice du droit de propriété*, comme le refus de délivrer un permis de construire, le permis d'exproprier délivré à une commune ou le classement d'une parcelle en site naturel protégé²¹. Enfin,

¹⁹ ACEDH *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* (n. 10) §§ 44-50; ACEDH *Albert et Le Compte* (n. 13) §§ 27-28; ACEDH *H. c. Belgique*, du 30 novembre 1987, n° 8950/80, §§ 44-48; pour des arrêts du Tribunal fédéral allant dans le même sens, cf. ATF 109/1983 Ia 217, 229, *Rudolf Schaller*; ATF 123/1997 I 87, 88-89, B.; ATF 126/2000 I 228, 230, A. Selon le Tribunal fédéral, l'art. 6 CEDH ne trouve par contre pas application s'agissant d'une amende disciplinaire prononcée à l'encontre d'un avocat: ATF 125/1999 I 417, 419-420, B.; ATF 128/2002 I 346, A. Sur l'application de l'art. 6 CEDH aux sanctions disciplinaires, cf. HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY (n. 16) p. 141; MOOR/POLTIER (n. 16) p. 647; RENUCCI (n. 8) p. 449-450; SUDRE (n. 6) p. 389-390.

²⁰ ACEDH *Feldbrugge c. Pays-Bas*, du 25 mai 1986, n° 8562/79, §§ 26-40; ACEDH *Deumeland c. Allemagne*, du 29 mai 1986, n° 9384/81, §§ 60-74; ACEDH *Salesi c. Italie*, du 26 février 1993, n° 13023/87, §§ 17-19; ACEDH *Schuler-Zraggen c. Suisse*, du 24 juin 1993, n° 14518/89, §§ 44-46; ACEDH *Schouten et Meldrum c. Pays-Bas*, du 9 décembre 1994, nos 19005/91 et 19006/91, §§ 47-60. Pour des arrêts du Tribunal fédéral sur la question, cf. ATF 119/1993 V 375, 377-381, K. (refus de prestations de l'assurance-chômage); ATF 121/1995 V 109, 110-111, F. (litige relatif aux cotisations à l'assurance-maladie et à l'assurance accident). Le Tribunal fédéral estime en revanche que la décision sur l'assistance judiciaire ne revêt pas un caractère civil: arrêt TF 2D_46/2012 du 16 janvier 2013, c. 3.2, à paraître in RSDIE 3/2013. Sur l'application de l'art. 6 CEDH au contentieux social, cf. MICHEL HOTTELIER, « La portée du principe de la publicité des débats dans le contentieux des assurances sociales », *SJ* 1996 p. 645, p. 646-647; HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY (n. 16) p. 139-140; RENUCCI (n. 8) p. 450-451; SUDRE (n. 6) p. 390-391.

²¹ ACEDH *Allan Jacobsson c. Suède*, du 25 octobre 1989, n° 10842/84, §§ 66-74; ACEDH *Sporrong et Lönnroth c. Suède* (n. 11) §§ 79-83; ACEDH *Oerlemans c. Pays-Bas*, du 27 novembre 1991, n° 12565/86, §§ 45-49. Pour un exemple d'arrêt du Tribunal fédéral, s'agissant de l'installation d'une antenne de téléphonie mobile, cf. ATF 128/2002 I 59, A. Sur l'application de l'art. 6 CEDH au contentieux relatif à l'exercice du droit de propriété, cf. MOOR/POLTIER (n. 16) p. 649-650; RENUCCI (n. 8) p. 442; SUDRE (n. 6) p. 391.

et sans prétendre à l'exhaustivité du panorama ainsi dressé, le *contentieux de la fonction publique* est lui aussi soumis à l'article 6, paragraphe 1, CEDH lorsque la contestation porte sur un enjeu de nature essentiellement patrimoniale, comme le versement des salaires ou des pensions²². Il est en revanche inapplicable lorsque le fonctionnaire participe à l'exercice de la puissance publique et si l'objet du litige concerne le caractère spécial de la relation entre l'intéressé et l'Etat partie en question²³. Le Tribunal fédéral partage cette position en reconnaissant « une présomption que l'art. 6 par. 1 CEDH s'applique dans les contestations relatives aux employés publics », mais en admettant des exceptions si l'exclusion de l'accès à un Tribunal est expressément prévue par la loi pour des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'Etat et si l'objet du litige est lié à l'exercice de l'autorité étatique²⁴.

C. Les accusations en matière pénale

La notion d'*accusations en matière pénale* est, à l'instar de la notion de *contestations sur des droits et obligations de caractère civil*, interprétée de façon autonome et extensive par la Cour européenne des droits de l'homme. Selon les Juges de Strasbourg, la notion d'« accusations » doit être interprétée comme comprenant « la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale »²⁵ mais aussi, plus largement, toutes les mesures « impliquant un tel reproche et entraînant elles aussi des répercussions importantes sur

²² ACEDH *Francesco Lombardo c. Italie*, du 26 novembre 1992, n° 11519/85, § 17; ACEDH *Massa c. Italie*, du 24 août 1993, n° 14399/88, § 26; ACEDH *De Santa c. Italie*, du 2 septembre 1997, n° 25574/94, §§ 16-18; ACEDH *Abenavoli c. Italie*, du 2 septembre 1997, n° 25587/94, § 16.

²³ ACEDH *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, du 19 avril 2007, n° 63235/00, § 62. Sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour sur ce point, cf. RENUCCI (n. 8) p. 442-445. Cf. également MOOR/POLTIER (n. 16) p. 648; SUDRE (n. 6) p. 392-395. Pour un inventaire complet des causes considérées par la Cour comme des contestations sur des droits et obligations de caractère civil, cf. JENS MEYER-LADEWIG, *Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar*, 3^e éd., Baden-Baden 2011, p. 121-123.

²⁴ Arrêt TF 8C_453/2009 du 7 avril 2010, c. 2.2; cf. également RSDIE 3/2011 p. 474 (TF, 15.12.2010), c. 2.2.

²⁵ ACEDH *Serves c. France*, du 20 octobre 1997, n° 20225/92, § 42.

la situation » de l'intéressé²⁶. Sont donc considérées comme une « accusation » au sens de l'article 6 CEDH une arrestation, une inculpation, une garde à vue ou encore l'ouverture des enquêtes préliminaires²⁷.

Pour déterminer si les accusations sont à « caractère pénal », la Cour développe trois critères dans son arrêt *Engel et autres*. Elle observe premièrement la *qualification retenue par le droit interne* de l'Etat partie : ce critère opère différemment selon que celui-ci qualifie de pénale l'accusation en cause – la Cour se remettra alors en principe à cette appréciation – ou non – cette indication n'aura alors qu'une valeur formelle et indicative²⁸. Les Juges de Strasbourg observent deuxièmement la *nature même de l'infraction*, laquelle doit revêtir une certaine gravité pour être qualifiée de pénale²⁹. Troisièmement, la Cour tient compte *du but et de la sévérité de la sanction* encourue : une privation de liberté ou une amende d'un montant élevé sera un indice déterminant pour retenir le caractère pénal de l'infraction. A noter que la sévérité de la sanction doit s'apprécier de façon relative, puisqu'elle peut être légère en elle-même mais lourde par rapport au comportement ou à l'acte reproché³⁰.

Le premier critère, celui de la qualification juridique de l'infraction par l'Etat partie, constitue un simple point de départ pour les Juges

26 ACEDH *Öztürk c. Allemagne*, du 21 février 1984, n° 8544/79, § 55.

27 ACEDH *Wemhoff c. Allemagne*, du 27 juin 1968, n° 2122/64, § 19; ACEDH *Neumeister c. Autriche*, du 27 juin 1968, n° 1936/63, § 18; ACEDH *Ringeisen* (n. 14) § 110; ACEDH *Eckle c. Allemagne*, du 15 juillet 1982, n° 8130/78, §§ 73-74; ACEDH *Brusco c. France*, du 14 octobre 2010, n° 1466/07, §§ 49-50; sur la notion d'accusation, cf. également CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5^e éd., Munich/Bâle/Vienne 2012, p. 397-399; MEYER-LADEWIG (n. 23) p. 124-125; RENUCCI (n. 8) p. 453-454; SUDRE (n. 6) p. 399-400.

28 ACEDH *Engel et autres* (n. 4) §§ 81-82 : cette distinction amène la Cour à considérer que « l'autonomie » de la notion de « matière pénale » opère pour ainsi dire à sens unique ».

29 ACEDH *Engel et autres* (n. 4) § 82.

30 ACEDH *Öztürk* (n. 26) § 53. Sur les trois « critères Engel », cf. GRABENWARTER/PABEL (n. 27) p. 393-397; ALEXANDER LOCHER, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen – Rechtliche Ausgestaltung, Abgrenzung und Anwendbarkeit der Verfahrensgarantien*, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 244-245; MEYER-LADEWIG (n. 23) p. 126-127; RENUCCI (n. 8) p. 455-456; SUDRE (n. 6) p. 400; DANIELA THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln*, Zurich/St-Gall 2013, p. 190.

de Strasbourg³¹, l'essentiel de leur examen portant sur la nature de l'infraction et le degré de sévérité de la sanction. La Cour estime que ces deuxième et troisième critères sont de nature alternative et la réalisation de l'un d'eux suffit en principe à retenir la nature pénale de l'accusation³². Elle s'autorise néanmoins une approche cumulative, et donc une appréciation globale, lorsque « l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire quant à l'existence d'une accusation en matière pénale »³³.

Trois domaines relevant traditionnellement du droit public, selon la conception généralement retenue par les Etats parties, doivent être compris dans la notion d'« accusations en matière pénale » telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme et méritent d'être mentionnés ici. Les *sanctions administratives* relèvent de l'article 6 CEDH, sous son volet pénal, lorsqu'elles présentent un caractère punitif et dissuasif, comme le retrait du permis de conduire³⁴. Sont également qualifiées de pénales les sanctions pécuniaires prononcées pour violation du droit de la concurrence³⁵, les amendes infligées par des juridictions financières³⁶ et les infractions douanières³⁷. Les *sanctions fiscales* relèvent également de la matière pénale, car quel que soit leur montant, ces infractions présentent une finalité à la fois préventive et répressive³⁸. Enfin, les *sanc-*

31 ACEDH *Engel et autres* (n. 4) § 82.

32 ACEDH *Lutz c. Allemagne*, du 25 août 1987, n° 9912/82, § 55.

33 ACEDH *Jussila c. Finlande*, du 23 novembre 2006, n° 73053/01, § 31; ACEDH *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, du 9 octobre 2003, nos 39665/98 et 40086/98, § 86 et les références citées; RENUCCI (n. 8) p. 455-456; FRÉDÉRIC SUDRE et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 6^e éd., Paris 2011, p. 276-277.

34 Cf. *infra* VI, B, 1.

35 ACEDH *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie*, du 27 septembre 2011, n° 43509/08, §§ 38-44; ACEDH *Société Stenuit c. France*, du 27 février 1992, n° 11598/85.

36 ACEDH *Guisset c. France*, du 26 septembre 2000, n° 33933/96, § 59.

37 ACEDH *Salabiaku c. France*, du 7 octobre 1988, n° 10519/83, § 24; RENUCCI (n. 8) p. 457-458; SUDRE (n. 6) p. 401-404; SUDRE et al. (n. 33) p. 278-279.

38 ACEDH *Bendenoun c. France*, du 24 février 1994, n° 12547/86 (redressement fiscal); ACEDH *A.P., M.P. et T.P. c. Suisse*, du 29 août 1997, n° 19958/92 (amendes pour fraude fiscale); ACEDH *Segame SA c. France*, du 7 juin 2012, n° 4837/06 (redressement fiscal); HOTTELIER/MOCK/PUÉCHAVY (n. 16) p. 140; RENUCCI (n. 8) p. 459-460; SUDRE (n. 6) p. 404-405.

tions disciplinaires peuvent donner lieu à une application de l'article 6 CEDH sous son volet pénal, notamment dans les domaines militaire³⁹ et pénitentiaire⁴⁰.

III. Le droit d'accéder au juge

L'article 29a Cst. pose le principe selon lequel « toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire ». Nous examinerons brièvement la garantie d'accès au juge avant d'analyser les exceptions à celle-ci.

A. La garantie

L'article 29a Cst., adopté le 12 mars 2000 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007, garantit de façon générale l'accès à un tribunal. La garantie offerte par cette disposition va ainsi plus loin que l'article 6, paragraphe 1, CEDH, ce dernier garantissant uniquement l'accès à un juge pour les contestations sur des droits et obligations de caractère civil et les accusations en matière pénale. L'article 29a Cst. implique ainsi que les actes de l'administration puissent être examinés, en droit et en fait, par un tribunal présentant les garanties de l'article 30, alinéa 1, Cst.⁴¹. Le

³⁹ ACEDH *Engel et autres* (n. 4) §§ 80-85 (peine privative de liberté de trois ou quatre mois pour infractions à la discipline militaire).

⁴⁰ ACEDH *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, du 28 juin 1984, n^{os} 7819/77 et 7878/77, §§ 67-73 (perte de la remise de peine pour mutinerie et incitation à la mutinerie); ACEDH *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, du 9 octobre 2003, n^{os} 39665/98 et 40086/98, §§ 69-130 (perte de la remise de peine pour menaces et voies de fait). L'applicabilité de l'art. 6 CEDH aux sanctions pénitentiaires est néanmoins niée lorsque celles-ci n'allongent pas la durée de détention du requérant, comme dans l'affaire suivante: ACEDH *Payet c. France*, du 20 janvier 2011, n^o 19606/08, § 98 (détention en cellule disciplinaire en raison d'une évasion et de dommages causés aux locaux de l'établissement); cf. également RENUCCI (n. 8) p. 461-462; SUDRE (n. 6) p. 401.

⁴¹ Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, p. 511-512; ATF 130/2004 I 312, 327, A. SA; ATF 133/2007 IV 278, 284, X.; ATF 136/2010 I 323, 328, T.; ATF 138/2012 I 154, 158-159, X.; RSDIE 3/2011 p. 472 (TF, 12.04.2011), c. 3.2; LOCHER (n. 30) p. 221-222; PASCAL MAHON, « Art. 29a », in: AUBERT/MAHON (éd.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 276.

contrôle des actes purement matériels⁴² ou internes⁴³ doit cependant être réservé, de même que le contrôle abstrait des actes normatifs⁴⁴.

B. Les exceptions possibles

L'article 29a, 2^e phrase, Cst. prévoit que « la Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels ». Pour le Conseil fédéral, pareilles exceptions ne doivent être admises que restrictivement : elles ne peuvent viser que des actes difficilement justiciables – comme les actes gouvernementaux soulevant essentiellement des questions politiques – ou des actes qui ne se prêtent pas au contrôle d'un juge en raison de la séparation des pouvoirs ou de la démocratie directe. Elles ne peuvent en aucun cas porter sur des domaines relevant du champ d'application de l'article 6 CEDH⁴⁵. Plusieurs exceptions prévues par le droit fédéral méritent d'être relevées ici.

1. *Les décisions cantonales revêtant un caractère politique prépondérant*

L'article 86, alinéa 2, de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005⁴⁶ impose aux cantons d'instituer un *tribunal* comme dernière instance cantonale dans toutes les affaires sujettes au recours en matière de droit public, c'est-à-dire une juridiction administrative disposant d'une compétence générale ou spéciale et d'un plein pouvoir d'examen à l'égard du droit et des faits⁴⁷. L'article 86, alinéa 3, LTF permet néanmoins au

42 Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, p. 4184 ; MAHON (n. 41) p. 276.

43 ATF 136/2010 I 323, 329, T. ; MOOR/POLTIER (n. 16) p. 191-192 ; YVES NICOLE, « Droit constitutionnel et droit administratif général », *JdT* 2011 I p. 3, 8.

44 ANDREAS KLEY, « Art. 29a », in : EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2008, p. 608 et 611.

45 Message du Conseil fédéral (n. 41) p. 531 ; MAHON (n. 41) p. 277.

46 LTF – RS 173.110.

47 Cf. THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 437-438.

législateur cantonal de prévoir une autorité non judiciaire s'agissant des décisions à caractère politique prépondérant⁴⁸.

La notion de « décision revêtant un caractère politique prépondérant » est une notion juridiquement indéterminée. Pour la doctrine, elle doit être interprétée de façon restrictive et une application de l'article 86, alinéa 3, LTF ne doit être admise que si l'aspect politique prévaut sans discussion⁴⁹. Elle doit en revanche être exclue lorsque la décision porte une atteinte individuelle à des droits privés⁵⁰. Comme exemples de décisions à caractère politique prépondérant, les auteurs mentionnent notamment l'adoption d'un plan directeur cantonal, la grâce ou encore la localisation de grands établissements publics, comme des hôpitaux ou des écoles⁵¹.

Le Tribunal fédéral souscrit à cette interprétation restrictive et considère qu'il faut que la connotation politique de la cause « s'impose de manière indubitable et relègue à l'arrière-plan les éventuels intérêts privés en jeu »⁵². La Haute Cour admet ainsi le caractère politique prépondérant d'une décision par laquelle le gouvernement cantonal impose à une commune de grouper ses écoles avec celles d'une autre commune⁵³ ou celle par laquelle une autorité politique autorise l'ouverture d'une enquête pénale à l'encontre d'un juge cantonal⁵⁴. A juste titre, le Tribunal fédéral ne reconnaît en revanche pas le caractère politique prépondérant d'une décision portant sur une demande

48 Message du Conseil fédéral (n. 42) p. 4124.

49 ESTHER TOPHINKE, « Art. 86 », in: NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER (éd.), *Bundesgerichtsgesetz*, 2^e éd., Bâle 2011, p. 1149-1150; ALAIN WURZBURGER, « Art. 86 », in: CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/GIRARDIN (éd.), *Commentaire de la LTF*, Berne 2009, p. 845.

50 WURZBURGER, (n. 49) p. 846.

51 YVES DONZALLAZ, *Loi sur le Tribunal fédéral*, Berne 2008, p. 1134-1135; HANSJÖRG SEILER, « Art. 86 », in: SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH (éd.), *Bundesgerichtsgesetz*, Berne 2007, p. 348-349; WURZBURGER, « Art. 86 », in: CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/GIRARDIN (n. 49) p. 846.

52 ATF 136/2010 I 42, 46, *Fondation A.X.*

53 Arrêt TF 2C_885/2011 du 16 juillet 2012, c. 2.2.

54 ATF 135/2009 I 113, 116-117, *A.X. et Y.*

d'exonération fiscale⁵⁵ ou celle relative à l'octroi d'une concession hydraulique⁵⁶.

2. *Le contentieux en matière de droits politiques fédéraux*

L'article 88, alinéa 1, lettre b, LTF prévoit que le Tribunal fédéral peut être saisi d'un recours en matière de droit public contre les décisions de la Chancellerie fédérale et des gouvernements cantonaux qui concernent les droits politiques fédéraux. Cette disposition constitue une exception à l'article 29a Cst., ces deux autorités n'étant pas des tribunaux au sens de l'article 30 Cst. et le Tribunal fédéral ne revoyant en principe pas les faits⁵⁷.

Les *décisions de la Chancellerie* qui sont visées par cette disposition sont celles relatives au non-enregistrement d'un parti dans le registre des partis, au non-aboutissement d'une initiative populaire ou d'un référendum, à la validité formelle de la liste de signatures ou au titre de l'initiative⁵⁸. Il s'agit de l'un des rares cas où une décision de l'administration fédérale peut faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral sans passer par le Tribunal administratif fédéral⁵⁹. Les *décisions des gouver-*

⁵⁵ ATF 136/2010 I 42, 46-47, *Fondation A.X.* Le Tribunal fédéral admet dans cette affaire que la cause revêt un caractère politique, puisque la fondation en cause est une institution d'utilité publique qui fait des attributions régulières à la Faculté de médecine de l'Université de Genève. Il considère que cet « intérêt politique à favoriser la recourante sur le plan financier n'est cependant qu'accessoire par rapport aux intérêts privés de la fondation à obtenir une exonération fiscale ».

⁵⁶ ATF 136/2010 II 436, 439, *WWF Schweiz et consorts*. Le Tribunal fédéral prend en compte le fait que la décision litigieuse « ne comprend [...] pas uniquement l'acte d'octroi de la concession, mais règle également de façon détaillée les droits et obligations de la concessionnaire ».

⁵⁷ Cf. art. 97, al. 1, et 105, al. 2, LTF.

⁵⁸ Art. 80, al. 2 et 3, de la loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976 (LDP – RS 161.1); DONZALLAZ (n. 51) p. 1140; VINCENT MARTENET/GUILLAUME LAMMERS, « L'accès au juge en matière de droits politiques fédéraux », in: ZUFFEREY/DUBEY/PREVITALI (éd.), *L'Homme et son droit – Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, Zurich 2011, p. 315-316; BÉNÉDICTE TORNAY, *La démocratie directe saisie par le juge*, Zurich 2008, p. 46; WURZBURGER, « Art. 82 », in: CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/GIRARDIN (n. 49) p. 746.

⁵⁹ Cette absence de possibilité de recours au Tribunal administratif fédéral est expressément mentionnée à l'art. 32, al. 1, let. b, LTAF; cf. également DONZALLAZ (n. 51) p. 1140; TORNAY (n. 58) p. 46.

nements cantonaux concernées sont celles qui portent sur la violation des dispositions sur le droit de vote ou sur des irrégularités affectant les votations ou la préparation et l'exécution des élections au Conseil national⁶⁰.

Il découle également de l'article 88, alinéa 1, lettre b, LTF que les actes de l'Assemblée fédérale et du Conseil fédéral ne peuvent en principe pas faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral⁶¹. Cette exception à l'article 29a Cst. se fonde d'une part sur le principe de la séparation des pouvoirs⁶² et, d'autre part, sur l'idée selon laquelle les actes de ces deux autorités ne se prêtent pas à un contrôle du juge en raison de leur caractère essentiellement politique⁶³.

S'agissant des *actes de l'Assemblée fédérale* qui sont visés ici, il s'agit de mentionner la décision par laquelle elle statue sur la validité des initiatives populaires⁶⁴ et la validation des élections au Conseil national⁶⁵. Les *actes du Conseil fédéral* concernés sont notamment la brochure explicative adressée au corps électoral sur les objets soumis à la votation fédérale⁶⁶, les arrêtés de validation du résultat d'une votation⁶⁷ ou encore les messages soumis à l'Assemblée fédérale en vue du traitement des initiatives populaires⁶⁸. En revanche, le Tribunal fédéral s'estime désormais compétent pour examiner, sous l'angle de la liberté de vote, si les électeurs étaient correctement informés avant la votation⁶⁹.

⁶⁰ Art. 77, al. 1, LDP. Pour deux exemples de jurisprudence, cf. ATF 136/2010 II 132, *Güntert, Sorg et Besson*; ATF 137/2011 II 177, *Laube*. Cf. également DONZALLAZ (n. 51) p. 1140; MARTENET/LAMMERS (n. 58) p. 316-318; TORNAY (n. 58) p. 46.

⁶¹ Cf. également art. 189, al. 4, Cst.

⁶² Message du Conseil fédéral (n. 41) p. 539-540; MARTENET/LAMMERS (n. 58) p. 318.

⁶³ MAHON, « Art. 189 », in: AUBERT/MAHON (n. 41) p. 1449.

⁶⁴ Art. 173, al. 1, let. f, Cst., 75 LDP et 98 de la loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002 (loi sur le Parlement, LParl – RS 171.10); MARTENET/LAMMERS (n. 58) p. 318.

⁶⁵ Art. 53 LDP; MARTENET/LAMMERS (n. 58) p. 318.

⁶⁶ Art. 10a et 11 LDP.

⁶⁷ Art. 15 LDP.

⁶⁸ Art. 97 LParl.

⁶⁹ ATF 138/2012 I 61, 86-87, *Kiener Nellen*; cf. également arrêt TF 1C_182/2011 du 20 décembre 2011, c. 7.4; arrêt TF 2C_174/2011 du 20 décembre 2011.

IV. La consultation de documents ou notes internes

A. La formation interne de l'opinion des membres de l'autorité

Les membres d'une autorité administrative ou judiciaire sont fréquemment amenés à rédiger des notes ou à produire des documents internes dont le but est de contribuer à la formation interne de l'opinion des membres de l'autorité. Le cas échéant, ces notes ou documents passent en revue les différentes décisions que pourrait prendre l'autorité, esquissent différentes motivations possibles d'une décision ou encore font état de doutes qui animent les membres de l'autorité. Ils contribuent alors à la qualité du processus décisionnel. Garantir aux parties à la procédure un accès général à ces notes ou documents risquerait d'entraver ce processus. En même temps, il ne serait pas admissible que des informations pertinentes pour la décision, factuelles en particulier, soient cachées par ce moyen aux parties. Aussi une solution nuancée s'impose-t-elle, dont les contours sont précisés par la jurisprudence.

Lorsque les notes ou documents servent exclusivement à la formation interne de l'opinion des membres de l'autorité⁷⁰ et ne contiennent aucune pièce déterminante pour la prise de décision⁷¹, leur communication aux parties ne se justifie en principe pas. Le droit d'accès au dossier garanti par le droit d'être entendu, en vertu de l'article 29, alinéa 2, Cst. et, pour les procédures administratives fédérales, par l'article 26 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968⁷² protège de manière suffisante les parties. Ces documents ou notes internes n'équivalent pas à des actes servant de moyens de preuve au sens de l'article 26, alinéa 1, lettre b, PA ou des dispositions cantonales correspondantes. Un projet ou une proposition de décision n'est, en particulier, pas transmis aux parties⁷³, à moins qu'une disposition spéciale ne l'exige⁷⁴.

En matière d'examens par exemple, le Tribunal fédéral admet que les grilles de correction, l'échelle des notes ou les notes personnelles des

⁷⁰ ATF 132/2006 II 485, 495, 3G *Mobile AG*.

⁷¹ Arrêt TF 8C_449/2011 du 6 juin 2012, c. 2.2.1.

⁷² PA – RS 172.021.

⁷³ ATF 132/2006 II 485, 495, 3G *Mobile AG*.

⁷⁴ Cf. spécialement art. 30, al. 2, de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart – RS 251).

examineurs ne soient pas remises au candidat, pour autant que celui-ci soit en mesure de comprendre l'évaluation faite de son travail⁷⁵. A notre sens, tel doit être le cas *avant* l'échéance du délai de recours et non pas seulement dans la procédure de recours. La jurisprudence du Tribunal fédéral n'est pas toujours claire sur ce point⁷⁶.

B. Les documents ou notes propres à servir de base à la décision

Lorsque les notes ou documents servant de base à la décision ne sont pas internes, les parties ont le droit d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur sujet, sous réserve des exceptions admissibles au regard de l'article 27 PA ou de la législation cantonale correspondante. Cet article de la procédure administrative fédérale est, à notre sens, compatible avec les articles 29, alinéa 2, Cst. et 6 CEDH.

Lorsque des notes ou des documents sont simplement *propres* à servir de base à une décision, ils ne sont en principe pas non plus internes, dans la mesure où les justiciables peuvent en tirer des arguments conduisant à une autre décision que celle rendue par l'autorité. A cet égard, des avis ou rapports sur des questions litigieuses en relation avec l'état de fait ne sont en principe pas internes⁷⁷, à moins que leur contenu soit reproduit dans un autre document accessible aux parties.

Une appréciation objective est justifiée sur la question de savoir si un document est propre à servir de base à une décision⁷⁸. Lorsqu'un doute existe sur ce point et que l'autorité concernée refuse de donner l'accès à un document litigieux, il est levé par l'autorité de recours⁷⁹, aux termes d'une analyse au cas par cas⁸⁰. Elle demande alors que le document en

⁷⁵ Arrêt TF 2D_25/2012 du 6 novembre 2012, c. 3.4 et les références jurisprudentielles.

⁷⁶ Cf., pour un exemple, arrêt TF 2D_25/2012 du 6 novembre 2012, c. 3.4.

⁷⁷ DPC 2013/2, p. 275 (TAF, 17.04.2013), c. 4.

⁷⁸ *Ibid.* Le fait pour l'autorité en cause de qualifier un document d'*interne* n'est en aucun cas décisif (cf. DANIELA THURNHERR, *Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln*, Zurich/St-Gall 2013, p. 251-252 et les références).

⁷⁹ *Id.*, c. 7.

⁸⁰ *Id.*, c. 7.5. Cf. également BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, « Art. 26 », in: WALDMANN/WEISSENBERGER (éd.), *Praxiskommentar zum VwVG*, Zurich 2009, p. 558 s.

cause lui soit communiqué et examine elle-même si celui-ci est propre à servir de base à la décision. Cette analyse est effectuée sans que les parties soient habilitées à se déterminer sur ce dernier point. A défaut, elles accèderaient, le cas échéant, à des documents ou notes valablement qualifiés d'internes. En outre, lorsque l'autorité de recours considère qu'un document ou une note interne contient des passages propres à servir de base à la décision, elle ne doit communiquer que ces passages à la partie ou aux parties concernées⁸¹. Un document ou une note possède ainsi parfois un caractère hybride.

Dans le contentieux de la fonction publique par exemple, le Tribunal fédéral a considéré, à juste titre, que des notes relatives à l'audition du personnel d'une institution – un tribunal cantonal en l'occurrence – devaient être rendus accessibles à une employée licenciée, car ils servaient de base à la décision⁸². Ces notes permettaient *in casu* de qualifier les faits de motifs objectifs et suffisants de résiliation des rapports de travail⁸³. L'arrêt du Tribunal fédéral est également pertinent sur un autre point. En effet, le fait que l'autorité ayant pris la décision de résiliation des rapports de travail – le gouvernement cantonal – n'ait pas eu accès à ces notes ne suffisait pas pour en barrer l'accès à l'employée en cause. En effet, le gouvernement se fondait sur un rapport du tribunal cantonal qui contenait divers griefs dirigés contre cette dernière. Le rapport avait certes été communiqué à celle-ci, mais les notes d'audition représentaient les véritables moyens de preuve⁸⁴.

V. Le « droit de répliquer »

A. Les procédures judiciaires

Le droit à un procès équitable, au sens de l'article 6 CEDH, comprend en principe « le droit, pour les parties au procès, de prendre connaissance

⁸¹ Pour une approche différente, cf. la décision incidente du TAF B-831/2011 du 18 juillet 2011, dans laquelle un document a été remis dans son intégralité à la partie recourante.

⁸² Arrêt TF 8C_449/2011 du 6 juin 2012, c. 2.3.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

de toute pièce ou observation présentée au juge et de la discuter »⁸⁵. Dans plusieurs affaires concernant la Suisse, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à la violation de l'article 6, paragraphe 1, CEDH au motif qu'une partie à une procédure devant une autorité cantonale ou fédérale n'avait pas été invitée à s'exprimer sur les observations d'une autorité judiciaire inférieure, d'une autorité administrative ou de la partie adverse⁸⁶.

Cette jurisprudence consacre ce que l'on appelle souvent, quoique de manière réductrice, le « droit de répliquer » ou, selon une terminologie encore mouvante, le « droit de réplique », le « droit à répliquer » ou encore le « droit à la réplique ». Il s'agit plus précisément d'un droit de prendre connaissance de toute pièce ou observation versée au dossier ou, plus largement, présentée au tribunal, puis de se déterminer à son propos. Des restrictions sont néanmoins admissibles, comme le prévoit du reste l'article 27 PA ou la législation cantonale correspondante.

Le Tribunal fédéral a étendu la portée de ces principes à toutes les procédures judiciaires, y compris donc à celles qui ne sont pas visées par l'article 6, paragraphe 1, CEDH⁸⁷. Le « droit de répliquer » a ainsi une portée générale, peu importe de surcroît que la pièce ou la prise de position en cause contienne ou non de nouveaux arguments de fait ou de droit ou qu'elle soit ou non susceptible d'influer sur le jugement⁸⁸.

Une question délicate, sur laquelle nous nous attarderons ici, a dernièrement retenu l'attention des juges. Un tribunal est-il tenu d'inviter la partie concernée à se déterminer ou peut-il se contenter de lui communiquer la pièce ou l'observation ? La Cour européenne des droits de l'homme paraît plutôt exiger une invitation lorsque le justiciable n'est pas assisté d'un avocat, que le droit applicable ne prévoit pas un

⁸⁵ ACEDH *Schaller-Bossert c. Suisse*, du 28 octobre 2010, n° 41718/05, § 39 et la jurisprudence citée.

⁸⁶ Cf. notamment ACEDH *Schaller-Bossert* (n. 85) § 39 et les références jurisprudentielles; ACEDH *Werz c. Suisse*, du 17 décembre 2009, n° 22015/05, § 55; ACEDH *Kessler c. Suisse*, du 26 juillet 2007, n° 10577/04, § 32; ACEDH *Ressegatti c. Suisse*, du 13 juillet 2006, n° 17671/02, § 30.

⁸⁷ ATF 133/2007 I 100, 102-104, A.; cf. également ATF 138/2012 I 154, 157, X.; ATF 137/2011 I 195, 197, A. Cf. notamment MARKUS LANTER, « Formeller Charakter des Replikrechts – Herkunft und Folgen », *ZBl* 2012, p. 167-182, 171.

⁸⁸ ATF 133/2007 I 100, 102-103, A.

second échange d'écritures et que le document en cause a été envoyé « pour information »⁸⁹. Une obligation d'inviter les parties à se déterminer, valable en toutes circonstances, ne ressort cependant pas de la jurisprudence.

Le Tribunal fédéral, quant à lui, exige que le dépôt d'actes par d'autres participants à la procédure soit communiqué⁹⁰. Pour le surplus, il se montre pragmatique et, dans un arrêt de principe récent, admet qu'un tribunal se contente de communiquer une pièce ou une observation à une partie si on peut attendre de cette dernière qu'elle se détermine rapidement sans y avoir été expressément invitée ou qu'elle demande de pouvoir le faire si elle estime cela nécessaire⁹¹. Cette jurisprudence est convaincante dans son principe, à tout le moins lorsque le justiciable est assisté d'un avocat, ce qui était le cas en l'espèce⁹². Lorsque le justiciable ne bénéficie pas d'une telle assistance et ne dispose pas lui-même de connaissances juridiques adéquates, une grande prudence est de mise, si bien qu'une invitation est en principe requise, à moins que le droit de se déterminer sur le document communiqué ressorte clairement du droit applicable⁹³.

L'arrêt précité prête néanmoins à la critique lorsque l'on examine de plus près le déroulement des faits. Ainsi, le Tribunal administratif du canton de Schwyz a communiqué, par courrier du 16 décembre 2011, au recourant des observations de trois pages du Département cantonal de la sécurité ainsi que des observations de deux pages de la commune de Arth; il a rendu son arrêt le 18 janvier 2012 et l'a notifié le 2 février 2012⁹⁴. Le laps de temps entre la réception du courrier et la décision paraît bref, compte tenu de la période des fêtes de fin d'année les séparant, pour inférer de l'absence de réaction de la partie concernée qu'elle avait renoncé à se déterminer. La jurisprudence doit encore être affinée sur ce point afin de mieux tenir compte de toutes les circonstances de

⁸⁹ ACEDH *Schaller-Bossert* (n. 85) § 42.

⁹⁰ ATF 137/2011 I 195, 197, A.

⁹¹ ATF 138/2012 I 484, 486-487, X. AG.

⁹² ATF 138/2012 I 484, 488, X. AG. Cf. également LANTER (n. 87) p. 176 s.

⁹³ Cf. également LANTER (n. 87) p. 175 s.

⁹⁴ ATF 138/2012 I 484, 488-489, X. AG.

l'espèce. Une règle selon laquelle une absence de réaction – ne serait-ce que pour solliciter un délai – dans un délai de dix jours à compter de la réception d'un courrier du tribunal implique une renonciation à se déterminer⁹⁵ est trop schématique et ne saurait être retenue.

B. Les procédures administratives

Le Tribunal fédéral a récemment franchi un pas supplémentaire en déduisant directement de l'article 29, alinéa 2, Cst. un « droit de répliquer » au sens étroit dans la mesure où les déterminations de l'instance précédente ou de la partie adverse « contiennent de nouveaux éléments qui sont admissibles au plan procédural et matériellement susceptibles d'influer sur le jugement à rendre »⁹⁶. L'arrêt concernait une procédure devant l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio et de télévision, qui n'est pas une autorité judiciaire au sens de l'article 6, paragraphe 1, CEDH⁹⁷.

Cette extension est, à notre sens, justifiée. Il convient néanmoins de s'interroger sur le fondement de la différence opérée par le Tribunal fédéral entre les procédures administratives et les procédures judiciaires non visées par l'article 6, paragraphe 1, CEDH. Dans les premières, le « droit de répliquer » porte sur les prises de position qui contiennent des nouveaux éléments admissibles sur le plan procédural et matériellement susceptibles d'influer sur le jugement à rendre. Dans les secondes, il n'est pas soumis à une telle limitation.

Le Tribunal fédéral paraît justifier cette différence en rattachant le « droit de répliquer » au sens étroit à l'article 29, alinéa 2, Cst. et celui plus large à l'article 29, alinéa 1, Cst., en admettant une interprétation à géométrie variable de cette disposition⁹⁸. Ce point mériterait une motivation plus soignée de la part de la Haute Cour. L'article 29, alinéa 1, Cst. n'opère pas une telle distinction. Par ailleurs, dans son arrêt initial étendant le droit de répliquer à toutes les procédures judiciaires, le Tribunal fédéral a, à juste titre, expressément lié le droit d'être entendu

⁹⁵ Cf. LANTER (n. 87) p. 175-177, qui évoque toutefois quelques nuances.

⁹⁶ ATF 138/2012 I 154, 156-157, X. (citation provenant du chapeau de l'arrêt).

⁹⁷ ATF 138/2012 I 154, 158-159, X.

⁹⁸ ATF 138/2012 I 154, 157-158, X.

à l'équité de la procédure⁹⁹. Il lui appartient désormais de justifier sa jurisprudence différenciée, en expliquant pourquoi elle s'impose matériellement. S'il ne trouve aucune explication convaincante, il serait bien inspiré d'y renoncer.

VI. Le principe *ne bis in idem* en procédure administrative

Le principe *ne bis in idem* reconnaît au justiciable le droit de ne pas être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure de cet Etat. Ancré à l'article 4 du protocole n° 7 du 22 novembre 1984 à la CEDH¹⁰⁰ et à l'article 14, paragraphe 7, du Pacte ONU II, ce principe n'est pas expressément consacré par la Constitution fédérale mais en découle implicitement¹⁰¹. Il poursuit un double objectif: d'un point de vue *général*, il reconnaît aux décisions pénales une autorité qui ne peut, en principe, être remise en question; du point de vue du *justiciable*, il permet à celui-ci d'attacher une certaine confiance en sa situation¹⁰². Nous nous attacherons ici à examiner dans quelle mesure la coexistence de plusieurs sanctions, en particulier pénales et administratives, peut porter atteinte à ce principe.

A. Le principe *ne bis in idem* et les sanctions administratives

1. *Le caractère pénal des sanctions administratives en cause*

Pour que la coexistence d'une sanction administrative et d'une sanction pénale puisse emporter violation du principe *ne bis in idem*, il faut tout d'abord que la première ait été rendue dans le cadre d'une procédure qui peut être qualifiée de « pénale » au sens de la jurisprudence rendue par la Cour¹⁰³. Nous nous contenterons ici de renvoyer à la notion

⁹⁹ ATF 133/2007 I 100, 103-104, A.

¹⁰⁰ Protocole n° 7 – RS 0.101.07.

¹⁰¹ ATF 137/2011 I 363, 365, X. et les références citées.

¹⁰² RENUCCI (n. 8) p. 586.

¹⁰³ ACEDH *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, du 10 février 2009, n° 14939/03, §§ 48-57 et les références citées.

d'« accusation en matière pénale » examinée ci-dessus¹⁰⁴ et, pour des exemples concrets, à l'analyse faite au titre suivant de deux domaines du droit administratif spécial présentant des tensions certaines avec cette garantie¹⁰⁵.

2. La définition du « bis »

L'article 4, paragraphe 1, du protocole n° 7 empêche la conduite d'une nouvelle procédure lorsque l'intéressé a déjà été acquitté ou condamné pour la même infraction par *un jugement définitif*. Selon le rapport explicatif relatif au protocole, une décision est définitive « si elle est, selon l'expression consacrée, passée en force de chose jugée. Tel est le cas lorsqu'elle n'est pas susceptible de voies de recours ordinaires ou que les parties ont épuisé ces voies ou laissé passer les délais sans les exercer »¹⁰⁶.

Selon l'article 4, paragraphe 2, du protocole n° 7, le principe *ne bis in idem* ne s'oppose toutefois pas à la réouverture d'une procédure définitivement clôturée lorsque des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu¹⁰⁷. Il est également admis que la procédure peut être reprise, à la demande de l'intéressé, lorsque le jugement a été rendu par défaut¹⁰⁸. Il ressort en outre des termes « par les juridictions du même Etat » que l'article 4, paragraphe 1, du protocole n° 7 a un champ d'application limité au plan national et n'empêche pas la poursuite, pour la même infraction, de plusieurs procédures pénales dans

¹⁰⁴ Cf. *supra* II, C.

¹⁰⁵ Cf. *infra* VI, B.

¹⁰⁶ Conseil de l'Europe, Rapport explicatif relatif au Protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, § 22; cf. également ACEDH *Nikitine c. Russie*, du 20 juillet 2004, n° 50178/99, § 37; ACEDH *Horciag c. Roumanie*, du 15 mars 2005, n° 70982/01.

¹⁰⁷ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 32, CCPR/C/CG/32 du 23 août 2007, § 56; RENUCCI (n. 8) p. 586; MARINA EUDES, « Article 14 », in: DECAUX (éd.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Paris 2011, p. 360.

¹⁰⁸ Conseil de l'Europe (n. 106) § 22; Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 32 (n. 107) § 54.

différents Etats¹⁰⁹. Ceux-ci doivent néanmoins chercher, par la conclusion de conventions internationales, à éviter qu'une personne soit jugée pour la même infraction dans plusieurs Etats¹¹⁰.

3. La définition de l'« idem »

La principale difficulté soulevée par l'application du principe *ne bis in idem* consiste à déterminer si les infractions pour lesquelles l'intéressé a été poursuivi ou jugé à plusieurs reprises sont les mêmes. La Cour relève à ce propos qu'il existe plusieurs façons de répondre à cette question ou, autrement dit, de définir l'« idem »¹¹¹. Sa jurisprudence est d'ailleurs passablement fluctuante sur ce point.

Une *première approche*, suivie par les Juges de Strasbourg dans l'affaire *Gradinger*¹¹² notamment, consiste à examiner si le justiciable a été poursuivi ou condamné à plusieurs reprises pour un même comportement (« *idem factum* »), sans égard à la qualification juridique qui est faite de celui-ci. Dans cette affaire, le requérant avait été condamné pour homicide par négligence à l'issue d'une procédure pénale, puis pour conduite en état d'ivresse dans le cadre d'une procédure administrative. Pour la Cour, les deux décisions litigieuses se fondent sur le même comportement et il y a lieu de retenir une violation de l'article 4 du protocole n° 7, quand bien même les deux infractions diffèrent dans leur appellation, leur nature et leur but¹¹³. Adoptant une *deuxième approche* plus restrictive, dans l'affaire *Oliveira*¹¹⁴ notamment, la Cour estime qu'un même comportement peut être constitutif de plusieurs infractions. Dans un tel cas de figure, celui du concours idéal d'infractions, il y a lieu d'admettre qu'un même fait pénal puisse s'analyser en deux infractions distinctes, lesquelles peuvent alors être examinées par des juridictions

¹⁰⁹ ACEDH *E.G.M. c. Luxembourg*, du 20 mai 1994, n° 24015/94, § 2; arrêt TF 1C_456/2012 du 15 février 2013, c. 3.2; ATF 123/1997 II 464, 466, I.; RENUCCI (n. 8) p. 586; EUDÉS (n. 107) p. 360.

¹¹⁰ Comité des droits de l'homme (n. 107) § 57; cf. notamment art. 54-58 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990 (CAAS – JO L 239 du 22 septembre 2000, p. 19-62).

¹¹¹ ACEDH *Zolotoukbine* (n. 103), § 70.

¹¹² ACEDH *Gradinger c. Autriche*, du 23 octobre 1995, n° 15963/90.

¹¹³ ACEDH *Gradinger* (n. 112) § 55.

¹¹⁴ ACEDH *Oliveira c. Suisse*, du 30 juillet 1998, n° 25711/94.

différentes. Selon cette deuxième interprétation du principe *ne bis in idem*, le fait de prononcer une condamnation pour lésions corporelles par négligence et une seconde pour défaut de maîtrise du véhicule, en lien avec un même comportement, n'emporte ainsi pas violation de l'article 4 du protocole n° 7¹¹⁵. Dans une *troisième approche*, suivie notamment dans l'affaire *Franz Fischer*¹¹⁶, la Cour estime que la pluralité de poursuites est possible en cas de concours idéal d'infractions, à condition que ces infractions ne partagent pas les mêmes « éléments essentiels ». Dans cette affaire, les Juges de Strasbourg ont ainsi considéré que l'infraction administrative de conduite sous l'emprise de l'alcool et l'infraction d'homicide par imprudence causé dans un état d'ivresse partageaient les mêmes « éléments essentiels » et qu'une violation de l'article 4 du protocole n° 7 devait être retenue¹¹⁷. Selon cette approche, une violation du principe *ne bis in idem* peut néanmoins être écartée lorsque les deux infractions ne se recoupent que légèrement : deux infractions se distinguent ainsi suffisamment lorsqu'elles diffèrent quant à l'intention criminelle et au but visés¹¹⁸ ou quant à leurs gravité et conséquences¹¹⁹.

Dans l'affaire *Zolotoukhine*, la Cour estime que cette pluralité d'approches adoptées jusque là « est source d'une insécurité juridique incompatible avec ce droit fondamental qu'est le droit de ne pas être poursuivi deux fois pour la même infraction » et se considère « à présent appelée à harmoniser l'interprétation de la notion de « même infraction » – l'élément *idem* du principe *non bis in idem* – aux fins de l'article 4 du Protocole n° 7 »¹²⁰. Les Juges de Strasbourg observent que la Cour de

115 ACEDH *Oliveira* (n. 114) §§ 25-29 ; pour d'autres affaires où la Cour a suivi cette deuxième approche, cf. ACEDH *Göktan c. France*, du 2 juillet 2002, n° 33402/96, § 50 ; ACEDH *Gauthier c. France*, du 24 juin 2003, n° 61178/00, § 2 ; ACEDH *Öngün c. Turquie*, du 10 octobre 2006, n° 15737/02, § 3.

116 ACEDH *Franz Fischer c. Autriche*, du 29 mai 2001, n° 37950/97.

117 ACEDH *Franz Fischer* (n. 116) §§ 28-32 ; pour un état de fait et une solution identique, cf. également ACEDH *W.F. c. Autriche*, du 30 mai 2002, n° 38275/97, §§ 20-28 ; ACEDH *Sailer c. Autriche*, du 6 juin 2002, n° 38237/97, §§ 21-28.

118 ACEDH *Rosenquist c. Suède*, du 14 septembre 2004, n° 60619/00 ; ACEDH *Auser-Sporn c. Autriche*, du 7 décembre 2006, n° 37301/03, §§ 41-46 ; ACEDH *Storbråten c. Norvège*, du 1^{er} février 2007, n° 12277/04 ; ACEDH *Haarvig c. Norvège*, du 11 décembre 2007, n° 11187/05.

119 ACEDH *Garretta c. France*, du 4 mars 2008, n° 2529/04.

120 ACEDH *Zolotoukhine* (n. 103) § 78.

justice de l'Union européenne et la Cour interaméricaine des droits de l'homme retiennent comme critère pertinent l'identité des faits matériels et non la qualification juridique de ceux-ci¹²¹, tout en relevant que ces deux Cours se fondent sur des dispositions faisant expressément référence à l'identité des *faits* (« mêmes faits ») et non des *infractions* (« même infraction »)¹²². Malgré cette différence d'ordre rédactionnel, la Cour estime devoir se rallier à cette position. En effet, « la Convention doit être interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoire »¹²³; or une approche privilégiant la qualification juridique des deux infractions s'avère trop restrictive pour les droits de la personne et « risque d'affaiblir la garantie consacrée par l'article 4 du Protocole n° 7 et non de la rendre concrète et effective »¹²⁴.

Il convient dès lors d'interpréter cette disposition « comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde <infraction> pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes »¹²⁵.

B. Deux domaines du droit administratif en tension avec le principe *ne bis in idem*

Différents domaines du droit administratif donnent lieu à des tensions avec le principe *ne bis in idem*. Deux seront évoqués dans la présente contribution : le droit de la circulation routière (1) et le droit des étrangers (2).

121 Cf. respectivement arrêt de la CJUE *Leopold Henri Van Esbroeck*, du 6 mars 2006, C-436/04 et arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme *Loayza-Tamayo c. Pérou*, du 17 septembre 1997, série C n° 33.

122 ACEDH *Zolotoukhine* (n. 103) § 79; cf. respectivement art. 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (CAAS – JO L 239 du 22 septembre 2000, p. 19 ss) et l'art. 8, § 4, de la convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969.

123 ACEDH *Zolotoukhine* (n. 103) § 80.

124 ACEDH *Zolotoukhine* (n. 103) § 81.

125 ACEDH *Zolotoukhine* (n. 103) §§ 80-82; sur cette évolution de la jurisprudence de la Cour, cf. GRABENWARTER/PABEL (n. 27) p. 474-476; SUDRE et al. (n. 33) p. 437.

1. *Le droit de la circulation routière*

La loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958¹²⁶ prévoit un certain nombre d'infractions donnant lieu à des sanctions pénales et à des sanctions administratives, les premières étant prononcées par le juge pénal et les secondes par les autorités administratives. Selon la gravité de l'infraction, le juge pénal est ainsi amené à prononcer une amende, une peine pécuniaire, un travail d'intérêt général ou une peine privative de liberté¹²⁷; de son côté, l'autorité administrative prononcera soit un avertissement, soit un retrait de permis¹²⁸. Cette dualité procédurale en matière de droit de la circulation routière soulève inévitablement des questions sous l'angle du principe *ne bis in idem*.

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu différents arrêts portant spécifiquement sur le principe *ne bis in idem* en lien avec un retrait du permis de conduire décidé suite à une condamnation pénale pour infraction au droit de la circulation routière¹²⁹. Elle y relève premièrement que le retrait du permis de conduire constitue une sanction pénale au sens de l'article 4 du protocole n° 7, en raison de son caractère punitif et dissuasif¹³⁰. Elle y considère ensuite qu'un retrait du permis de conduire ou son annulation représente une conséquence directe et prévisible de la condamnation pénale prononcée précédemment. Cette étroite connexion entre les deux mesures amène les Juges de Strasbourg à estimer que le retrait du permis s'apparente à une peine complémentaire à la condamnation pénale. La procédure administrative ne devant ainsi pas être considérée comme une « nouvelle procédure », la Cour

¹²⁶ LCR – RS 741.01.

¹²⁷ Art. 90 à 103 LCR; pour un examen détaillé des sanctions pénales prévues par la LCR, cf. YVAN JEANNERET, *Les dispositions pénales de la Loi sur la circulation routière (LCR)*, Berne 2007.

¹²⁸ Art. 16 à 16d LCR; pour une analyse des sanctions administratives prévues par la LCR, cf. BENOÎT CARRON, « Théorie et pratique du retrait de permis », in: WERRO/PROBST (éd.), *Journées du droit de la circulation routière*, Berne 2012, p. 80 ss.

¹²⁹ ACDEH R.T. c. Suisse, du 30 mai 2000, n° 31982/96; ACEDH Nilsson c. Suède, du 13 décembre 2005, n° 73661/01; ACEDH Maszni c. Roumanie, du 21 septembre 2006, n° 59892/00, §§ 61-70.

¹³⁰ ACEDH Maszni (n. 129) § 66; cf. également ACEDH Maligne c. France, du 13 septembre 1998, n° 27812/95, §§ 31-40.

estime qu'il n'y a pas lieu de retenir une violation du principe *ne bis in idem*, l'élément « *bis* » faisant défaut¹³¹. Le Tribunal fédéral s'appuie également sur la nature complémentaire du retrait de permis pour écarter toute violation de cette garantie. Il ajoute que celle-ci n'est violée que si le juge de la première procédure est en mesure d'apprécier l'état de fait sous tous ses aspects juridiques; or, en matière d'infractions à la LCR, le juge pénal et l'autorité administrative disposent chacun d'un pouvoir de décision limité et l'état de fait ne peut être examiné sous tous ses aspects juridiques que par les deux autorités prises ensemble¹³². Le Tribunal fédéral précise en outre que l'autorité administrative ne peut, sauf exceptions, s'écarter des constatations de fait du jugement pénal entré en force lorsqu'elle statue sur le retrait du permis de conduire¹³³.

Cette dualité procédurale en matière de droit de la circulation routière peut-elle survivre à l'arrêt *Zolotoukhine*? Le Tribunal fédéral répond par l'affirmative en considérant premièrement que cet arrêt n'aborde pas la problématique du cumul des procédures administrative et pénale en matière d'infractions aux règles de la circulation routière. Il estime en outre qu'il n'y est pas clairement signifié que le critère de l'« identité des faits » a vocation à s'appliquer à toutes les doubles procédures. Deuxièmement, le Tribunal fédéral observe que les sanctions pénales et administratives prévues par la LCR poursuivent des buts différents et considère que seul le concours du juge pénal et de l'autorité administrative permet de saisir l'acte délictueux dans son ensemble. Troisièmement, les Juges de Mont-Repos ajoutent que l'Assemblée fédérale et la majorité des cantons se sont à plusieurs reprises opposées au transfert de la sanction du retrait de permis de conduire au juge pénal, respectivement à la création de tribunaux de la circulation qui seraient amenés à connaître de l'ensemble des infractions aux règles de la circulation routière¹³⁴.

¹³¹ ACEDH *Maszni* (n. 129) §§ 67-68.

¹³² ATF 137/2011 I 363, 368, X.; ATF 125/1999 II 402, 404-405, A.; YVAN JEANNERET, « L'arrêt *Zolotoukhine* contre Russie ou la fin du retrait administratif du permis de conduire », *RDAF* 2010 I p. 263 ss, p. 269.

¹³³ ATF 137/2011 I 363, 368, X.; ATF 123/1997 II 97, 104, Z.; ATF 109/1983 Ib 203, 204, B.; ATF 96/1970 I 766, 773-774, *Fischer*; JEANNERET (n. 132) p. 270.

¹³⁴ ATF 137/2011 I 363, 369-370, X.; du même avis, cf. CÉDRIC MIZEL, « Ne bis in idem: l'arrêt *Zolotoukhine* contre Russie ne s'applique pas au retrait du permis de conduire suisse », *Revue interdisciplinaire de la Circulation routière* 2011 p. 27 ss,

Si nous nous rallions à la solution retenue par le Tribunal fédéral, nous ne sommes pas convaincus par les arguments qu'il avance. Tout d'abord, si l'arrêt *Zolotoukhine* ne porte pas spécifiquement sur la dualité procédurale en matière de droit de la circulation routière, il n'en demeure pas moins que le critère de l'« identité des faits » qui y est retenu pour interpréter l'« *idem* » est appelé à s'imposer de façon générale, y compris en matière de retrait du permis de conduire¹³⁵. Par conséquent, les considérations du Tribunal se rapportant aux buts différents poursuivis par les procédures pénale et administrative n'ont plus lieu d'être sous l'angle de cette nouvelle approche. La Cour le signifie clairement lorsqu'elle déclare que « les faits des deux infractions représentent le seul point de comparaison »¹³⁶. Enfin, l'argument du Tribunal fédéral tiré de la forte légitimité démocratique du système prévu par la LCR n'est pas pertinent; les Etats parties ne sauraient en effet justifier une violation du principe *ne bis in idem* par le seul fait que le système de double procédure litigieux repose sur une base légale dont la révision a été, à plusieurs reprises, refusée par le législateur national¹³⁷.

Nous sommes d'avis que l'arrêt *Zolotoukhine* trouve pleinement à s'appliquer en matière de circulation routière, puisqu'il harmonise de façon générale la notion d'« *idem* ». En revanche, la Cour n'y reconsidère pas son appréciation selon laquelle le retrait du permis de conduire s'apparente à une peine complémentaire à la condamnation pénale et ne s'inscrit ainsi pas dans le cadre d'une « nouvelle procédure ». Cette règle jurisprudentielle, qui relève de la notion de « *bis* » et que l'arrêt *Zolotoukhine* a laissée intacte, permet toujours, en l'absence d'indications contraires, de considérer que le système de double procédure prévu par la LCR ne viole pas l'article 4 du protocole n° 7.

p. 29-31; également en faveur d'exceptions à l'unicité de la procédure, « à tout le moins lorsque pour des raisons objectives et fondées, toutes les conséquences d'un acte délictueux ne peuvent être jugées ensemble », cf. HANSPETER MOCK, « *Ne bis in idem*: Strasbourg tranche en faveur de l'identité de faits », *RTDH* 2009 p. 867 ss, p. 879; d'un avis contraire, cf. JEANNERET (n. 132) p. 269-271.

¹³⁵ Cf. la formulation générale employée dans *ACEDH Zolotoukhine* (n. 103) § 82.

¹³⁶ *ACEDH Zolotoukhine* (n. 103) § 97.

¹³⁷ Cf. également art. 4, § 3, protocole n° 7, lequel exclu toute dérogation au titre de l'art. 15 CEDH.

2. *Le droit des étrangers*

Lorsqu'un étranger séjournant en Suisse commet une infraction pénale, il s'expose, comme tout un chacun, à une condamnation pénale. A l'inverse des citoyens suisses, il risque également une révocation de son autorisation, en application des articles 62, 63 et 84, alinéa 3, de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005¹³⁸, voire une interdiction d'entrée en Suisse, prévue à l'article 67 de cette loi.

Cette dualité de procédures, pénale et administrative, est susceptible de soulever des questions sous l'angle du principe *ne bis in idem*. En effet, la procédure administrative de révocation de l'autorisation et, le cas échéant, d'interdiction d'entrée est généralement initiée alors que l'étranger exécute sa condamnation pénale, à un moment où celle-ci revêt nécessairement un caractère définitif. L'élément « *bis* » est donc en principe réalisé. L'élément « *idem* » l'est également, puisque la sanction pénale et la mesure administrative ont pour origine les mêmes faits. Il convient ainsi de s'interroger sur la nature de la révocation de l'autorisation de présence et de l'interdiction d'entrée : présentent-elles un *caractère pénal*? Une réponse positive à cette question pourrait impliquer la reconnaissance d'une violation du principe *ne bis in idem*.

La Cour européenne des droits de l'homme nie la nature pénale de ces mesures en estimant que celles-ci « doivent être considérées comme revêtant un caractère préventif plutôt que punitif »¹³⁹. En d'autres termes, elles poursuivraient pour finalité essentielle la protection de la société et ne présenteraient dès lors pas un caractère pénal. Pareille appréciation, partagée par le Tribunal fédéral¹⁴⁰ et le Tribunal administratif fédéral¹⁴¹, ne fait cependant pas l'unanimité. Dans deux opinions jointes aux arrêts *Maaouia* et *Üner*, l'une concordante, l'autre dissidente, le Juge COSTA estime que la mesure d'interdiction du territoire présente

¹³⁸ LEtr – 142.20.

¹³⁹ ACEDH *Üner c. Pays-Bas*, du 18 octobre 2006, n° 46410/99, § 56; cf. également ACEDH *Maaouia c. France*, du 5 octobre 2000, n° 39652/98, § 39.

¹⁴⁰ ATF 137/2011 I 128, 133-134, X.; arrêt TF 2C_19/2011 du 27 septembre 2011, c. 3; arrêt TF 2C_282/2012 du 31 juillet 2012, c. 2.5; arrêt TF 2C_267/2013 du 6 mai 2013, c. 2.2.1.

¹⁴¹ Arrêt TAF C-1446/2012 du 3 septembre 2012, c. 6.7 et les références citées.

un caractère aussi bien préventif que répressif, à l'instar d'ailleurs de toute sanction pénale¹⁴². Il relève en outre que cette mesure représente « une sanction aussi lourde, peut-être plus lourde, qu'une peine d'emprisonnement, même plus longue mais non assortie d'une interdiction du territoire et d'une expulsion »¹⁴³. Enfin, l'ancien président à la Cour européenne des droits de l'homme procède par comparaison et considère qu'il est incohérent de retenir la nature administrative de l'interdiction d'entrée tout en admettant la nature pénale d'une majoration d'impôts pour mauvaise foi¹⁴⁴, d'une ordonnance de confiscation prise en complément d'une peine privative de liberté¹⁴⁵, d'une contrainte par corps visant à garantir le paiement d'une amende¹⁴⁶ ou encore d'un retrait de points sur un permis de conduire¹⁴⁷.

Les éléments avancés par le Juge COSTA nous semblent intéressants et mériteraient d'être discutés par la Cour et le Tribunal fédéral. Relevons que si ceux-ci devaient renverser leur jurisprudence et admettre le caractère pénal des mesures de révocation d'une autorisation de présence et d'interdiction d'entrée sur le territoire, deux conclusions différentes pourraient être envisagées sous l'angle du principe *ne bis in idem*. Les Juges de Strasbourg et de Mont-Repos pourraient considérer que ces mesures constituent des peines complémentaires à la première condamnation pénale¹⁴⁸, comme cela est le cas du retrait de permis de conduire¹⁴⁹; pareille issue permettrait d'écartier toute violation de l'article 4 du protocole n° 7. À l'inverse, la Cour et le Tribunal fédéral pourraient nier le caractère complémentaire de ces

¹⁴² ACEDH *Maaouia* (n. 139), opinion concordante du Juge COSTA, § 4.

¹⁴³ ACEDH *Üner* (n. 139), opinion dissidente du Juge COSTA, § 17.

¹⁴⁴ ACEDH *Bendenoun* (n. 38).

¹⁴⁵ ACEDH *Welch c. Royaume-Uni*, du 9 février 1995, n° 17440/90.

¹⁴⁶ ACEDH *Jamil c. France*, du 8 juin 1995, n° 15917/89.

¹⁴⁷ ACEDH *Malige* (n. 130); sur cette comparaison, cf. ACEDH *Maaouia* (n. 139), opinion dissidente du Juge COSTA, § 4; cf. également CÉDRIC RAUX, « Les mesures d'éloignement du territoire devant la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2007 p. 837, 847-850.

¹⁴⁸ Cela semble être l'avis du Juge COSTA: cf. son opinion concordante jointe à ACEDH *Maaouia* (n. 139) § 6.

¹⁴⁹ Cf. *supra* VI, B, 1.

mesures¹⁵⁰ et constater une violation de cette garantie. Il convient cependant de relever que cette deuxième solution, *a priori* plus protectrice des principaux intéressés, ne serait pas forcément à leur avantage : les Etats parties maintiendraient certainement ces mesures – la Cour leur reconnaît le droit de contrôler l’entrée des non-nationaux sur leur sol et, en principe, d’en expulser les étrangers délinquants¹⁵¹ – mais celles-ci seraient simplement décidées parallèlement à la sanction pénale, dans le cadre d’une seule et même procédure. Or les Etats parties doivent tenir compte, dans le cadre de l’examen de la conformité d’une mesure d’expulsion ou d’interdiction du territoire, avec l’article 8 CEDH, du temps écoulé depuis la commission de l’infraction et de la conduite de l’intéressé durant cette période, notamment en prison¹⁵². Ces éléments ne pourraient plus être pris en compte et le respect de l’article 4 du protocole n° 7 amènerait – paradoxalement – les Etats parties à ignorer la jurisprudence rendue par la Cour sous l’angle de l’article 8 CEDH.

VII. Le contrôle judiciaire des sanctions administratives pécuniaires

A. Le pouvoir d’examen complet

Les sanctions administratives pécuniaires sont en principe considérées comme pénales au sens de l’article 6 CEDH¹⁵³, à moins de ne pas être

¹⁵⁰ Il n’est selon nous pas certain que ces mesures puissent être qualifiées de complémentaires. En effet, dans ses arrêts *Nilsson* (n. 129), *R.T.* (n. 129) et *Maszni* (n. 129), la Cour qualifie de peine complémentaire le retrait du permis de conduire car elle estime que celle-ci est « la conséquence directe et prévisible de la condamnation pénale » et en raison du « lien matériel et temporel suffisamment étroit » entre les deux procédures. S’agissant des mesures de révocation de l’autorisation et d’interdiction d’entrée, celles-ci peuvent être prononcées plusieurs années après le jugement pénal ; le *lien temporel suffisamment étroit* fait alors défaut. D’autre part, l’autorité administrative jouit dans ce cadre d’une importante marge d’appréciation (cf. art. 96 LEtr ainsi que la forme potestative employée aux art. 62, 63, 67, al. 2, et 84, al. 3, LEtr ; cf. également ATF 135/2009 II 377, 381-382, X. *et Y.* et les références citées) ; peut-on considérer dans ces conditions que ces mesures constituent la *conséquence prévisible* du jugement pénal ?

¹⁵¹ Parmi beaucoup d’autres, cf. ACEDH *Boultif c. Suisse*, du 2 août 2001, n° 54273/00, § 46 et les références citées.

¹⁵² ACEDH *Boultif* (n. 151) § 51 ; ACEDH *Üner* (n. 139) § 57.

¹⁵³ Cf. *supra* II, C.

supérieures à quelques centaines de francs¹⁵⁴. Sur ce dernier point, l'importance de la sanction doit être déterminée non pas en fonction de la sanction effectivement prononcée mais de la sanction maximale pouvant être infligée. L'éventuel effet dissuasif résulte de cette dernière.

Si la procédure de première instance se déroule devant des organes qui ne sont pas intégrés aux structures judiciaires ordinaires – tels que des organes administratifs ou disciplinaires –, il est admis que ces organes ne remplissent pas les exigences du procès équitable¹⁵⁵. Le justiciable doit toutefois bénéficier d'un recours devant un organe judiciaire indépendant, doté de la plénitude de juridiction et respectant toutes les garanties de l'article 6 CEDH¹⁵⁶.

Le recours de « pleine juridiction » suppose que le juge détienne « le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise »¹⁵⁷. La Cour européenne des droits de l'homme insiste sur le fait que le tribunal se comporte effectivement comme un tribunal de pleine juridiction, par exemple en recueillant lui-même des preuves et en procédant à une nouvelle audition de témoins.

B. L'examen de la quotité de la peine

L'exigence d'un examen complet en fait comme en droit soulève de nombreuses questions. L'une d'entre elle seulement sera examinée ici. Elle se rapporte à la quotité de la peine, en d'autres termes au montant de la sanction. La Cour européenne des droits de l'homme se montre pour l'instant sibylline à cet égard, en se focalisant sur le fait que l'autorité judiciaire de recours puisse vérifier l'adéquation de la sanction à l'infraction commise et, le cas échéant, modifier la sanction¹⁵⁸. Le Tribunal fédéral insiste, quant à lui, sur l'examen de la sanction à l'aune du droit

¹⁵⁴ Cf. notamment LOCHER (n. 30) p. 252 s. et 279 s.

¹⁵⁵ ACEDH *Riepan c. Autriche*, du 14 novembre 2000, n° 35115/97, § 39 et les arrêts cités.

¹⁵⁶ ACEDH *Menarini* (n. 35) §§ 59 et 67; ATF 139/2012 I 72, 80-84, *Publigroupe SA*; cf. également un arrêt de la Cour AELE *Posten Norge AS*, du 18 avril 2012, E-15/10, § 100.

¹⁵⁷ ACEDH *Menarini* (n. 35) § 59.

¹⁵⁸ *Id.*, § 65.

applicable, y compris des principes généraux de l'activité de l'Etat régi par le droit au sens de l'article 5 Cst.¹⁵⁹.

Le montant de la sanction ne saurait être laissé à l'appréciation d'une autorité qui n'est pas un tribunal au sens de l'article 6, paragraphe 1, CEDH. Sur ce point, un contrôle limité à l'abus et à l'excès du pouvoir d'appréciation ne nous paraît pas suffisant. En réalité, l'autorité judiciaire de recours doit également être habilitée à procéder à sa propre appréciation quant au montant de la sanction, en la substituant le cas échéant à celle de l'autorité administrative.

Certes, la distinction entre le contrôle de l'abus du pouvoir d'appréciation et celui de l'opportunité d'une décision, au sens de l'article 49, lettres a et c, PA, est critiquée par une partie de la doctrine récente¹⁶⁰. Que la distinction manque de netteté¹⁶¹ n'est guère contestable. On ne saurait néanmoins en déduire que, s'agissant du pouvoir d'appréciation, un contrôle judiciaire portant sur les seuls abus ou excès y relatifs suffit dans toutes les situations. Il s'agit bien plus de définir le rôle du juge par rapport à l'administration dans un Etat de droit. L'intensité du contrôle judiciaire varie en fonction de divers critères. La présente contribution n'a pas pour but de fournir une réponse générale à cette problématique fort complexe, mais se borne à quelques considérations en lien avec les sanctions administratives pécuniaires, pénales au regard de l'article 6 CEDH. A moins que ces sanctions soient fixées dans des tabelles ou très étroitement encadrées par la jurisprudence, elles sont prononcées par une autorité qui jouit d'un pouvoir d'appréciation important. Nier qu'un tel pouvoir existe revient à ignorer la réalité juridique et factuelle. L'autorité judiciaire de recours ne peut pas se contenter d'examiner s'il y a eu abus ou excès de pouvoir d'appréciation. S'y limiterait-elle qu'elle

¹⁵⁹ ATF 139/2012 I 72, 82-83, *Publigroupe SA*. Cf. spécialement LOCHER (n. 30) p. 19-25.

¹⁶⁰ Cf. spécialement la contribution de Thierry TANQUEREL dans le présent ouvrage; cf. également BENJAMIN SCHINDLER, *Verwaltungsermessen – Gestaltungs Kompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Zurich/St-Gall/Baden-Baden 2010, entre autres p. 207-209 et 315-405, qui préconise de renoncer à la distinction entre notions juridiques indéterminées et pouvoir d'appréciation, puis propose une nouvelle typologie de l'appréciation.

¹⁶¹ Cf. notamment SCHINDLER (n. 160) p. 328.

admettrait que la sanction pénale au sens de l'article 6 CEDH soit, dans une certaine mesure, arrêtée par une autorité non judiciaire. Elle est tenue de procéder à *sa propre appréciation* et il est parfaitement envisageable qu'elle modifie la sanction en appréciant différemment les critères pertinents applicables¹⁶². Elle n'est pas non plus habilitée, eu égard ne serait-ce qu'à l'article 6 CEDH, à fixer un maximum admissible de la sanction dans un cas concret, en indiquant que toute sanction ne dépassant pas ce montant peut être prononcée par l'autorité administrative. A défaut, cela signifierait que cette dernière fixe une sanction pénale sans qu'une autorité judiciaire procède à sa propre appréciation quant à la sanction effectivement adéquate *in casu*. Une analogie avec la procédure pénale *stricto sensu* se justifie sur ce point. Dans une telle procédure, il est inconcevable qu'un tribunal pénal, lorsqu'il est saisi, par exemple en cas d'opposition à une ordonnance pénale, ou même lorsqu'il statue sur appel, se borne à se prononcer sur la sanction pénale maximale admissible, puis à s'assurer que l'ordonnance pénale ou le jugement attaqué ne la dépasse pas. Il lui appartient d'apprécier lui-même le montant opportun de la sanction¹⁶³, éventuellement avec une certaine retenue en cas d'appel puisque le jugement attaqué émane déjà d'un tribunal¹⁶⁴, ce qui n'est pas le cas dans la problématique ici étudiée.

¹⁶² Cf., dans une optique générale, PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3^e éd., Berne 2009, p. 205: «Unangemessenheit bedeutet inopportune Wahl unter mehreren rechtlich zulässigen Rechtsfolgen»; cf. également OLIVER ZIBUNG/ELIAS HOFSTETTER, «Art. 49», in: WALDMANN/WEISSENBERGER (éd.), *Praxiskommentar zum VwVG*, Zurich 2009, p. 994; TANQUEREL (n. 47) p. 172.

¹⁶³ S'agissant de l'appel, cf. art. 398, al. 1 («La juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement») et al. 3 (motifs d'appel), 399, al. 4, let. b (appel sur la quotité de la peine), du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP – RS 312.0). S'agissant du jugement à la suite d'une opposition à une ordonnance pénale, cf. art. 356, al. 1 et 2, CPP. Cf. spécialement, à propos de l'appel, MARKUS HUG, «Art. 398», in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 1920 s.

¹⁶⁴ HUG (n. 163) p. 1920 s.; en faveur d'une grande retenue en raison du fait que la tâche incombe principalement au «premier juge», MARLÈNE KISTLER VIANIN, «Art. 398», in: KUHN/JEANNERET (éd.), *Code de procédure pénale suisse – Commentaire romand*, Bâle 2011, p. 1776.

Un exemple permet d'illustrer notre propos. Supposons que la législation applicable prévoit une sanction entre 100 000 et 1 million de francs. Dans un cas concret, l'autorité administrative arrive, dans son processus interne de décision, à la conclusion que la sanction doit se situer dans une fourchette entre 300 000 et 400 000 francs. Elle décide finalement d'infliger au justiciable une sanction de 375 000 francs et n'omet aucun critère pertinent dans sa décision. Le justiciable ainsi condamné recourt et exige un examen complet de la sanction en fournissant différents éléments à l'appui de son recours. Dans une telle hypothèse, l'autorité judiciaire peut parfaitement considérer que l'autorité administrative n'a pas violé le droit applicable et que celle-ci disposait effectivement d'un pouvoir d'appréciation correspondant à la fourchette sus-indiquée, mais estimer qu'une autre pondération des critères est préférable *in casu* et modifier la sanction pour la fixer, par exemple, à 325 000 francs. Elle ne saurait en revanche se contenter de confirmer la sanction au motif que l'autorité administrative n'a ni abusé ni excédé son pouvoir d'appréciation.

En Suisse, le Tribunal administratif fédéral peut – et doit si le recours porte de manière recevable sur ce point – lui-même fixer une sanction sans être tenu d'établir l'existence d'un abus ou d'un excès du pouvoir d'appréciation¹⁶⁵ ; l'article 49, lettre c, PA lui reconnaît cette compétence si besoin est¹⁶⁶. A notre sens, un examen complet du montant de la sanction par un tribunal est directement prescrit par le droit à un procès équitable au sens de l'article 6 CEDH, cette garantie fondant elle-même un tel examen lorsque les normes procédurales applicables sont trop restrictives¹⁶⁷. Une retenue de la part du tribunal n'est pas justifiée car il est lui-même en mesure de déterminer le niveau approprié de la sanction

¹⁶⁵ Cf. déjà VINCENT MARTENET, « Le contrôle judiciaire et la surveillance politique des autorités administratives fédérales indépendantes », in: BELLANGER/TANQUEREL (éd.), *Les autorités administratives indépendantes*, Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 183-224, 195.

¹⁶⁶ Cf., de manière générale, MOOR/POLTIER (n. 16) p. 797-799.

¹⁶⁷ Comp., dans une perspective générale, ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 375: « Zu berücksichtigen ist jedoch, dass einige verfassungsmässige Rechte und Prinzipien für eine Ausschöpfung der Kognition sprechen [...] ». Ce point n'a pas été examiné par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Menarini* (n. 35).

après avoir examiné les faits et le droit¹⁶⁸. L'approche adoptée par la Cour AELE est correcte sur ce point et devrait inspirer notamment le Tribunal administratif fédéral :

« As a preliminary point, the Court remarks that the review of legality of the decisions of ESA [EFTA Surveillance Authority] is supplemented by the unlimited jurisdiction which it is afforded by Article 35 SCA [Surveillance and Court Agreement]. Under that jurisdiction, the Court, in addition to carrying out a full review of the lawfulness of the penalty, is empowered to substitute *its own appraisal* for ESA's and, consequently, to cancel, reduce or increase the fine or penalty payment imposed. »¹⁶⁹

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne s'inscrit dans la même perspective :

« [La] compétence [de pleine juridiction] habilite le juge, au-delà du simple contrôle de légalité de la sanction, à substituer son appréciation à celle de la Commission [européenne] et, en conséquence, à supprimer, à réduire ou à majorer l'amende ou l'astreinte infligée. »¹⁷⁰

Enfin, une révision de l'article 49 PA est tout à fait envisageable, peut-être souhaitable. La réflexion ne saurait cependant consister uniquement en la suppression de sa lettre c pour le recours devant une instance judiciaire. Elle doit englober également la formulation de la lettre a afin de permettre, notamment dans les cas où cela se justifie ou *a fortiori* s'impose dans un Etat de droit, à l'autorité judiciaire de substituer complètement son appréciation à celle de l'administration ou d'une autorité administrative.

¹⁶⁸ Comp., dans une optique plus large, ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6^e éd., Zurich/St-Gall 2010, p. 108 : « Dient das Ermessen dazu, *Einzelfallgerechtigkeit* zu ermöglichen [...], so besteht kein Grund für eine beschränkte richterliche Überprüfung, weil sich dabei keine Fragen stellen, welche die Verwaltungsgerichte weniger gut beurteilen können als die Verwaltungsbehörden ». La remarque est correcte et montre que l'existence d'un pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative peut coexister avec un examen complet par l'autorité judiciaire.

¹⁶⁹ Arrêt *Posten Norge AS* (n. 156) § 267 (nous mettons en évidence).

¹⁷⁰ CJUE, arrêt *KME c. Commission européenne* du 8 décembre 2011, aff. C-389/10 P, § 130 et les nombreuses références jurisprudentielles.

VIII. Conclusion

Les diverses garanties fondamentales de procédure que nous venons de passer en revue influent profondément sur le contentieux administratif. Tant les autorités judiciaires ou administratives que les parties à une procédure et leurs représentants sont bien avisés s'ils en tiennent compte avant de rendre une décision, respectivement d'accomplir un acte procédural. Il appartient, par exemple, aux avocats de tirer tous les enseignements de la jurisprudence récente relative au « droit de répliquer ». Ils doivent s'organiser de manière adéquate afin d'être en mesure de réagir rapidement à la communication d'une pièce ou d'une observation de la partie adverse ou de l'autorité précédente.

Le contentieux administratif demeure en quelque sorte sous influence, tant de la Constitution fédérale que de la CEDH et d'autres conventions internationales. La protection des justiciables s'en trouve renforcée. Les autorités sont, quant à elles, amenées à emprunter les ponts qui existent entre la procédure administrative, le droit constitutionnel et le droit international liant la Suisse. La réflexion s'élargit de cette manière, conduisant parfois le Tribunal fédéral à étendre certaines avancées procédurales au contentieux devant des autorités non judiciaires. L'évolution n'est sans doute pas encore terminée sur ce point et plusieurs chantiers jurisprudentiels demeurent ouverts, mais le Tribunal fédéral reconnaît, de manière réjouissante, la perméabilité de différents domaines du droit et types de contentieux.

Si une réflexion élargie se justifie afin de déterminer les règles et principes applicables au contentieux administratif, elle ne saurait pour autant ignorer le besoin de protection concret du justiciable dans une procédure. Il s'agit par ailleurs de ne pas entraver inutilement le déroulement d'une procédure administrative ou judiciaire. Aussi une approche circonstanciée est-elle indiquée afin de prendre en compte ce besoin de protection d'une part et les exigences d'efficacité et de célérité de la procédure d'autre part.