

Le droit public en mouvement

Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /
Vincent Martenet

Le droit public en mouvement

Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /
Vincent Martenet

Citation suggérée de l'ouvrage: VERONIQUE BOILLET/ANNE-CHRISTINE FAVRE/VINCENT MARTENET (édit.), *Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, collection «Recherches juridiques lausannoises», Genève / Zurich 2020, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8739-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2020
www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, Grande Arche – 1 Parvis de La Défense,
92044 Paris La Défense Cedex
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

Sommaire

| | |
|---|---------|
| Préface | V-VII |
| Partie I – Droit public : questions choisies | |
| LAURENT BIERI Le rendement des immeubles subventionnés – Commentaire de l’arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2013 du 25 septembre 2014..... | 3-8 |
| VÉRONIQUE BOILLET La libre-circulation des familles arc-en-ciel..... | 9-20 |
| JÉRÔME BÜRGISSER Quelques arrêts récents de la Cour de Justice et du Tribunal de l’Union européenne d’intérêt pour le droit fiscal suisse | 21-44 |
| DAVIDE CERUTTI / VERONICA FRIGERIO La prétendue pyramide ou le débordement ³ | 45-65 |
| ROBERT J. DANON The beneficial ownership requirement under art. 10 (dividends), 11 (interest) and 12 (royalties) of the OECD Model Tax Convention: the case of conduit companies..... | 67-137 |
| ALEX DÉPRAZ Changement de loi pendant la procédure de recours – <i>Lex Weber</i> et <i>Retour vers le futur</i> | 139-152 |
| GIOVANNI DISTEFANO Some Benevolent Remarks regarding the Theory of Historical Consolidation of Territorial Titles..... | 153-165 |
| NATHALIE DONGOIS / KASTRIOT LUBISHTANI Un droit pénal <i>publicisé</i> dans le contexte de la sécurité nationale à l’épreuve de la menace terroriste..... | 167-189 |
| CHRISTOPH ERRASS Rechtliche Probleme staatlicher Forschungsförderung | 191-211 |
| STEVE FAVEZ L’accueil collectif préscolaire | 213-233 |
| NOÉMIE GOFFLOT / AURÉLIEN VANDEBURIE L’impact du droit au respect des biens sur le domaine public..... | 235-250 |
| THIERRY LARGEY L’essor des autorités de régulation et le déclin du droit administratif général..... | 251-275 |
| ANDREAS LIENHARD / DANIEL KETTIGER Justizmanagement im Rechtsstaat..... | 277-299 |
| VINCENT MABILLARD / MARTIAL PASQUIER Transparence administrative et accès à l’information en Suisse et dans le monde | 301-319 |
| PIERRE MOOR Rationalité et subjectivité dans l’interprétation et l’application du droit..... | 321-334 |
| LAURENT MOREILLON / MATHILDE VON WURSTEMBERGER Réflexions sur l’art. 104 al. 2 CPP..... | 335-345 |

| | |
|---|---------|
| ANOUK NEUENSCHWANDER Dommages consécutifs à l'exploitation ou la construction d'un ouvrage public : moyens de droit à disposition des voisins lésés..... | 347-360 |
| NATHANAËL PÉTERMANN La réglementation de l'espace aérien face au développement de l'usage des drones | 361-376 |
| DENIS PIOTET La succession des droits et obligations au décès de l'administré | 377-384 |
| DAVID RENDERS Qui du juge national ou européen contrôle l'acte préparatoire national d'un processus décisionnel menant à l'adoption d'un acte administratif décisoire européen ?..... | 385-398 |
| CHRISTINE SATTIVA SPRING L'égalité salariale en Suisse : une lente marche forcée ?..... | 399-418 |
| DENIS TAPPY Le remboursement de l'assistance judiciaire en matière civile dans le canton de Vaud entre procédure administrative et procédure civile..... | 419-434 |
| PETER UEBERSAX Die Respektierung der Werte der Bundesverfassung | 435-465 |
| Partie II – L'État et les acteurs privés | |
| MARTIN BEYELER Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen | 469-504 |
| DAVID BOULAZ La mise au concours des prestations de transport commandées | 505-527 |
| VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN / SÉVERINE BEURET Réseaux de chaleur et marchés publics | 529-548 |
| NICOLAS F. DIEBOLD / MARTIN LUDIN Die Quasi-in-house-Ausnahme | 549-567 |
| ANNE-CHRISTINE FAVRE / SARAH VITTOZ Les entités privées chargées d'assistance et d'hébergement : quelques problématiques | 569-596 |
| VALENTINA GIOMI Transfert de l'acte administratif : le nouveau marché des autorisations administratives en Italie – Le cas des taxis et des pharmacies..... | 597-620 |
| CLÉMENCE GRISEL RAPIN Une concession sans monopole ? L'exemple de la concession des maisons de jeu..... | 621-632 |
| ANDREAS HEINEMANN / FRANK STÜSSI Submissionkartelle | 633-660 |
| PIM HUISMAN / CHRIS JANSEN / FRANK VAN OMMEREN The Execution of Public Contracts and Third-Party Interests in the Netherlands | 661-674 |
| VINCENT MARTENET L'État en concurrence avec le secteur privé – Enjeux en matière d'égalité et de neutralité ... | 675-688 |
| ARIANE MORIN L'incidence du droit des marchés publics sur l'existence et la validité du contrat | 689-695 |

| | |
|---|---------|
| PHILIPPE NANTERMOD Le transport de personnes par autocar longue distance en Suisse..... | 697-709 |
| TARCILA REIS JORDÃO Direct Agreement : facing the challenges of bankability in Concession projects and Public-Private Partnerships in Brazil | 711-728 |
| MARKUS SCHOTT / RAPHAEL WYSS Grenzfälle im Beschaffungsrecht | 729-743 |
| HANSJÖRG SEILER Praxis des Bundesgerichts zu Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und staatlichen Unternehmen in Privatrechtsform... | 745-765 |
| ANTONY TAILLEFAIT Les contrats d'emplois des agents du secteur public en Europe | 767-780 |
| PIERRE TSCHANNEN Hoheitliches Handeln von Privaten..... | 781-798 |
| BERNHARD WALDMANN / MARTIN D. KÜNG Beleihung und Konzession – Unterschiede und Berührungspunkte | 799-814 |
| ANDREAS ZIEGLER / SILVIO DA SILVA L'importance de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics pour le droit des marchés publics en Suisse..... | 815-827 |
| Partie III – Droit du territoire, de l'énergie et de l'environnement | |
| BENOÎT BOVAY SOS-ISOS – Balade jurisprudentielle dans les quartiers historiques de Lausanne et environs | 831-843 |
| VINCENT BRÜLHART Déploiement de la 5G en Suisse : quelles précautions ? Considérations sur le principe de précaution à l'exemple de la téléphonie mobile | 845-860 |
| ALEXANDRE FLÜCKIGER L'unification du droit de la construction en Suisse : le droit souple et les normes privées à l'assaut du fédéralisme..... | 861-869 |
| ETIENNE GRISEL La géothermie entre droit fédéral et cantonal..... | 871-886 |
| PETER HÄNNI Geothermie und Windenergie im Kontext der Raumplanung – Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung..... | 887-903 |
| ANDRÉ JOMINI Les plans en mouvement – Mesures conservatoires pour la révision des plans d'affectation..... | 905-920 |
| PETER M. KELLER Neues zu Wald und Raumplanung | 921-933 |
| GUILLAUME LAMMERS Le développement de la constitution environnementale..... | 935-949 |

| | |
|--|-----------|
| ARNOLD MARTI Die bewegte Geschichte des Schweizer Raumplanungsrechts | 951-964 |
| THOMAS MERKLI Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS)..... | 965-978 |
| YVES NOËL Il pleut des taxes... Analyse de la nouvelle « taxe pluviale » lausannoise | 979-990 |
| ALEXANDER RUCH Regulierung der koordinativen Raumplanung im Untergrund | 991-1005 |
| ANDREAS STÖCKLI / LUKAS MARXER Rechtliche Grundlagen der Förderung erneuerbarer Energien unter besonderer Berücksichtigung des Einspeisevergütungssystems nach dem neuen Energiegesetz | 1007-1034 |
| THIERRY TANQUEREL Le contrôle des plans d'affectation par les tribunaux cantonaux..... | 1035-1047 |
| DANIELA THURNHERR Kostenfolgen der Einsprache im Raumplanungs- und Baurecht – der kantonalen Spielraum nach BGE 143 II 467 | 1049-1075 |
| JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY Le permis d'habiter : un acte « déclaratif » vis-à-vis du permis de construire | 1077-1087 |
| Liste des publications d'Etienne POLTIER..... | 1089-1092 |
| Liste des abréviations..... | 1093-1104 |
| Abkürzungsverzeichnis..... | 1105-1121 |

Réflexions sur l'art. 104 al. 2 CPP

Sommaire

| | Page |
|---|------|
| Introduction | 335 |
| I. Les institutions habilitées à octroyer la qualité de partie à d'autres autorités | 336 |
| II. La notion d' « <i>autorités</i> » au sens de l'art. 104 al. 2 CPP | 337 |
| A. Principes et généralités | 337 |
| B. Position de la doctrine | 342 |
| C. Jurisprudence récente du Tribunal fédéral (ATF 144 IV 240) | 343 |
| Conclusion | 344 |
| Bibliographie | 344 |

Introduction

Le Code de procédure pénale suisse¹ définit la qualité de partie à l'art. 104 al. 1 CPP. Ainsi, ont la qualité de partie, le prévenu, la partie plaignante (al. 1 let. a et b) et le Ministère public, ce dernier lors des débats et dans la procédure de recours (al. 1 let. c).

L'art. 104 al. 2 CPP réserve cette qualité à d'autres autorités. Ainsi, l'art. 104 al. 2 CPP précise que la Confédération et les cantons peuvent reconnaître la qualité de partie, avec tous les droits ou des droits limités, à d'autres autorités chargées de sauvegarder des intérêts publics.

Cependant, la notion d'« *autorités* » est indéterminée et le législateur ne l'a pas définie dans le CPP. Tout au plus, les participants au procès pénal devront-ils s'inspirer du Mes-

* Professeur à l'Université de Lausanne, doyen de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne.

** Master en Droit, collaboratrice scientifique, doctorante, Centre de droit pénal, Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne.

¹ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP), RS 312.0.

sage relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005² et à la position de la doctrine, ainsi que des règles fédérales ou cantonales existantes³.

Qu'entend le législateur par « *autres autorités chargées de sauvegarder les intérêts publics* » au sens de l'art. 104 al. 2 CPP ? Faut-il une base légale dans la loi ? Une simple autorisation écrite, du canton ou de la Confédération suffit-elle ? L'organe « *étatique* » doit-il être rattaché, organiquement, à l'État ? Ou peut-il être une émergence d'une collectivité de droit public mixte ou d'une collectivité privée ? Qu'en est-il de l'autorité communale dont le droit cantonal, par hypothèse, recourrait, par analogie, aux dispositions du CPP à titre de droit supplétif ?

Il convient de rappeler que, depuis 2011, la procédure pénale unifiée, relève de la compétence de la Confédération en vertu de l'art. 123 al. 1 et 2 Cst. Ainsi, selon les art. 46 al. 3 et 47 al. 1 et 2 Cst., la Confédération respecte l'autonomie des cantons et leur laisse suffisamment de tâches propres. Elle respecte en outre leur autonomie d'organisation tout en leur laissant une marge de manœuvre aussi large que possible. Toutefois, selon le principe de la primauté du droit fédéral, les cantons ne peuvent adopter de dispositions contraires au droit fédéral.

Telles sont les questions envisagées dans le cadre de cette contribution au récipiendaire de cet ouvrage.

I. Les institutions habilitées à octroyer la qualité de partie à d'autres autorités

Le CPP régit l'activité des représentants de l'État, tant au niveau fédéral que cantonal. À ce titre, les conditions posées à l'art. 104 al. 2 CPP sont claires. Seuls, en principe, la Confédération et les cantons peuvent reconnaître la qualité de partie, avec tous les droits ou des droits limités, à d'autres autorités chargées de sauvegarder l'intérêt public.

La commune peut-elle être considérée comme une « *autorité* » au sens de l'art. 104 al. 2 CPP, à l'instar de celles pouvant être désignées par la Confédération et les cantons ?

Dans la mesure où une loi cantonale sur les communes, qui se référerait par analogie, au droit cantonal ou respectivement au droit fédéral de procédure pénale pour poursuivre

² FF 2006 1057, 1141 ss.

³ LIEBER, Art. 104 StPO n^{os} 10 et 14, in : DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER ; SCHMID/JOSITSCH, n^o 636 ; SCHMID/JOSITSCH, StPO-PK, n^o 7 ss ad Art. 104 CPP ; BSK StPO-KÜFFER, Art. 104 N 23 ss ; JEANNERET/KUHN, n^{os} 7039-7040 ; CR CPP-BENDANI, art. 104 CPP N 27 ; PITTELOUD, art. 104 CPP N 236 ; SCHODER, n^{os} 1 ss.

des contraventions de droit communal, peut-on concevoir que la qualité de partie soit étendue aux représentants de la commune, nonobstant le texte, précis, de l'art. 104 al. 2 CPP ?

La doctrine a une opinion tranchée. Plusieurs auteurs considèrent que, compte tenu du texte clair de la loi, les autorités communales ne sauraient conférer ce titre à l'un de leurs services, respectivement à une association représentative au sens de l'art. 104 al. 2 CPP⁴. Dans le cadre de l'application du droit fédéral et du CPP, il nous paraît que le texte est clair et permet difficilement une interprétation extensive. En ce sens, l'art. 104 al. 2 CPP n'autorise pas la moindre intervention d'une commune, respectivement d'un service de celle-ci.

Plus délicate est la question lorsque l'infraction commise relève du droit pénal réservé aux cantons aux conditions de l'art. 335 CP. Si le canton, dans une loi qui relève de son autonomie pénale, édicte des dispositions pénales et réserve la poursuite et le jugement par application analogique des dispositions du CPP fédéral, rien n'empêche à notre avis le législateur cantonal de déléguer la poursuite ou la qualité d'autorité étatique à un service communal expressément désigné à cet effet dans la loi. En pareil cas, le principe de primauté du droit fédéral (application uniforme et exclusive du CPP) disparaît. De même, le recours en matière pénale à la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral (art. 78 al. 1 LTF⁵) est ouvert.

II. La notion d'« *autorités* » au sens de l'art. 104 al. 2 CPP

A. Principes et généralités

Concrètement, le CPP ne définit pas ce qu'il faut entendre par « *autorités* » au sens de l'art. 104 al. 2 CPP. Tout au plus, la disposition précise qu'il doit s'agir d'une autre autorité que le Ministère public qui, en vertu de l'art. 104 al. 1 CPP, dispose de la qualité de partie lors des débats ou dans la procédure de recours.

Le Message du Conseil fédéral relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005 n'apporte guère plus de clarté⁶. Le Conseil fédéral se contente de rappeler l'origine de l'art. 104 al. 2 CPP. Celui-ci n'est que le reflet d'anciennes règle-

⁴ Voir notamment, LIEBER, Art. 104 StPO n° 14, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER ; BSK StPO-KÜFFER, Art. 104 N 23 ss.

⁵ Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF), RS 173.110.

⁶ FF 2006 1057, 1141 ss.

mentations cantonales qui permettaient à certaines autorités, telles que des autorités d'assistance et d'aide sociale et des autorités de protection de l'environnement, d'intervenir en justice en cas d'infractions commises dans leur domaine de compétence⁷. En revanche, il n'est nulle part fait mention des conditions que devrait revêtir une autorité pour bénéficier de la qualité de partie au sens de l'art. 104 al. 2 CPP. À la lecture du Message, la notion d'« *autorités* » comprend notamment les autorités d'assistance et d'aide sociale et les autorités de protection de l'environnement⁸. Le Conseil fédéral se demande si cette notion peut également inclure des associations chargées de la protection des intérêts de la collectivité telles que des associations militant pour la protection des animaux, la lutte contre le racisme ou œuvrant dans le domaine de l'écologie. Après le rappel de deux motions allant dans ce sens⁹, le Conseil fédéral renonce à leur reconnaître la qualité de parties. Il justifie ce choix en précisant que le Code pénal et le droit de procédure pénale prévoient une seule autorité exerçant le monopole de la justice répressive de l'État, le Ministère public. En outre, le refus du Conseil fédéral d'instaurer un « *avocat des animaux* » dans le CPP va dans le même sens. Il précise que les cantons restent libres d'octroyer la qualité de partie et les droits y afférant à un tel défenseur public pour autant que ce dernier soit rattaché à une autorité de poursuite pénale œuvrant pour la protection des animaux, qu'il n'agisse pas de manière indépendante et qu'il soit soumis à certaines directives¹⁰.

En matière de droit public et de droit administratif, la notion d'« *autorités* » a une portée large. Elle s'applique à tous les organes qui exercent des fonctions étatiques avec compétence souveraine sur la base du droit cantonal ou fédéral¹¹. À titre d'exemples, la Loi fédérale sur la protection de l'environnement¹² (LPE) et la Loi fédérale sur la protection de la nature et du patrimoine culturel¹³ (LPN) accordent la qualité pour agir, soumise à certaines conditions spécifiquement prévues par la loi, à des associations¹⁴. Ces compétences se limitent à la qualité d'intervention ou de recours contre les décisions d'autorités cantonales ou fédérales relatives à la planification ou à la protection susceptibles de porter atteinte à l'environnement ou au paysage, et non pas en matière de procédure pénale. Cela vaut pour autant que la loi confère expressément à l'autorité la faculté de

⁷ FF 2006 1057, 1141.

⁸ *Ibidem*.

⁹ FF 2006 1057, 1141 et 1142.

¹⁰ FF 2006 1057, 1087 et 1088.

¹¹ BSK StPO-KÜFFER, Art. 104 N 26 ; SCHODER, n° 14.

¹² Art. 55 al. 1 et 2 de la Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (LPE), RS 814.01.

¹³ Art. 12 al. 1 let. b et al. 2 de la Loi fédérale du 1^{er} juillet 1966 sur la protection de la nature et du patrimoine culturel (LN), RS 451.

¹⁴ SCHODER, n° 13.

déposer plainte ou d'intervenir directement à la procédure pénale (autorités de recouvrement des pensions alimentaires au sens de l'art. 217 al. 2 CP).

Ainsi, pour le droit fédéral, dans le domaine du DPA¹⁵, lorsque la personne touchée par un prononcé pénal de l'administration demande à être jugée par un Tribunal (art. 21 al. 2 DPA), lorsqu'une peine, une mesure privative de liberté ou une expulsion paraît envisageable justifiant la saisine d'un Tribunal (art. 21 al. 1 DPA) ou encore lorsque le Conseil fédéral défère l'affaire à la Cour des affaires pénales (art. 21 al. 3 DPA), l'administration concernée a la qualité de partie devant les Tribunaux cantonaux (art. 74 al. 1 DPA) ou fédéraux (art. 81 DPA), celle-ci pouvant recourir, de façon indépendante du Ministère public, contre les jugements cantonaux ou fédéraux conformément aux dispositions du CPP. Dans ce contexte, l'administration assume le rôle de tierce administration aux conditions de l'art. 104 al. 2 CPP. Il en va de même, en droit cantonal, certaines dispositions dans les lois d'introduction du CPP ayant réglé la question¹⁶.

S'agissant du CPP, tel qu'il ressort des travaux préparatoires et à la différence du DPA, le législateur a opté pour une interprétation restrictive de la notion d'« *autorités* ». Il exclut ainsi de celle-ci tant les particuliers non rattachés à une autorité (avocat chargé de défendre en justice les intérêts des animaux) que les associations de droit privé (art. 60 ss CC) chargées de la protection des intérêts publics. On pensera, en particulier, à des associations à but idéal luttant contre le racisme au sens de l'art. 261^{bis} CP. Pour le Tribunal fédéral, une association comme la Ligue internationale contre le racisme (LICRA) n'a pas la qualité de partie ou de lésé dans la mesure où elle n'est qu'indirectement touchée par l'infraction¹⁷. Exceptionnellement, l'association pourra intervenir, mais comme lésée au sens des art. 104 al. 1 let. b et 115 al. 2 CPP si elle a été directement visée¹⁸. Il en découle que la *ratio legis* de l'art. 104 al. 2 CPP est d'instaurer, dans la mesure où le droit fédéral ou cantonal le permet, la faculté pour une autorité étatique d'agir aux côtés du Ministère public puisqu'elle ne peut intervenir en qualité de lésé direct au sens de l'art. 104 al. 1 CPP¹⁹.

Cela dit, rien n'exclut que le législateur **fédéral** reconnaisse des droits de parties, au sens de l'art. 104 al. 2 CPP à une fondation de droit privé (art. 80 ss CC). Tel est le cas de la Loi fédérale sur l'encouragement du sport et de l'activité physique (LESp) qui reconnaît

¹⁵ Loi Fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA), RS 313.0.

¹⁶ PERRIER DEPEURSINGE, art. 104 al. 2 CPP.

¹⁷ ATF 143 IV 77, c. 4.6 *in fine* ; ATF 125 IV 206, c. 2a.

¹⁸ Par exemple, victime directement d'insultes ou directement diffamée ou calomniée au sens des art. 173 ss CP.

¹⁹ Pour le TF, si l'autorité administrative fait valoir une créance de droit public, à l'image du remboursement de prestations sociales indues, elle n'a pas la qualité de lésé. En effet, elle exerce tout au plus des fonctions publiques et n'assume pas ses propres intérêts. Elle assume une tâche étatique et n'est pas titulaire du bien juridiquement protégé : TF, 6B_158/2018 du 11 juillet 2018, c. 2.1, 2.2 et 2.5.

la qualité de partie, à des conditions strictes, à l'autorité compétente en matière de lutte contre le dopage²⁰.

Conformément aux art. 19 et 23 al. 3 de la Loi fédérale sur l'encouragement du sport et des activités physiques (LESp), la fondation « *Antidoping Suisse* », Centre de compétences indépendant pour la lutte antidopage en Suisse, financée par la Confédération et par *Swiss Olympic*, a le droit de faire recours contre les ordonnances de non-entrée en matière et de classement, de former opposition contre les ordonnances pénales comme d'interjeter appel ou appel joint contre les jugements au pénal²¹. S'agissant d'infractions portant sur la manipulation des compétitions (art. 25a ss LESp), le législateur a autorisé l'autorité de poursuite pénale compétente (le Ministère public du canton concerné) à associer à l'instruction l'autorité intercantonale de surveillance et d'exécution visée à l'art. 105 de la Loi fédérale sur les jeux d'argent (LJAR)²², en l'occurrence la Comlot (Commission intercantonale des loteries et paris). Celle-ci dénonce les cas de manipulations (art. 25b al. 2 LESp) et a la qualité pour recourir contre les ordonnances de non-entrée en matière et de classement, de former opposition contre les ordonnances pénales et d'interjeter appel ou appel joint contre les aspects pénaux du jugement²³. Qu'il s'agisse de la Fondation « *Antidoping Suisse* » ou de la Comlot, leur intervention est strictement circonscrite au cadre de l'art. 104 al. 2 CPP. Celles-ci n'ont pas de prétentions civiles directes et n'interviennent pas comme parties plaignantes au sens de l'art. 104 al. 1 CPP. Ainsi, leurs interventions se limitent au contrôle de la bonne application de la loi : recours contre une non-entrée en matière, contre un classement de la procédure, opposition à l'ordonnance pénale, appel contre le jugement cantonal prononçant l'abandon de poursuites pénales et appel joint. On peut imaginer aussi l'appel à l'encontre du refus de confisquer ou contre l'abandon des frais à la charge de l'État. Il nous paraît cependant douteux que ces autorités puissent appeler contre la quotité de la peine, dans la mesure où celle-ci n'a aucune incidence sur leur position procédurale puisque ces autorités n'ont pas de prétentions civiles *ipso iure* à faire valoir.

La situation est-elle identique, pour ce qui concerne la « *class action* » instaurée par la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD)²⁴ ?

Les art. 10 et 23 al. 2 LCD confèrent le droit d'intenter l'action pénale (à côté de l'action civile) en matière de concurrence déloyale aux associations professionnelles et aux associations économiques dont les statuts autorisent la défense des intérêts économiques de

²⁰ Sur ces questions, art. 23 (spéc. al. 3) de la Loi fédérale du 7 juin 2011 sur l'encouragement du sport et des activités physiques (LESp), RS 415.0.

²¹ Sur ces questions, VOUILLOZ, p. 347.

²² Loi fédérale du 29 septembre 2017 sur les jeux d'argent (LJAR), RS 935.51.

²³ Sur ces questions, BOSS, p. 54.

²⁴ Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD), RS 241.

leurs membres ainsi qu'aux organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs. On rappellera, à ce titre, que l'art. 10 al. 3 LCD permet à la Confédération²⁵, si elle le juge nécessaire, notamment en matière de protection de l'intérêt public qu'il s'agisse de réputation de la Suisse à l'étranger ou de l'intérêt de plusieurs personnes, elle aussi, d'intervenir sur le plan pénal²⁶. Le Tribunal fédéral a considéré, sous l'empire de la Procédure pénale fédérale (PPF), abrogée depuis lors, que les associations professionnelles pouvaient prendre, à titre de prétentions civiles, toutes conclusions en interdiction, en cessation et en constatation du caractère illicite d'une infraction au sens de l'art. 9 al. 1^{er} LCD. Pour le Tribunal fédéral, le classement d'une procédure, faute d'éléments objectifs, pouvait avoir des effets sur le jugement de prétentions civiles, d'où la faculté d'alors pour les associations professionnelles et économiques ainsi que pour les organisations de consommateurs de déposer un pourvoi en nullité (avant l'entrée en vigueur de la LTF) dans le domaine de la concurrence déloyale²⁷.

Concrètement, ces associations ont le rôle de parties plaignantes au sens de l'art. 104 al. 1 let. b et 115 al. 2 CPP et non pas seulement de tierces parties autorisées au sens de l'art. 104 al. 2 CPP. Leur qualité pour agir devant le Tribunal fédéral a cependant évolué. En effet, à la suite de la révision de l'art. 270 PPF, qui permettait exclusivement à la victime au sens de la Loi Fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI)²⁸ de se pourvoir en nullité, le Tribunal fédéral avait considéré, avec raison alors, que ni l'association professionnelle ni le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) n'avaient la qualité pour se pourvoir en nullité²⁹. C'est ce qui a permis à certains auteurs d'affirmer, à l'époque, que ces associations n'avaient plus la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral³⁰.

Avec la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral (LTF) du 17 juin 2005, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, et qui a restauré le texte de l'ancien art. 270 PPF, la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral a été pour l'instant rétablie (art. 81 al. 1 let. b ch. 5 LTF)³¹.

²⁵ En vertu de l'art. 23 al. 3 LCD, la Confédération dispose dans la procédure des mêmes droits qu'une partie plaignante.

²⁶ Voir notamment article 1^{er} de l'Ordonnance du 12 octobre 2011 concernant le droit de la Confédération d'intenter une action dans le cadre de la loi contre la concurrence déloyale (OCF), RS 241.3 qui permet au SECO (Secrétariat d'État à l'économie) de représenter la Confédération dans les procédures civiles et pénales.

²⁷ ATF 120 IV 154, JdT 1996 IV 127.

²⁸ Loi Fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI), RS 312.5.

²⁹ TF, 6S.701/2001/ROD du 27 février 2002, c. 4b.

³⁰ CHAIX/BERTOSSA, pp. 199-200.

³¹ L'ATF 120 IV 154 précité conserve désormais toute sa valeur.

À part ces exceptions prévues spécifiquement par la loi, qui semblent aller dans le sens d'une conception plus large de la notion d'« *autorités* », force est de constater, à ce stade de l'analyse, qu'en principe la qualité de partie au sens de l'art. 104 al. 2 CPP est réservée à des autorités étatiques.

B. Position de la doctrine

De façon générale, la doctrine considère qu'il faut interpréter la notion d'« *autorités* » au sens de l'art. 104 al. 2 CPP de manière restrictive³².

Ainsi, la doctrine majoritaire n'estime guère admissible l'octroi de droits de partie, par la Confédération ou le canton, à des entreprises semi-étatiques comme à des établissements de droit public ou à des privés (personnes individuelles ou associations) guère admissible. En ce sens, l'octroi serait par conséquent limité aux autorités au sens étroit³³.

Dans le même sens, KETTIGER est d'avis que seul un service de l'État, respectivement un organe de l'État (soumis à la surveillance de ce dernier ou intégré à l'organisation de l'administration) peut revêtir la qualité d'autorité au sens de l'art. 104 al. 2 CPP. Toujours selon cet auteur, une personne individuelle pourrait assumer la fonction d'autorité étatique pour autant qu'il s'agisse d'un poste de fonctionnaire prévu par la loi (auquel la personne concernée aurait été élue à l'issue d'une procédure également prévue par la loi et ouverte aux concurrents), et dans la mesure où le poste est soumis à la surveillance directe d'un autre organe cantonal³⁴.

D'autres auteurs sont toutefois d'un autre avis et militent pour une acception plus large de la notion d'autorité. C'est le cas de PITTELOUD³⁵ qui rappelle que les cantons peuvent désigner formellement comme parties des institutions de droit public.

De son côté, SCHODER préconise également une interprétation plus large de la notion d'autorité et ce, au sens du droit public et du droit administratif³⁶. Selon cette autrice, les travaux préparatoires ne sont guère clairs mais, une chose est sûre, les cantons devraient conserver leur autonomie dans certains domaines, à l'image de la protection des animaux³⁷. Ainsi, les cantons devraient être autorisés à octroyer, en se fondant sur l'art. 104

³² LIEBER, Art. 104 StPO n^{os} 10 et 14, in : DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER ; LIEBER, RPS, p. 175 ; SCHMID/JOSITSCH, n^o 636 ; BSK StPO-KÜFFER, Art. 104 N 26 et 28 ; JEANNERET/KUHN, n^o 7040.

³³ LIEBER, Art. 104 StPO n^{os} 14 et 18, in : DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER ; LIEBER, RPS, p. 174 ; SCHMID/JOSITSCH, n^o 636 ; BSK StPO-Küffer, Art. 104 N 26 et 28 ; JEANNERET/KUHN, n^o 7040.

³⁴ KETTIGER, n^o 7.

³⁵ PITTELOUD, n^o 236.

³⁶ SCHODER, n^o 15.

³⁷ *Ibidem.*, n^o 32.

al. 2 CPP, le droit de représenter les intérêts publics dans le cadre d'une procédure pénale à des autorités administratives privées³⁸.

Ainsi la doctrine, à l'instar du législateur, nonobstant quelques avis contraires, semble peu favorable à une interprétation extensive de l'art. 104 al. 2 CPP.

C. Jurisprudence récente du Tribunal fédéral (ATF 144 IV 240)

Récemment, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser la portée de l'art. 104 al. 2 CPP et l'interprétation que l'on devrait conférer à ce texte. Dans un arrêt publié³⁹, le Tribunal fédéral a reconnu que la notion d'« autorités » devait être interprétée de façon stricte. Il relève qu'il n'est pas déterminant de savoir si l'entité est organisée selon le droit public ou selon le droit privé⁴⁰. Le Tribunal fédéral dégage ensuite quatre conditions que doit revêtir une association pour bénéficier de la qualité de partie⁴¹. Dans un premier temps, l'autorité doit s'être vu confier l'accomplissement d'une tâche de droit public qui incombe à la collectivité⁴². Pour ce faire, elle doit bénéficier de compétences souveraines⁴³. Par ailleurs, la gestion et la comptabilité pour l'accomplissement de ces tâches doivent être soumises à la surveillance de l'État⁴⁴. Enfin, le Tribunal fédéral relève que l'activité de l'autorité en question doit être financée par l'État⁴⁵.

Ainsi, il ne saurait être accepté que l'État ou un canton confère, de façon trop générale, c'est-à-dire, sans que cela soit prévu dans une loi et en ne respectant pas les conditions mentionnées ci-avant, la qualité de partie à une association. Il en va de même, s'agissant d'une autorité allouant l'aide sociale à l'égard d'un justiciable, qui aurait abusé de cette dernière⁴⁶. En l'espèce, l'association de protection des animaux à laquelle le canton de Berne avait accordé, certes dans une loi cantonale, la qualité de partie, n'est, d'une part, pas suffisamment liée à la collectivité ni surveillée dans ses activités par cette dernière et, d'autre part, l'association ne dispose pas de compétence souveraine et n'est pas financée par le canton. Le Tribunal fédéral arrive donc à la conclusion que le canton de Berne a violé le droit fédéral en accordant la qualité de partie à cette association de protection des animaux.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ ATF 144 IV 240, JdT 2018 IV 358.

⁴⁰ ATF 144 IV 240, JdT 2018 IV 358, c. 2.5.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ TF, 6B_158/2018 du 11 juillet 2018 précité.

Conclusion

La notion d'« autorités », au sens de l'art. 104 al. 2 CPP n'est pas claire. Celle-ci est abandonnée aux législateurs cantonaux et fédéraux dans la mesure de leur compétence. On pourrait même imaginer à la rigueur du droit, dans le domaine réservé par l'art. 335 CP, qu'une commune puisse octroyer à l'un de ses services la faculté, non seulement de dénoncer mais d'intervenir dans la procédure pénale au sens de l'art. 104 al. 2 CPP. L'autorité, au sens de cette disposition, est essentiellement étatique et doit trouver sa légitimité dans une loi expresse. Il en va de même si le droit fédéral abandonne cette prérogative à des associations dûment désignées ou à des sociétés mixtes de droit public. Le critère, pour ces dernières, est l'accomplissement d'une tâche de droit public, des compétences souveraines, la surveillance et le financement par l'État.

Peut-être faudrait-il que le législateur rédige de façon plus claire et précise la portée de l'art. 104 al. 2 CPP en s'inspirant, notamment, de l'ATF 144 IV 240. Telles sont les réflexions proposées par les soussignés au récipiendaire.

Bibliographie

- BOSS Philippe Vladimir, Manipulations de compétitions sportives (match fixing) : aspects pénaux de la nouvelle loi fédérale sur les jeux d'argent, *Forum Poenale* 1/2019, pp. 52-57.
- CHAIX François / BERTOSSA Bernard, La répression de la discrimination raciale : lois d'exception ? *SJ* 2002 II pp. 177-205.
- DONATSCH Andreas / HANSJAKOB Thomas / LIEBER Viktor (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, 2^e éd., Zurich 2014 (cité : DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER).
- JEANNERET Yvan / KUHN André, *Précis de procédure pénale*, 2^e éd., Berne 2018.
- KETTIGER Daniel, Tierschutzanwalt : Was lässt das Bundesrecht künftig noch zu ?, *Jusletter* 29 Mars 2010.
- KUHN André / JEANNERET Yvan (édit.), *Commentaire romand. Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2010 (cité : CR CPP-AUTEUR, art. 1 N 1).
- LIEBER Viktor, Parteien und andere Verfahrensbeteiligte nach der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung, *RPS* 126/2008, pp. 174-192 (cité : LIEBER, RPS, p. 1).
- NIGGLI Marcel Alexander / HEER Marianne / WIPRÄCHTIGER Hans (édit.), *Basler Kommentar. Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO)*, 2^e éd., Bâle 2014 (cité : BSK StPO-AUTEUR, Art. 1 N 1).
- PERRIER DEPEURSINGE Camille, *CPP annoté, LOAP, PPMIn, LAVI, LTF, DPA et droit cantonal romand d'application du CPP*, Bâle 2015.
- PITTELOUD Jo, *Code de procédure pénale suisse*, Zurich/St-Gall 2012.

SCHMID Niklaus / JOSITSCH Daniel, *Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts*, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2017.

SCHMID Niklaus / JOSITSCH Daniel, *Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar*, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2017 (cité : StPO-PK, n° 1).

SCHODER Charlotte, Tierschutzorganisationen als Behörden mit Parteistellung im Strafprozess, *Jusletter* du 20 novembre 2017.

VOUILLOZ François, Le nouveau droit pénal suisse du dopage, *RVJ* 2013 pp. 333-353.