



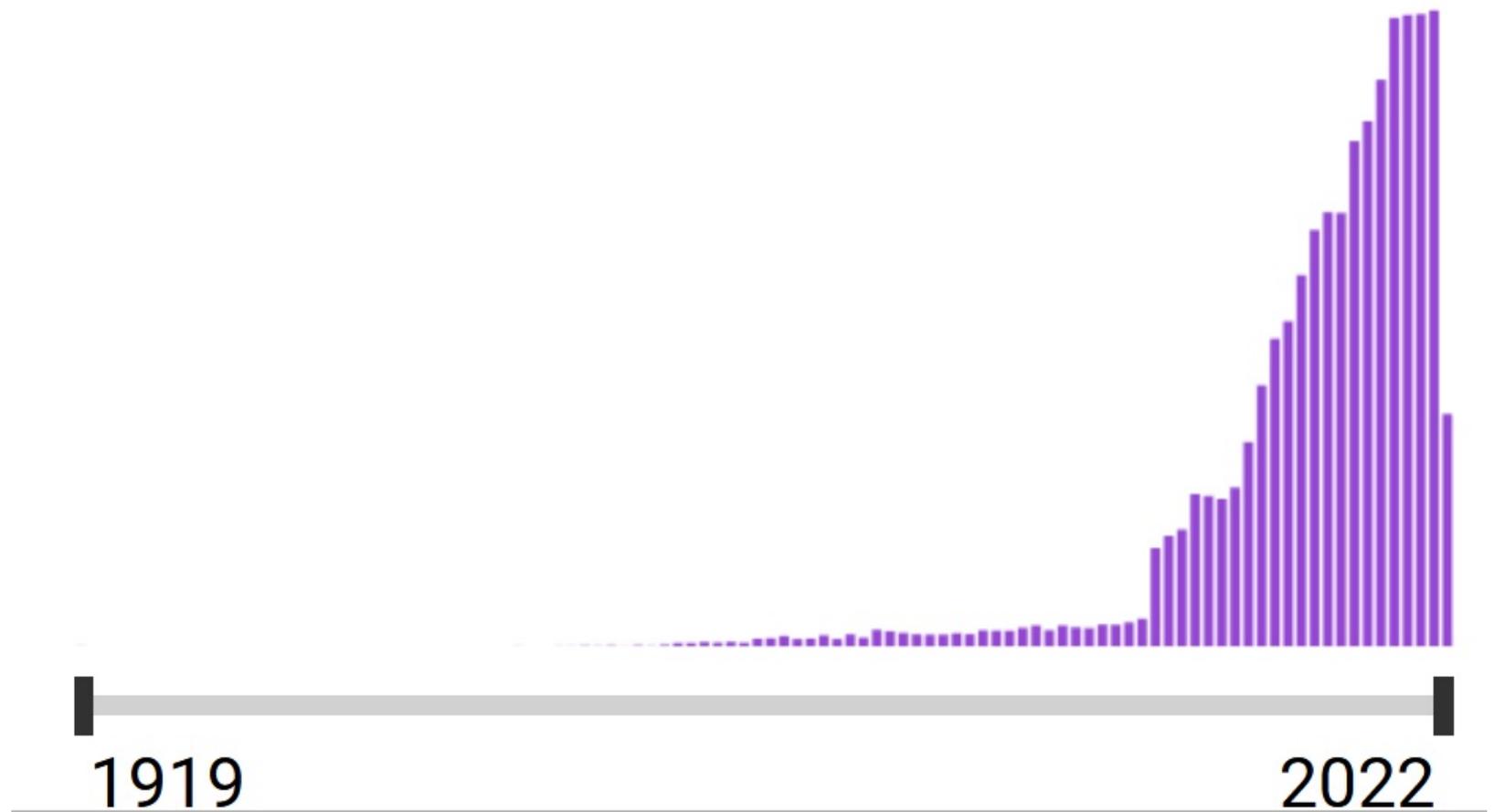
# **Le droit d'être entendu-e**

**Journée de droit administratif  
21 juin 2022**

**Frédéric Bernard**

# Introduction

Droit d'être entendu-e dans la jurisprudence

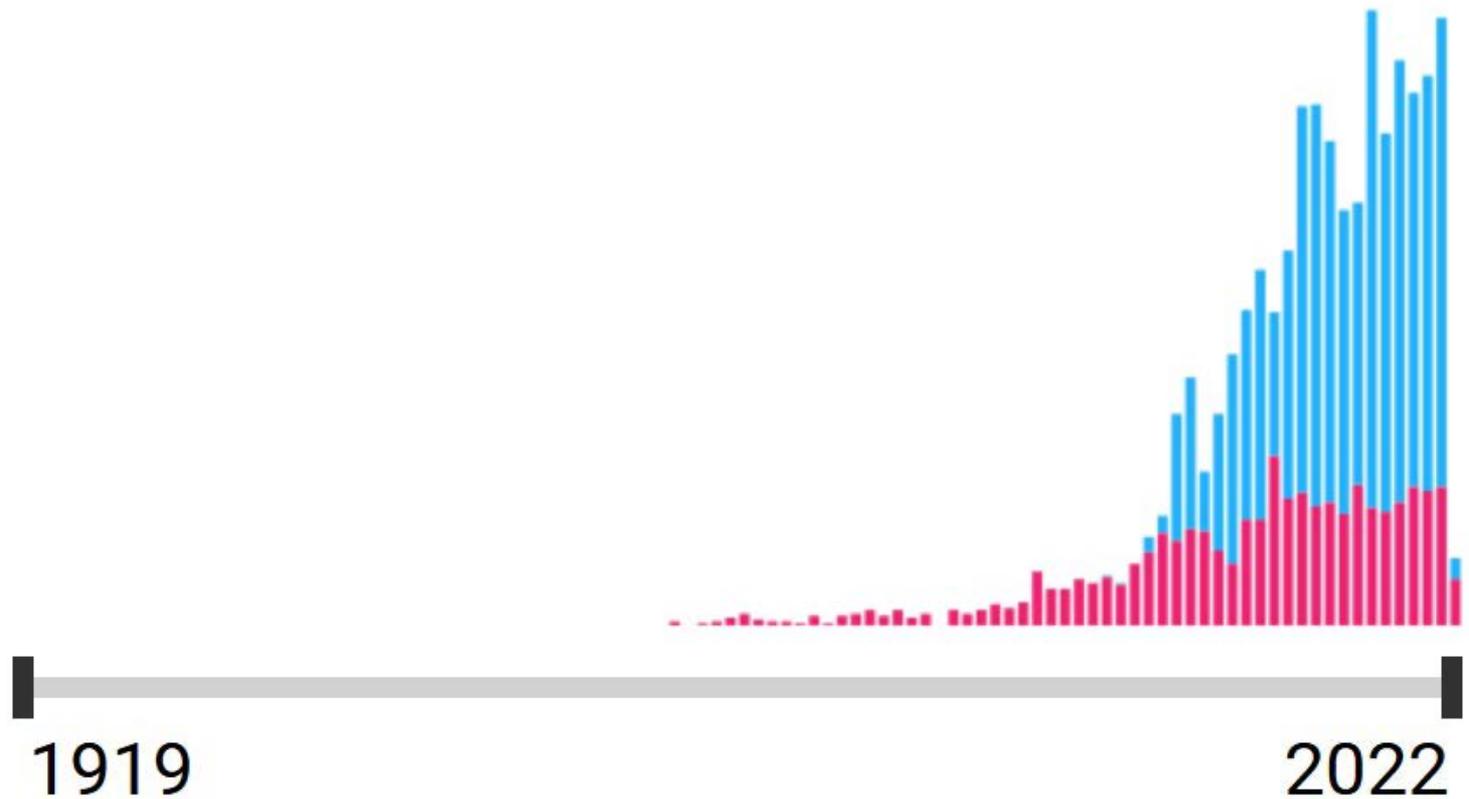


source: [www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch)



# Introduction

Droit d'être entendu-e dans la doctrine



source: [www.swisslex.ch](http://www.swisslex.ch)



# Plan

- I. Éléments de base
- II. Mise en œuvre
- III. Contrôle

# I. Éléments de base

## A. Origine

- L'idée du droit d'être entendu-e est très ancienne.  
*« Notre Loi condamnerait-elle un homme sans l'avoir entendu et sans savoir ce qu'il fait ? »* (Evangile selon Jean, 7, 51)
- En Suisse, le droit d'être entendu-e a été dérivé par le Tribunal fédéral de l'art. 4 aCst. (ATF 32 I 37) puis progressivement reconnu en procédure administrative (ATF 75 I 226).
- Il est aussi rattaché, avec d'autres garanties formelles telles que l'interdiction de l'arbitraire et le principe de la bonne foi, à la notion de procès équitable ou à un principe constitutionnel implicite de « fairness » (Peter Saladin).

# I. Éléments de base

## B. Fonctions

- Le droit d'être entendu-e a deux fonctions principales :
  1. Le respect de la dignité humaine

*« En droit de procédure, la reconnaissance de la valeur intrinsèque de l'individu (et donc de sa dignité) implique qu'une personne ne peut pas être traitée comme un objet, et qu'elle doit pouvoir s'exprimer avant qu'une décision concernant ses droits ne soit prise. »* (Conseil fédéral, Message nouvelle Cst., FF 1997 I 1, p. 142-143)

Le droit d'être entendu-e favorise également une meilleure acceptation de la décision par la personne concernée.

# I. Éléments de base

## B. Fonctions

### 2. L'instruction complète de la cause

Le droit d'être entendu-e a aussi pour but une prise de décision aussi objective et fondée que possible par le biais d'un établissement correct des faits et de la garantie de la qualité des décisions (ATAF 2011/22 c. 5).

Cet aspect est d'autant plus important aujourd'hui que la nature du droit administratif a évolué (diminution de la densité normative) et que les intérêts publics et/ou privés incorporés dans la loi sont devenus plus hétérogènes.

# I. Éléments de base

## C. Sources

- Le droit d'être entendu-e est garanti au niveau fédéral (art. 29 al. 2 Cst.), lequel offre un « standard minimum ».
- Il est également protégé par les constitutions cantonales (p.ex. art. 40 al. 2 Cst./GE, art. 29 al. 2 Cst./FR).
- En fonction des circonstances, il bénéficie également d'une reconnaissance internationale (art. 6 CEDH, art. 14 Pacte ONU II, art. 12 CDE).
- Il est concrètement mis en œuvre au niveau fédéral et cantonal dans des lois générales (PA, voir doc n° 1 ; LPA/GE) et spéciales (LAT, LAsi ; LPol/GE).

## II. Mise en œuvre

- Formellement, le droit d'être entendu-e, en tant que garantie de procédure, fait partie des « garanties de l'Etat de droit ».
- *« Comme leur nom l'indique, leur finalité réside bien davantage dans la réalisation d'un Etat fondé sur le droit (Rechtsstaat), un Etat dont l'organisation, la structure et l'activité sont respectueuses de certains principes et exigences élémentaires. »* (MALINVERNI/HOTTELIER/FLÜCKIGER/HERTIG RANDALL, vol. II, p. 11)
- Dès lors, le droit d'être entendu-e ne confère pas seulement des droits aux personnes privées, il impose simultanément des obligations aux entités étatiques.

## II. Mise en œuvre



WESLEY NEWCOMB HOHFELD

Wesley Newcomb HOHFELD, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *The Yale Law Journal*, 1913 (vol. 23 No 1), p. 16 ss.

*« That clue lies in the correlative "duty," for it is certain that even those who use the word and the conception "right" in the broadest possible way are accustomed to thinking of "duty" as the invariable correlative. » (p. 31)*

{	Jural	rights	privilege	power	immunity
	Opposites	no-rights	duty	disability	liability
{	Jural	right	privilege	power	immunity
	Correlatives	duty	no-right	liability	disability

## II. Mise en œuvre



WESLEY NEWCOMB HOHFELD

Wesley Newcomb HOHFELD, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », *The Yale Law Journal*, 1913 (vol. 23 No 1), p. 16 ss.

*« That clue lies in the correlative "duty," for it is certain that even those who use the word and the conception "right" in the broadest possible way are accustomed to thinking of "duty" as the invariable correlative. » (p. 31)*

}	Jural	rights	privilege	power	immunity
	Opposites	no rights	duty	disability	liability
}	Jural	right	privilege	power	immunity
	Correlatives	duty	no-right	liability	disability

## II. Mise en œuvre

Art. 41 *1<sup>ère</sup> phrase* LPA/GE

Les parties ont le droit d'être entendues par l'autorité compétente avant que ne soit prise une décision.

## II. Mise en œuvre

Art. 41 *1<sup>ère</sup> phrase* LPA/GE

Les parties ont le droit **d'être entendues** par l'autorité compétente avant que ne soit prise une décision.

## II. Mise en œuvre

### A. Contenu

- *« Le droit d'être entendu, inscrit à l'article 29 al. 2 Cst., comprend le droit de s'expliquer avant qu'une décision [ne soit] prise à son égard, le droit de se faire représenter ou assister, le droit de consulter le dossier, le droit de faire administrer des preuves, de participer à l'administration de celles-ci, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos et le droit d'obtenir une décision motivée. » (TAF, A-3649/2014 c. 3.1.1 ; cf. doc. n° 2)*

## II. Mise en œuvre

### A. Contenu

- L'expression « droit d'être entendu-e », prise à la lettre, est donc réductrice car elle ne reflète qu'une facette de ce droit (cf. aussi le titre de la lettre H du chap. II PA, doc. n° 1).
- Il faut donc la comprendre de manière large, comme un « *Sammelbegriff für die persönlichkeitsbezogenen Mitwirkungsrechte der Parteien in Verwaltungsverfahren und Verwaltungsjustizverfahren* » (TSCHANNEN).
- Sa portée se détermine de cas en cas, en fonction des circonstances concrètes et des intérêts en présence (ATF 144 I 11 c. 5.3).

## II. Mise en œuvre

### A. Contenu

- Le droit d'être entendu-e se compose des éléments suivants :

#### 1. *Droit d'être informé-e*

La personne concernée a le droit d'être informée de l'ouverture d'une procédure, de son objet, de son déroulement et des intentions de l'autorité (ATF 140 I 99 c. 3.4).

L'autorité est donc soumise à l'obligation correspondante d'informer de manière appropriée les personnes en cause (obligation qui est parfois directement prévue dans une loi spéciale, voir art. 31 al. 1 LEx).

## II. Mise en œuvre

### A. Contenu

#### 2. *Droit de s'expliquer*

La personne concernée doit pouvoir prendre position sur tous les éléments pertinents qui vont fonder la décision de l'autorité (art. 30-31 PA).

Ce droit porte surtout sur les questions de fait mais il s'étend au droit dans certaines circonstances (ATF 129 II 497 c. 2.2).

En principe, le droit s'exerce par écrit (cf. art. 41 2<sup>ème</sup> phrase LPA/GE : « *sauf dispositions légales contraires* »).

Si les personnes concernées sont nombreuses, l'art. 30a PA permet une procédure spéciale par voie de publication.

## II. Mise en œuvre

### A. Contenu

Le droit de s'expliquer comprend un droit à la réplique, qui s'applique également en dehors du champ de l'art. 6 CEDH (ATF 133 I 100 c. 4.5).

En procédure non contentieuse, le droit à la réplique est « étroit » car il suppose la présence de nouveaux éléments susceptibles d'influencer la cause ; en procédure contentieuse, il est « inconditionnel » (ATF 138 I 154 c. 2.3).

L'autorité a donc l'obligation de communiquer tous les éléments du dossier aux personnes concernées et doit prendre en compte les allégués pertinents avancés par les parties (art. 32 PA).

## II. Mise en œuvre

### A. Contenu

#### 3. *Droit de consulter le dossier*

La personne concernée a le droit de consulter le dossier, soit toutes les pièces qui sont susceptibles de fonder la décision (art. 26 PA).

Traditionnellement, et malgré les critiques de la doctrine, le Tribunal fédéral estime que ce droit ne s'étend pas aux « documents internes » (ATF 117 Ia 90 c. 5.b).

Ce droit impose notamment à l'autorité de constituer un dossier complet (ATF 139 II 473 c. 4.1).

## II. Mise en œuvre

### A. Contenu

#### 4. *Droit à la preuve et à la participation à son administration*

La personne concernée a le droit de présenter des moyens de preuve et de participer aux actes d'instruction (art. 33 PA).

L'offre de preuve doit porter sur des faits à la fois pertinents et susceptibles d'influer sur la décision à rendre (ATF 140 I 285 c. 6.3.1).

L'autorité a donc pour sa part l'obligation d'admettre les moyens de preuve pertinents (art. 33 PA ; pour un exemple, ATF 137 II 266 c. 3), ce qui est cohérent avec la maxime inquisitoire (art. 12 PA), mais elle peut procéder à une appréciation anticipée.

## II. Mise en œuvre

### A. Contenu

#### 5. *Droit de se faire représenter et assister*

La personne concernée a le droit de se faire représenter et/ou assister, à moins qu'elle ne doive agir personnellement (art. 11 PA).

Cela inclut le cas échéant le droit à l'assistance juridique gratuite (art. 29 al. 3 Cst.).

Ce droit s'applique en procédure contentieuse (art. 65 PA) et en procédure non contentieuse, mais il est soumis dans ce dernier cas à un examen restrictif par la jurisprudence (TF, 9C\_440/2018 c. 5).

## II. Mise en œuvre

### A. Contenu

#### 6. *Droit d'obtenir une décision motivée*

La personne concernée a le droit de se voir notifier une décision motivée (art. 35 PA), qui doit lui permettre de se rendre compte de la portée de la décision et d'évaluer les chances de succès d'un éventuel recours (ATF 129 I 232 c. 3.2).

L'autorité a donc l'obligation de motiver ses décisions, mais elle peut se contenter de discuter les éléments de fait et de droit pertinents (ATF 138 I 232 c. 5.1).

Un renvoi à un document séparé est par ailleurs suffisant (ATF 123 I 31 c. 2.c).

## II. Mise en œuvre

Art. 41 *1<sup>ère</sup> phrase* LPA/GE

Les parties ont le droit d'être entendues par l'autorité compétente avant que ne soit **prise une décision**.

## II. Mise en œuvre

### B. Champ d'application

- Le droit d'être entendu-e s'applique dans les procédures contentieuses et non contentieuses conduisant à l'adoption d'une décision administrative.
- Il s'applique également en matière de décisions générales pour les personnes touchées davantage que le reste de la population (ATF 138 I 171 c. 3).
- De même, alors qu'il n'est en principe pas applicable dans une procédure législative, il peut être invoqué par des destinataires « spéciaux », i.e. touchés de façon sensiblement plus grave que les autres (ATF 134 I 269 c. 3).

## II. Mise en œuvre

### B. Champ d'application

- Le droit d'être entendu-e ne s'applique en général pas dans le domaine des droits politiques, mais les membres du comité d'initiative peuvent en bénéficier lorsqu'un exécutif cantonal statue sur la validité d'une initiative avant la récolte des signatures (ATF 145 I 167; cf. doc n° 3).
- Pour les plans d'affectation, le droit d'être entendu-e se concrétise par l'instrument de l'enquête publique assorti d'une voie d'opposition ou de recours (ATF 143 II 467 c. 2).
- Enfin, une loi spéciale peut prévoir que le droit d'être entendu-e s'applique en dehors d'une procédure conduisant à une décision (voir p.ex. art. 5 al. 2 OSites).

## II. Mise en œuvre

Art. 41 *1<sup>ère</sup> phrase* LPA/GE

Les parties ont le droit d'être entendues par **l'autorité compétente** avant que ne soit prise une décision.

## II. Mise en œuvre

### C. Autorités concernées

- Dans la mesure où le droit d'être entendu-e s'applique en procédure non contentieuse et contentieuse (cf. ci-dessus B.), il doit être respecté à la fois par les autorités et par les juridictions administratives.
- Le droit d'être entendu-e doit aussi être respecté lorsqu'un parlement rend une décision (ATF 135 I 113 c. 2).
- En principe, les preuves n'ont toutefois pas besoin d'être administrées devant l'autorité *in corpore* (ATF 110 Ia 81 c. 5).

## II. Mise en œuvre

Art. 41 *1<sup>ère</sup> phrase* LPA/GE

**Les parties** ont le droit d'être entendues par l'autorité compétente avant que ne soit prise une décision.

## II. Mise en œuvre

### D. Titularité

- Le droit d'être entendu-e bénéficie aux parties à la procédure (i.e., en droit fédéral, celles qui sont définies comme telles par l'art. 6 PA).
- Il peut donc aussi appartenir aux autorités et aux collectivités publiques (en particulier les communes).
- Le droit fédéral intervient parfois directement dans le droit de procédure cantonal en ce qui concerne la qualité de partie et la titularité du droit d'être entendu-e (cf. TF, 2C\_587/2012 concernant la personne bénéficiaire du secret en matière de levée de celui-ci par la Commission du Barreau).

## II. Mise en œuvre

Art. 41 *1<sup>ère</sup> phrase* LPA/GE

Les parties ont le droit d'être entendues par l'autorité compétente **avant** que ne soit prise une décision.

## II. Mise en œuvre

### E. Moment

- En principe, le droit d'être entendu-e doit être mis en œuvre avant le prononcé d'une décision.
- La loi prévoit certains aménagements, par exemple lorsque la décision est susceptible d'être frappée d'opposition (mécanisme fréquent pour les décisions de masse, notamment en droit fiscal) et lorsqu'il y a péril en la demeure (art. 30 al. 2 PA) ou alors lorsque la mesure serait à défaut vidée de son sens.
- De même, en matière de plans d'affectation, la jurisprudence admet que le droit d'être entendu-e s'exerce à l'occasion d'un recours (cf. ci-dessus B.), i.e. postérieurement.

## II. Mise en œuvre

Art. 41 *1<sup>ère</sup> phrase* LPA/GE

Les parties ont **le droit** d'être entendues par l'autorité compétente avant que ne soit prise une décision.

## II. Mise en œuvre

### F. Exceptions et restrictions

- La loi prévoit certaines exceptions à l'exercice du droit d'être entendu-e, p.ex. lorsque l'autorité fait entièrement droit aux conclusions des parties ou en matière de mesures d'exécution (art. 30 al. 2 PA).
- La personne concernée peut évidemment aussi renoncer à exercer ses droits dans un cas donné.
- Par ailleurs, des restrictions peuvent être prévues, mais elles doivent se fonder sur une base légale, poursuivre un intérêt public ou privé prépondérant et respecter le principe de la proportionnalité (exemple : art. 27 et 28 PA en matière d'accès au dossier).

# III. Contrôle

- Le droit d'être entendu-e est une garantie formelle : il doit donc être examiné à titre préliminaire et sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (TAF, A-3649/2014 c. 3.1 ; cf. doc. n° 2).
- Le Tribunal fédéral examine librement le respect des garanties minimales de l'art. 29 al. 2 Cst. et de la PA mais sous l'angle de l'arbitraire d'éventuelles normes cantonales qui iraient au-delà du standard fédéral (ATF 142 I 172 c. 3.2).
- En principe, la violation du droit d'être entendu-e est une cause d'annulation de la décision, pas de nullité.

### III. Contrôle

- Il arrive que, pour des motifs d'économie de la procédure, l'autorité de recours procède à la réparation (« *Heilung* ») d'une éventuelle violation du droit d'être entendu-e.
- Cette opération est logique dans le cadre d'une opposition, mais elle est plus discutable lors d'un recours (judiciaire).
- Selon le Tribunal fédéral, elle devrait rester exceptionnelle et elle est soumise à plusieurs conditions : nature et gravité de la violation, identité des pouvoirs d'examen et absence de péjoration de la position de la partie concernée.
- Elle est toutefois très fréquente en pratique.



Merci pour votre attention !