

UNIVERSITE DE GENEVE
Faculté de droit

DROIT ADMINISTRATIF
Professeur Thierry Tanquerel
Année académique 2006-2007

DB 9

**Les rapports entre l'administration
et les autres organes de l'Etat**

Table des matières

I	La séparation des pouvoirs	4
1.	<i>Le principe</i>	4
A.	Le modèle classique	4
B.	La réévaluation du modèle classique	5
a.	Le nécessaire pouvoir réglementaire de l'exécutif	5
b.	Le problème de la densité normative	6
c.	La position du juge administratif	6
2.	<i>La portée de la séparation des pouvoirs en droit administratif</i>	7
A.	Dans les relations entre le parlement et l'administration	7
a.	Les attributions du parlement en matière administrative	7
b.	Les conditions de la délégation législative	8
B.	Dans les relations entre l'administration et la justice	8
a.	L'indépendance réciproque	8
b.	Les compétences parallèles	9
c.	Les questions préjudicielles	10
d.	Le contrôle préjudiciel des décisions	11
II	L'entraide administrative	12

I La séparation des pouvoirs

1. *Le principe*

A. Le modèle classique

1. La séparation des pouvoirs est considérée comme un principe constitutionnel, garanti expressément par plusieurs constitutions cantonales (p. ex. art. 130 Cst./GE, qui ne concerne toutefois que les rapports entre le pouvoir judiciaire et les deux autres pouvoirs) et implicitement par les autres (ATF 130 I 1, 5, *D. et B.X*; 128 I 327, 329, *Botta*; 128 I 113, 116, *Verein des Bündner Staatspersonals*; 127 I 145, 148, *Wottreng*; 126 I 180, 182, *X.*; 121 I 22, 25, *Anouk Hasler*). Le Tribunal fédéral précise à cet égard que le principe de la séparation des pouvoirs protège la répartition des compétences prévue par le droit constitutionnel cantonal (ATF 128 I 113, 116, *Verein des Bündner Staatspersonals*). La séparation des pouvoirs est, au surplus, étroitement liée au principe de la légalité, surtout dans sa composante de l'exigence d'une base légale formelle. Le Tribunal fédéral a ainsi pu affirmer que le principe de la légalité, garanti par l'art. 4 aCst., comprenait celui de la séparation des pouvoirs (ATF 122 I 61, 63, *C. SA*).

2. Cela étant, avant d'être un principe constitutionnel qui peut être invoqué devant les tribunaux, la séparation des pouvoirs est un modèle d'organisation politique qui doit être concrétisé dans l'arrangement institutionnel de l'Etat.

3. Ce modèle se caractérise, idéalement, par une séparation organique des trois pouvoirs: une même personne ne saurait faire partie de plus de l'un des trois pouvoirs – législatif, exécutif et judiciaire – au sein d'une même collectivité publique (ATF 118 Ia 282, 285, *A*). C'est cette maxime qui motive les incompatibilités entre les charges de magistrat des pouvoirs exécutif et judiciaire (art. 144 al. 1 Cst.), ainsi que celles qui frappent les parlementaires (art. 74 Cst./GE; cf. ATF 125 I 289, 293 ss, *Esther Bucher Helfenstein*).

4. Le modèle classique implique surtout une séparation fonctionnelle entre le pouvoir de faire la loi, celui de l'exécuter et celui de juger. C'est là que réside la relation très étroite entre la séparation des pouvoirs et le principe de la légalité. En effet, la séparation fonctionnelle des pouvoirs suppose que les activités étatiques soient d'abord prévues dans des règles générales et abstraites (exigence de la base légale matérielle), adoptées normalement par le législateur ordinaire (exigence de la base légale formelle), puis que ces règles de droit soient appliquées dans les cas d'espèce par les pouvoirs exécutif (dont fait partie l'administration) et judiciaire.

5. Nous avons déjà évoqué la difficulté de définir de façon définitive et précise les fonctions législatives, exécutives et judiciaires (DB 1 nos 5 à 9). Il s'ensuit que le modèle classique de séparation des pouvoirs n'a jamais été appliqué

dans toute sa pureté. Il faut d'ailleurs relever que certaines tâches étatiques ne se laissent pas analyser en termes d'actes d'application de normes: ainsi en est-il de la procédure budgétaire, de la conduite de la politique extérieure, de l'élection ou de la nomination à des postes étatiques. L'évolution des activités de l'Etat a cependant conduit à une réévaluation de la séparation des pouvoirs touchant au cœur même de la distinction entre production et application du droit. Il n'en reste pas moins que le principe de la séparation des pouvoirs conserve des conséquences pratiques importantes en droit administratif.

B. La réévaluation du modèle classique

a. *Le nécessaire pouvoir réglementaire de l'exécutif*

6. Le développement de la réglementation de droit administratif, dans des domaines souvent très techniques, a, depuis de nombreuses années, montré la nécessité de laisser au gouvernement la possibilité d'édicter des règles de droit, non seulement dans le cadre de l'exécution des lois, mais aussi, en complément de celles-ci, en vertu de délégations législatives. Les parlements n'ont, en effet, ni le temps, ni les compétences techniques, ni la souplesse d'adaptation, pour accomplir cette tâche. Certes, le Tribunal fédéral a énoncé des règles définissant les conditions dans lesquelles de telles délégations sont admissibles, règles qui visent à ce que le principe de la séparation des pouvoirs ne soit pas vidé de son sens. Il n'en reste pas moins que, en qualité et quantité, la production normative de l'exécutif a pris une ampleur qui dément l'idée simple selon laquelle le législatif légifère et l'exécutif décide et agit. Certaines constitutions cantonales et la doctrine ont tenté de tenir compte de cette évolution en précisant que doivent rester l'apanage du législateur, par le biais de la loi formelle, les dispositions «importantes» (p. ex. art. 69 al. 4 Cst./BE; 78 al. 1 Cst./AG). Cette façon de voir pose la difficulté de définir ce qui constitue une disposition importante et elle n'élimine pas la problématique de la délégation, mais elle a le mérite de mieux cerner la réalité de la production normative actuelle (sur ce thème, voir P. Moor, *Du modèle de la séparation des pouvoirs à l'évaluation des politiques publiques*, in «De la Constitution – Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert», Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996, p. 627). L'art. 164 al. 1 Cst. reprend l'idée d'imposer la loi formelle pour les dispositions importantes, mais sans conférer au Conseil fédéral un pouvoir normatif général indépendant de toute délégation (art. 164 al. 2 *a contrario*).

b. *Le problème de la densité normative*

7. La séparation fonctionnelle entre création et application du droit est également remise en cause par le phénomène de diminution de la densité normative qui marque le droit administratif moderne. Ce phénomène se traduit d'abord dans le fait que les normes de droit administratif contiennent un nombre

croissant de notions juridiques indéterminées qui laissent une latitude de jugement souvent considérable à l'administration. De plus, parmi ces normes, la part des règles conditionnelles, qui s'appliquent au moyen du syllogisme juridique classique, régresse au profit de normes programmatiques ou de principes, dont l'application implique une pesée d'intérêts et offre à l'administration une véritable liberté d'appréciation. A cela s'ajoute que, dans les activités d'orientation, de planification, de réalisation d'infrastructures, d'information, l'administration doit nécessairement jouir d'une large marge de manœuvre. La prédétermination de l'activité de l'administration par le législateur se trouve ainsi fortement relativisée. En compensation, les garanties procédurales offertes aux administrés se sont élargies.

c. La position du juge administratif

8. La position du juge administratif est, dans ce contexte, délicate. Contrairement au juge civil, il n'arbitre pas entre deux parties égales, mais son intervention s'insère dans la mise en œuvre du droit administratif. Il n'a pas à se substituer à l'administration dans l'exercice des prérogatives proprement politiques que la loi laisse à celle-ci. C'est pourquoi, en principe, il ne lui appartient pas de contrôler l'opportunité des décisions qui lui sont déférées (DB 6 no 48). Cela étant, la mesure exacte de son pouvoir, lorsqu'il lui appartient de vérifier si l'administration n'a pas abusé de sa liberté d'appréciation ou si elle a correctement employé la latitude de jugement dont elle dispose, est extrêmement difficile à déterminer. Par ailleurs, le juge administratif ne saurait privilégier les seuls intérêts individuels des administrés qui s'adressent à lui: il lui appartient également de s'assurer que l'administration a dûment pris en considération les intérêts publics dont le législateur lui a confié la protection. Plutôt que le représentant d'un pouvoir séparé, il devient dès lors l'acteur d'une action coordonnée des différents pouvoirs au service des grands objectifs étatiques.

2. La portée de la séparation des pouvoirs en droit administratif

A. Dans les relations entre le parlement et l'administration

a. Les attributions du parlement en matière administrative

9. Nous avons vu que le parlement dispose parfois de la compétence de trancher dans des cas individuels et concrets. Lorsqu'il agit ainsi, il n'adopte pas une norme, mais prend une décision administrative (voir les exemples cités au DB 1 no 8). Dans le canton de Genève, ces décisions sont adoptées comme lois formelles (il s'agit donc de lois formelles, mais non matérielles, cf. DB 2 no 16). Ces cas – justifiés par l'importance des décisions à prendre et, parfois, la volonté de permettre l'exercice de la démocratie directe (cf. art. 80A al. 1 Cst./GE sur

l'autorisation d'aliénation d'immeubles propriété de l'Etat) – sont rares et ne signifient pas que le législateur pourrait adopter à sa guise des lois individuelles dérogeant dans un cas d'espèce à l'application de règles générales. En tout cas lorsque les intérêts de particuliers sont en cause, le principe de l'égalité de traitement s'y opposerait: le Grand Conseil genevois adopte au moyen d'une loi formelle les modifications des limites des zones de construction, même lorsque ces modifications ne concernent qu'une seule parcelle, parce que les art. 15 à 16 LaLAT lui donnent cette compétence; dans ce contexte, il doit respecter les procédures prévues tant par la LAT que par la LaLAT; en revanche, il ne saurait, par une loi, déroger aux règles de la LCI pour accorder une autorisation de construire déterminée. En d'autres termes, le parlement ne saurait évoquer à lui, de cas en cas, les décisions qui entrent dans la compétence du gouvernement ou de l'administration.

10. Le parlement exerce en outre une haute surveillance sur l'administration (art. 169 al. 1 Cst.), légitimée par la nécessité d'assurer un contrôle démocratique de l'activité de celle-ci. Cette surveillance s'exerce par les différents mécanismes qui ordonnent les relations entre le parlement et le gouvernement: interpellations, questions parlementaires, motions, rapports du gouvernement, enquêtes des commissions parlementaires, etc. Sa portée est purement politique. Le parlement ne peut donner des injonctions à l'administration ni prendre des sanctions juridiques à l'encontre des autorités administratives qui refusent de suivre ses recommandations, car il n'est pas le supérieur hiérarchique de l'administration.

11. Il faut enfin mentionner le vote par le parlement du budget dans son ensemble ou de crédits particuliers. Le Tribunal fédéral a jugé que le budget constituait un acte administratif interne qui ne créait ni droits ni obligations pour les particuliers (ATF du 27 octobre 1997, *Association Maison du Bout-du-Monde*, = SJ 1998 296, 298). Le vote du budget ne constitue donc pas de la législation. Il n'en est pas moins, historiquement, une prérogative fondamentale des parlements en régime démocratique. L'exercice de cette prérogative constitue un instrument puissant de contrôle du parlement sur l'administration, puisqu'il détermine les moyens dont celle-ci disposera pour exercer ses tâches. La procédure budgétaire sera étudiée dans le cours d'organisation administrative et marchés publics.

b. Les conditions de la délégation législative

12. Nous avons déjà évoqué les conditions auxquelles une délégation législative était admissible (DB 2 no 23 et DB 6 nos 31 ss). Il y a simplement lieu de souligner ici que ces conditions, et en particulier celle qui impose que la délégation s'en tienne à une matière déterminée, visent notamment à ce que le principe de la séparation des pouvoirs ne soit pas vidé de son sens par une abdication générale de son pouvoir normatif par le parlement. On peut ajouter que le non-respect par l'exécutif du cadre d'une clause de délégation apparaît comme

un empiétement sur les compétences du parlement directement contraire au principe de la séparation des pouvoirs.

B. Dans les relations entre l'administration et la justice

a. *L'indépendance réciproque*

13. Le principe de la séparation des pouvoirs exige que l'administration et les autorités judiciaires exercent leurs compétences respectives dans une indépendance réciproque. L'exécutif et son administration ne sauraient ainsi donner d'instructions ni générales ni particulières aux autorités judiciaires. Cette règle est évidente pour les tribunaux au sens du droit fédéral ou cantonal. Mais elle vaut aussi pour les commissions de recours: leur indépendance est la condition de leur reconnaissance en tant qu'autorité judiciaire, historiquement au sens de l'OJ (art. 98a al. 1 et 105 al. 2; ATF 121 II 127, 130, S.), aujourd'hui en tant que tribunaux au sens de la LTF (art. 86 al. 1) ou en tant que tribunal au sens des art. 5 et 6 CEDH (ATF 123 I 87, 91, B.).

14. Pour leur part, les tribunaux n'ont aucun pouvoir de direction envers l'administration, sous réserve du cas où ils renvoient une affaire à l'autorité intimée avec des directives quant à la manière de la traiter conformément à la loi. La séparation des pouvoirs se marque, dans ce contexte, par le fait qu'un tribunal renoncera en principe à se prononcer lui-même et préférera renvoyer l'affaire à l'autorité inférieure lorsqu'il annule une décision pour illégalité et que la décision de remplacement à prendre repose sur une appréciation en opportunité (ATF 115 Ib 347, 357, *M. und R.*).

15. La question se pose également de savoir si l'administration a l'obligation de transmettre aux autorités judiciaires des informations qu'elle considère normalement confidentielles et qui seraient utiles à la recherche de la vérité par le juge. Fondamentalement, il appartient à l'administration de décider, en pesant l'intérêt à la conservation du secret et l'intérêt de la justice à la manifestation de la vérité, si elle entend fournir l'information, respectivement délier de son secret de fonction un fonctionnaire appelé à témoigner (ATF 80 I 1, 3 ss, Z.). Cela vaut aussi en matière pénale, dans le cadre de l'application des art. 352 ss CP sur l'entraide judiciaire, mais la pesée des intérêts, qui peut être contrôlée par le Tribunal fédéral, fera en principe prévaloir l'intérêt de la poursuite pénale (ATF 129 IV 141, 147, *Commission fédérale des banques*; 123 IV 157, 161 ss, *Untersuchungsrichteramt Solothurn*, renversant en partie l'ATF 102 IV 217, 222/223, *Juge d'instruction du canton de Vaud*). Dans ce contexte, il y a évidemment lieu de tenir compte des dispositions légales fédérales (p. ex. art. 23^{ter} al. 4 LB) ou cantonales (à Genève, l'art. 11 CPP) qui font obligation aux autorités administratives de dénoncer des infractions pénales aux organes de poursuite compétents.

b. *Les compétences parallèles*

16. Il peut arriver que les mêmes faits donnent lieu à une procédure judiciaire et à une mesure administrative. Ainsi, un délit commis par un fonctionnaire conduira en général à des poursuites pénales contre celui-ci et à l'ouverture d'une procédure disciplinaire. De même, une violation des règles de la circulation peut entraîner à la fois une sanction pénale (amende ou prison) et une sanction administrative (avertissement ou retrait du permis de conduire). Que la seconde soit prononcée sur la base du même état de fait que la première ne viole pas le principe *ne bis in idem*, qui veut qu'on ne puisse être condamné deux fois pour la même infraction (ATF 128 II 133, 135/136, S.; 125 II 402, 404/405, A.) Il est également des cas dans lesquels un même état de fait peut donner lieu à une action civile et à une procédure administrative (p. ex. en matière d'entraves illicites à la concurrence au sens de l'art. 5 LCart, voir p. ex. ATF 130 II 149, 156 ss, *Sellita Watch Co SA*). En principe, chaque procédure a sa logique propre et les autorités parallèlement compétentes ne sont pas liées par les constatations et par les interprétations juridiques de l'autre. Ce principe doit toutefois être nuancé, dans la mesure où il peut aboutir à des contradictions qui seraient difficilement compréhensibles pour les intéressés.

17. Ainsi, la jurisprudence a considéré, dans le cas du retrait du permis de conduire, que l'autorité administrative ne pouvait s'écarter des constatations de fait du juge pénal que si elle est en mesure de fonder sa décision sur des constatations de faits inconnues du juge pénal ou que celui-ci n'a pas pris en considération; s'il existe des preuves nouvelles dont l'appréciation conduit à un autre résultat ou si l'appréciation du juge pénal se heurte clairement aux faits constatés; si le juge pénal n'a pas élucidé toutes les questions de droit, en particulier celles qui touchent à la violation des règles de la circulation (ATF 124 II 103, 106, H; 119 Ib 158, 163/164, H.; cette jurisprudence vaut aussi en ce qui concerne l'application de la LAVI, ATF 129 II 312, 315-316, X.). Dans le second arrêt cité (p. 161/162), le Tribunal fédéral a précisé que l'autorité administrative doit même surseoir à statuer jusqu'à droit connu sur le plan pénal, dans la mesure où l'état de fait ou la qualification juridique du comportement litigieux est pertinent dans le cadre de la procédure administrative et où l'intéressé va probablement faire l'objet d'une dénonciation pénale. On constate ainsi que l'administration se prononce de façon libre sur les questions de droit (ATF 115 Ib 163, 164, X.; en matière de LAVI : ATF 129 II 312, 316, X.), mais qu'elle ne peut s'écarter sans motif pertinent de l'avis du juge pénal sur les questions touchant à l'établissement des faits, et même à leur qualification juridique si celle-ci dépend de l'appréciation de faits que le juge pénal connaît mieux que l'autorité administrative (ATF 119 Ib 158, 164/165, H.; 125 II 402, 405/406, A.; dans le premier cas, l'autorité administrative a été considérée comme liée par le jugement pénal, mais non dans le second).

18. Quant au juge pénal, il n'est pas du tout lié par les considérations de droit ou de fait de l'autorité administrative (ATF 105 Ib 18, 20, *Eidg. Polizeiabteilung*).

c. Les questions préjudicielles

19. Il peut arriver que, pour qu'une autorité puisse trancher la question pour la solution de laquelle elle est compétente, il soit nécessaire de résoudre préalablement une question de droit relevant de la compétence d'une autre autorité. On se trouve alors en présence d'une question préjudicielle.

20. Pour des motifs d'économie de procédure, le droit suisse admet, sauf disposition légale contraire (p. ex. art. 69 al. 1 LEx), que l'autorité administrative ou judiciaire saisie tranche elle-même la question préjudicielle, dans la mesure où l'autorité compétente ne l'a pas encore fait (ATF 120 V 378, 382, *G.*; voir aussi art. 96 al. 3 OJ et art. 31 LTF). La solution à laquelle elle sera ainsi parvenue n'aura pas l'autorité de la chose jugée et ne constituera qu'un motif de la décision pour laquelle elle est compétente. Ce motif ne liera pas l'autorité normalement compétente pour trancher de la question préjudicielle (ATF 102 Ib 365, 369, *Z.*).

21. Cela étant, en tranchant la question préjudicielle, l'autorité saisie devra s'en tenir à la jurisprudence de l'autorité normalement compétente si celle-ci est suffisamment bien établie.

22. L'autorité saisie a cependant aussi la faculté de suspendre sa décision dans l'attente de celle de l'autorité compétente (pour Genève, art. 14 al. 1 LPA), notamment si celle-ci est déjà saisie et est en mesure de se prononcer dans un délai raisonnable.

d. Le contrôle préjudiciel des décisions

23. Il s'agit ici du cas où, dans l'hypothèse précédente, l'autorité normalement compétente a déjà tranché. La question est donc de savoir si, lorsqu'une question préjudicielle fait l'objet d'une décision en force de l'autorité normalement compétente, l'autorité saisie pour une autre question directement influencée par la première est liée par la première décision ou si elle peut la revoir «préjudiciellement».

24. Les décisions d'autorités judiciaires échappent à tout contrôle préjudiciel. Il en est de même, en principe, des décisions administratives en force, sous réserve des cas de violation d'un droit fondamental et imprescriptible (DB 4 no 4), ainsi que des cas nullité, car alors la décision est en réalité inexistante et privée de tout effet (ATF 108 II 456, 460/461, *W.*).

25. La règle excluant le contrôle préjudiciel des décisions administratives en force a toutefois été nuancée en ce qui concerne l'application de l'art. 292 CP, qui punit l'insoumission à une décision de l'autorité et, plus généralement, en ce qui concerne les poursuites pénales résultant de la violation d'une décision administrative. Compte tenu de la gravité de l'atteinte que constitue une sanction pénale, il apparaissait en effet difficile d'imposer une telle mesure pour violation d'une décision qui aurait dû manifestement être annulée si elle avait été attaquée. Le Tribunal fédéral a ainsi envisagé, dans un tel cas, les hypothèses suivantes (ATF 129 IV 246, 249, A.; 121 IV 29, 31, X.; 98 IV 106, 111, *Spicher* ; SJ 2004 I 459, 460, X.):

- a) si une juridiction administrative s'est déjà prononcée, le juge pénal ne peut revoir la légalité de la décision administrative;
- b) si la juridiction administrative n'a pas été saisie – alors qu'elle aurait pu l'être – ou si elle n'a pas encore statué, le juge pénal peut revoir la légalité de la décision administrative, son pouvoir d'examen étant toutefois limité à la violation manifeste de la loi et à l'abus manifeste du pouvoir d'appréciation;
- c) si aucun recours devant une juridiction administrative n'était ouvert contre la décision à laquelle l'administré ne s'est pas soumis, le juge pénal peut revoir librement la conformité au droit (mais non l'opportunité) de ladite décision.

II L'entraide administrative

26. Du fait du principe de territorialité du droit administratif, les autorités administratives ne peuvent agir en dehors du territoire de la collectivité dont elles dépendent. La question de l'entraide administrative traite donc des rapports de l'administration avec ses homologues d'autres pays ou cantons, voire avec les administrés relevant de ces autres collectivités. Afin de notifier des décisions, de procéder à des enquêtes, de transmettre des renseignements au-delà des frontières nationales, respectivement cantonales, l'administration doit en principe se fonder sur des traités ou des concordats. L'entraide verticale, entre les cantons et la Confédération est en général réglée spécifiquement dans la législation fédérale (p. ex. obligation de communication de décisions) dans le cadre du fédéralisme d'exécution (cf. p. ex. l'art. 45 al. 2 OAT ou l'art. 112 LIFD). Cela étant, le devoir général des cantons et de la Confédération de s'accorder réciproquement l'entraide administrative est désormais ancré à l'art. 44 al. 2 Cst.

27. En matière de notification de décisions ou autres communications administratives (par exemple une convocation comme témoin) à l'étranger, il conviendrait en principe de passer par la voie diplomatique. En pratique, la communication directe, par voie postale ordinaire, est fréquente. Une autre solution consiste à exiger une élection de domicile en Suisse (art. 29 al. 4 OJ, art. 39 al. 3 LTF). Entre cantons, la communication directe se pratique sans autre formalité.

28. S'agissant de la communication de renseignements, elle est régie, sur le plan international par diverses conventions, voire par de simples *gentlemen agreements* (ATF 112 Ib 145, 147, *M.*), mais elle peut aussi résulter de dispositions spéciales de la législation fédérale (art. 23^{sexies} LB; art. 38 LBVM; ATF 128 II 407, *X.*; 127 II 142, *X.*; 126 II 86, *A.*; 126 II 126, *X.*; 125 II 79, *Deutsche Bank (Suisse) SA*). Sur le plan intercantonal, la communication de renseignements est largement pratiquée d'autorité à autorité.

29. Une collaboration peut aussi s'instituer par l'accomplissement en commun de certaines tâches publiques (production d'énergie, élimination des déchets, construction d'infrastructures de transport). Ces collaborations se fondent sur des accords internationaux ou intercantonaux.

30. Il faut également mentionner l'entraide interdépartementale, entre différentes subdivisions d'une même administration, en particulier en ce qui concerne la communication d'informations. Il convient à cet égard, à défaut de réglementation expresse prévoyant un devoir de communiquer ou une obligation de secret, de vérifier si une transmission d'informations ne revient pas à éluder le but dans lequel ces informations ont été récoltées. A Genève, l'art. 25 al. 3 LPA

prévoit un devoir général d'entraide, sous réserve de dispositions légales contraires ou de l'existence d'un intérêt privé ou public opposé prépondérant. Sur le plan fédéral, il y a lieu de tenir compte, en ce qui concerne la communication de données personnelles, des exigences de l'art. 19 LPD. Cette question de l'entraide administrative interne à une collectivité sera reprise au DB 10.