



P.P. CH-3003 Berne

OFJ; bj-wkm

POST CH AG

Assemblée fédérale
Commission judiciaire
3003 Berne

Numéro du dossier : 216.9-3564/1

Votre référence :

Notre référence : bj-wkm, bj-jec

Berne, le 3 août 2023

Avis de droit concernant l'allocation de dépens dans le cadre d'une d'enquête menée en vue de l'ouverture d'une procédure de révocation

Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Par son courrier du 9 juin 2023 à la Conseillère fédérale Elisabeth Baume-Schneider, la Commission judiciaire (CJ) a prié le Département fédéral de justice et police (DFJP) de charger l'Office fédéral de la justice (OFJ) d'élaborer un avis de droit sur les six questions suivantes (numérotées par l'OFJ) en prévision de la séance du 23 août 2023 de la CJ.

1. Existe-t-il une base légale pour l'allocation de dépens dans le cas d'une enquête menée par la Commission administrative du Tribunal fédéral, en vertu de l'art. 3, let. d, en rel. avec l'art. 7 RSTF, à partir d'une information fournie par la Commission administrative du Tribunal administratif fédéral selon l'art. 5, al. 3, RSTF ?
2. Si une communication du Tribunal fédéral au sens de l'art. 8 RSTF ne débouche pas sur l'ouverture d'une procédure de révocation par la Commission judiciaire, la personne concernée est-elle considérée comme « partie ayant eu entièrement ou partiellement gain de cause » dans l'enquête préalable menée par la Commission administrative du Tribunal fédéral selon l'art. 3, let. d, en rel. avec l'art. 7 RSTF ?
 - a. Si oui, peut-elle à ce titre prétendre à une indemnité au sens de l'art. 64 de la loi sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) pour l'enquête préalable menée par la Commission administrative du Tribunal fédéral ?

Office fédéral de la justice OFJ
Michael Schöll, Dr en droit, av., LL.M. (HLS)
Bundesrain 20
3003 Berne
Tél. +41 58 462 41 01
Michael.Schoell@bj.admin.ch
www.ofj.admin.ch



- b. Dans l'affirmative, quelle est l'autorité de recours compétente pour l'allocation de dépens ?
3. La Commission judiciaire a-t-elle le pouvoir de donner des instructions à la Commission administrative du Tribunal fédéral ou à celle du Tribunal administratif fédéral concernant l'allocation de dépens ? En vertu de quelle base légale ?
4. Si une procédure de révocation a été ouverte, la partie mise en cause peut-elle prétendre à l'allocation de dépens si la Commission judiciaire n'adresse finalement pas de proposition de révocation à l'Assemblée fédérale ou si sa proposition est rejetée ? Partagez-vous l'avis du prof. Kiener (cf. annexe) selon lequel il n'existe aucune base légale donnant *droit à l'allocation de dépens* ?

Le DFJP a chargé l'OFJ en juin de répondre aux questions de la CJ le 3 août 2023 au plus tard par un avis de droit. Les réponses de l'OFJ sont les suivantes.

Synthèse

1. Le droit fédéral applicable (en particulier la LTF, la PA et le RSTF) ne contient *aucune base légale formelle ni matérielle* pour l'allocation de dépens dans le cas d'une *enquête menée par la Commission administrative du Tribunal fédéral*, en vertu de l'art. 3, let. d, en rel. avec l'art. 7 RSTF. Le fait que l'enquête découle ou non d'une communication de la Commission administrative du Tribunal administratif fédéral au sens de l'art. 5, al. 3, RSTF ne change rien à l'affaire (sur l'exception, voir le ch. 1.2).
2. Une personne ayant fait l'objet d'une enquête (préalable) et d'une communication au sens des art. 7 et 8 RSTF *n'a pas la qualité de « partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause »*, tel que l'art. 64, al. 1, PA l'entend pour une procédure de recours. L'art. 64 PA ne fonde aucune allocation de dépens dans le cas d'une procédure devant la Commission administrative du Tribunal fédéral, ce qui signifie que les questions 2a et 2b peuvent rester ouvertes.
3. Le droit fédéral ne contient *aucune base légale permettant à la Commission judiciaire de donner des instructions* aux tribunaux fédéraux ou à leurs commissions administratives.
4. Une personne faisant l'objet d'une procédure de révocation n'a droit à aucune allocation de dépens. Cela vaut aussi bien pour le cas où la procédure prend fin devant la CJ - faute de proposition de révocation à l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) - que pour le cas où l'Assemblée fédérale rejette une telle demande (sur l'exception, voir le ch. 4).

Table des matières

1	Allocation de dépens dans le cas d'une enquête menée par la Commission administrative du Tribunal fédéral (question 1)	3
1.1	Commissions administratives : tâches, enquêtes et bases légales	3
1.2	Allocation de dépens : institution, conditions et bases légales	4
1.3	Résumé	6
2	La notion de « gain de cause » (question 2, y c. 2a et 2b)	6
3	Pouvoir de la CJ de donner des instructions aux commissions administratives des tribunaux fédéraux (question 3)	6
3.1	Commission judiciaire : tâches, procédure et bases légales	7
3.2	Pouvoir de donner des instructions : institution, conditions et bases légales.....	8
3.3	Résumé	9
4	Allocation de dépens dans le cadre de la procédure de révocation par le Parlement (question 4)	9

1 Allocation de dépens dans le cas d'une enquête menée par la Commission administrative du Tribunal fédéral (question 1)

Afin de déterminer s'il existe une base légale *pour l'allocation de dépens dans le cas d'une enquête menée par la Commission administrative du Tribunal fédéral* à partir d'une information fournie par la Commission administrative du Tribunal administratif fédéral, il convient d'abord de présenter les tâches de cette commission et de la commission analogue du Tribunal fédéral, ainsi que les bases légales applicables.

1.1 Commissions administratives : tâches, enquêtes et bases légales

La *Commission administrative du Tribunal fédéral* est chargée par la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)¹ et le règlement du 11 septembre 2006 sur la surveillance par le Tribunal fédéral (RSTF)² d'exercer la surveillance sur le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal administratif fédéral³, sous réserve de la haute surveillance par l'Assemblée fédérale. Tous les domaines de la gestion relèvent de la surveillance, en particulier la direction du tribunal, l'organisation, la liquidation des dossiers ainsi que les questions relatives au personnel et aux finances, tandis que la jurisprudence en est exclue⁴.

La Commission administrative du Tribunal fédéral dispose de différents moyens pour exercer sa *surveillance* (art. 3 RSTF), parmi lesquels l'enquête, qui peut être ordonnée pour élucider des faits. Les membres et le personnel des tribunaux concernés sont tenus de donner les renseignements demandés. La Commission administrative ou un membre du tribunal qu'elle aura désigné rédige un rapport sur le résultat de l'enquête. Le tribunal concerné et, le cas échéant

¹ RS 173.110

² RS 173.110.132

³ Voir les art. 17, al. 4, en rel. avec l'art. 15, al. 1, LTF et 1 ss RSTF.

⁴ Art. 2, al. 1 et 2, RSTF. La surveillance a pour but une exécution conforme à la loi, efficace et économique des tâches incombant aux tribunaux concernés (al. 3). Concernant l'étendue et les limites de la surveillance du Tribunal fédéral sur les tribunaux fédéraux de première instance, voir les extraits d'un avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 13 décembre 2004, *in* : JAAC 69.48 et le rapport de la Commission administrative du Tribunal fédéral de mai 2023 « Surveillance exercée par le Tribunal fédéral sur les tribunaux fédéraux de première instance – nécessité de légiférer » (disponible sur www.bger.ch/fr > Presse/Actualité).

les personnes touchées, peuvent se déterminer sur ce rapport (art. 7 RSTF). Lorsque la révocation d'un membre du tribunal entre en ligne de compte, la Commission administrative peut ordonner une enquête préalable. Lorsqu'à la suite de constatations résultant de l'activité de surveillance ou des conclusions d'une enquête préalable, l'ouverture d'une procédure de révocation paraît indiquée, la Commission administrative saisit la commission parlementaire compétente (art. 8 RSTF : communications à l'autorité exerçant la haute surveillance ; voir le ch. 3.1). La procédure devant la Commission administrative est régie par le RSTF et, sauf dispositions contraires de ce règlement, par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)⁵, qui s'applique par analogie (art. 13 RSTF).

La *Commission administrative du Tribunal administratif fédéral* est responsable de l'administration du tribunal (art. 18, al. 4, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF]⁶). Elle informe la Commission administrative du Tribunal fédéral des événements relevant de la surveillance (art. 5, al. 3, RSTF).

1.2 Allocation de dépens : institution, conditions et bases légales

L'*allocation de dépens* est le remboursement des frais qu'une partie à la procédure a engagés pour pouvoir exercer ses droits⁷, ce qui comprend le défraiement d'un représentant (honoraires d'avocat) et les éventuelles autres dépenses nécessaires⁸.

Selon la *jurisprudence et la doctrine dominante*, ni la Constitution (Cst.)⁹ ni les conventions internationales ne fondent de droit à l'allocation de dépens¹⁰. En ce sens, l'allocation de dépens se distingue du droit constitutionnel à l'assistance judiciaire gratuite (art. 29, al. 3, Cst.)¹¹. Ni le droit à la représentation et à l'assistance (art. 29, al. 2, Cst.)¹² ni la garantie de l'accès au juge (art. 29a Cst.)¹³ ne permettent de déduire un droit à une allocation de dépens. La jurisprudence du Tribunal fédéral retient que l'obligation d'allouer des dépens n'est pas un principe général de procédure. Elle est inhabituelle lors des procédures administratives de première instance et requiert une base légale expresse¹⁴.

À *titre exceptionnel*, une allocation de dépens fondée sur l'art. 9 Cst. (protection contre l'arbitraire) pourrait, d'après le Tribunal fédéral, être envisagée si y renoncer contredirait de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité, donc constituerait une décision arbitraire¹⁵.

⁵ RS 172.021

⁶ RS 173.32

⁷ Voir BEUSCH MICHAEL, *in* : Auer/Müller/Schindler, *VwVG-Komm.*, 2^e éd., Zurich/Saint-Gall 2019 *ad* art. 64 PA N 1.

⁸ Voir BEUSCH (nbp 7) *ad* art. 64 PA N 12 s. ; art. 8 de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative (RS 172.041.0).

⁹ RS 101

¹⁰ Voir ATF 140 V 116, consid. 3.4.2. ; 132 II 47, consid. 5 ; arrêt du TF 2C_501/2015 du 17 mars 2017, consid. 6.2.2 ; arrêt du TF 2P.147/2005 du 31 août 2005, consid. 2.2 s. ; ATAF B-844/2015 du 19 décembre 2017, consid. 11.2 ; RENÉ WIEDERKEHR/KASPAR PLÜSS, *Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts*, Berne 2020, n. marg. 3705.

¹¹ Voir l'avis de droit de REGINA KIENER du 7 novembre 2007 sur la procédure de révocation des juges des tribunaux fédéraux de première instance, p. 27 s. (ci-après : avis de droit KIENER). Cet avis de droit est annexé au courrier du 9 juin 2023 de la CJ. L'avance des frais de représentation par le biais de l'assistance judiciaire gratuite présuppose notamment que le bénéficiaire ne dispose pas de ressources suffisantes et que sa cause ne paraisse pas dépourvue de toute chance de succès ; voir REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTENBACH, *Grundrechte*, 3^e éd. 2018, § 41 n. marg. 85 ss ; voir aussi STEFAN MEICHSSNER, *Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege* [Art. 29 Abs. 3 BV], Bâle 2008, *passim*.

¹² Voir KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (nbp 11), § 41 R. 78 ; ATF 117 V 401 consid. II/1b p. 403 s.

¹³ Voir WIEDERKEHR/PLÜSS (nbp 10), n. marg. 3705 ; arrêt du TF 2P.147/2005 du 31 août 2005, consid. 2.2 s. ; ATAF B-844/2015 du 19 décembre 2017, consid. 11.2 ; critiqué par BEUSCH (nbp 7), *ad* art. 64 PA N 1 s. et les références citées.

¹⁴ Voir les ATF 140 V 116, consid. 3.4.2 et 132 II 47, consid. 5.2.

¹⁵ Voir l'ATF 117 V 401, consid. 1b, avec référence aux ATF 104 Ia 11 et 140 V 116, consid. 3.4.1 ; WIEDERKEHR/PLÜSS (nbp 10), n. marg. 3706.

Cette possibilité créée par l'art. 4 aCst. a certes été évoquée dans des arrêts relativement récents du Tribunal fédéral¹⁶. À notre connaissance, celui-ci n'a toutefois jamais approuvé l'allocation de dépens en vertu de l'art. 9 Cst.¹⁷ – contrairement au Tribunal administratif fédéral, qui l'a fait au moins une fois¹⁸. Le cas échéant, l'allocation de dépens devrait en tout cas se limiter au nécessaire et son montant devrait rester prévisible¹⁹.

Le RSTF, *déterminant pour la procédure devant la Commission administrative du Tribunal fédéral*, ne contient aucune norme relative aux dépens. Il renvoie uniquement aux dispositions de la PA, « applicables par analogie » (art. 13 RSTF). Par exemple, les dispositions de la PA relatives à la durée, à la supputation, à l'observation et à la prolongation des délais sont applicables par analogie, car il s'agit de règles générales de procédure²⁰. En revanche, les autres normes ne s'appliquent pas à tous les types de procédures. La PA distingue en effet clairement les règles générales de procédure (art. 7 à 43) des règles de la procédure de recours (art. 44 à 71).

L'art. 64, al. 1, PA prévoit certes que l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. Cette disposition se réfère toutefois expressément à la procédure de recours. Lors de l'élaboration de la PA, le législateur a délibérément renoncé à prévoir de manière générale l'allocation de dépens à l'issue de la procédure de première instance²¹. Il a plus tard modifié cette situation en rendant les dispositions relatives aux dépens alloués dans la procédure de recours applicables aux requêtes collectives formées par plus de 20 personnes lorsque l'autorité exige qu'elles se fassent représenter (art. 11a, al. 3, PA)²². Cette modification montre que l'exclusion des dépens dans la procédure de première instance n'est pas une lacune authentique²³. Il n'y a donc aucune base pour l'application par analogie de l'art. 64 PA. Faute de base légale spéciale pour l'allocation de dépens, le Tribunal fédéral a p. ex. refusé l'application de l'art. 64, al. 1, PA dans la procédure de préavis en matière d'assurance-invalidité (AI) et dans la procédure de première instance concernant un litige en matière d'interconnexion devant la Commission fédérale de la communication²⁴.

La *procédure devant la Commission administrative du Tribunal fédéral*, et en particulier l'enquête (préalable) prévue par les art. 7 et 8 RSTF, n'est pas une procédure de recours, ni par sa nature ni par son objectif. Former un recours présuppose l'existence d'un acte d'autorité (p. ex. une décision de première instance) dont l'autorité de recours peut vérifier la légalité et éventuellement l'adéquation²⁵. Ce n'est pas le cas en l'espèce : la Commission administrative peut ouvrir une procédure de son propre chef (art. 7, al. 1, RSTF). Il est certes possible que des éclaircissements ou une communication de la Commission administrative du Tribunal administratif fédéral aient eu lieu auparavant, mais il n'est pas nécessaire qu'une procédure ait déjà eu lieu et qu'un tiers ait utilisé une voie de droit pour ouvrir une nouvelle procédure ou une

¹⁶ Voir l'arrêt du TF 1C_432/2012 du 18 août 2015 ; 2P.147/2005 du 31 août 2005, consid. 2.4.

¹⁷ WIEDERKEHR/PLÜSS (nbp 9), n. marg. 3706; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/ MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, n. marg. 655.

¹⁸ Le Tribunal administratif fédéral a exceptionnellement confirmé l'allocation de dépens en vertu des art. 8 et 9 Cst. dans le cadre d'une procédure de première instance relevant de la surveillance des fondations (ATAF B-3318/2007 du 6 mars 2008, consid. 8.2.3). Les dépens ont été alloués dans le contexte d'une dénonciation à l'autorité de surveillance soulevant des questions complexes.

¹⁹ Voir l'ATAF B-3318/2007 du 6 mars 2008, consid. 8.2.3

²⁰ Il en va de même pour la procédure devant la CJ, voir l'avis de droit KIENER, p. 21.

²¹ Voir ATF 132 II 47, consid. 5.2 ; ATAF B-844/2015 du 19 décembre 2017, consid. 11.2 ; voir également LUKAS MÜLLER, *in* : Waldmann/Krauskopf, *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, 3^e éd. 2023, ad art. 64 PA, n. marg. 1.

²² L'art. 115, al. 1, de la loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation (RS 711) constitue une autre exception.

²³ ATF 132 II 47 consid. 5.2

²⁴ ATF 140 V 116, consid. 3.4.2. ; 132 II 47, consid. 5

²⁵ Voir REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 3^e éd. 2021, n. marg. 1244.

enquête²⁶. Par conséquent, vu l'esprit de la PA et la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, l'allocation de dépens pour une procédure devant la Commission administrative ne saurait se fonder sur l'art. 64 PA. L'allocation de dépens est donc exclue, faute de base légale spéciale (concernant les exceptions fondées sur la protection contre l'arbitraire, voir plus haut). Dès lors, il n'est pas important que l'enquête préalable de la Commission administrative débouche ou non sur une procédure de *révocation par la CJ* (sur cette procédure, voir le ch. 3.1). D'après la systématique de la législation, décrite par la jurisprudence et exposée plus haut, l'allocation de dépens est uniquement prévue lors de la procédure de recours, et non pas en première instance. Admettre des dépens dans le cadre de l'activité de surveillance préalable de la Commission administrative, par opposition avec la procédure de révocation proprement dite devant la CJ et l'Assemblée fédérale (voir le ch. 4), serait contraire à cette systématique du droit de la procédure. Si le législateur souhaitait permettre l'allocation de dépens pour la procédure devant la Commission administrative du Tribunal fédéral, il devrait adopter une disposition expresse.

1.3 Résumé

Le droit fédéral applicable (en particulier la LTF, la PA et le RSTF) ne contient aucune base légale formelle ni matérielle pour l'allocation de dépens dans le cas d'une enquête menée par la Commission administrative du Tribunal fédéral, en vertu de l'art. 3, let. d, en rel. avec l'art. 7 RSTF. Le fait que l'enquête découle ou non d'une communication de la Commission administrative du Tribunal administratif fédéral au sens de l'art. 5, al. 3, RSTF ne change rien à l'affaire.

2 La notion de « gain de cause » (question 2, y c. 2a et 2b)

La Commission administrative du Tribunal fédéral saisit la commission parlementaire compétente lorsque l'ouverture d'une procédure de révocation paraît indiquée (art. 8, al. 2, RSTF). Du point de vue de la personne faisant l'objet de la communication de l'enquête (préalable), le fait que la CJ renonce à ouvrir la procédure de révocation ressemble certainement à une victoire. La notion de « partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause », qui figure à l'art. 64 PA et s'appuie sur le principe selon lequel les frais sont à la charge de la partie succombante, a été conçue pour la procédure de recours et n'est pas pertinente en l'espèce. Aucune partie n'a gain de cause ni ne succombe en première instance²⁷. Dès lors, une personne ayant fait l'objet d'une enquête (préalable) et d'une communication au sens des art. 7 et 8 RSTF n'a pas la qualité de « partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause », telle que l'art. 64, al. 1, PA l'entend pour une procédure de recours. Comme exposé au ch. 1.2, l'art. 64 PA ne fonde aucune allocation de dépens dans le cas d'une procédure devant la Commission administrative du Tribunal fédéral, ce qui signifie que les questions 2a et 2b sont sans objet.

3 Pouvoir de la CJ de donner des instructions aux commissions administratives des tribunaux fédéraux (question 3)

Afin de déterminer si la CJ a le pouvoir de donner des instructions à la Commission administrative du Tribunal fédéral ou à celle du Tribunal administratif fédéral concernant l'allocation de dépens, il convient d'abord de présenter les tâches et la procédure de la CJ (dans le cadre de la révocation) ainsi que sa relation institutionnelle avec les commissions administratives.

²⁶ Voir le règlement de la procédure devant la Commission judiciaire, comparable sur ce point, au ch. 3.1.

²⁷ Le Tribunal fédéral a considéré dans l'ATF 140 V 116 que la procédure de préavis en matière d'AI n'est pas comparable à une procédure d'opposition, qui constitue une procédure contentieuse à l'issue de laquelle le recourant peut obtenir gain de cause. « Dans la procédure non contentieuse de préavis en matière d'AI, l'assuré n'obtient pas gain de cause ni ne succombe, de sorte qu'il ne se justifie pas d'appliquer par analogie l'art. 52 al. 3 LPGA [RS 830.1] en ce qui concerne l'allocation à titre exceptionnel et conformément à la jurisprudence d'une indemnité de dépens dans la procédure d'opposition » (consid. 3.4.1).

3.1 Commission judiciaire : tâches, procédure et bases légales

La loi du 13 décembre 2002 sur la Parlement (LParl)²⁸ donne à la CJ la compétence de préparer l'élection et la révocation des juges des tribunaux fédéraux, entre autres (art. 40a, al. 1, let. a, LParl). Elle soumet notamment à l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) ses propositions pour l'élection et la révocation des personnes visées à l'al. 1 (art. 40a, al. 3, LParl). La loi ne prévoit de révocation que pour les juges fédéraux de première instance, pas pour ceux du Tribunal fédéral²⁹.

La procédure de révocation se déroule en deux étapes, à savoir la procédure devant la CJ puis, si celle-ci soumet une demande de révocation, la procédure devant l'Assemblée fédérale (Chambres réunies). La procédure aboutit à une décision³⁰ ; l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) remplit à cet égard le rôle d'une autorité administrative³¹. Toutefois, la PA et ses règles de procédure spécifiques ne s'appliquent pas à la préparation de la procédure de révocation par la CJ ni à la procédure de révocation proprement dite devant l'Assemblée fédérale³². La première étape est régie par les dispositions pertinentes de la Cst. et de la LParl³³, que la CJ a concrétisées dans ses principes d'action du 3 mars 2011 concernant la procédure à suivre en vue de révocation et de non-réélection (ci-après principes d'action de la CJ)³⁴. D'après ces principes, si la CJ a connaissance de faits qui mettent sérieusement en cause l'aptitude professionnelle ou personnelle d'un juge (entre autres), elle décide d'office s'il y a lieu d'ouvrir une procédure de révocation³⁵. La CJ a le droit et, dans une certaine mesure, l'obligation de s'auto-saisir³⁶. Elle peut avoir obtenu les informations qui motivent sa décision de différentes manières, p. ex. par ses propres observations, mais une communication de la Commission administrative du Tribunal fédéral (art. 8 RSTF) peut aussi lancer indirectement la procédure. Toujours est-il qu'aucune demande formelle n'est requise³⁷. La CJ décide d'ouvrir la procédure après avoir entendu la personne concernée. Elle établit et apprécie les faits et décide si elle doit classer la procédure ou soumettre une proposition de révocation à l'Assemblée fédérale³⁸.

Les pouvoirs de la CJ se fondent en premier lieu sur l'art. 153, al. 4, Cst., qui dispose que pour accomplir leurs tâches, les commissions ont le droit d'obtenir des renseignements, de consulter des documents et de mener des enquêtes. La LParl concrétise ces pouvoirs et rend les dispositions concernant les relations entre les commissions et le Conseil fédéral applicables par analogie aux relations entre l'Assemblée fédérale et les tribunaux fédéraux (art. 162, al. 1, let. c, LParl). Sont notamment applicables le droit à l'information et les règles de procédure,

²⁸ RS 171.10

²⁹ Voir les art. 10 LTAF, 49 de la loi du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités pénales (RS 173.71) et 14 de la loi du 20 mars 2009 sur le Tribunal fédéral des brevets (RS 173.41) ; sur les juges du Tribunal fédéral, voir p. ex. PETER BIERI/MICHELLE ANGELA GROSJEAN/KARL-MARC WYSS, *Altersgrenze und Rechtsschutz bei Richterwahlen*, in : *Justice-Justiz-Giustizia* 2021/1, n. marg. 23 ss

³⁰ Avis de droit KIENER, p. 2

³¹ Voir l'avis de droit KIENER, p. 2.

³² Pour plus de détails, voir l'avis de droit KIENER, p. 3 s. La PA s'applique aux affaires qui doivent être réglées par les décisions sujettes à recours des autorités administratives fédérales. Les organes de l'Assemblée fédérale sont réputés autorisés pour les décisions de première instance prises « conformément au Statut des fonctionnaires » (art. 1, al. 2, let. b, PA), c'est-à-dire la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers ; RS 172.220.1) ; voir PIERRE TSCHANNEN, in : Auer/Müller/Schindler, *VwVG-Komm.*, 2^e éd., Zurich/Saint-Gall 2019, ad art. 1 PA N 17. Même si la CJ est un organe de l'Assemblée fédérale (voir l'art. 31, let. g, LParl), la LPers ne s'applique pas aux personnes élues par celle-ci en vertu de l'art. 168 Cst., comme les juges des tribunaux fédéraux (voir l'art. 2, al. 2, let. a, LPers). En l'occurrence, la PA n'est donc pas applicable à la procédure de révocation.

³³ Voir les précisions apportées par l'avis de droit KIENER, p. 14.

³⁴ RS 171.104.3

³⁵ Art. 5, al. 1, des principes d'action de la CJ

³⁶ Avis de droit KIENER, p. 14

³⁷ Avis de droit KIENER, p. 15

³⁸ Art. 11 et 13 des principes d'action de la CJ

prévus aux art. 150, 156 et 157 LParl, qui sont en somme des droits d'obtenir des renseignements et de consulter des documents. L'art. 9 des principes d'action de la CJ expose plus en détail ses droits en renvoyant aux art. 45, 150 et 162 LParl : la CJ peut inviter des membres des tribunaux fédéraux à des séances pour leur demander de lui fournir des renseignements, demander des rapports, consulter des documents, interroger des personnes, faire appel à des externes et procéder à des visites.

La CJ ne dispose toutefois pas des droits à l'information plus étendus des commissions de surveillance et de leurs délégations (art. 153 ss LParl)³⁹.

3.2 Pouvoir de donner des instructions : institution, conditions et bases légales

Le terme « instruction » est employé dans différents contextes. En droit administratif, une instruction est une injonction d'un organe supérieur à une autorité qui lui est subordonnée ou à un mandataire donné dans une affaire concrète⁴⁰. L'instruction administrative est un instrument de surveillance hiérarchique au sein d'une même structure administrative. Nul n'a le pouvoir de donner des instructions à une autorité qui ne lui est pas subordonnée.

Les tribunaux fédéraux sont soumis à la haute surveillance de l'Assemblée fédérale (art. 169, al. 1, Cst. et 26, al. 1, LParl). Bien qu'ils soient tenus de lui rendre des comptes, ils n'ont pas de rapport hiérarchique avec elle. Les commissions de surveillance parlementaires et leurs délégations, et tout particulièrement les commissions de gestion, exercent la haute surveillance (art. 52 en rel. avec l'art. 26, al. 1, 3 et 4, LParl). Les tribunaux fédéraux font l'objet de la haute surveillance, mais pas leurs organes (p. ex. la Commission administrative) ni leurs membres individuels. On parle dans ce contexte de surveillance de collectivité (« Verbandsaufsicht »)⁴¹. Le principe de l'indépendance des juges exclut toute surveillance, qu'elle soit de nature matérielle ou politique⁴². Un pouvoir d'instruction de l'Assemblée fédérale ou des commissions parlementaires, sur la décision à prendre dans un cas d'espèce, est donc exclu⁴³. Cela vaut à la fois pour l'exercice des compétences juridictionnelles des autorités judiciaires (art. 191c Cst. et 26, al. 4, LParl) et pour l'autonomie administrative du Tribunal fédéral dans les procédures de surveillance, garantie par la Constitution (art. 188, al. 3, Cst.).

La PA prévoit que l'autorité de recours peut renvoyer l'affaire « avec des instructions contraignantes » à l'autorité inférieure (art. 61, al. 1, PA). Il s'agit d'un instrument de surveillance juridique, mais dont la CJ ne peut faire usage, car la PA ne s'applique pas à la procédure de révocation des magistrats par le Parlement⁴⁴. Au surplus, la procédure devant la CJ n'est pas une procédure de recours, ni par sa nature ni par son objectif : elle peut entamer une procédure de son propre chef. Il n'est pas nécessaire qu'une procédure ait déjà eu lieu et qu'une partie ait utilisé une voie de droit pour déclencher une nouvelle procédure (voir le ch. 3.1). La CJ n'est donc pas une autorité de recours.

Par souci d'exhaustivité, il convient d'ajouter que ni la LTF (pour le Tribunal fédéral) ni la LTAF (pour le Tribunal administratif fédéral) ne permettent de déduire que l'Assemblée fédérale ou la CJ ait un quelconque pouvoir de donner des directives.

³⁹ Avis de droit KIENER, p. 3

⁴⁰ PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5^e éd. 2022, n. marg. 1104

⁴¹ Sur la distinction entre la surveillance hiérarchique et la surveillance non hiérarchique, voir les Extraits d'un avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 13 décembre 2004, ch. I.B.2, in : JAAC 69.48 ; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft, 5^e éd. 2021, n. marg. 1328 ; également MARKUS MÜLLER, in : Auer/Müller/Schindler, VwVG-Komm., 2^e éd., Zurich/Saint-Gall 2019, ad art. 5 PA N 89.

⁴² TSCHANNEN (nbp 41), n. marg. 1337

⁴³ Voir les Extraits d'un avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 13 décembre 2004, ch. IV, in : JAAC 69.48.

⁴⁴ Voir la justification détaillée dans l'avis de droit KIENER, p. 3.

3.3 Résumé

Le droit fédéral ne contient aucune base légale permettant à la CJ de donner des instructions aux tribunaux fédéraux ou à leurs commissions administratives.

4 Allocation de dépens dans le cadre de la procédure de révocation par le Parlement (question 4)

L'avis de droit Kiener cherche également à déterminer si une indemnité de dépens⁴⁵ peut être allouée à la personne concernée par une procédure parlementaire de révocation. Il conclut qu'il n'existe aucune base légale pour l'allocation de dépens (voir le ch. 1.2) lors de la procédure devant la CJ (préparation de la révocation et proposition à l'Assemblée fédérale [Chambres réunies] [art. 40a, al. 1, let. a, LParl]). Le droit applicable au Parlement ne contient aucune disposition en ce sens et les règles de la PA relatives aux dépens (art. 64, al. 1, PA), tout comme le reste de cette loi, ne s'appliquent pas à la procédure de révocation des juges fédéraux de première instance devant la CJ (voir le ch. 3.1). La PA n'est pas même applicable à l'étape suivante devant l'Assemblée fédérale (Chambres réunies). Celle-ci rend sa décision sous la forme d'un arrêté fédéral simple (art. 163, al. 2, Cst. et 29, al. 1, LParl). Sauf disposition contraire de la LParl, la procédure de l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) est régie par le règlement du Conseil national, qui s'applique par analogie (art. 41, al. 1, LParl). La LParl est une *lex specialis* et prime à ce titre la PA⁴⁶. La Cst. ne fonde aucun droit plus étendu à l'allocation de dépens, contrairement au droit à une assistance judiciaire gratuite⁴⁷. L'argumentation de l'avis de droit KIENER à ce propos est convaincante. Quant à la question d'une éventuelle allocation de dépens sur la base de l'art. 9 Cst. (protection contre l'arbitraire), on renvoie aux considérations sous le ch. 1.2.

En résumé, une personne faisant l'objet d'une procédure de révocation n'a droit à aucune allocation de dépens. Cela vaut aussi bien pour le cas où la procédure prend fin devant la CJ - faute de proposition de révocation à l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) - que pour le cas où l'Assemblée fédérale rejette une telle demande.

Les questions posées par la Commission judiciaire sont d'une importance fondamentale. Nous serions dès lors favorables à ce que la Commission judiciaire publie cet avis de droit ou autorise l'OFJ à le faire.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l'expression de notre considération distinguée.

Office fédéral de la justice OFJ

Michael Schöll
Directeur

Collaborateurs : Karl-Marc Wyss / Christoph Jenni

Copie à :

- Madame la Conseillère fédérale Elisabeth Baume-Schneider, Département fédéral de justice et police, Palais fédéral Ouest, 3003 Berne

⁴⁵ Sur la notion d'allocation de dépens, voir le ch. 1.2.

⁴⁶ Voir l'avis de droit KIENER, p. 4.

⁴⁷ Sur le droit à l'assistance judiciaire gratuite, voir le ch. 1.2.