

[Version française de l'article paru en langue russe dans l'ouvrage édité par Dmitry AFANASIEV, Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека - принимаются материалы о конференциях и изданиях 2013-2014 гг. [Annuaire russe sur la Convention européenne des droits de l'Homme], Statut éd., Moscou 2015, pp. 238-257 - *Право на подачу реплики в соответствии со статьей 6 Конвенции по правам человека: долгие поиски равновесия между эффективностью судопроизводства и правом быть выслушанным в рамках процесса*]

### Le droit de répliquer selon l'article 6 CEDH – la longue quête d'un équilibre entre efficacité et le droit d'être entendu

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu un nombre assez spectaculaire de décisions relatives à la pratique suisse en matière de droit de réplique entre 1997 et 2014. La Suisse a plutôt la réputation de suivre scrupuleusement l'orientation donnée par la Cour lorsqu'elle est condamnée une fois sur une question ; pourtant, en matière de droit de réplique, elle a été condamnée à dix reprises (!) entre 1997 et 2010.

Le droit de réplique dérive du droit de chaque partie à avoir connaissance de toute pièce ou observation produite au dossier par l'autre partie, et à pouvoir le discuter.

Ce droit semble s'être établi dans sa plénitude à l'occasion de l'affaire Brandstetter c. Autriche<sup>1</sup> en 1991, concernant une procédure pénale : « *Le droit à un procès pénal contradictoire implique, pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie, ainsi que de les discuter. La législation nationale peut remplir cette exigence de diverses manières, mais la méthode adoptée par elle doit garantir que la partie adverse soit au courant du*

---

<sup>1</sup> Arrêt du 28 août 1991 (sur requêtes 11170/84, 12876/87 et 13468/87).

dépôt d'observations et jouisse d'une possibilité véritable de les commenter »<sup>2</sup>. Cet arrêt impose que la partie puisse prendre connaissance de manière directe de toute pièce ou observation<sup>3</sup> : « La possibilité indirecte et purement hypothétique, pour un prévenu, de discuter les arguments de l'accusation insérés dans le texte d'une décision ne peut guère passer pour un équivalent valable du droit de les examiner et combattre directement ».

Le même droit a été reconnu en 1993 dans l'affaire Ruiz-Mateos c. Espagne<sup>4</sup> concernant une procédure d'expropriation, où le principe de l'égalité des armes a été rappelé : « le principe de l'égalité des armes représente un élément de la notion plus large de procès équitable, qui englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire de l'instance [...] Or, le droit à une procédure contradictoire implique, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter. [...] Si en pareil cas la question de la constitutionnalité de la loi est déférée au Tribunal constitutionnel dans le cadre d'une procédure relative à un droit de caractère civil et à laquelle sont parties des personnes de ce cercle, il faut en principe leur garantir un libre accès aux observations des autres parties et une possibilité véritable de les commenter »<sup>5</sup>.

En 1995, dans un arrêt McMichel c. Royaume Uni<sup>6</sup>, le droit de prendre connaissance de rapports sociaux dans une affaire relative à la garde des enfants a conduit à admettre une violation du droit à un procès équitable<sup>7</sup>. La même année, dans l'affaire Kerojärvi c.

---

<sup>2</sup> N° 67, 1<sup>er</sup> paragraphe.

<sup>3</sup> N° 68, 2<sup>e</sup> paragraphe, 2<sup>e</sup> phrase.

<sup>4</sup> Arrêt de la Cour plénière du 26 juin 1993 (sur requête 12952/87).

<sup>5</sup> N° 63.

<sup>6</sup> Arrêt de la Chambre du 24 février 1995 (sur requête 16424/90).

<sup>7</sup> N° 80 et 83.

Finlande<sup>8</sup> concernant une pension d'invalidité réclamée à l'Etat, la Cour a tranché dans le même sens quant à la prise de position du fonds d'indemnisation des accidents, produite devant la Cour suprême mais non communiquée au recourant.<sup>9</sup>

En 1996, dans l'affaire Lobo Machado c. Portugal<sup>10</sup>, la Cour a explicitement reconnu que le droit de prendre connaissance s'appliquait aussi à une prise de position qui n'émanait pas d'une partie adverse, mais d'un magistrat indépendant. En l'espèce, il s'agissait du procureur général adjoint dans une affaire de droits sociaux qui opposait un ancien employé et son employeur (montant de la pension d'un retraité d'une entreprise publique devenue privée). La Cour a en particulier considéré que « *[compte] tenu donc [...] de la nature de l'avis du procureur général adjoint, lequel a pris position en faveur du rejet du pourvoi [...], l'impossibilité pour l'intéressé d'en obtenir communication avant le prononcé de l'arrêt et d'y répondre a méconnu son droit à une procédure contradictoire. Celui-ci implique en principe la faculté pour les parties à un procès, pénal ou civil, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter* »<sup>11</sup>. Le fait que le rôle du procureur adjoint, qui n'était formellement pas une partie adverse, soit de « contribuer au maintien de l'unité de la jurisprudence » ne permet pas de limiter le droit à avoir connaissance de sa prise de position<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Arrêt de la Chambre du 19 juillet 1995 (sur requête 17506/90).

<sup>9</sup> N° 41 et 42.

<sup>10</sup> Arrêt de la Grande Chambre du 20 février 1996 (sur requête 15764/89).

<sup>11</sup> N° 31.

<sup>12</sup> Cf. N° 26 (« *garant de la cohérence de la jurisprudence de la Cour suprême et de la sauvegarde de l'intérêt général dans les affaires sociales* », selon le gouvernement portugais) et N° 32, 2<sup>e</sup> paragraphe.

La même année 1996, dans les arrêts Vermulen c. Belgique<sup>13</sup> et Bulut c. Autriche<sup>14</sup>, la Cour a encore confirmé que le droit de prendre connaissance de toute prise de position concernait les cas où « *une autorité a pris l'initiative de présenter des conclusions ou des observations destinées à conseiller ou à influencer une juridiction* »<sup>15</sup>.

La consécration du droit de répliquer dans les affaires suisses commence avec l'arrêt Nideröst-Huber c. Suisse du 18 février 1997<sup>16</sup>. Cet arrêt contient la plupart des précisions qui seront reprises dans les sept arrêts ultérieurs qui condamneront la Suisse jusqu'en 2010.

M. Nideröst-Huber, président du conseil d'administration et directeur général d'une société, avait été révoqué avec effet immédiat par l'assemblée générale des actionnaires (un groupe devenu majoritaire estimait que M. Nideröst-Huber, qui contrôlait pendant longtemps la majorité de l'actionnariat, avait porté atteinte aux intérêts des autres actionnaires). Il réclama une indemnité de départ et son action en justice fut rejetée par le Tribunal cantonal de Schwyz. Il recourut au Tribunal fédéral le 12 octobre 1990. Le 22 octobre 1990, le Tribunal cantonal transmit le dossier au Tribunal fédéral en y joignant une page d'observations (d'une page) qui concluaient au rejet du recours, soulignant entre autres que la révocation litigieuse était la conséquence légitime du illégal que M. Nideröst-Huber avait manifesté pendant des années à la tête de la société. Ces observations d'une page ne furent pas communiquées à M. Nideröst-Huber.

Le 12 décembre 1990, la société prit position sur le recours ; cette prise de position fut communiquée à M. Nideröst-Huber. Le 1<sup>er</sup> mars

---

<sup>13</sup> Arrêt du 20 février 1996, spécialement N° 33.

<sup>14</sup> Arrêt du 22 février 1996

<sup>15</sup> Formulation résumée dans Nideröst-Huber c. Suisse, N° 25.

<sup>16</sup> Arrêt de la Chambre sur requête 18990/91.

1991, le Tribunal fédéral rejeta le recours. L'arrêt complet fut communiqué le 30 avril 1991 à M. Nideröst-Huber qui vit alors la mention que le Tribunal cantonal avait envoyé des observations. Il demanda le jour-même de recevoir celles-ci, que le Tribunal fédéral lui communiqua le 2 mai 1991.

La Cour relève que les observations n'ont été communiquées ni à M. Nideröst-Huber, ni à sa partie adverse, la société qui l'avait révoqué. Ainsi, il n'y a pas de violation de l'égalité des armes<sup>17</sup>.

Cependant, la Cour note que « *même limitées à une page, les observations en cause n'en contenaient pas moins un avis motivé sur le bien-fondé du recours en réforme, dont elles proposaient explicitement le rejet* » ; ainsi, « *elles visaient donc manifestement à influencer la décision du Tribunal fédéral* »<sup>18</sup>.

La Cour indique qu'il est sans pertinence que les observations aient eu un effet sur la décision du Tribunal fédéral<sup>19</sup> (tout en estimant que « *comme les observations émanaient d'une juridiction indépendante qui, de surcroît, connaissait parfaitement le dossier pour l'avoir examiné au fond, il paraît peu vraisemblable que la haute juridiction ne leur ait pas prêté attention* »<sup>20</sup>).

La Cour indique aussi qu'il importe peu que « *de l'avis des juridictions concernées, les observations ne présentent aucun fait ou argument qui ne figure pas déjà dans la décision attaquée. Cette appréciation,*

---

<sup>17</sup> N° 23, 2<sup>e</sup> paragraphe : « *les observations du tribunal cantonal ne furent communiquées à aucune des parties au litige devant le Tribunal fédéral: ni au requérant ni à la société défenderesse. De son côté, le tribunal cantonal, juridiction indépendante, ne saurait passer pour l'adversaire de l'une d'elles. Aucun manquement à l'égalité des armes ne se trouve donc établi* »

<sup>18</sup> N° 26.

<sup>19</sup> N° 27 in initio : « *Peu importe [...] [l]'effet réel [des observations] sur [la décision du Tribunal fédéral]* ».

<sup>20</sup> N° 27.

*en réalité, appartient aux seules parties au litige: c'est à elles de juger si un document appelle des commentaires* »<sup>21</sup>.

Ainsi, bien que les observations aient consisté dans une unique page, elles devaient être communiquées à M. Nideröst-Huber, afin qu'il puisse s'exprimer à leur sujet (« *le respect du droit au procès équitable [...] exigeait que M. Nideröst-Huber fût informé de l'envoi d'observations par le tribunal cantonal et qu'il eût la possibilité de les commenter* »)<sup>22</sup>.

La Cour rappelle que ce droit est nécessaire pour assurer « *la confiance des justiciables dans le fonctionnement de la justice* ». Cette confiance « *se fonde, entre autres, sur l'assurance d'avoir pu s'exprimer sur toute pièce au dossier* »<sup>23</sup>.

La Cour ne critique pas le principe de l'envoi d'observations par l'autorité inférieure à l'autorité de recours : « *Sans doute le dépôt d'observations du genre de celles en question en l'espèce poursuit-il un but d'économie et d'accélération de la procédure [...] [L]a Cour attache une grande importance à cet objectif* »<sup>24</sup>. Cependant, elle précise que cet objectif « *ne saurait justifier de méconnaître un principe aussi fondamental que le droit à une procédure contradictoire* »<sup>25</sup>.

Quatre ans plus tard, dans un arrêt F.R. c. Suisse rendu le 28 juin 2001<sup>26</sup>, le droit de répliquer se renforce par l'obligation du Tribunal

---

<sup>21</sup> N° 29.

<sup>22</sup> N° 31.

<sup>23</sup> N° 29, 3<sup>e</sup> phrase.

<sup>24</sup> N° 30, 1<sup>ère</sup> phrase. Au N° 22, la Cour écrivait d'ailleurs : « *la Cour estime d'abord qu'en soi le dépôt d'observations du genre de celles en cause ne se heurte pas aux exigences du procès équitable, même s'il s'agit d'une pratique peu répandue parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe* ».

<sup>25</sup> N° 30, 1<sup>ère</sup> phrase *in fine*.

<sup>26</sup> Rendu sur requête 37292/97.

de ne pas ignorer la réplique. F.R. avait été considéré par le Tribunal administratif de Schwyz comme étant coresponsable du paiement de cotisations sociales dues par une société tombée en faillite.

F.R. forma un recours au Tribunal fédéral le 31 janvier 1997. Le 28 février 1997, le Tribunal administratif déposa des observations qui comptaient cinq pages et proposaient explicitement le rejet du recours de F.R. Le Tribunal fédéral les transmit à F.R. le 2 mai 1997 « *pour information* », c'est-à-dire sans l'inviter à répliquer. Le 15 mai 1997, F.R. répliqua aux observations du Tribunal administratif, en disant notamment : « *les observations comportent trois nouveaux points importants qui ne figurent pas dans la décision du tribunal administratif. Je n'ai donc pas pu y répondre dans mon recours de droit administratif du 31 janvier 1997. Dès lors, je dois avoir à ce stade la possibilité de formuler les observations ci-après [...]* ».

Le Tribunal fédéral rendit son arrêt le 10 juin 1997 et y déclare « *explicitement et sans équivoque déclaré que 'les observations du requérant, présentées de son propre mouvement, ne [pouvaient] être prises en compte juridiquement'* ». Il avait justifié cette approche en relevant que « *les observations présentées par la juridiction inférieure ne renfermaient aucun nouvel élément de fait ou de droit* ».

La Cour rappelle que, comme elle l'a dit dans l'arrêt Nideröst-Huber c. Suisse de 1997 « *les parties au litige doivent avoir la possibilité d'apprécier [...] si un document appelle des commentaires* »<sup>27</sup>. Pour le droit de réplique, ce n'est donc pas au Tribunal d'estimer si un document contient des éléments nouveaux qui méritent un commentaire.

Elle conclut que « *le respect du droit à un procès équitable [...] exigeait de donner au requérant la faculté de discuter les*

---

<sup>27</sup> N° 39.

*observations présentées par le tribunal administratif* »<sup>28</sup>. Comme il n'avait « pas bénéficié de cette possibilité », il est reconnu que l'article 6 § 1 CEDH a été violé.

On observe que, puisque F.R. avait concrètement déposé une réplique, c'est parce que le Tribunal fédéral a explicitement dit qu'il ne prenait pas en compte la réplique de F.R. que la violation a été reconnue.

L'année suivante, dans une affaire Jost et Martin Ziegler c. Suisse jugée le 21 février 2002<sup>29</sup>, une violation du droit de répliquer fut à nouveau reconnue dans une affaire de permis de construire. Le 9 octobre 1995, J. et M. Ziegler avaient recouru contre une décision du Tribunal administratif de Schwyz. Le 16 novembre 1995, le Tribunal administratif fit parvenir ses observations, qui comptaient 7 pages ; le 4 décembre 1995, les voisins et adversaires de J. et M. Ziegler envoyèrent aussi leurs observations, de 5 pages. Tous concluaient au rejet du recours. Elles furent communiquées à J. et M. Ziegler.

Leur avocat demanda le 11 décembre 1995 de pouvoir y répondre (et de pouvoir consulter le dossier). Le 13 décembre 1995, le Tribunal fédéral refusa cette faculté.

En parfaite cohérence avec les arrêts Niderörsst-Huber de 1997 et F.R. de 2001, et pour les mêmes raisons, la Cour reconnaît une violation de l'article 6 § 1<sup>30</sup>. La Cour observe que le Tribunal fédéral « s'est expressément référé aux demandes de la juridiction inférieure et de la partie adverse tendant au rejet du recours »<sup>31</sup> de J. et M. Ziegler,

---

<sup>28</sup> N° 40.

<sup>29</sup> Rendu sur requête 33499/96.

<sup>30</sup> N° 39.

<sup>31</sup> N° 37, 2<sup>e</sup> phrase.



mais elle rappelle aussi que « *l'effet réel des observations sur l'arrêt du Tribunal fédéral importe peu* »<sup>32</sup>.

La pratique de la Cour a été confirmée, notamment<sup>33</sup>, dans une décision sur la recevabilité du 4 mai 2004 concernant la cause Robert Spang c. Suisse, suite à laquelle un arrêt a été rendu le 11 octobre 2005<sup>34</sup> ; un arrêt Contardi c. Suisse a été rendu dans le même sens le 12 juillet 2005<sup>35</sup>.

M. Spang était en litige avec le fonds de pension de son ancien employeur, car, citoyen des Etats-Unis, il voulait récupérer ses cotisations au moment de quitter la Suisse. Il fut en désaccord sur le montant à récupérer. Ayant perdu devant le tribunal administratif cantonal, il forma un recours au Tribunal fédéral le 30 avril 1997 ; le fonds de pension conclut au rejet par une brève détermination de quelques lignes le 19 août 1997 et l'Office fédéral des assurances sociales présente des observations sur trois pages, le 9 octobre 1997, sans prendre de conclusions sur le rejet ou l'admission du recours de M. Spang.

Le 10 octobre 1997, le Tribunal fédéral a communiqué à M. Spang ces observations et a indiqué que l'échange des écritures était clos et qu'une décision allait intervenir<sup>36</sup>. Il rejeta le recours le 2 avril 1998.

La Cour note les différences avec les affaires précédentes, dans lesquelles le Tribunal fédéral n'avait pas communiqué les

---

<sup>32</sup> N° 38.

<sup>33</sup> D'autres arrêts ont concrétisé cette jurisprudence dans des affaires dirigées contre d'autres pays que la Suisse ; cf. par exemple l'arrêt Yvon c. France du 23 avril 2003 (sur requête 44962/98), N° 37.

<sup>34</sup> Sur requête 45228/99.

<sup>35</sup> Sur requête 7020/02.

<sup>36</sup> Textuellement : « *L'échange normal d'écritures est maintenant clos. Sous réserve d'autres instructions, le tribunal va maintenant procéder à l'examen de l'affaire et vous transmettra sa décision en temps voulu* » (cf. N° 14).

observations (Nideröst-Huber), ou avait refusé de prendre en compte une réplique (F.R.) ou avait refusé la possibilité de répliquer (Ziegler)<sup>37</sup>. En l'espèce, il est vrai que le Tribunal fédéral s'était borné à dire qu'une décision allait intervenir.

La Cour relève aussi que la prise de position émane non pas de l'autorité inférieure, mais d'une « *autorité administrative chargé[e] de surveiller les instances administratives compétentes en matière d'assurances sociales* »<sup>38</sup>.

La Cour indique que cela est sans pertinence car « *les observations litigieuses étaient sans doute susceptibles d'avoir un certain effet sur l'approche adoptée ultérieurement par le Tribunal fédéral* »<sup>39</sup>. Quoiqu'il en soit, conformément à sa jurisprudence, la Cour rappelle encore que « *l'effet réel des observations sur l'arrêt de la haute juridiction suisse importe peu. Les parties à un litige doivent avoir la possibilité d'indiquer si elles estiment qu'un document appelle des commentaires de leur part* »<sup>40</sup>.

Dans l'affaire jugée le 12 juillet 2005, Saverio Contardi avait recouru au Tribunal fédéral en janvier 2001, contre un jugement du tribunal cantonal de Glaris en matière d'accidents. L'assurances-accidents avait répondu, ainsi que l'Office fédéral des assurances sociales, et le tribunal cantonal. Le Tribunal fédéral a transmis ces prises de position le 31 août 2001 en indiquant que « *l'échange normal d'écritures est maintenant clos. Sous réserve d'instructions, le Tribunal va maintenant procéder à l'examen de l'affaire et vous transmettra sa décision en temps voulu* ». Le Tribunal fédéral rejeta le recours le 27 novembre 2001.

---

<sup>37</sup> N° 29, 1<sup>er</sup> paragraphe.

<sup>38</sup> N° 30, 1<sup>er</sup> paragraphe.

<sup>39</sup> N° 31, 3<sup>e</sup> paragraphe.

<sup>40</sup> N° 32.

Les autorités suisses ont indiqué que les observations « *ne présentait aucun fait ou argument qui ne figure déjà dans la décision attaquée* »<sup>41</sup>. En se déterminant devant la Cour, le gouvernement suisse a dit que « *la clôture de l'échange d'écritures n'était pas définitive et qu'il y avait place pour un échange extraordinaire supplémentaire ou d'autres mesures d'instruction* »<sup>42</sup>.

Sur le premier argument, la Cour rappelle sa pratique constante selon laquelle « *l'effet réel des observations importe peu* »<sup>43</sup>, tout comme il importe peu que, pour le Tribunal fédéral, les observations n'aient « *présenté aucun fait ou argument qui ne figure déjà dans la décision attaquée* » - en effet, « *une telle appréciation appartient en effet aux parties en litige* »<sup>44</sup>.

Sur le deuxième argument, la Cour ne se prononce pas ; la position du gouvernement paraît cependant signifier que M. Contardi aurait pu répliquer. Le silence de la Cour paraît signifier que le fait d'indiquer que « *l'échange d'écritures est clos* » ne permet pas au justiciable de penser qu'il pourra concrètement répliquer.

Concrètement, la Cour retient que la garantie du procès équitable a été violée<sup>45</sup>.

Dans une sixième affaire (dont quatre provenant du canton de Schwyz, pourtant l'un des plus petits), moins d'un an plus tard, dans un arrêt Ressegatti c. Suisse du 13 juillet 2006<sup>46</sup>, la Suisse est encore condamnée pour violation du droit de répliquer. Alice Ressegatti était en litige avec H.T. pour le bénéfice tiré de l'exploitation d'un port de

---

<sup>41</sup> N° 44.

<sup>42</sup> N° 35.

<sup>43</sup> N° 43, 1<sup>ère</sup> phrase.

<sup>44</sup> N° 44.

<sup>45</sup> N° 45.

<sup>46</sup> Sur requête 17671/02.

plaisance. Elle fut déboutée par le Tribunal cantonal et recourut au Tribunal fédéral le 19 mars 2001. Le Tribunal cantonal fit parvenir des observations, sur lesquelles Mme Ressegatti se détermina. Puis, le 6 août 2001, la partie adverse, H.T., fit parvenir aussi ses déterminations, que le Tribunal fédéral communiqua à Mme Ressegatti. Le 13 août 2001, celle-ci demanda au Tribunal fédéral de se faire accorder la possibilité de réagir sur certains points. Le Tribunal fédéral rejeta le recours le 24 août 2001 ; dans son arrêt, il indiqua qu'en ce qui concernait le souhait de Mme Ressegatti de réagir aux observations de H.T., ces observations ne contenaient aucun élément nouveau ou essentiel et qu'au surplus, Mme Ressegatti avait pu réagir aux observations du Tribunal cantonal.

La Cour constate que Mme Ressegatti « n'a pas eu la possibilité de réagir à la réponse présentée par la partie adverse »<sup>47</sup>. Dès lors, l'article 6 § 1 CEDH a été violé<sup>48</sup>.

Ce que l'on peut comprendre, c'est que le Tribunal fédéral n'avait certes pas interdit à Mme Ressegatti de répondre aux observations de sa partie adverse H.T. Toutefois, en rendant son arrêt le 24 août 2001, soit à peine plus de 10 jours après que Mme Ressegatti avait reçu les observations du 6 août 2001, le Tribunal fédéral n'avait concrètement pas donné la possibilité que celle-ci réplique.

Dans un arrêt Kessler c. Suisse du 26 juillet 2007<sup>49</sup>, la Suisse est encore une fois condamnée : le Tribunal d'appel de Thurgovie avait admis partiellement un appel de M. Kessler et réduit une à CHF 500.- des dépens mis à sa charge, mais ne lui avait notifié les

---

<sup>47</sup> N° 31.

<sup>48</sup> N° 33 : « *Le respect du droit à un procès équitable, plus particulièrement le principe de l'égalité des armes [...], garanti par l'article 6 § 1, exigeait que [Mme Ressegatti] eût la faculté de soumettre ses commentaires aux observations présentées par la partie adverse. Or, cette possibilité ne lui a pas été donnée* ».

<sup>49</sup> Sur requête 10577/04.

déterminations de la partie adverse qu'en même temps que le jugement d'appel. Le gouvernement suisse a proposé un règlement amiable, en relevant que le Tribunal fédéral avait déjà, dans d'autres affaires similaires, reconnu que les tribunaux cantonaux n'avaient pas respecté le droit à pouvoir prendre connaissance et à se déterminer sur les prises de positions. M. Kessler a insisté pour que la Cour elle-même constate la violation, ce qu'elle a fait, emportant ainsi une septième condamnation de la Suisse sur la problématique. Le Tribunal fédéral n'avait pas censuré cette façon de faire, raison pour laquelle la Suisse fut condamnée.

Une huitième condamnation a eu lieu, dans un arrêt Werz c. Suisse du 17 décembre 2009<sup>50</sup>. Le Tribunal fédéral n'avait transmis les duplicques du Ministère public et du Tribunal cantonal qu'en même temps que son arrêt<sup>51</sup>. Un cas similaire a été jugé dans une affaire scolaire (Ellès c. Suisse), où les autorités avaient envoyé au Tribunal fédéral une pièce après que Christiane et Laurent Ellès eurent déposé leur recours<sup>52</sup>.

Les arrêts Kessler, Werz et Ellès concernent d'une certaine façon des inadvertances, car la pratique du Tribunal fédéral avait changé.

En effet, après les arrêts Spang et Contardi, ainsi qu'après l'arrêt Ressegatti, le Tribunal fédéral avait modifié sa pratique pour tenir compte des arrêts rendus par la Cour : dans un arrêt publié dans le recueil officiel ATF 132 I 42 (du 22 novembre 2005), le Tribunal fédéral avait annoncé qu'il autorisait désormais les recourants à répliquer en tous les cas ; toutefois, il appartenait aux recourants de le faire spontanément et immédiatement, c'est-à-dire sans délai

---

<sup>50</sup> Sur requête 22015/05.

<sup>51</sup> N° 23, 24 et 52-55.

<sup>52</sup> Arrêt Christine Ellès et autres c. Suisse du 16 décembre 2010.

après la communication des observations.<sup>53</sup> Par ailleurs, la réplique ne devait pas permettre de compléter le recours, mais seulement de répondre aux arguments soulevés dans les observations.

Cet arrêt avait été précisé à l'ATF 133 I 98 (du 14 décembre 2006) : le Tribunal fédéral annonçait que, selon sa nouvelle pratique, après avoir communiqué les observations de parties ou d'autorités concernées sans ouvrir formellement de nouvel échange d'écritures, il n'interdisait pas une éventuelle réplique de la part du destinataire, qui, en vertu de la bonne foi, devait intervenir immédiatement<sup>54</sup> ; il ne prenait sa décision que lorsqu'il pouvait partir de l'idée que le destinataire (pas forcément uniquement le recourant) avait renoncé à répliquer<sup>55</sup>.

Selon ce régime, les praticiens s'efforçaient d'évaluer de bonne foi le temps à disposition. Si les observations étaient très brèves (une page), on s'efforçait de répondre dans un délai d'une semaine. Si les observations avaient quelques pages, on pouvait estimer que, de bonne foi, une réplique pouvait intervenir dans un délai de l'ordre de 15 à 20 jours. Les répliques formées par le soussigné dans ces délais n'ont pas été écartées<sup>56</sup> et il est probable qu'elles aient été prises en considération : les arrêts reprennent les arguments figurant dans les répliques.

Ce régime satisfaisait les avocats qui avaient fait l'effort de se pencher sur les arrêts qui consacraient ce droit *implicite* de répliquer. Il est vrai que les répliques « spontanées » surprenaient souvent les

---

<sup>53</sup> Considérant 3.3.4 (page 47).

<sup>54</sup> Considérant 2.2 (pages 99-100).

<sup>55</sup> Considérant 2.2 *in fine* (page 100: „Das Bundesgericht wartet bei der letztgenannten Vorgehensweise mit der Entscheidungsfällung zu, bis es annehmen darf, der Adressat habe auf eine weitere Eingabe verzichtet“).

<sup>56</sup> Par exemple dans les affaires ayant conduit aux arrêts du 15 avril 2010 (4a\_3/2010) et du 25 juillet 2011 (5a\_502/2010).

avocats qui ne s'étaient pas mis à jour et pensaient que, faute de délai explicite, l'échange d'écriture était absolument terminé.

Toutefois, ce régime a changé suite à l'arrêt Schaller-Bossert c. Suisse du 28 octobre 2010<sup>57</sup>.

Cet arrêt avait certes trait à une situation exceptionnelle, car Mme Schaller-Bossert n'était pas assistée d'un avocat devant le Tribunal fédéral ; d'autre part, l'arrêt du 22 novembre 2005 qui annonçait le droit implicite de répliquer n'avait pas été rendu au moment où Mme Schaller-Bossert procédait devant le Tribunal fédéral (en 2004).

Comme la communication des observations n'était faite que « pour information », la Cour explique n'être « *pas convaincue que la requérante, non représentée par un avocat devant le Tribunal fédéral, aurait dû répondre de manière spontanée aux observations litigieuses déposées devant cette instance pour ne pas renoncer à ses droits découlant de l'article 6 § 1* »<sup>58</sup>. Elle reconnaît donc une violation des règles du procès équitable<sup>59</sup>.

Suite à cet arrêt de la Cour du 28 octobre 2010, le Tribunal fédéral a changé sa pratique. Dès l'année 2011, il lui arrivait d'indiquer expressément, en communiquant des observations de parties ou d'autorités concernées, qu'un nouvel échange d'écriture n'était pas ouvert, mais qu'une réplique était possible dans un délai qu'il fixait expressément<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Sur requête 41718/05.

<sup>58</sup> N° 42.

<sup>59</sup> N° 43.

<sup>60</sup> Cf. la pratique suivie dans l'arrêt rendu le 27 septembre 2011 (4a\_104/2011), lettre C et considérant 4.

Cette pratique décidée par la Conférence des Présidents à l'occasion d'une affaire tranchée en 2011<sup>61</sup> fait l'objet d'une communication générale abstraite<sup>62</sup>, ce qui est une démarche rare de la part du Tribunal fédéral suisse.

Cette communication reconnaît que le droit de réplique est inconditionnel.

Le Tribunal fédéral indique que, juridiquement, ce droit est respecté si les parties reçoivent « pour information » communication des prises de positions ou autres actes des autres parties ou autorités ; en effet, « *par cet envoi, elles obtiennent la possibilité de déposer d'éventuelles observations, ce qu'elles doivent toutefois faire immédiatement* ». <sup>63</sup> Si elles ne le font pas immédiatement, on considère qu'elles renoncent à leur droit de réplique.

Le Tribunal fédéral précise que, « *afin d'écarter toute insécurité en ce qui concerne le moment à partir duquel on peut estimer qu'il y a renonciation, le Tribunal fédéral a décidé de fixer en règle générale un délai pour exercer le droit de réplique inconditionnel* »<sup>64</sup>.

Le Tribunal fédéral précise que la fixation de ce délai n'est pas un encouragement à répliquer<sup>65</sup>, car s'il n'ordonne pas formellement un nouvel échange d'écriture, c'est parce qu'il estime que la cause est en état d'être jugée<sup>66</sup>. Au contraire, le Tribunal fédéral martèle que « chaque observation prolonge la procédure et, suivant les cas, la

---

<sup>61</sup> Arrêt 5A\_779/2010 du 1<sup>er</sup> avril 2011, considérant 2.2 (l'arrêt de la Cour Ralph Schmid c. Suisse du 22 juillet 2014, N° 16, s'y réfère expressément).

<sup>62</sup> Communication 23.3.6 « Échange d'écritures et observations volontaires ».

<sup>63</sup> 3<sup>e</sup> paragraphe.

<sup>64</sup> 3<sup>e</sup> paragraphe *in fine*.

<sup>65</sup> 4<sup>e</sup> paragraphe.

<sup>66</sup> 1<sup>er</sup> paragraphe *in fine*.



renchérit » ; dès lors, note-t-il, il est « *dans l'intérêt des parties elles-mêmes de renoncer à déposer des mémoires inutiles et répétitifs* »<sup>67</sup>.

Il précise encore qu'il ne fixera pas forcément toujours de délai pour répliquer.

Depuis que cette pratique est en place, il ne semble plus que la Suisse ait été condamnée pour violation du droit de répliquer.

Au contraire, dans un arrêt *Joos c. Suisse* du 15 novembre 2012<sup>68</sup>, la Cour a reconnu que même la pratique précédente du Tribunal fédéral consistant à communiquer « pour information », c'est-à-dire sans fixer de délai, était en principe admissible si la partie concernée était assistée d'un avocat, car celui-ci est censé connaître le droit implicite de répliquer<sup>69</sup>. Certes, cette pratique créait une certaine insécurité juridique pour la partie quant à savoir de combien de temps elle disposait pour répliquer<sup>70</sup>. Cependant, dans le cas concret, le requérant aurait eu suffisamment de temps s'il avait voulu répliquer : le Tribunal fédéral avait attendu 24 jours entre le moment où il avait

---

<sup>67</sup> 4<sup>e</sup> paragraphe.

<sup>68</sup> Sur requête 43245/07.

<sup>69</sup> N° 32: « *the applicant, in his capacity as a lawyer, could have been expected to be aware of the Federal Tribunal's relevant case-law and to act accordingly* ».

<sup>70</sup> N° 32 : « *The Court considers that the new practice might raise problems with regard to legal certainty. It observes, in particular, that the Federal Tribunal, when serving new submissions on the adverse party 'for information', does not appear to indicate to that party when it will give its decision on the case. Consequently, the adverse party may encounter difficulties in assessing how much time is left for examining the new submissions and preparing comments. However, in the specific circumstances of the instant case, the Court is satisfied that this procedural disadvantage was sufficiently counterbalanced by the option to request leave to submit comments* ».

communiqué à M. Joos les observations d'une autorité concernée et celui où il avait pris sa décision<sup>71</sup>.

La même approche a été suivie par la Cour dans l'affaire Wyssenbach c. Suisse du 22 octobre 2013<sup>72</sup> et dans l'arrêt Ralph Schmid c. Suisse du 22 juillet 2014<sup>73</sup>.

Dans ces arrêts, la Cour a salué le changement de pratique décidé en 2011 par le Tribunal fédéral suite à l'arrêt Schaller-Bossert du 28 octobre 2010, en reconnaissant qu'elle éliminait l'incertitude juridique qui prévalait sous le régime du droit implicite de répliquer entre 2005 et 2011 : « *La Cour considère que la [...] procédure mise en place en 2005 a pu soulever des problèmes de sécurité juridique. Elle observe, en particulier, qu'entre 2005 et 2011, le Tribunal fédéral, lorsqu'il adressait les nouvelles productions d'une partie à son contradicteur 'pour information', n'indiquait pas à cette partie la date prévisionnelle de jugement. En conséquence, la partie en question pouvait rencontrer des difficultés pour évaluer avec précision le temps qui lui était alloué pour examiner les nouvelles productions et préparer sa réplique. La Cour observe que cette pratique issue de la jurisprudence de 2005 a été amendée le 1er avril 2011 et que le Tribunal fédéral impartit dorénavant un délai pour répondre* »<sup>74</sup>. La

---

<sup>71</sup> Cf. N° 23 : les observations du Département fédéral de l'intérieur ont été communiquées le 23 mars 2007 et le Tribunal fédéral a rendu son arrêt le 16 avril 2007. N° 32 : « *In this respect, the Court notes that the comments of the Federal Department of Interior that had been served on the applicant contained not more than two pages and that the Federal Tribunal gave its judgment more than three weeks after serving this document on the applicant* ».

<sup>72</sup> Sur requête 50478/06.

<sup>73</sup> Sur requête 49396/07.

<sup>74</sup> N° 32.

Cour reconnaît que le recourant avait eu concrètement assez de temps pour répliquer<sup>75</sup>.

Vu ces trois arrêts publiés Joos (2012), Wyssenbach (2013) et Schmid (2014), ainsi que les nombreuses affaires qui n'ont pas franchi la première étape procédurale (et ont été déclarées irrecevables), il paraît désormais établi que le droit de réplique tel qu'il est concrètement mis en œuvre par le Tribunal fédéral (et les autorités inférieures suisses) respecte la garantie du procès équitable.

On peut s'étonner de la résistance qui a eu lieu de 1997 à 2005, voire jusqu'en 2011. Cette résistance était assurément motivée par la volonté de ne pas faire traîner le procès par un échange sans fin d'écritures supplémentaires (réplique, duplique, triplique, quadruplique, quintuplique). Le Tribunal fédéral suisse estimait possible d'évaluer lui-même, souverainement, si une écriture ne méritait pas de réponse (parce qu'elle n'apportait aucun élément nouveau), ou si le sort de la cause paraissait clair sans écriture supplémentaire ; cette évaluation avait pour but de ne pas prolonger la procédure. L'approche de la Cour paraît incontestable dans son principe : aucun tribunal ne peut présumer qu'aucun argument pertinent ne sera soulevé en réponse à un autre.

La préoccupation de ne pas faire durer la procédure, but dont la Cour reconnaît systématique l'importance<sup>76</sup>, donne lieu à une mise en

---

<sup>75</sup> N° 33 : « [...] les écritures des autres parties étaient assez brèves. En outre le délai de réponse dont a effectivement bénéficié le requérant était suffisamment long pour que la Cour considère que le requérant était en position, dans ce laps de temps, de prendre connaissance du contenu des documents et de décider si une réplique lui semblait nécessaire auquel cas il aurait pu demander l'autorisation de produire de telles observations ».

<sup>76</sup> Cet objectif est rappelé comme légitime et important dans les 10 arrêts dans lesquels la Suisse est condamnée au titre de la violation du droit de répliquer, tout comme dans les 3 arrêts de 2012 à 2014 dans lesquels sa pratique a été jugée conforme.

œuvre qui semble sévère mais bien proportionnée : les répliques (duplique, triplique, etc.) doivent se limiter à répondre aux observations qui viennent de les précéder, les délais impartis par le tribunal peuvent être de plus en plus brefs<sup>77</sup>. De plus, il arrive que le Tribunal fédéral fixe les frais de justice à un montant dépassant le montant ordinaire si les parties répliquent successivement<sup>78</sup>, ce qui est légitime puisque la prise de connaissance de ces écritures représente un travail accru pour le Tribunal<sup>79</sup> ; l'effet dissuasif est cependant, vraisemblablement, l'objectif principal poursuivi par ce supplément de frais.

Par ailleurs, on peut observer qu'une certaine résistance se manifeste en matière de mesures provisionnelles : des exceptions au droit de répliquer, motivées par l'urgence et le caractère non définitif de la

---

<sup>77</sup> Devant le Tribunal fédéral, les délais se raccourcissent au fil des écritures : le délai pour la première réplique est de l'ordre de 2 semaines, pour une duplique, de 10 à 7 jours, pour une « triplique » de 7 à 4 jours (cf. arrêt du 27 septembre 2011, 4a\_104/2011, lettre C). — Par comparaison, pour une première réplique, le Tribunal fédéral indique notamment ceci dans un arrêt du 17 avril 2014 (1C\_688/2013, considérant 3.1 *in fine*) : « *Pour résumer de manière plus générale la pratique, le Tribunal fédéral considère qu'un délai inférieur à dix jours ne suffit pas à garantir l'exercice du droit de répliquer, tandis qu'un délai supérieur à vingt jours permet, en l'absence de réaction, d'inférer qu'il a été renoncé au droit de réplique* » (en l'espèce, deux mois s'étaient écoulés entre la dernière écriture et l'arrêt du tribunal cantonal ; cela a été considéré comme largement suffisant, de sorte que le droit de répliquer n'a pas été enfreint). Le Tribunal cantonal vaudois estime que, par cohérence et logique, si le délai de recours est de 10 jours, le délai pour répliquer ne peut pas être plus long que dix jours (arrêt du 5 octobre 2011, Journal des Tribunaux 2012 III 10, considérant 3b, page 11).

<sup>78</sup> Arrêt du 27 septembre 2011, 4a\_104/2011, considérant 4.

<sup>79</sup> Le soussigné n'a pas formé de requête contre l'arrêt précité 4a\_104/2011 du 27 septembre 2011, ce qui avait été envisagé sous l'angle de l'argument selon lequel ces frais supplémentaires décourageaient le droit de répliquer et y portaient donc atteinte. L'affaire au fond a été réglée par transaction extrajudiciaire en janvier 2012, mettant fin à toutes les procédures ; de la sorte, la question d'une requête à la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est plus posée.

décision provisionnelle ont été tolérées par le Tribunal fédéral<sup>80</sup>. Malgré la grande évolution suivie depuis 1997 en faveur du droit de répliquer, l'équilibre entre l'efficacité et le droit d'être entendu reste inévitablement une question délicate qui exige de rester attentif. Cela dit, sauf en matière de mesures super-provisionnelles (qui perdent leur objet si la requête est communiquée à l'adversaire avant que le tribunal ait pris sa décision), il nous semble pourtant qu'en octroyant un très bref délai, ne serait-ce que d'un jour voire quelques heures, un équilibre satisfaisant est toujours préservé.

---

<sup>80</sup> Voir l'arrêt publié ATF 139 I 189 du 23 juin 2013, considérant 3.6 : « *Le caractère d'urgence des mesures provisoires implique que le juge statue sans délai. Inhérent à la nature même de 'mesure provisionnelle' [...], ce devoir de célérité exige que, dans certaines circonstances, l'autorité se dispense de procéder à un second échange d'écritures, sous peine de compromettre l'efficacité de la mesure provisoire. En d'autres termes, il ne peut être question, s'agissant de mesures provisoires, d'un droit absolu à une réplique découlant du droit d'être entendu. Le cas échéant, si la réponse de l'autorité précédente contient des éléments nouveaux décisifs sur lesquels le juge entend se fonder, un droit de réplique peut alors se justifier. Cette solution constitue une mise en oeuvre pragmatique de l'art. 6 CEDH [...]. Elle se justifie à plus forte raison que la décision sur mesures provisoires, par ses effets, se distingue nettement de la décision au fond. Contrairement à la décision au fond, la décision sur effet suspensif n'est revêtue que d'une autorité de la chose jugée limitée et peut être facilement modifiée. La partie concernée par l'effet suspensif peut en effet demander en tout temps, en cas de changement de circonstances, que l'ordonnance d'effet suspensif soit modifiée par l'autorité dont elle émane ou par l'instance de recours ».*