

JAAC 63.34

Décision du Conseil fédéral du 28 octobre 1998

Chemins de fer fédéraux. Services accessoires. Non-exécution de la décision d'approbation des plans. Avis comminatoire. Irrecevabilité du recours contre celui-ci.

Art. 41 al. 2 PA. Art. 12 et 40 al. 1 let. g LCdF.

- L'avis comminatoire de l'art. 41 al. 2 PA n'est pas sujet à recours, sauf si sa légalité propre est contestée. Il est en effet exclu de remettre en cause la validité de la décision à exécuter à l'occasion de son exécution forcée.

- L'incompétence de l'autorité qui a pris la décision à exécuter peut être un motif de nullité. Il revient en premier lieu aux entreprises de chemins de fer de décider du besoin d'un service accessoire ainsi que des heures d'ouverture. Il n'en demeure pas moins que l'OFT, en tant qu'autorité de surveillance, est compétent pour statuer sur la nécessité d'installer des services accessoires et pour fixer les heures d'ouverture de ceux-ci dans la décision d'approbation des plans, et ce même en l'absence de toute contestation entre les intéressés (art. 40 al. 1 let. g LCdF).

Schweizerische Bundesbahnen. Bahnnebenbetrieb. Nichtvollstreckung der Plangenehmigungsverfügung. Androhung eines Zwangsmittels. Unanfechtbarkeit.

Art. 41 Abs. 2 VwVG. Art. 12 und 40 Abs. 1 Bst. g EBG.

- Die Androhung eines Zwangsmittels im Sinne von Art. 41 Abs. 2 VwVG ist nicht anfechtbar, ausser wenn seine eigene Gesetzmässigkeit umstritten ist. Es ist in der Tat ausgeschlossen, die Gültigkeit der zu vollstreckenden Verfügung anlässlich ihrer Zwangsvollstreckung in Frage zu stellen.

- Die Unzuständigkeit der Behörde, welche die zu vollstreckende Verfügung erlassen hat, kann ein Grund für deren Nichtigkeit sein. In erster Linie obliegt es der Bahnunternehmung, über das Bedürfnis von Bahnn Nebenbetrieben und über deren Öffnungszeiten zu entscheiden. Nichtsdestoweniger ist das BAV als Aufsichtsbehörde zuständig, über das Bedürfnis der Einrichtung von Bahnn Nebenbetrieben zu befinden und deren Öffnungszeiten in der Plangenehmigungsverfügung festzulegen, auch wenn unter den Beteiligten darüber kein Streit besteht (Art. 40 Abs. 1 Bst. g EBG).

Ferrovie federali. Servizi accessori. Mancata esecuzione della decisione d'approvazione dei piani. Comminatoria di un mezzo coattivo. Inammissibilità del ricorso.

Art. 41 cpv. 2 PA. Art. 12 e 40 cpv. 1 lett. g Lferr.

- La comminatoria di un mezzo coattivo ai sensi dell'art. 41 cpv. 2 PA non è impugnabile, a meno che ne sia contestata la legalità. È infatti escluso che la validità della decisione da eseguire venga rimessa in questione in occasione della sua esecuzione coatta.

- L'incompetenza dell'autorità che ha emanato la decisione da eseguire può essere un motivo di nullità. Spetta anzitutto alle imprese ferroviarie decidere in merito alla necessità di un servizio accessorio e all'orario di apertura. Nondimeno l'UFT, in quanto autorità di vigilanza, è competente per pronunciarsi, nella decisione d'approvazione dei piani, sulla necessità d'istituire servizi accessori e sull'orario d'apertura e di chiusura degli stessi. Tale competenza è data anche in assenza di controversie tra gli interessati (art. 40 cpv. 1 lett. g Lferr).

Résumé des faits:

A. Le 16 janvier 1996, l'Office fédéral des transports (OFT) a approuvé le projet présenté par les CFF concernant la création de surfaces commerciales dans une partie de la gare de X. Il a octroyé à la pharmacie P. le statut de service accessoire et a autorisé les heures d'ouverture de 6 à 21 h sept jours sur sept pour tous les services accessoires. La décision d'approbation des plans n'a pas été attaquée.

B. Le 8 juillet 1996, la Société des pharmaciens de la région (SP) a été informée par lettre de la pharmacie P. de l'ouverture de celle-ci dès le 1^{er} novembre 1996 et des horaires fixés de 6 à 23 h, sept jours sur sept, toute l'année. Le 1^{er} novembre 1996, une publicité parue dans la presse régionale faisait état des mêmes horaires.

C. Le 19 novembre 1996, la SP a adressé une requête à l'OFT tendant à ce que la pharmacie P. soit ouverte tous les jours de 6 à 20 h. L'OFT a entrepris l'instruction de cette requête, instruction qui se poursuit aujourd'hui. Le

19 juin 1997, parallèlement à sa réplique adressée à l'OFT, la SP a requis, «par voie de mesures tant provisionnelles que d'extrême urgence, la fermeture de cette pharmacie à 21 heures, ce de surcroît sous la menace des sanctions prévues à l'art. 292 du code pénal».

Par décision dite incidente du 28 octobre 1997, l'OFT a octroyé les mesures provisionnelles requises, à savoir la fermeture quotidienne de la pharmacie P. à 21 h et ce dans un délai de 30 jours dès la notification, impartie aux CFF, subsidiairement à la pharmacie P., sous réserve d'application de l'art. 292 du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0).

La pharmacie P. et les CFF ont recouru contre cette décision auprès du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), concluant chacun, en substance, à son annulation et au rejet des mesures provisionnelles.

D. Par décision du 14 avril 1998, le DETEC a rejeté les recours et prononcé d'une part qu'un délai de 30 jours dès la notification de sa décision est impartie à l'administrateur de la pharmacie P., pour ramener l'heure de fermeture de celle-ci à 21 h, d'autre part qu'en cas d'insoumission, l'administrateur sera, en vertu de l'art. 292 CP, puni des arrêts ou de l'amende.

E. La pharmacie P. et les CFF ont interjeté recours au Conseil fédéral contre la décision du DETEC en temps utile, concluant tous deux à l'annulation de celle-ci. La pharmacie P. invoque notamment que le DETEC a transformé à tort la décision de mesures provisionnelles de l'OFT, rendue sur la base d'une procédure sommaire, en décision exécutoire au fond et qu'une telle transformation engendrerait diverses violations du droit fédéral. Les CFF ont retiré leur recours.

Extraits des considérants:

1. L'art. 101 let. c de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ, RS 173.110) dispose que le recours de droit administratif au Tribunal fédéral n'est pas recevable contre les mesures relatives à l'exécution de décisions. En vertu de l'art. 5 al. 2 et des art. 44 et 72 ss de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), le Conseil fédéral est compétent pour connaître des recours contre les mesures en matière d'exécution prescrites à l'art. 41 al. 1 let. a et b PA (voir aussi *Fritz Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2^e éd., Berne 1983, p. 77). *A contrario*, l'avis comminatoire de l'art. 41 al. 2 PA - de même que la poursuite pénale pour insoumission au sens de l'art. 292 CP (art. 41 al. 1 let. d) - ne constitue pas une décision pouvant comme telle être déférée à l'autorité de recours (Message du 24 septembre 1965 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur la procédure administrative, FF 1965 II 1383 ss, spéc. p. 1405). Une telle sommation ne pourrait être sujette à recours que si sa légalité est contestée, par exemple en cas de litige sur la proportionnalité de la mesure

de contrainte (*Pierre Moor*, Droit administratif, vol. II, Berne 1991, p. 68 s.; *Fritz Gygi*, Verwaltungsrecht, Eine Einführung, Berne 1986, p. 325). En l'espèce, l'acte attaqué constitue un avis comminatoire au sens de l'art. 41 al. 2 PA.

2. S'agissant de la décision à exécuter, à moins qu'elle ne soit entachée de nullité, il est exclu de remettre en cause sa validité à l'occasion de son exécution forcée, puisqu'elle a fait ou aurait pu faire l'objet d'un recours (Message, *ibidem*; *René Rhinow / Heinrich Koller / Christina Kiss*, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Bâle / Francfort-sur-le-Main 1996, n. 984; *Ulrich Häfelin / Georg Müller*, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zurich 1993, 2^e éd., n. 768; Moor, p. 69; *Blaise Knapp*, Précis de droit administratif, 4^e éd., Bâle / Francfort-sur-le-Main 1991, p. 343; Gygi 1986, p. 325).

2.1. En l'occurrence, la décision d'approbation des plans fixant les heures d'ouverture et de fermeture de la pharmacie P. n'a fait l'objet d'aucun recours. Elle est donc exécutoire.

2.2. Par ailleurs il y a lieu d'examiner, à titre préjudiciel, la question de l'éventuelle nullité de cette décision.

Préliminairement, on relèvera que toute autorité est compétente pour déclarer la nullité, laquelle le cas échéant doit être constatée d'office, sans que l'autorité ait à attendre que l'administré soulève le grief (Häfelin/Müller, n. 768; Moor, p. 202 s.). Au demeurant, la recourante a sans doute voulu soulever la question de la nullité, à tout le moins partielle, de la décision d'approbation des plans lorsqu'elle met en doute la portée et le contenu de celle-ci, notamment son applicabilité à la pharmacie P., alors que cette décision dit clairement que les surfaces commerciales auxquelles le statut de service accessoire a été accordé, dont la pharmacie P. fait partie, sont autorisées à ouvrir de 6 à 21 h.

(...)L'incompétence peut être un motif de nullité (Häfelin/Müller, n. 773; Moor, p. 208). En l'occurrence, la question s'est posée de savoir si, en l'absence de tout désaccord entre les intéressés sur la question des heures d'ouverture et de fermeture, l'OFT était compétent à la place des CFF pour fixer celles-ci - *in casu* dans la décision d'approbation des plans -, ou, en d'autres termes, si au regard de l'art. 40 al. 1 let. g de la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (LCdF, RS 742.101), selon lequel l'autorité de surveillance règle les contestations relatives à la nécessité d'installer des services accessoires et aux heures d'ouverture et de fermeture de ceux-ci, l'OFT n'est effectivement compétent qu'en cas de contestation.

La lecture de la loi montre déjà que les CFF ne bénéficient pas d'une véritable autonomie pour ce qui est des décisions en matière d'installation de services accessoires et d'heures d'ouverture et de fermeture de ceux-ci, puisqu'à cet égard ils sont précisément soumis à la surveillance de l'OFT (art. 12 et 40 al. 1 let. g LCdF; art. 20 de l'ordonnance du 29 juin 1988 sur les Chemins de fer fédéraux [OCFF], RS 742.311). La jurisprudence ([ATF 98 Ib 226](#) consid. 5, 97 I 591 consid. 3 = Journal des tribunaux [JdT] 1973 I 118) confirme que l'OFT n'est pas incompétent et n'est pas non plus sorti du cadre de ses pouvoirs. Elle considère en effet qu'il revient certes aux entreprises de chemin de fer de décider en premier lieu si le besoin d'un service accessoire se fait sentir, mais que si nécessaire, les autorités de surveillance doivent veiller d'office à ce que les CFF prennent de telles décisions en usant de leur pouvoir d'appréciation en

conformité avec la loi. Il en va de même des heures d'ouverture des services accessoires (ATF 98 Ib 226 consid. 8). La doctrine va dans le même sens en disant que l'autorité de surveillance a le pouvoir d'édicter des règles de police du commerce et de l'industrie propres aux exploitations accessoires (*Jacques Meylan*, Le domaine ferroviaire en droit comparé, thèse Lausanne 1965, p. 212; cf. aussi p. 202 ss et 209).

On peut ajouter que dans les cas ayant fait l'objet de décisions du Tribunal fédéral, il était toujours question de fermeture à 20 h (ATF 123 II 317 consid. 7, 117 Ib 114 consid. 5b [non-entrée en matière sur la question] = JdT 1993 I 591; ATF 98 Ib 226 consid. 8). Il était donc normal que l'OFT examine d'office dans la décision d'approbation des plans le bien-fondé de la fixation de la fermeture à 21 h telle que projetée par les CFF. Au demeurant il s'est borné, après motivation, à confirmer l'heure de fermeture prévue par les CFF eux-mêmes.

(...)

En définitive, la décision d'approbation des plans n'est pas frappée de nullité. Ainsi, elle doit être exécutée notamment en ce qui concerne l'heure de fermeture des services accessoires et plus particulièrement être respectée par la pharmacie P.

3. En tant qu'autorité de surveillance, l'OFT a le pouvoir et le devoir de veiller à ce que les heures d'ouverture qu'il a fixées soient respectées (cf. art. 12 LCdF). A cet égard, il est indéniable que l'OFT devait prendre une mesure tendant à l'exécution de sa décision d'approbation des plans de janvier 1996, et non pas rendre une décision de mesures provisionnelles. D'ailleurs, cette décision est avant tout incorrectement intitulée. Elle constitue en réalité un acte d'exécution, comme le dit à juste titre le DETEC. (...) En rétablissant la qualification exacte de l'acte du 28 octobre 1997 et en remédiant aux vices de forme qui l'entachaient, le département n'a commis ni illégalité, ni excès ou abus de son pouvoir d'appréciation.

4. L'avis comminatoire comme tel n'est pas sujet à recours (cf. consid. 1 ci-dessus). Dès lors, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur le recours de la pharmacie P. En vertu de l'art. 57 al. 1 PA *a contrario*, si le recours est d'emblée irrecevable, il n'y a pas lieu de procéder à l'instruction.

Au vu de ce qui précède, dans le délai imparti par le DETEC, à savoir dans les 30 jours dès la notification de la présente décision, la recourante devra respecter les heures d'ouverture fixées dans la décision d'approbation des plans. Il est loisible à la pharmacie P. de déposer auprès de l'OFT une demande de modification des heures d'ouverture.

5. Il ne se justifie pas d'entrer en matière sur les autres griefs de la recourante, qui ne visent pas l'éventuelle illégalité de l'avis comminatoire mais tendent en fait à remettre en question la décision d'approbation des plans. (...)

JAAC 63.34 - Décision du Conseil fédéral du 28 octobre 1998

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	1999
Année	
Anno	
Band	63
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 004 238

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.

Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.