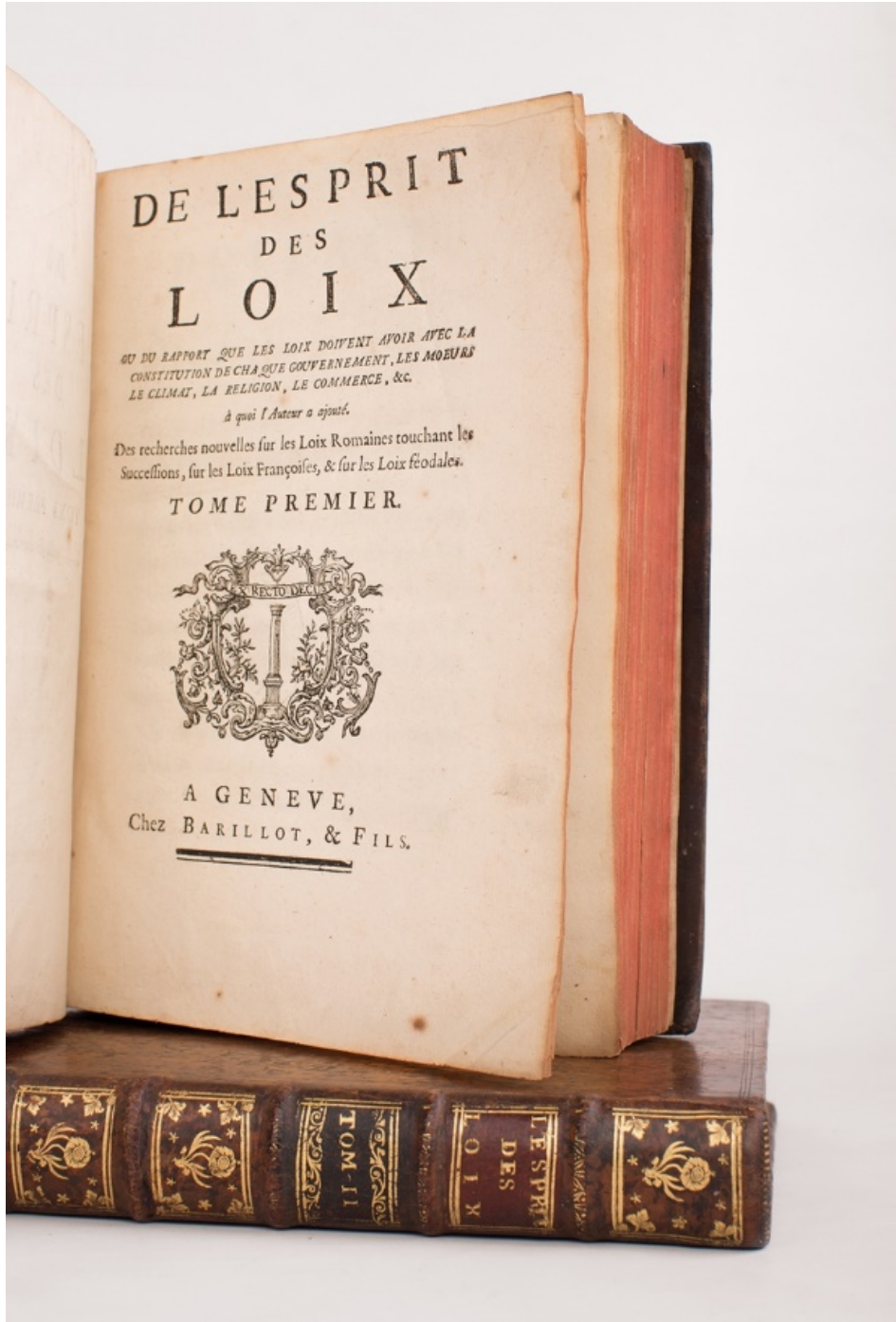


L’examen en fait, droit et opportunité par les juridictions administratives

Emilia Antonioni Luftensteiner 21.06.2022

Introduction

- Principe de la séparation des pouvoirs et
- Rôle du juge



Evolution des tâches de l’Etat

- Diminution de la densité normative.

- Compensations procédurales et démocratiques.

- Quid du rôle du juge et de son pouvoir d’appréciation ?

Etablissement des faits

- Maxime inquisitoire (art. 12 PA) tempérée par le devoir de collaboration.
- Rétroaction («effet rétroactif») entre faits et droit.
- Mesures d’instruction et appréciation anticipée des preuves.

Plein pouvoir d’examen

Faits, degré de la preuve et appréciation

- Faits : externes, internes, présents, futurs, négatifs ou notoires.
- Présomption de fait et son renversement (Arrêt TF 1C_618/2020 du 17 mai 2021).
- Vraisemblance prépondérante (ATF 130 III 321 c. 3.3, ATF 144 V 427 consi. 3.2;

  Arrêt TAF: E-1897/2015 du 13.08.2018).

Constatation incomplète ou inexacte des faits

- Le Tribunal corrige ou complète les constatations faites par l'autorité précédente.

- Il procède à une cassation :
    a) Violation grave (question de la double instance)

    b) L'autorité inférieure est mieux placée pour procéder aux compléments (arrêt TAF A-1847/2010 consid. 9 du 21.04.2011 et dans le domaine de l'asile, ex. nouvelle audition)

Application du droit

- Application du droit national et international d’office.
- Respect des principes généraux du droit.
- Substitution de motifs (ATAF 2019/7 consid. 1.3) avec droit d’être entendu.

Plein pouvoir d’examen

Méthode d’interprétation des normes

ATAF 2020 VI/9

- Littérale
- Historique
- Téléologique
- Historique

✓Pluralisme pragmatique

Contrôle en légalité

1) Violation d’une règle de droit

- Application d’une règle de droit qui n’est pas :
  a) valable ou
  b) pertinente
- Application erronée d’une règle de droit

Contrôle en légalité

2) Excès ou abus du pouvoir d'appréciation

- Excès
  a) Positif : sort du cadre fixé par la norme
  b) Négatif : ne fait pas usage du pouvoir d'appréciation prévu par la norme

- Abus : décide dans le cadre mais viole les principes constitutionnels

Diminution de la densité normative

- Typologies générales du pouvoir d'appréciation

  a) Concepts juridiques indéterminés (latitude de jugement)

  b) Liberté d'appréciation (choix entre différentes solutions)

Contrôle en légalité et en opportunité

- Lorsque le contrôle en opportunité est prévu il est exercé avec retenue quand les circonstances locales, particulières, personnelles, techniques, politiques l'exigent.
- Il en va de même lorsque l'autorité dispose de différentes variantes toutes légales.
  - Fonction publique
  - La taxation par estimation
  - Évaluation des résultats d'examens
  - En matière de politique publique
  - Subsides financiers
  - …

Pouvoir d’appréciation exercé avec retenue

- **Connaissances spécialisées** (exploitation d’un aérodrome : 1C_402/2016 consid. 8 du 31.01.2016)

«le Tribunal administratif fédéral s'impose une certaine retenue et n'empiète pas facilement sur la marge d'appréciation de l'autorité d'application du droit lorsque celle-ci est plus proche des conditions locales, techniques et personnelles que l'autorité de recours. Il corrige une décision inappropriée, mais laisse à l'instance inférieure le choix entre plusieurs solutions appropriées. S'il s'agit d'examiner des questions particulières dans lesquelles l'instance inférieure dispose de connaissances spécifiques, le Tribunal administratif fédéral peut s'imposer une certaine retenue sans pour autant restreindre son pouvoir de cognition de manière inadmissible (cf. aussi ATF 136 I 184 consid. 2.2.1 p. 188 s.).»

Pouvoir d’appréciation exercé avec retenue

«La restriction du pouvoir d’examen seulement si l’autorité administrative a examiné les points essentiels et a procédé soigneusement et complètement aux éclaircissement nécessaires».

(tarifs d’éléctricité : ATF 142 II 451 consid. 4.5.1)

Contrôle en légalité et en opportunité

- Le législateur exclut explicitement le contrôle en opportunité du juge. Il en résulte:

  a) Contrôle librement de l'état de fait.

  b) Contrôle en légalité à l'égard des critères et permettant de faire usage du pouvoir en opportunité par l'autorité intimée et de la solution adoptée.

Dans ce cas, le juge ne peut substituer son appréciation à celle de l'autorité intimée. La sanction adoptée généralement est la cassation.

Exclusion du contrôle en opportunité ATAF 2015/9

«L'art. 106 al. 1 LAsi a restreint le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral quant à la question de savoir s'il se justifie d'appliquer ou non la clause de souveraineté, en relation avec l'art. 29a al. 3 OA 1. Le Tribunal administratif fédéral doit cependant vérifier que le SEM a exercé correctement son pouvoir d'appréciation. D'une part, dit office **doit faire usage de ce pouvoir. A cette fin, il doit établir de manière complète l'état de fait et procéder à un examen de toutes les circonstances pertinentes. D'autre part, son choix doit être fait en fonction de critères admissibles. Ces critères doivent être transparents et objectifs, ou plutôt raisonnables, faute de quoi l'autorité se rend coupable d'arbitraire. Le SEM doit en outre se conformer aux exigences résultant du droit d'être entendu, de l'égalité de traitement et du principe de la proportionnalité** (cf. Moor/Flückiger/Martenet, op. cit., chap. 4.3.2.3 p. 743ss). **Ses considérations déterminantes doivent être intégrées dans la motivation de sa décision. Il importe dès lors que le SEM indique de manière explicite dans ses décisions pour quelle raison il estime qu'il y a lieu ou non d'appliquer la clause de souveraineté** (cf. art. 31a al. 1 let. b LAsi et art. 29a al. 1 et 3 OA 1, en relation avec l'art. 17 par. 1 du règlement Dublin III). Cela étant, et tant que la décision est soutenable au regard de l'interprétation à faire de la notion de raisons humanitaires et qu'elle respecte les principes constitutionnels, le SEM agit dans le cadre de son pouvoir d'appréciation et **le Tribunal administratif fédéral ne peut plus substituer son appréciation à celle de l'office**.»

Critères d'application de la clause humanitaire E-5380/2016 consid. 7.2 du 17.09.2018

- Problèmes médicaux
- Vulnérabilité particulière
- Intérêt supérieur de l'enfant
- Expériences traumatisantes vécues dans le pays d'origine
- Durée de la procédure
- …

Exclusion du pouvoir en opportunité : Problèmes de procédure

- Un défaut de motivation de la décision n'est pas guérissable dès lors qu'il a trait au contrôle en opportunité que ne peut plus exercer l'autorité de recours
  (conditions générales : ATF 142 II 118 consid. 2.8.1).

- Prise en compte des novas ?

Conséquences

- Ralentissement des procédures à cause de l'obligation de casser et renvoyer si un vice doit être constaté.

- Impossibilité de tenir compte des faits nouveaux puisque l'autorité ne peut substituer son appréciation à celle de l'autorité intimée (pas de réformation).

- Contrôle en légalité limité à la bonne application des critères implique aussi sur le fond, une analyse relativement réduite du contrôle en légalité.

Légalité / opportunité: où se trouve la limite ?

- La difficulté de délimiter le contrôle en légalité et de l'opportunité.

- Rétrécissement du pouvoir en opportunité sous l'effet du temps et de la concrétisation des normes. Il en résulte progressivement un contrôle en légalité puisque les cas d'espèce créent des précédents et permettent d'étoffer les critères déterminants.

- Il est donc possible d'affirmer que le contrôle en opportunité est à géométrie variable (d'origines diverses; son étendue qui se modifie avec le temps).

Pierre Moor

LE TRAVAIL DU DROIT

ESSAIS SUR LE DROIT DE L'ÉTAT DE DROIT II



Collection Dikè

hermann

Résumé

La réalité d'un État de droit dépend étroitement des potentialités pratiques d'un ordre juridique à communiquer avec son environnement socio-politique – plus précisément, à transformer des normes générales dans la phase de leur mise en œuvre en décisions concrètes. On mettra ainsi en lumière le pouvoir créateur du juge lorsqu'il applique des notions légales au contenu indéterminé, qui ne prennent sens que dans leur concrétisation, et qui font partie des notions les plus fréquentes et les plus importantes. Pour rendre ce pouvoir légitime, le juge requiert une certaine liberté argumentative, et il doit en faire usage de manière à convaincre la collectivité du bien-fondé de sa décision. Cette liberté doit s'inscrire à la fois dans l'ensemble complexe des savoirs juridiques qui constituent le droit comme système et dans l'ordre des valeurs, des expériences et des usages courants dans la société civile : satisfaire à cette double exigence permet d'assurer la communication entre le droit et son environnement et se substitue, autant que faire se peut, à la légitimité démocratique incomplète apportée par le législateur.

Approche intégrative du contrôle en opportunité

Le droit souple qui est fixé et évolue au contact avec la réalité implique une approche réflexive car il génère une marge de manœuvre en faveur des autorités chargées de sa mise en œuvre est difficilement compatible avec les notions statiques (référentiel statique) qui tentent d'en définir les contours.

Se pose donc la question de savoir si une méthodologie récursive et adaptative (référentiel mobile) permettant d'aborder les notions ouvertes ne serait plus à même de définir plus clairement les compétences de chaque autorité.

Pouvoir d’appréciation : Comment procéder ?

Méthodologie

- Etablir de critères de sélection généraux matériels permettant de diriger la décision.
- Déterminer s’il existe des précédents permettant l’application des principes d’égalité et l’interprétation par analogie.
- Appliquer la méthodologie de l’interprétation du droit.
- Vérifier que la décision soit conforme aux principes généraux (proportionnalité; intérêt public; interdiction de l’arbitraire).

- Effectuer (si nécessaire) une pesée des intérêts en présence.

➢ **A tous les stades de la réflexion, il y a lieu de tenir compte des objectifs de la loi.**

➢ **Procéder à un contrôle avec retenue si le cas particulier le requiert.**

Comment argumenter / motiver ?

- Appliquer les critères formels permettant à la décision d'être :
  1. complète (à l'égard de l'état de fait et du droit applicable),
  2. structurée et rigoureuse (logique et ne contenant pas d'élément d'extranéité),
  3. raisonnable (proportionnelle et pas arbitraire) et
  4. prospective (en créant un précédent elle doit pouvoir être «durable»).

Motivation

Densité normative > Argumentation

Densité normative < Argumentation

Les qualités du juge

Une telle approche a aussi pour conséquence de mettre en lumière les qualités requises pour pouvoir fonctionner en tant que juge puisque **la rigueur, l'intégrité, la créativité ainsi qu'un certain courage mais aussi les capacités sociales** permettant de travailler en interaction avec les collègues afin de faire évoluer la réflexion sont des éléments essentiels à la bonne « application » du droit

Merci pour votre attention !