



L'extension des voies de recours en matière administrative : des grands principes à la pratique concrète

Thierry Tanquerel | *Les voies de recours en matière administrative viennent d'être encore une fois élargies avec l'entrée en vigueur de la réforme de la justice fédérale et en particulier de l'article 29a Cst., qui institue une garantie générale d'accès au juge. Cette extension du contrôle judiciaire de l'activité administrative s'est fondée sur des considérations dogmatiques et non sur le résultat d'études empiriques. Or, comme le montre l'exemple du droit de recours des organisations de protection de l'environnement, des recherches empiriques en matière de contentieux administratif peuvent amener des éléments très constructifs au débat politique. Qu'il prenne la forme d'une étude d'évaluation de la réforme de la justice fédérale, d'une étude générale du contentieux administratif effectif ou d'études de cas qualitatives, un développement de la recherche empirique dans ce domaine serait le bienvenu.*

Sommaire

- 1 Introduction
- 2 Les fondements de l'accès généralisé au juge en matière administrative
- 3 Les leçons à tirer du cas du droit de recours des organisations environnementales
- 4 Pour un développement de la recherche empirique en matière de contentieux administratif
- 5 Conclusion

1 Introduction

L'extension du contrôle judiciaire des actes administratifs constitue sans doute l'évolution la plus remarquable du droit administratif suisse durant ces cinquante dernières années. Cette évolution n'est au demeurant pas proprement helvétique ; elle a marqué de nombreux autres pays européens, ce qui n'est pas étonnant si l'on rappelle ce qu'elle doit, notamment, à l'article 6 paragraphe 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH).

Curieusement, si ce phénomène a été abondamment traité par la doctrine juridique, il semble avoir assez peu intéressé la recherche empirique en sciences sociales. Peu nombreuses sont, à notre connaissance, les études qui se sont penchées sur l'utilisation effective des voies de recours en matière administrative. Le législateur, en tout cas sur le plan helvétique, n'a d'ailleurs guère accordé d'importance à cet aspect des choses.

Or, l'étude de l'utilisation concrète des voies de recours contribue non seulement à prévoir plus précisément les effets de l'élargissement de celles-ci en termes de moyens nécessaires au fonctionnement de la justice administrative, elle permet aussi de mieux comprendre comment l'organisation et





l'usage du contentieux peut influencer les stratégies des acteurs en cause.¹ Elle offre ainsi une base objective à l'évaluation prospective ou rétrospective de la réglementation du contentieux administratif.

Pour illustrer cette problématique, la présente contribution montre d'abord comment la généralisation de l'accès au juge en matière administrative s'est fondée sur une démarche relevant plus de la dogmatique juridique que de la réponse à des constatations empiriques. Elle évoque ensuite le cas particulier du droit de recours des organisations environnementales qui a donné – et donne toujours – lieu en Suisse à une polémique très particulière, dans le contexte de laquelle quelques recherches empiriques ont été menées. Elle ouvre enfin des perspectives de recherche sur l'utilisation effective des voies de droit en matière administrative, sur le plan suisse, voire dans une perspective comparative.

2 Les fondements de l'accès généralisé au juge en matière administrative

2.1 L'influence du droit européen

Si elle n'est pas membre de l'Union européenne, la Suisse est liée à celle-ci par une série d'accords bilatéraux qui entraînent, dans une certaine mesure, une importation du droit communautaire en droit suisse, complétée par une démarche d'adaptation « autonome » du droit suisse au droit de l'Union. Toutefois, ce phénomène n'a guère marqué l'évolution du contentieux administratif suisse. C'est plutôt « l'autre droit européen », inspiré par le Conseil de l'Europe ou d'autres cercles européens dont la Suisse est membre, qui a eu une influence décisive sur cette évolution. A cet égard, il convient d'évoquer surtout l'article 6 paragraphe 1 CEDH. Sous un angle plus spécifique et dans une optique prospective, la Convention d'Aarhus mérite aussi une brève mention.

L'article 6 paragraphe 1 CEDH prévoit que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Contrairement à ce que sa lettre pourrait laisser entendre, cette disposition a une portée étendue en droit administratif. En effet, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – que le Tribunal fédéral suisse a suivie et développée quant à ses conséquences pour le contentieux administratif suisse – a inclus dans la notion de contestation sur des droits et obligations de caractère civil des litiges portant sur des matières régies, selon la conception interne helvétique, par le droit administratif.





C'est notamment le cas de litiges touchant au droit de propriété, comme les questions d'expropriation, les restrictions au droit de construire résultant de mesures de protection du patrimoine ou d'aménagement du territoire ou, plus généralement, les mesures à propos desquelles des propriétaires invoquent la violation de normes tendant entre autres à les protéger.² C'est également le cas de contestations portant sur le droit d'exercer une profession, ainsi que des litiges en matière d'assurances sociales et en matière de responsabilité de l'Etat.³ Un fonctionnaire en litige avec son employeur peut aussi invoquer l'article 6 paragraphe 1 CEDH s'il invoque une prétention de nature patrimoniale (et non des règles de service ou d'organisation) et que son activité ne consiste pas dans l'exercice de la puissance publique.⁴

Par ailleurs, certaines sanctions administratives peuvent relever des «accusations en matière pénale», en fonction des trois critères alternatifs développés par la jurisprudence pour caractériser cette notion, à savoir la définition de l'infraction selon la technique juridique de l'Etat en cause, la nature même de l'infraction et le degré de sévérité de la sanction encourue.⁵

Parmi les droits garantis par l'article 6 paragraphe 1 CEDH, le droit d'accès à un tribunal indépendant et impartial est sans doute celui qui a le plus influencé l'organisation du contentieux administratif suisse. En effet, un tribunal au sens de l'article 6 paragraphe 1 CEDH est un organe juridictionnel chargé de résoudre des litiges par des décisions motivées et contraignantes, sur la base de normes juridiques et à l'issue d'une procédure équitable de type judiciaire. Il n'est pas nécessaire qu'il soit incorporé dans la structure judiciaire ordinaire d'un Etat; il doit cependant être et paraître indépendant et impartial aussi bien vis-à-vis des autres autorités que des parties, tant du point de vue de son organisation que de sa composition, notamment en ce qui concerne le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres et en ce qui concerne sa protection contre les influences extérieures.⁶ Dans cette perspective, une autorité administrative hiérarchiquement supérieure, comme un gouvernement cantonal, ne peut être considérée comme un tribunal indépendant et impartial.⁷ Dès lors, dans les domaines couverts par l'article 6 paragraphe 1 CEDH, la Confédération et les cantons suisses n'avaient pas d'autre choix, pour respecter leurs obligations conventionnelles, que d'ouvrir le contrôle judiciaire des décisions administratives.⁸

Quant à la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, signée sous l'égide de la Commission économique des Nations-Unies pour l'Europe le 25 juin 1998 à Aarhus (Convention d'Aarhus),⁹ elle ne touche qu'un domaine particulier, mais dans lequel le contentieux concerne des enjeux



importants pour un cercle très large de personnes et d'entités intéressées (« stakeholders »), à savoir celui de l'environnement.

L'article 9 paragraphe 2, en relation avec l'article 2 paragraphe 5, de la Convention d'Aarhus garantit un droit d'accès à la justice notamment aux organisations non gouvernementales qui oeuvrent en faveur de la protection de l'environnement. Plus largement, est garanti un droit d'accès à la justice au « public », au sens de l'article 2 paragraphe 4 de la Convention, pour les questions visées à l'article 9 de celle-ci.

Si la Suisse a signé la Convention d'Aarhus, elle ne l'a pas encore ratifiée, même si le gouvernement a signalé son intention de soumettre un projet dans ce sens au Parlement. En cas de ratification de la Convention, le débat dont nous traitons plus loin au sujet du droit de recours des organisations environnementales verrait son contexte juridique sensiblement modifié : ce droit de recours ferait en effet l'objet d'une obligation internationale de la Suisse et ne pourrait donc plus être ni supprimé ni restreint d'une manière qui le viderait de sa portée, sauf à dénoncer la Convention. On peut d'ailleurs s'attendre, pour cette raison, à ce que la ratification de la Convention d'Aarhus ne soit pas une simple formalité devant les Chambres fédérales. Cette crainte explique peut-être pourquoi le projet de ratification, annoncé d'abord pour 2004 ou 2005, n'a pas encore été déposé à ce jour, les dates pour traiter de cet objet étant aujourd'hui définies par l'Office fédéral de l'environnement (OFEV) comme « ouvertes ».¹⁰

2.2 La Constitution et la législation fédérales

L'organisation judiciaire suisse est marquée par la structure fédérale du pays. En ce qui concerne la juridiction de droit public, ce sont les tribunaux cantonaux qui sont en premier lieu chargés de contrôler les actes des autorités cantonales et communales, que ceux-ci soient fondés sur le droit fédéral ou cantonal. Quant au Tribunal fédéral, il avait en droit public, jusqu'à fin 2006, une double fonction : il était d'une part l'autorité de recours suprême lorsque l'application du droit fédéral était en jeu, par le biais du recours de droit administratif¹¹ ; il était d'autre part juge de la constitutionnalité des actes cantonaux, par le biais du recours de droit public.¹² Ce rôle a évolué avec la réforme de la justice fédérale évoquée ci-après. Par ailleurs, de nombreuses commissions fédérales traitaient en première instance des recours judiciaires contre les décisions des autorités fédérales.

Dans ce contexte, le droit fédéral exigeait déjà depuis 1992 que les cantons instituent des autorités judiciaires statuant en dernière instance cantonale dans la mesure où leurs décisions pouvaient faire l'objet d'un recours de droit





administratif.¹³ Cette obligation a constitué la deuxième grande incitation pour les cantons, avec l'article 6 CEDH, à généraliser le contrôle judiciaire de l'activité de l'administration.

L'organisation judiciaire fédérale a subi une profonde réforme entrée en vigueur le 1er janvier 2007.¹⁴ Cette réforme comprend non seulement une refonte des voies de droit fédérales, mais également l'ancrage dans la Constitution d'un droit général d'accès à la justice. Il en résulte un nouvel élargissement du contrôle judiciaire de l'administration, avec l'élimination de la plus grande partie des clauses excluant encore certains actes étatiques de ce contrôle.

La garantie de l'accès au juge est consacrée par le nouvel article 29a Cst. Sa première phrase indique que « toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire ». Toutefois, ce principe est tempéré par la deuxième phrase de l'article, qui précise que « la Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels ». En proposant cette disposition au Parlement, le Conseil fédéral insistait sur le caractère exceptionnel de l'exclusion de l'accès au juge. Celle-ci ne pourrait intervenir que s'il existe des motifs spécifiques, tels que le défaut de « justiciabilité » (le Conseil fédéral donnant ici l'exemple d'actes gouvernementaux qui soulèveraient essentiellement des questions politiques ne se prêtant pas au contrôle du juge), ou des arguments relevant de la séparation des pouvoirs, étant mentionnés à ce propos, de façon d'ailleurs trop générale à notre avis, les actes du Parlement soumis au référendum,¹⁵ aucune exception n'étant évidemment possible dans les cas couverts par l'article 6 paragraphe 1 CEDH.¹⁶ En tout état de cause, l'utilisation par les cantons de la clause d'exception de l'article 29a deuxième phrase Cst. pourra faire l'objet d'un contrôle par le Tribunal fédéral (mais non pas son utilisation par le législateur fédéral, en raison de l'article 190 Cst.). Conséquence logique de la garantie figurant à l'article 29a Cst., l'article 191b Cst. impose aux cantons d'instituer des autorités judiciaires pour connaître des contestations de droit civil et de droit public ainsi que des affaires pénales.

Sur le plan législatif, la réforme de l'organisation judiciaire fédérale s'est traduite par la création d'un nouvel organe, le Tribunal administratif fédéral,¹⁷ destiné à connaître des recours contre les décisions d'autorités fédérales qui pouvaient auparavant être portées devant des commissions de recours fédérales ou qui ne pouvaient pas faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Par ailleurs, en ce qui concerne la juridiction du Tribunal fédéral, l'OJ a été remplacée par la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF),¹⁸ qui institue, outre les recours en matière civile et en matière pénale, un recours unique



« en matière de droit public » (art. 82 ss LTF). Ce recours reprend dans une large mesure les champs cumulés des anciens recours « de droit administratif » et « de droit public ». Il est complété, en ce qui concerne les décisions cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'un autre recours auprès du Tribunal fédéral, par « un recours constitutionnel subsidiaire » (art. 113 ss LTF), qui permet d'invoquer la violation des droits constitutionnels.

La LTF ne se contente toutefois pas de réformer les voies de droit fédérales, elle impose aussi certaines contraintes aux cantons.¹⁹ L'article 86 alinéa 2 LTF les oblige en effet à instituer des tribunaux supérieurs qui statuent comme autorités précédant immédiatement le Tribunal fédéral, ce principe valant aussi bien lorsque le Tribunal fédéral est saisi d'un recours en matière de droit public que lorsqu'il est saisi d'un recours constitutionnel subsidiaire. Dans ces conditions, l'obligation de prévoir un contrôle judiciaire a un champ extrêmement large. L'article 86 alinéa 3 LTF admet toutefois que « pour les décisions revêtant un caractère politique prépondérant », les cantons peuvent instituer une autorité autre qu'un tribunal. Cette exception se recoupe, à notre avis, avec celle de l'article 29a deuxième phrase Cst.²⁰ On notera encore que la loi fédérale de procédure administrative du 20 septembre 1968 (PA)²¹ a été complétée par un nouvel article 25a, qui renforce les possibilités d'obtenir une décision sujette à recours en cas de litige portant sur un acte matériel de l'Etat.

On constate donc que – par l'effet des nouvelles dispositions constitutionnelles, des compétences attribuées au Tribunal administratif fédéral, du nouvel article 25a PA et de l'exigence de l'article 86 alinéa 2 LTF – la réforme de la justice fédérale comporte un élargissement des voies de recours en matière administrative qui ne laisse plus soustrait au contrôle judiciaire qu'un champ résiduel très restreint de l'activité étatique.

2.3 L'absence d'études empiriques sur les effets de l'extension des voies de recours

Pour justifier l'élargissement des voies de recours et l'institution d'une garantie générale d'accès au juge, le Conseil fédéral a souligné l'existence de « lacunes dans le dispositif de protection juridique ».²² La réforme de la justice a dès lors notamment pour objectif « d'assurer la protection juridique dans tous les domaines »,²³ car « l'Etat de droit doit se faire le garant des droits des citoyens ».²⁴ Dans cette perspective, le Conseil fédéral proposait d'ailleurs l'institution d'un contrôle de constitutionnalité des lois fédérales,²⁵ mais le





Parlement ne l'a pas suivi. Sous l'angle de l'extension du contrôle judiciaire de l'activité de l'Etat, la réforme est donc justifiée par des arguments de principe et non par des considérations relevant de l'observation empirique.

Certes, un élément factuel concret a joué un rôle important dans la préparation de la réforme et la justification de certains de ses aspects, à savoir la surcharge du Tribunal fédéral.²⁶ Celle-ci a été observée sur la base des statistiques des affaires traitées par le Tribunal fédéral.²⁷ Le Conseil fédéral a exposé les causes qui expliquaient, à son avis, cette surcharge,²⁸ sans juger nécessaire, à cet égard, de faire effectuer des recherches scientifiques approfondies pour vérifier l'exactitude de ces explications.

Plus largement, à notre connaissance, aucune étude n'a été effectuée visant à apprécier les conséquences négatives des « lacunes » identifiées dans la protection juridique et, par conséquent, l'urgence de les combler. On n'a pas davantage songé à évaluer les effets des nouvelles règles sur le fonctionnement des tribunaux compétents (une augmentation significative du nombre de dossiers à traiter est-elle à attendre, si oui dans quels domaines ?), sur l'activité de l'administration (par exemple, quelle sera la charge liée à la nécessité de notifier des décisions formelles sujettes à recours dans des domaines aujourd'hui exclus du contrôle judiciaire en raison du caractère « bagatelle » des mesures prises ?) et encore moins sur les rapports de force et la stratégie des acteurs (les administrés vont-ils changer leur comportement, dans un sens plus contentieux, forts de la nouvelle garantie d'accès au juge, par exemple dans le domaine scolaire ?).

D'une certaine manière, « l'amélioration de la protection juridique » par l'extension de l'accès au juge est apparue comme une chose allant de soi, le pari étant implicitement fait qu'elle n'allait en rien bouleverser le fonctionnement de l'Etat et ses rapports avec les administrés. On peut se demander si cette approche purement dogmatique, négligeant l'observation scientifique de la réalité des rapports entre l'Etat et le public, n'explique pas, ce que Pierre Moor, portant une appréciation générale sur le réaménagement des voies de droit, appelle la survalorisation du rôle du juge, au détriment d'autres approches comme la participation ou la médiation.²⁹

3 Les leçons à tirer du cas du droit de recours des organisations environnementales

3.1 Historique

Selon les conceptions admises en Suisse tant par la jurisprudence du Tribunal fédéral et des tribunaux cantonaux que par les législateurs fédéraux et cantonaux, la défense d'un intérêt purement idéal, soit la recherche d'une



bonne application de la loi dans l'intérêt public, ne suffit pas pour donner à une personne physique ou morale la qualité pour agir dans le contentieux de droit public. Pour pouvoir agir en justice, et en particulier recourir contre des actes étatiques, les organisations poursuivant des objectifs d'intérêt public doivent donc bénéficier d'une habilitation légale spéciale. Tel est le cas, dans une histoire mouvementée, des organisations suisses d'importance nationale se vouant à la protection de l'environnement.

Un droit de recours spécifique des organisations environnementales a été introduit en 1966 déjà par l'article 12 de la loi sur la protection de la nature et du paysage du 1er juillet 1966 (LPN),³⁰ qui ouvre un tel droit en ce qui concerne les décisions prises en exécution de tâches fédérales. Cette disposition est restée isolée, en droit fédéral, jusqu'en 1983, qui a vu l'adoption de l'article 55 de la loi sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (LPE),³¹ lequel a ouvert le droit de recours des organisations environnementales pour les projets soumis à une étude d'impact sur l'environnement (EIE). Enfin, le recours des organisations environnementales a été prévu par l'article 14 alinéa 1 lettre b de la loi sur les chemins pour piétons et les chemins de randonnée pédestre du 4 octobre 1985 (LCPR).³² Le droit de recours des organisations se vouant à la protection de l'environnement est aussi consacré, dans une mesure très variable, par la législation de plusieurs cantons.

Si l'adoption de l'article 12 LPN, en 1966, n'avait guère suscité d'oppositions, celle de l'article 55 LPE, 17 ans plus tard, avait déjà provoqué un débat plus nourri. Dès le début des années 1990, le droit de recours des organisations environnementales a fait l'objet d'une guerre d'usure inlassable de la part d'une coalition plus ou moins large, réunissant des représentants de cantons touristiques, les organisations faitières de l'économie, les partis de la droite dure parlementaire, rejoints occasionnellement par tout ou partie des partis du centre. Jusqu'ici, cette coalition n'a pas réussi à abroger purement et simplement le droit de recours des organisations, mais elle en a obtenu un encadrement de plus en plus restrictif.

Ainsi, en 1992, une motion signée par 62 conseillers nationaux sur 200 demandait la suppression pure et simple du droit de recours. Lors d'une révision de la LPN, en 1995, le Conseil national avait adopté une proposition confiant aux cantons le soin de désigner les organisations habilitées à recourir et supprimant le droit de recours contre les projets d'utilité publique. Les organisations concernées avaient vigoureusement protesté et menacé de lancer un référendum contre la révision de la loi. Finalement, le Conseil des Etats n'avait pas suivi ces propositions.





Mais les opposants au droit de recours des organisations n'ont pas désarmé et presque chaque année une motion ou une initiative parlementaire, voire une initiative populaire, demande la suppression ou la limitation drastique de ce droit.³³ Plusieurs de ces propositions viennent d'être traitées ou sont actuellement en cours d'examen.

En premier lieu, une initiative parlementaire du conseiller aux Etats Hofmann, visant à « simplifier, dans la législation sur la protection de l'environnement, l'examen d'impact sur l'environnement (EIE) et à prévenir les abus grâce à une définition plus précise du droit de recours des organisations », a donné lieu à une série de propositions de modification de la LPN et de la LPE encadrant de façon encore plus stricte le droit de recours.³⁴ En particulier, les possibilités pour les organisations habilitées à recourir de passer des accords amiables avec les promoteurs des projets contestés seront désormais sévèrement limitées.³⁵ Ces propositions ont reçu l'aval du Parlement³⁶ et les organisations concernées ont renoncé à lancer un combat référendaire, estimant que l'essentiel, c'est-à-dire leur droit de recours lui-même, a été préservé.

Par ailleurs, une initiative populaire lancée par le parti radical intitulée « Droit de recours des organisations : Assez d'obstructionnisme – Plus de croissance pour la Suisse ! » demande que soit inscrit dans la Constitution le principe selon lequel le droit de recours des organisations est exclu contre tous les actes se fondant sur une votation populaire ou émanant d'un parlement, au niveau fédéral, cantonal et communal.³⁷ Cette initiative ayant recueilli les signatures nécessaires,³⁸ elle sera soumise au corps électoral après avoir été examinée par le Parlement fédéral. Récemment, dans un retournement spectaculaire, la majorité du Conseil fédéral a décidé de soutenir l'initiative, estimant que les restrictions qui viennent d'être adoptées par les Chambres ne vont pas assez loin.³⁹

Enfin, une initiative parlementaire déposée en 2004 par le conseiller national Schibli⁴⁰ et demandant la suppression pure et simple du droit de recours n'a pas encore été examinée par le Parlement. Il est donc certain que le sujet figurera encore pour plusieurs années en bonne place dans l'agenda politique helvétique.

3.2 Les caractéristiques du droit de recours des organisations environnementales en Suisse

Comme nous l'avons relevé plus haut, le droit de recours des organisations environnementales est, sur le plan fédéral suisse, exclusivement d'origine législative. On aurait pu imaginer qu'il résulte de la jurisprudence, notamment



celle du Tribunal fédéral, relative aux dispositions générales sur la qualité pour agir : celle-ci exige, en matière administrative, que le recourant soit particulièrement atteint par l'acte attaqué et ait un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.⁴¹ Le Tribunal fédéral a jugé que la défense d'un pur intérêt idéal n'entraîne pas dans cette définition.⁴² En outre, s'il a considéré qu'une association pouvait agir au nom de ses membres si ceux-ci disposaient eux-mêmes de la qualité pour agir, il n'a admis cette manière de faire que si « un grand nombre » des membres de l'association étaient personnellement touchés.⁴³ Cette jurisprudence n'est certes pas insoutenable. A l'inverse, elle ne s'impose pas comme une évidence. Sur des bases similaires, le Conseil d'Etat français a jugé différemment le premier point et la Cour Suprême américaine le second.⁴⁴

Quoi qu'il en soit, vu la jurisprudence du Tribunal fédéral, seule la voie législative permettait de donner en Suisse la qualité pour agir aux organisations de protection de l'environnement. Le législateur y a consenti, mais en limitant cette qualité tant du point de vue de ses titulaires que de celui de son champ d'exercice.

Quant au cercle des organisations concernées, on peut relever que les articles 55 LPE et 12 LPN n'accordent le droit de recours qu'aux organisations nationales « de protection de l'environnement », respectivement « à but non lucratif ... qui se vouent à la protection de la nature, à la protection du paysage, à la conservation des monuments historiques ou à des tâches semblables », fondées au moins dix ans avant le dépôt du recours.⁴⁵ Sont donc exclues les organisations locales ou régionales, de même que celles qui poursuivent un but intéressé et celles qui seraient créées en vue de s'opposer à un projet précis. Les deux dispositions prévoient que le Conseil fédéral désigne les organisations habilitées à recourir, ce qu'il a fait par ordonnance du 27 juin 1990, révisée le 15 juin 1998.⁴⁶ Selon la jurisprudence – il est vrai un peu ancienne – et la doctrine, cette désignation par le Conseil fédéral est déclarative et non constitutive : les tribunaux pourraient donc se montrer plus larges si les conditions légales sont remplies.⁴⁷ Au total, une trentaine d'organisations ont été habilitées à recourir sur la base de l'une, de l'autre ou des deux dispositions en cause.

S'agissant du champ du recours des organisations, chacune des deux lois comporte une limitation spécifique. Pour la LPN, le recours des organisations n'est ouvert que pour des décisions se rapportant à l'exécution de tâches fédérales, ce qui a donné lieu à une importante casuistique judiciaire, d'où il résulte notamment que certaines décisions en matière de protection des eaux, de plans d'affectation du sol, de protection des monuments ne sont pas





sujettes à ce recours. En outre, sur la base de l'article 12 LPN, les organisations ne peuvent invoquer que des griefs liés à la protection de la nature et du paysage.⁴⁸ Pour la LPE, seuls les projets soumis à EIE peuvent, selon l'article 55 LPE, faire l'objet d'un recours des organisations. Ces projets sont désignés par le Conseil fédéral dans une ordonnance qui a effet constitutif.⁴⁹ Des propositions destinées à limiter le champ de l'obligation de procéder à une EIE ont d'ailleurs été motivées par le désir de soustraire certaines catégories de projets au droit de recours des organisations.

3.3 Une polémique récurrente particulière à la Suisse

L'historique que nous venons d'exposer montre que le droit de recours des organisations à but idéal fait l'objet depuis 20 ans d'une polémique très vive, qui ne semble plus, ces dernières années, connaître la moindre trêve. Les opposants à ce droit de recours déposent de nouvelles demandes visant à sa suppression avant même qu'une décision n'ait été prise sur les demandes en cours. Ils ont investi tout récemment des moyens financiers très importants pour faire aboutir une initiative populaire visant à régler le problème directement dans la Constitution fédérale.

Bien entendu, à travers le droit de recours des organisations, c'est en fait le contenu même des règles de fond de droit de l'environnement et de protection de la nature et du paysage qui est mis en cause. Le but est de rendre plus facile la construction de routes, de parkings, de centres commerciaux, de terrains de golfs ou de remontées mécaniques pour ne citer que quelques exemples souvent mis en avant.⁵⁰ S'attaquer au contrôle du respect des règles peut paraître comme une manière habile de ne pas remettre en cause de front des dispositions de protection qui ont la faveur des électeurs.

Même expliquée par cette stratégie du bouc émissaire, l'intensité, la durée ainsi que le caractère très émotionnel (chez les opposants surtout) du débat helvétique sur le droit de recours des organisations environnementales restent surprenants. Après tout, la France et les Etats-Unis connaissent tous deux un large droit d'accès à la justice des organisations de protection de l'environnement. Dans les deux pays, des débats très vifs opposent écologistes et partisans inconditionnels du développement économique sur des enjeux majeurs. Pourtant, ce débat n'est nullement aussi focalisé qu'en Suisse sur l'action judiciaire des associations écologistes. A titre de pure hypothèse, on peut penser qu'en Suisse une conjoncture particulière, mêlant une forte conscience écologiste difficile à combattre directement, un fédéralisme bien vivant qui induit une forte méfiance contre les « baillis » centraux (qu'ils

soient fonctionnaires de Berne ou militants verts), ainsi qu'une vigueur associative marquée, ont permis l'émergence et la persistance de ce psychodrame politique.

3.4 Les études empiriques en la matière

Compte tenu du débat politique – et juridique – que l'on vient de décrire, il n'est pas étonnant que la question du droit de recours des organisations environnementales ait retenu largement l'attention de la doctrine juridique.⁵¹ Curieusement, les études empiriques, en particulier par des spécialistes des sciences sociales, sont beaucoup plus rares. Ce sont, en fait, des juristes ou alors les organisations elles-mêmes qui les ont menées.

Ainsi, en 1980, Riva a complété une étude principalement juridique sur le droit de recours fondé sur l'article 12 LPN par un certain nombre de considérations statistiques.⁵² Nous en avons fait de même, en étudiant également le profil et la stratégie des organisations concernées, en 1996.⁵³

Par ailleurs, les organisations environnementales elles-mêmes ont établi et publié diverses statistiques sur l'usage qu'elles font de leur droit de recours.⁵⁴

Mais la seule étude empirique d'une certaine envergure est celle qui a été confiée en 1999 par l'Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage, à trois membres du Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL) de l'Université de Genève, dont l'auteur de ces lignes.⁵⁵ Cette étude s'est appuyée sur les cinq approches suivantes :

- a. une étude du cadre juridique dans lequel s'inscrit le droit de recours des organisations environnementales ;
- b. des enquêtes statistiques pour connaître l'activité déployée effectivement dans l'exercice du droit de recours ; ces enquêtes se sont heurtées au caractère lacunaire des statistiques suisses en la matière ; les auteurs ont recouru à des enquêtes croisées auprès des instances fédérales, cantonales et auprès d'un échantillon des communes pour tenter de pallier ces lacunes ;
- c. des entretiens semi-directifs avec les organisations de protection de l'environnement ;
- d. des études de cas pour appréhender les processus réels, les mécanismes d'action et les conditions de l'exercice du droit de recours ; onze cas ont été sélectionnés, présentant des figures procédurales différentes et offrant des possibilités d'entretiens avec les acteurs ; pour chaque cas, des entretiens approfondis ont été menés avec trois ou quatre interlocuteurs,



sur la base d'une grille d'entretien développée en fonction du type d'int
erlocuteur (promoteur, membre d'une organisation environnementale,
membre d'une autorité, p. ex.);

- e. des entretiens semi-directifs avec des acteurs périphériques (syndicats patronaux, bureaux d'ingénieurs, monde politique).

Cette recherche est arrivée en substance aux trois conclusions suivantes :

- a. les organisations de protection de l'environnement font un usage modéré de leur droit de recours ;⁵⁶
- b. elles recourent avec prudence, leur taux de succès devant les tribunaux étant plus élevé que celui de l'ensemble des recourants;⁵⁷
- c. leur droit de recours a, outre son effet direct lorsque les associations obtiennent gain de cause, un effet préventif de nature à améliorer la prise en considération du droit de l'environnement dans les projets de construction

Il convient de souligner ici que l'étude en question avait pour objectif d'évaluer si le droit de recours des organisations de protection de l'environnement contribuait effectivement à une meilleure application du droit de l'environnement, ce qui est le but que le législateur lui a assigné.⁵⁹ Elle n'avait pas pour mission de vérifier si le droit matériel de l'environnement était lui-même entièrement bien-fondé et efficace. Elle visait encore moins à se demander si, tous points de vue et tous éléments considérés, le droit de recours des associations est une bonne chose pour la Suisse, ce qui est fondamentalement une question politique.

Par rapport à l'usage modéré du droit de recours, l'étude montre que la proportion des recours impliquant des organisations de protection de l'environnement parmi l'ensemble des recours de droit administratif jugés par le Tribunal fédéral s'élevait, pour les trois années étudiées (1996 à 1998), à 1,4%.⁶⁰ En chiffres absolus, le nombre de recours de droit administratif des organisations était en outre très faible, soit moins de 14 par an en moyenne.⁶¹ Pour être plus précis, on peut aussi calculer la proportion des affaires dans lesquelles les organisations étaient parties, par rapport au total des recours de droit administratif jugés par le Tribunal fédéral dans les domaines où ces organisations pouvaient potentiellement recourir. On obtient alors une proportion de 8% en 1996, 6,9% en 1997 et 10,7% en 1998, soit en moyenne 8,5% pour les trois années en cause. Si l'on tient compte du fait qu'il s'agit des domaines qui concernent au premier chef les organisations et dans lesquels le législateur leur a justement accordé un rôle particulier et si l'on a à l'esprit



le fait qu'il est souvent difficile pour un particulier de poursuivre une procédure jusqu'au Tribunal fédéral, cette proportion apparaît modeste. Elle tend à confirmer l'appréciation d'un usage modéré de leur droit de recours par les organisations. Les renseignements obtenus des cantons et des communes montraient aussi un nombre extrêmement bas de recours ou d'oppositions émanant d'organisations de protection de l'environnement.⁶² L'ensemble de ces données était en phase avec les critères de recours des organisations, qui affirment ne faire usage de leur qualité pour agir qu'à titre d'ultima ratio.⁶³ Dès lors, ces indicateurs convergents permettaient de considérer que les organisations font un usage modéré de leur droit de recours.⁶⁴

Une recherche complémentaire effectuée plus récemment par les auteurs de l'étude auprès du Tribunal fédéral montre au demeurant que le nombre de recours de droit administratif des organisations a diminué d'un tiers pour la période 1999-2003 par rapport à la période 1996-1998, tombant à moins de 9 recours par an.⁶⁵

L'étude relève aussi que le taux de succès formel des organisations, dans les causes jugées par le Tribunal fédéral auxquelles elles étaient parties, a été en moyenne, pour les années 1996 à 1998, de 63%.⁶⁶ La recherche complémentaire effectuée par les auteurs de l'étude a abouti, pour les années 1999 à 2003, exactement au même taux de succès moyen des organisations.⁶⁷ Le taux de succès formel ainsi calculé se réfère aux cas où la position des organisations a été admise ou admise partiellement. Si l'on s'en tient au taux de succès calculé uniquement par rapport aux recours qui ont été introduits par les organisations (en excluant donc les cas où elles étaient intimées), le taux de succès est de 53% pour la période 1996-1998, de 64% pour la période 1999-2003 et de 58% pour l'ensemble de la période 1996-2003. Pendant la même période, le taux de succès général des recours de droit administratif a été de 18,6%. Les recours des organisations ont donc été admis par le Tribunal fédéral trois fois plus souvent que ceux de l'ensemble des recourants. Ce taux de succès très élevé va clairement à l'encontre de la thèse selon laquelle les organisations abuseraient d'une manière générale de leur droit de recours ; il confirme au contraire leur prudence dans l'usage de cet instrument juridique.

Enfin, en ce qui concerne la troisième conclusion principale de l'étude, personne, parmi les acteurs interrogés, ne semble contester que le droit de recours des organisations a un effet, que l'on qualifiera de préventif, même lorsqu'il n'est pas utilisé. La crainte d'un recours pousse les autorités et les promoteurs de projets susceptibles d'être problématiques à intégrer les organisations dans l'instruction des procédures administratives liées à ces pro-





jets, voire à les associer à l'élaboration même des projets. Mais là où certains y voient un effet concertatif positif, en ce sens qu'il assure une meilleure prise en considération du droit de l'environnement tout en évitant dans une large mesure le recours aux procédures contentieuses,⁶⁸ d'autres y voient un risque de contrainte illégitime envers les promoteurs.⁶⁹ A cet égard, c'est souvent l'impact du droit de recours sur le calendrier d'un projet qui est mis en avant⁷⁰ : les promoteurs seraient incités à consentir des concessions non prévues par la loi, car, même parfaitement infondé, un recours leur coûterait trop cher en raison des retards qu'il imposerait au projet. Quoi qu'il en soit, il est indéniable que le droit de recours des organisations est pour celles-ci le sésame qui leur permet de participer avec un poids certain au processus d'élaboration des divers projets d'aménagement.

3.5 Un débat entre fantasmes et faits objectifs

Comme nous l'avons indiqué plus haut, le débat helvétique sur le droit de recours des organisations environnementales présente un caractère fortement polémique. Il n'est dès lors pas étonnant que ce débat s'écarte souvent des faits objectifs et constatés. Deux points méritent d'être ici mis en évidence.

On constate premièrement une nette propension des opposants à ce droit de recours à qualifier systématiquement son usage d'abusif. Cette propension se retrouve d'ailleurs dans les écrits les plus sérieux. On peut ainsi lire dans le rapport de la commission du Conseil des Etats, comme exemple d'usage abusif du droit de recours, que « des projets de construction importants qui auraient un effet positif pour l'économie peuvent, par exemple, être retardés ». ⁷¹ Or, qu'un projet puisse avoir des effets positifs pour l'économie, ne signifie nullement qu'il soit ipso facto conforme à la loi, ni même qu'il soit, tous intérêts globalement considérés, souhaitable. Il est parfaitement possible qu'un tel projet soit illégal et inopportun, parce qu'il menacerait une ressource naturelle importante, qu'il détruirait un paysage de valeur ou qu'il provoquerait une atteinte inadmissible à l'environnement, voire à la santé des habitants. Qualifier d'emblée d'abusif un recours contre un tel projet ne repose donc pas sur une base objective. Il existe manifestement, dans le débat en cours en Suisse, une tendance des promoteurs d'un projet à considérer qu'est abusive toute procédure s'opposant à ce projet.

Une deuxième déformation des faits très fréquente consiste dans l'attribution aux organisations de protection de l'environnement, et en particulier à leur droit de recours, de l'ensemble des blocages relatifs aux projets de construction, quand bien même la plupart d'entre eux sont le fait de voisins, ⁷² d'oppositions menées par le biais des droits populaires (référé-



dum communal ou cantonal), voire de difficultés relevant des promoteurs eux-mêmes (problèmes de financement ou de maîtrise foncière).

Dans ces conditions, la commande par les pouvoirs publics d'études empiriques sur l'usage effectif de l'institution en cause peut permettre de ramener un peu de raison dans les discussions politiques et juridiques. En l'espèce, l'étude à laquelle nous avons participé a sans doute permis de sauver le principe même du droit de recours en démontrant l'irréalité du grief d'abus systématique qui était invoqué à l'encontre des organisations de protection de l'environnement.

Il reste que, lorsque le débat est déjà fortement passionné au moment où une étude empirique est entreprise, il est très difficile d'en revenir à une appréciation sereine des faits établis. L'étude elle-même peut être instrumentalisée, en étant évoquée de façon partielle voire tendancieuse, ou faire l'objet d'attaques polémiques qui n'ont plus rien à voir avec la critique académique usuelle. Ces deux dérives se sont effectivement produites en l'espèce. Par ailleurs, les parlementaires peuvent souverainement choisir de légiférer sur la base de sentiments et d'impressions, sans guère se préoccuper des effets pervers des règles qu'ils adoptent : il est ainsi probable que la sévère limitation des accords amiables que propose le Conseil des Etats, dans les cas où un recours des organisations environnementales serait possible, va plutôt contribuer à durcir les conflits et à prolonger les procédures qu'à éviter des abus, à notre avis largement fantasmatiques.⁷³

4 Pour un développement de la recherche empirique en matière de contentieux administratif

4.1 La justification d'une recherche empirique

Contrairement au débat sur le droit de recours des associations de protection de l'environnement, la réforme de la justice fédérale, dans sa dernière mouture en tout cas, a été conçue dans un esprit de consensus. Une étude empirique sur ses effets, et en particulier sur les effets de l'élargissement des voies de droit en matière administrative, n'aurait donc pas pour but de calmer les esprits, mais au contraire de vérifier si la quasi unanimité sur des principes dogmatiques se traduit positivement tant pour le public que pour le fonctionnement de l'administration. On peut relever que, dans ce contexte, les résultats d'une telle étude ont des chances d'être reçus dans un esprit constructif et dépassionné.

Une étude générale de l'usage des voies de droit judiciaires en matière administrative fournirait des données fort utiles pour la mise en œuvre de la généralisation de l'accès au juge en la matière. Certes, les principes sont





désormais acquis, avec l'entrée en vigueur de l'article 29a Cst., de la LTF et de la LTAF, et les cantons, qui disposent de deux ans depuis l'entrée en vigueur des nouvelles règles pour adapter l'organisation de leur contentieux administratif (article 130 alinéa 3 LTF) ne bénéficieraient au mieux que des tous premiers résultats d'une telle étude. Il faut cependant garder à l'esprit que la mise en œuvre des nouvelles règles peut constituer un processus évolutif, des corrections, même au niveau de la législation fédérale, pouvant parfaitement être envisagées si l'observation de la réalité concrète fait mentir les prévisions (ou surprend tout simplement en l'absence de prévision) : on peut penser à cet égard à l'ouverture de voies de droit judiciaires pour les décisions scolaires ou pour les petits marchés publics.

Mais l'étude de la réalité concrète du contentieux administratif doit aussi permettre à l'administration d'améliorer son fonctionnement. Elle doit le faire dans ses relations avec les administrés, dans la mesure où l'étude de l'usage de voies de droit révélerait l'existence de problèmes de communication plutôt que de fond. Mais elle devra aussi revoir ses pratiques de fond si le contentieux que celles-ci provoquent montre qu'elles ne correspondent pas ou plus à l'intérêt public. A cet égard, on peut regretter que seule la partie normative du contentieux, à savoir les décisions définitives des autorités judiciaires, soit en général déterminante pour la modification de la pratique administrative. Les autorités compétentes auraient sans doute aussi beaucoup à apprendre d'une étude approfondie du contentieux qui les concerne, même lorsque celui-ci ne provoque pas de jurisprudence juridiquement déterminante.

On peut souligner en définitive que le contentieux administratif est à la fois le signe et le moyen de cure d'une pathologie administrative : il résulte d'une insatisfaction des administrés qui peut elle-même être causée par un dysfonctionnement administratif, sur le fond ou sur le plan de la communication. L'étude empirique de ce contentieux, qui dépasse largement l'analyse jurisprudentielle, peut permettre de passer de la réparation à la prévention de ces dysfonctionnements.

4.2 Les modèles possibles pour une recherche empirique

4.2.1 Une étude d'évaluation de la réforme de la justice fédérale

Une première approche empirique du contentieux de droit public en Suisse consiste à effectuer une étude d'évaluation de la récente réforme de la justice fédérale. Une telle étude s'impose d'ailleurs juridiquement en vertu de l'article 170 Cst., qui exige que « l'Assemblée fédérale veille à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation ».



Dans cette perspective, la recherche à mener devrait tendre à vérifier dans quelle mesure les nouvelles règles ont permis d'atteindre les buts annoncés de la réforme. Ces buts étaient, selon le Conseil fédéral, d'abord de décharger efficacement et durablement le Tribunal fédéral afin d'assurer son bon fonctionnement, ensuite d'améliorer la protection juridique dans certains domaines, et enfin de simplifier la procédure et les voies de droit.⁷⁴

Une telle étude d'évaluation serait centrée en premier lieu sur le fonctionnement des Tribunaux fédéraux eux-mêmes : Tribunal fédéral et Tribunal administratif fédéral. Elle devrait notamment déterminer si une amélioration des conditions de travail du premier peut effectivement être constatée et tenter d'apprécier l'influence de cette amélioration sur la qualité de la jurisprudence produite. Mais elle devrait aussi viser à déceler les éventuelles lacunes qui subsistent dans la protection juridique. Elle devrait enfin analyser la procédure et les voies de droit – du point de vue des juridictions, des autorités, mais aussi et surtout des justiciables – pour déterminer si les objectifs de simplification ont été remplis.

Les observations empiriques ainsi effectuées seraient à mettre en lien avec les modifications législatives faisant l'objet de l'évaluation, afin de déterminer les rapports de causalité pertinents.

4.2.2 *Une étude générale sur le contentieux administratif effectif*

Une deuxième approche, moins directement liée à la récente réforme législative, consisterait à saisir l'occasion de celle-ci pour tenter de mieux cerner la réalité du contentieux administratif en Suisse.

Cette démarche serait d'abord quantitative, par la mesure brute du contentieux, mais aussi déjà en partie qualitative, par une analyse des dossiers visant à établir quels sont les utilisateurs et quel sort a été réservé à leur démarche. Cette approche pourrait s'inspirer de la recherche menée en France par le Centre d'études sociologiques sur le droit et les institutions pénales (CESDIP) sur l'ensemble du contentieux administratif en France.⁷⁵ Cette recherche vise à cerner la « demande » adressée à la justice administrative française, de 1999 à 2004, en classant les litiges entre les usagers et l'administration publique selon leur temporalité, leur distribution géographique (par département) ainsi que les matières de politiques publiques concernées.

Une étude générale sur le contentieux administratif ne pourrait évidemment être exhaustive quant à son champ d'analyse. Des années de référence devraient être sélectionnées. Dans la mesure où un couplage avec une étude d'évaluation serait envisagé, cette sélection devrait comprendre



des périodes précédant et suivant la réforme de la justice fédérale. S'il paraît possible de prendre en considération, pour les années sélectionnées, l'ensemble du contentieux fédéral (Tribunal fédéral, commissions de recours, Tribunal administratif fédéral), un choix devrait être fait en ce qui concerne les cantons, pour lesquels un échantillon représentatif devrait être établi.

Les données recherchées devraient porter sur la mesure même du contentieux, c'est à dire le nombre d'affaires traitées, mais aussi sur les domaines concernés (selon une typologie à déterminer), les utilisateurs, ainsi que le sort réservé aux recours. Les éléments contextuels potentiellement explicatifs devraient également être analysés : type d'enjeu, valeur litigieuse, coût de la procédure, etc.

Afin de donner une direction rationnelle à l'analyse, un certain nombre d'hypothèses de travail devraient être préalablement élaborées. On peut penser, entre autres, au rapport entre la densité des études d'avocat et l'utilisation des voies de recours, à la mise en évidence de phénomènes d'inertie ou d'émulation (effet d'un recours gagné ou perdu incitant au dépôt d'autres recours ou au contraire le découragement), à une utilisation des voies de droit comme instrument de développement d'une politique publique, à la définition de stratégies de recours autour d'acteurs emblématiques, à l'utilisation des voies de recours comme moyen d'accéder au pouvoir politique, à l'hypothèse de la non-utilisation des voies de recours par certaines catégories sociales ou professionnelles (p. ex. en matière d'asile ou de marchés publics) ou dans certains domaines, à l'existence d'un phénomène de quérulence, etc.

L'étude esquissée ici ne saurait se contenter de présenter des données brutes. Dans toute la mesure du possible, elle devrait tenter d'expliquer les phénomènes qu'elle aura pu mettre en évidence. Cette entreprise d'explication pourra toutefois dans certains cas exiger le passage à une troisième approche, de type clairement qualitatif.

4.3.3 *Des études de cas qualitatives*

L'étude de cas qualitative vise à approfondir la connaissance empirique du contentieux dans des types de dossiers spécifiques. Elle peut répondre à une demande politique, comme cela a été le cas pour l'évaluation du droit de recours des organisations de protection de l'environnement évoqué plus haut. Mais elle peut aussi constituer la prolongation de la vérification des hypothèses développées dans le cadre d'une étude générale du contentieux ou la réponse à des interrogations particulières émergeant des résultats de cette étude générale.



L'étude de cas qualitative permet une analyse plus fine du rôle des différents acteurs, d'une part, et de l'effet des décisions judiciaires sur le contenu des politiques publiques, d'autre part, par exemple en termes de modification des rapports de force, de nouvelles règles institutionnelles ou de nouveaux répertoires d'action pour la défense des intérêts en cause.

Si l'étude de cas qualitative peut évidemment tirer profit de la récolte de données quantitatives, elle implique un approfondissement méthodologique, par le biais de l'analyse détaillée de dossiers sélectionnés ou par la conduite d'entretiens avec les acteurs concernés.

4.2.4 *Les possibilités de synthèse*

Si les trois approches qui viennent d'être évoquées peuvent être abordées de manière indépendante, elles peuvent aussi être combinées, soit dans une même recherche, soit par la coordination d'études distinctes. On peut ainsi imaginer qu'une étude générale sur le contentieux administratif comporte un ou plusieurs volets plus particulièrement centrés sur les effets de la réforme de la justice fédérale. De même, des études de cas qualitatives peuvent constituer la deuxième phase d'une étude générale plus quantitative.

4.3 **Les difficultés méthodologiques**

Il n'est pas possible d'évoquer ici l'ensemble des difficultés méthodologiques que peuvent présenter les types de recherche empirique que nous venons d'esquisser. Nous nous contenterons d'en évoquer trois, parmi les plus importantes.

La première est évidemment celle des moyens qu'il est possible et raisonnable d'investir dans une telle recherche. Une analyse exhaustive sur l'ensemble du territoire suisse, tous niveaux confondus, sur une longue période apparaît d'emblée irréalisable et sans doute inutile. La réponse à cette difficulté a déjà été évoquée plus haut : elle réside dans la définition d'une période de recherche pertinente et dans la détermination, sur le plan cantonal et communal, d'échantillons d'étude représentatifs.

La deuxième difficulté tient à la faiblesse quantitative et qualitative des statistiques existantes en matière de contentieux administratif, même si, çà et là, des progrès sensibles ont récemment été accomplis. Au niveau communal, il n'est pas rare qu'aucune statistique ne soit tenue quant aux oppositions et recours déposés en matière administrative. Et quand des statistiques existent, ce qui est en général le cas au niveau cantonal et fédéral,



elles ne contiennent pas toutes les données utiles ou sont parfois difficilement comparables.

A court terme, le seul moyen de répondre à cette difficulté consiste à analyser les dossiers contentieux eux-mêmes, ce qui renvoie à la première difficulté méthodologique, à savoir la proportionnalité des moyens à investir. A moyen et long terme, on peut espérer une prise de conscience des collectivités publiques et la mise sur pied d'un appareil statistique qui permette d'évaluer en continu l'usage effectif des voies de recours.⁷⁶ Cet appareil statistique ne devrait pas seulement être orienté sur le contentieux en tant que tel, mais prendre aussi en considération l'ensemble de référence auquel ce contentieux s'applique : par exemple, l'ensemble des autorisations de construire en rapport avec les oppositions et recours dirigés contre de telles autorisations.⁷⁷

La troisième difficulté tient à la réticence que les autorités judiciaires et administratives pourraient montrer à collaborer à une recherche empirique sur le contentieux qui les concerne. Par crainte de perte de temps ou de perturbations des habitudes des services, ou par persistance d'une culture du secret, ces autorités pourraient faire preuve d'inertie, voire refuser tout simplement l'accès à leurs dossiers. S'agissant des tribunaux fédéraux, une telle réticence est peu probable, au vu de l'intérêt direct que présenteraient pour eux les résultats des recherches envisagées. En ce qui concerne les autorités administratives, on peut espérer que l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la transparence⁷⁸ et les développements analogues dans plusieurs cantons constituent une incitation à la collaboration avec les chercheurs.

4.4 L'intérêt d'une approche comparative

On pourrait être tenté de considérer qu'une recherche comparative, menée dans différents pays, sur l'usage effectif des voies de droit en matière administrative serait, en raison des grandes différences de conception et d'organisation du contentieux administratif d'un pays à l'autre, à la fois trop difficile à coordonner et susceptible de produire des résultats impossibles à interpréter. A notre sens, il n'en est rien, et inscrire les axes de recherche qui vient d'être esquissés, en tout cas les deux derniers, dans un cadre comparatif aurait le plus grand intérêt pour deux raisons au moins.

En premier lieu, il n'est pas vrai que les différences entre les systèmes juridiques et administratifs rendent impossible et ininterprétable une recherche empirique comparative. Certes, une telle démarche requiert un travail supplémentaire de définition des problématiques qui permette de distinguer les vrais enjeux au-delà des particularités locales. Mais une fois



ce travail effectué, il est possible de produire des résultats significatifs d'un point de vue comparatif. L'interprétation est même enrichie par les hypothèses supplémentaires qui sont rendues possibles par l'existence de plusieurs contextes différents. L'expérience réalisée avec une recherche française sur le thème « Urbanisme et Etat de droit », qui examinait l'ensemble du contentieux en matière d'urbanisme et qui comportait un volet comparatif franco-suisse a été tout à fait concluante à cet égard.⁷⁹

Un deuxième motif en faveur d'une approche comparative tient à l'influence du droit européen, en particulier celle de l'article 6 CEDH, sur l'extension du contrôle judiciaire de l'activité de l'Etat. En effet, si l'on conçoit la recherche empirique comme une vérification « sur le terrain » du fonctionnement de principes posés axiomatiquement par le droit, il est logique que cette vérification se fasse en sortant du cadre national, lorsque l'évolution du droit est largement déterminée par une norme supranationale.

5 Conclusion

L'organisation judiciaire, et notamment la réglementation du contentieux administratif, ne font pas partie des domaines du droit – comme par exemple le droit sanitaire ou celui des normes de sécurité – dans lesquels les évolutions juridiques sont basées traditionnellement sur des recherches empiriques. Cette évolution est avant tout dictée par des positions de principe.

La quasi-absence d'étude empirique en la matière est toutefois regrettable. L'exemple du droit de recours des organisations environnementales en Suisse a montré l'utilité indéniable de la recherche empirique dans le cadre d'un débat trop passionné, même si la démarche n'a pas permis d'évacuer toute la composante polémique de ce débat.

Dans un contexte beaucoup plus serein, une recherche empirique sur l'usage effectif des voies de recours en matière administrative – quel que soit le type ou la combinaison d'approches adopté – apporterait certainement une contribution très fructueuse d'une part à la bonne mise en œuvre de l'accès généralisé à la justice et d'autre part à l'amélioration du fonctionnement et de la production de l'administration en réponse au contentieux observé. Cette contribution serait encore plus intéressante si elle pouvait s'inscrire dans un cadre comparatif.

Thierry Tanquerel, Prof. Dr., Directeur du Département de droit administratif et fiscal, Université de Genève, Faculté de Droit. E-Mail: thierry.tanquerel@droit.unige.ch



Notes

- 1 Ce type d'approche n'est en revanche ni rare ni récent aux Etats-Unis, voir, par exemple, Vogel (1986) ; Melnick (1983) ; Feeley/Rubin (1998).
- 2 ATF 120 Ia 209, 213 ss, O. ; ATF 121 I 30, 34/35, Schweizerische Nationalbank; 122 I 294, 297 ss, Erbgemeinschaft Marcuard ; ATF 127 I 44, 45 ss, Schmid.
- 3 ATF 126 I 228, 230, A.; 123 I 87, 88, B. ; ATF 125 V 499, 504, B.; ATF 121 V 109, 110/111, F. ; ATF 119 Ia 221, 225, H.
- 4 ATF 129 I 207, 212, X. und Y.
- 5 ATF 125 I 417, 419 ss, B.; ATF 121 I 379, 380 ss, R.
- 6 ATF 126 I 228, 232, A.; ATF 123 I 87, 91, B.
- 7 ATF 120 Ia 19, 28, R.
- 8 L'article 13 CEDH, qui exige l'ouverture d'un « recours effectif » devant une instance nationale en cas de violation d'un droit protégé par la CEDH, n'a pas eu d'effet analogue, car cette disposition n'exige pas que le recours effectif soit ouvert auprès d'une autorité judiciaire (ATF 121 I 87, 90/91, VPM).
- 9 Voir Errass (2004).
- 10 Voir le « Tableau des travaux législatifs en cours ou planifiés » de l'OFEV, sur site Internet de celui-ci, à l'adresse http://www.bafu.admin.ch/suchen/index.html?lang=fr&page_num=1.
- 11 Articles 97 ss de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OI), abrogée dès le 1er janvier 2007.
- 12 Articles 84 ss OI.
- 13 Article 98a OI.
- 14 Pour une présentation de cette réforme en ce qui concerne le droit public, voir Bellanger/Tanquerel éd. (2006) passim ; voir aussi Gächter/Thurnherr (2006) ; Häfelin/Haller/Keller (2006) ; Karlen (2006) ; Kiener/Kuhn (2006) ; Koller (2006) ; Portmann éd. (2007) ; Seiler/von Werdt/Güngerich (2007) ; Tschannen éd. (2007).
- 15 Message (1997) p. 531. Voir aussi Tophinke (2006) p. 98 ss ; Mader (2006) p. 14 et Lugon/Poltier/Tanquerel (2006) p. 108-109.
- 16 Mader (2006) p. 14 ; Message (1997) p. 531.
- 17 Loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (LTAf, RS 173.32).
- 18 RS 173.110.
- 19 Lugon/Poltier/Tanquerel (2006) ; Auer (2006).
- 20 Lugon/Poltier/Tanquerel (2006) p. 118.
- 21 RS 172.021.
- 22 Message (1997) p. 498 et (2001) p. 4014.
- 23 Message (1997) p. 502.
- 24 Id. p. 509.
- 25 Id. p. 513 ss.
- 26 Mader (2006)
- 27 Message (2001) p. 4010 ss.
- 28 Id. p. 4011 ss.
- 29 Moor (2006) p. 180-181.
- 30 RS 451.
- 31 RS 814.01.
- 32 RS 704.
- 33 Pour une liste de ces interventions, voir Flückiger/Morand/Tanquerel (2000) n° 166 et CAJ-E (2005) p. 5046.
- 34 CAJ-E (2005) p. 5045 et 5071 ss.
- 35 Pour une analyse critique de ces propositions, voir Tanquerel (2005) p. 192 ainsi que, plus optimistes, Griffel (2006) et Keller/Thurnherr (2006) p. 310 ss.
- 36 FF 2007 p. 9.
- 37 Pour une appréciation critique de cette initiative, voir Tanquerel (2005) p. 199 ss et Keller/Thurnherr (2006) p. 304 ss.
- 38 FF 2006 p. 5615.
- 39 Voir les communiqués de presse annonçant en septembre 2006 le rejet de l'initiative par le Conseil fédéral (<http://www.news.admin.ch/message/?lang=fr&msg-id=7347>), puis en mai 2007 son acceptation de cette initiative (<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=12377>).
- 40 Initiative parlementaire 04.421 du 19 mars 2004.
- 41 Article 89 alinéa 1 lettres b et c LTF, et auparavant article 103 lettre a OI. A noter que l'adverbe « particulièrement » ne figure que dans la nouvelle LTF. Les avis sont partagés quant à son éventuel effet restrictif sur la qualité pour agir, la majorité de la doctrine prévoyant que cet effet sera limité voire nul.
- 42 ATF 123 II 376, 379, Gonseth; ATF 123II 115, 119, X.
- 43 ATF 124 II 293, 307, Glattfelden; ATF 121 II 39, 46, Association pour la sauvegarde de Corsier et environs.
- 44 Sur ces points, voir Flückiger/Morand/Tanquerel (2000) n° 905 ss et 1029 ss; Tanquerel (1996) p. 79 ss.
- 45 Nous laissons de côté la LCPR, dont l'importance pratique est marginale.
- 46 Ordonnance relative à la désignation des organisations habilitées à recourir dans les domaines de la protection de l'environnement ainsi que de la protection de la nature et du paysage du 27 juin 1990 (ODO – RS 814.076).
- 47 Flückiger/Morand/Tanquerel (2000) n° 200.
- 48 Flückiger/Morand/Tanquerel (2000) n° 206 ss.
- 49 Annexe à l'ordonnance relative à l'étude d'impact sur l'environnement du 19 octobre 1988 (OEIE – RS 814.011).
- 50 Voir, par exemple, le communiqué de l'Union démocratique du centre, du 13 juin 2006, dis-



- ponible sur le site du Parlement fédéral à l'adresse : <http://www.parlament.ch/f/do-beschwerde.htm>.
- 51 Voir, par exemple, Griffel (2006), Keller/Thurnherr (2006), Tanquerel (2005), Lendi (2004), Tanquerel (1996), Kölz (1985), Riva (1980). Pour une bibliographie plus complète, voir Tanquerel (2005) p. 184 et (1996) p. 233.
- 52 Riva (1980) p. 107 ss.
- 53 Tanquerel (1996) p. 135 ss et 169 ss.
- 54 Badillatti (1992) ; Rodewald (2004).
- 55 Flückiger/Morand/Tanquerel (2000).
- 56 Flückiger/Morand/Tanquerel (2000) n° 25, 253 et 420.
- 57 Id. n° 265 ss.
- 58 Id. n° 40 et 527 ss.
- 59 Id. n° 167 ss où il est relevé (n° 171) que le but du législateur peut aussi avoir été, accessoirement, la représentation d'intérêts diffus de la population.
- 60 Cette proportion s'élevait à 1% si l'on ne prenait en considération que les cas où les organisations étaient recourantes, à l'exclusion de ceux où elles étaient intimées, Flückiger/Morand/Tanquerel (2000) n° 264.
- 61 Flückiger/Morand/Tanquerel (2000) n° 263.
- 62 Id. n° 273 ss.
- 63 Id. n° 419.
- 64 Id. n° 254 et 420.
- 65 Tanquerel/Flückiger/Dubouchet (2004).
- 66 Flückiger/Morand/Tanquerel (2000) n° 265.
- 67 Tanquerel/Flückiger/Dubouchet (2004).
- 68 Flückiger/Morand/Tanquerel (2000) n° 529 ss et 789 ss, spéc. n° 794 et n° 809 ss.
- 69 Id. n° 802 ; CAJ-E (2005) p. 5057.
- 70 Cf. p. ex. Lendi (2004) p. 32.
- 71 CAJ-E (2005) p. 5051.
- 72 Voir l'exemple du stade du Hardturm, à Zurich, retardé par des recours dans lesquels les voisins ont joué un rôle prépondérant, mais qui a suscité une violente critique de l'Association Transports et Environnement (ATE), cf. à ce sujet Griffel (2006) et Tanquerel (2005) p. 195.
- 73 Tanquerel (2005) p. 193.
- 74 Message (2001) p. 4008.
- 75 Barré/Aubusson de Cavarlay/Zimolag (2005); Barré/Aubusson de Cavarlay/Zimolag (2006).
- 76 On peut aussi imposer l'exigence d'informer sur leur activité contentieuse, donc de tenir des statistiques aux recourants « institutionnels », à savoir les autorités et les organisations spécialement habilitées à recourir. Le rapport de la commission du Conseil des Etats le réclame pour les organisations de protection de l'environnement, CAJ-E (2005) p. 5053.
- 77 En ce sens, Tanquerel (2005) p. 189.

- 78 Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration du 17 décembre 2004 (Loi sur la transparence, LTrans, RS 152.3).
- 79 Tanquerel/Planchet (2004).

Bibliographie

- Auer, C., 2006, «Auswirkungen der Reorganisation der Bundesrechtspflege auf die Kantone», *ZBl* 2006 121 ss.
- Badillatti, Marco, 1992, Une idée qui finit par s'imposer – 25 ans de droit recours au service de la protection de la nature, du paysage et du patrimoine, Berne.
- Barré, M.-D./Aubusson de Cavarlay, B./Zimolag, M., 2005, Dynamique du contentieux administratif. Analyse statistique de la demande enregistrée par les tribunaux administratifs (1999-2004), Paris, CESDIP.
- Barré, M.-D./Aubusson de Cavarlay B./Zimolag M., 2006, Etude exploratoire. Dynamique du contentieux administratif. Analyse statistique de la demande enregistrée par les tribunaux administratifs (1999–2004). Note de synthèse, Paris, CESDIP.
- Bellanger, François/Tanquerel, Thierry (éd.), 2006, Les nouveaux recours fédéraux en droit public, Genève/Zurich/Bâle.
- CAJ-E – Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, 2005, Rapport concernant l'initiative parlementaire « Simplification de l'examen de l'impact sur l'environnement et prévention d'abus grâce à une définition plus précise du droit de recours des organisations », FF 2005 p. 5041 ss.
- Errass, Christoph, 2004, « Die Aarhus-Konvention und ihre Umsetzung ins schweizerische Recht », *DEP – Droit de l'environnement dans la pratique*, 2004, p. 47 ss.
- Feeley M./Rubin E.L., 1998, *Judicial policy making and the modern state. How courts reformed America's prisons*, Cambridge.
- Flückiger, Alexandre/Morand, Charles-Albert/Tanquerel, Thierry, 2000, « Evaluation du droit de recours des organisations de protection de l'environnement », *Cahiers de l'environnement* n° 314, OFEFP, Berne.
- Gächter T., Thurnherr D., 2006, «Neues Bundesgerichtsgesetz: Rechtsschutz gewahrt», *Plädoyer* 2/2006 p. 32 ss.
- Griffel, Alain, 2006, « Das Verbandsbeschwerderecht im Brennpunkt zwischen Nutz- und Schutzinteressen », *DEP – Droit de l'environnement dans la pratique*, 2006, p. 95 ss.
- Häfelin U./Haller W./Keller H., 2006, *Bundesgericht und Verfassungsgerichtsbarkeit nach der Justizreform – Supplement zur 6. Aufl. des «Schweizerischen Bundesstaatsrechts»*, Zurich/Bâle/Genève.





- Karlen, P., 2006, Das neue Bundesgerichtsgesetz, Bâle.
- Keller H./Thurnherr D., 2006, « Verbandbeschwerde im Kreuzfeuer der Kritik. Analyse aktueller Reformvorschläge unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf der ländlichen Raum », in Schmid/Seiler éd., Recht der ländlichen Raums, Zurich/Bâle/Genève, p. 283 ss.
- Kiener R./Kuhn M., 2006, «Das neue Bundesgerichtsgesetz – eine (vorläufige) Würdigung», ZBl 2006 p. 141ss.
- Kölz, Alfred, 1985, « Die Vertretung des öffentlichen Interesses in der Verwaltungsrechtspflege », ZBl 1985 p. 49 ss.
- Koller, H., 2006, «Grundzüge der neuen Bundesrechtspflege und des vereinheitlichten Prozessrechts», ZBl 2006 p. 57 ss.
- Lendi, Martin, 2004, « Bauvorhaben zwischen Vision und Beschwerde », DISP 157 2/2004, p. 26 ss.
- Lugon, Jean-Claude/Poltier, Etienne/Tanquerel, Thierry, 2006, « Les conséquences de la réforme de la justice fédérale pour les cantons », in Bellanger/Tanquerel éd. (2006) p. 102 ss.
- Mader, Luzius, 2006, « La réforme de la justice fédérale : genèse et grands principes », in Bellanger/Tanquerel éd. (2006) p. 9 ss.
- Melnick, R. Shep, 1983, Regulation and the Courts – The Case of the Clean Air Act, Washington.
- Message, 2001, du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, FF 2001 4000 ss.
- Message, 1997, du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 11 ss.
- Moor, Pierre, 2006, « De l'accès au juge et de l'unification des recours » in Bellanger/Tanquerel éd. (2006) p. 153 ss.
- Riva, Enrico, 1980, Die Beschwerdebefugnis der Natur- und Heimatschutzvereinigungen im schweizerischen Recht, Berne.
- Rodewald, Raimund, 2004, « Verbandsbeschwerderecht – eine unendliche Geschichte », DISP 157 2/2004, p. 42 ss.
- Portmann U. (éd.), 2007, La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, Lausanne.
- Seiler, H./von Werdt, N./Güngerich, A., 2007, Bundesgerichtsgesetz (BGG) : Bundesgesetz über das Bundesgericht, Berne.
- Tanquerel, Thierry, 2005, « Les opposants à la construction », in Journées suisses du droit de la construction 2005, Fribourg, p. 183 ss.
- Tanquerel, Thierry, 1996, Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis, Bâle/Francfort-sur-le-Main.
- Tanquerel, Thierry/Flückiger, Alexandre/Dubouchet, Julien, 2004, Droit de recours des organisations écologistes – Statistiques actualisées relatives au recours de droit administratif au Tribunal fédéral (55 LPE/12 LPN/ 14 LCPR), disponible sur le site Internet du Parlement fédéral à l'adresse <http://www.parlament.ch/f/do-beschwerde.htm>.
- Tanquerel, Thierry/Planchet Pascal, 2004, « L'approche comparative à partir du cas de la région lémanique », in Lebreton éd., Etat de droit et urbanisme, Cahiers du GRIDAUH n° 11-2004, Paris, p. 233 ss.
- Tschannen, Pierre (éd.), 2007, Neue Bundesrechtspflege : Auswirkungen der Totalrevision auf den kantonalen und eidgenössischen Rechtsschutz – BTJP 2006, Berne.
- Tophinke, Esther, 2006, «Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung», ZBl 2006 88 ss.
- Vogel, David, 1986, National Styles of Regulation: Environmental Policy In Great Britain and the United States, Ithaca, New-York.

Zusammenfassung

Der Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren wurde mit dem Inkrafttreten der Justizreform, insbesondere mit Artikel 29a BV, der den Anspruch auf richterliche Beurteilung garantiert, noch einmal weiter ausgedehnt. Diese Ausdehnung der gerichtlichen Beurteilung der Verwaltungstätigkeit ist das Resultat aus Überlegungen der Rechtswissenschaft und nicht aus empirischen Studien. Das Beispiel des Verbandsbeschwerderechts der Umwelt, Natur- und Heimatschutzverbände zeigt jedoch, dass empirische Studien über die Verwaltungsrechtspflege einen konstruktiven und wichtigen Beitrag zu politischen Debatten leisten können. Eine Evaluation der konkreten praktischen Erfahrungen mit der Ausdehnung des Rechtsschutzes, insbesondere mit Artikel 29a BV, aber auch andere empirische Untersuchungen im Zusammenhang mit der Praxis der Verwaltungsrechtspflege wären deshalb sehr willkommen.