

« Succès des recours au Tribunal fédéral: analyse du contentieux administratif de 1990 à 2008 »

Frédéric Varone / Karin Byland / Thierry Tanquerel / Arun Bolkensteyn | *Cet article analyse l'issue des 71'849 affaires liquidées par le Tribunal fédéral, de 1990 à 2008, en matière administrative. Les résultats empiriques montrent que le taux de succès des recours s'élève à 23% et s'avère remarquablement stable. Il diverge toutefois selon les domaines de politiques publiques et la provenance cantonale des recours. Il est notamment plus élevé quand le recours concerne les assurances sociales (30%), quand l'autorité précédente, dont la décision est contestée devant le Tribunal fédéral, est une autorité judiciaire cantonale (25%), et quand la voie de droit activée est un recours de droit administratif ou un recours en matière de droit public (28%). En matière d'assurances sociales plus particulièrement, le taux de succès est plus élevé lorsque les assureurs recourent (63%) ou lorsque les assurés qui recourent sont assistés par un avocat (29%).*

Sommaire

- 1 Introduction
- 2 Contentieux administratif judiciaire
 - 2.1 Définition
 - 2.2 Méthodologie et champ empirique
 - 2.3 Evolution historique
- 3 Evolution du taux de succès des recours au Tribunal fédéral
 - 3.1 Taux de succès global
 - 3.2 Différences entre les domaines de politiques publiques
 - 3.3 Différences selon la provenance cantonale des recours
- 4 Facteurs explicatifs : une analyse exploratoire
 - 4.1 Types d'autorités précédentes
 - 4.2 Types de recours
 - 4.3 Types de recourants
 - 4.4 Présence d'un avocat
- 5 Conclusion

1 Introduction

Dans son article paru dans *LeGes* en 2007, Thierry Tanquerel relevait que la réforme de la justice fédérale, qui élargit les voies de recours et institue une garantie générale d'accès au juge en matière administrative, a été justifiée par des considérations dogmatiques plutôt que par les résultats d'études empiriques sur le contentieux administratif judiciaire (Tanquerel 2007, 208-209). Le Conseil fédéral a certes évoqué la surcharge du Tribunal fédéral (TF) comme élément factuel légitimant cette réforme.¹ Néanmoins, il n'a pas réalisé d'analyse

systématique sur les causes de cette surcharge, tout comme il n'a pas évalué *ex ante* les effets des nouvelles règles sur le fonctionnement des tribunaux compétents (par ex. augmentation significative du nombre de dossiers), sur l'activité de l'administration (par ex. charge supplémentaire liée à la nécessité de notifier des décisions formelles sujettes à recours dans des domaines auparavant exclus du contrôle judiciaire en raison du caractère « bagatelle » des mesures prises) et encore moins sur la stratégie des administrés (par ex. changement de comportement dans un sens plus contentieux).

Relevons par contre que l'Office fédéral de la justice pilote actuellement une évaluation *ex post* des effets de la réforme de la justice (Lienhard et al. 2010), dont les premiers résultats ont été publiés en juin 2010 par le Conseil fédéral (FF 2010 4413). Cette évaluation traite notamment du volume d'affaires liquidées, entre 2002 et 2008, par le TF, le Tribunal pénal fédéral (TPF), les anciennes commissions de recours fédérales (actives jusqu'en 2006), le Tribunal administratif fédéral (TAF, actif dès 2007), le service de recours du Département fédéral de justice et police (DFJP), et les tribunaux cantonaux supérieurs de sept cantons (BE, SH, SO, TI, VD, VS et ZH). Les statistiques exploitées portent également, mais de manière sommaire et sans tirer de conclusion générale, sur le mode de liquidation des affaires portées devant le TF (Lienhard et al. 2010, 157).

Notre article s'inscrit dans une réflexion similaire à ces premiers travaux tout en élargissant la période analysée (de 1990 à 2008) et, surtout, en analysant plus finement les différentes catégories de politiques publiques qui constituent le contentieux administratif judiciaire. Il vise concrètement à répondre à la question de recherche suivante: quel est le taux de succès des recours formés devant le TF et quels en sont les principaux facteurs explicatifs? Pour répondre à cette interrogation, nous procédons en quatre temps. Premièrement, nous explicitons le concept de contentieux administratif judiciaire, ainsi que la méthodologie appliquée pour classer et analyser les recours selon les domaines de politiques publiques. Ce faisant, nous résumons brièvement l'évolution des affaires liquidées par le TF sur les deux dernières décennies. Deuxièmement, nous mesurons le taux de succès des recours déposés devant le TF. Troisièmement, nous estimons l'impact du type d'instance précédant le TF, de la voie de droit utilisée, du type de recourant ainsi que de la présence d'un avocat sur le taux de succès. Finalement, nous proposons plusieurs pistes de recherche pour poursuivre cette analyse quantitative.

2 Contentieux administratif judiciaire

2.1 Définition

Par contentieux administratif judiciaire, nous comprenons aussi bien les recours contre une décision de l'administration que le contentieux par voie d'action. La prétention doit être fondée sur le droit public. Notre définition va plus loin que le simple droit administratif, en englobant notamment l'ensemble du contentieux relatif aux droits politiques (par ex. litige relatif à la validité d'une initiative populaire). Bien que relevant du droit constitutionnel, et non du droit administratif, le contrôle abstrait² des actes normatifs cantonaux a aussi été considéré dans le cadre de notre recherche. En effet, les décisions sur la validité de ces actes sont susceptibles d'avoir une grande influence sur le contenu des politiques publiques (cf. Tornay 2008).

2.2 Méthodologie et champ empirique

D'un point de vue méthodologique,³ nous avons constitué une base de données qui englobe toutes les affaires liquidées par le TF, le TAF, les anciennes commissions de recours fédérales ainsi que par les tribunaux administratifs, les tribunaux des assurances sociales et les commissions de recours dans les cantons de Berne, Genève et Zurich de 1990 à 2008.⁴

Notre analyse empirique porte sur les affaires liquidées annuellement par ces instances judiciaires. En effet, les statistiques disponibles sont plus exhaustives pour les affaires liquidées que pour les affaires entrées. Nous présupposons que le nombre de cas entrés et le nombre de cas liquidés évoluent de façon similaire, sans doute avec un décalage d'environ une année, ce qui ne remet pas en cause la direction générale des évolutions constatées.⁵

En ce qui concerne le TF, y compris l'ancien Tribunal fédéral des assurances (TFA), notre corpus comprend 71'849 affaires, chacune étant codée selon les variables suivantes: le numéro du dossier attribué par le TF, la date de la décision du TF, l'autorité précédente (administrative ou judiciaire, fédérale ou cantonale), la matière concernée (selon notre nomenclature des domaines de politiques publiques), le type de recours et l'issue du recours (radié, irrecevable, rejeté, partiellement admis et admis), ainsi que le canton de provenance de l'affaire si l'instance précédente n'est pas une autorité fédérale.

Nous avons construit une typologie des matières traitées pour cerner l'ensemble du contentieux administratif. Les tribunaux fédéraux et chaque canton utilisant une classification par matière différente, il a fallu élaborer une nomenclature commune des domaines de politiques publiques (reproduite en annexe, cernant l'ensemble du contentieux administratif). Notre nomenclature a été élaborée sur la base de celle utilisée par le TAF et le TF. Il a ensuite fallu créer une liste de

concordance entre notre nomenclature et le classement utilisé par les tribunaux cantonaux. En matière d'assurances sociales, il est généralement aisé de déterminer quelle assurance est concernée par le recours et les statistiques cantonales en la matière sont donc relativement détaillées. Il n'en va pas toujours de même s'agissant du droit administratif général.

Une difficulté méthodologique supplémentaire a résidé dans les lacunes des différents appareils statistiques des tribunaux. Nous travaillons en effet avec des statistiques déjà élaborées. Chaque juridiction encode ses recours selon son propre masque de codage et chaque encodeur est soumis à une certaine subjectivité quant à l'enregistrement du recours. Des entretiens réalisés avec plusieurs tribunaux (par ex. TF, TAF, Tribunal administratif de Genève) ainsi que de nombreux échanges par courrier ou téléphone ont toutefois permis de contrôler au mieux cet éventuel biais.

Outre la constitution et l'analyse de cette base de données, nous avons également procédé à la sélection d'un échantillon d'arrêts du TF concernant le domaine des assurances sociales pour la période 2004-2008. Le codage de ces arrêts, qui sont représentatifs du contentieux global des assurances sociales (par ex. par rapport à la distribution des arrêts selon les sous-catégories, à l'issue des recours, etc.), nous a permis d'affiner le test empirique d'hypothèses relatives à l'influence du type de recourant et de la présence d'un avocat sur l'issue du recours.

2.3 Evolution historique

Nos premiers constats empiriques portent sur le volume global du contentieux administratif judiciaire au TF (soit le nombre d'affaires liquidées annuellement), ainsi que sur les différences observables entre domaines de politiques publiques d'une part, et entre cantons d'autre part.

Nous observons ainsi que le contentieux global a augmenté de 50% entre 1990 et 2008. Cette croissance résulte clairement des assurances sociales: le nombre d'affaires liquidées dans ce domaine a doublé entre 1990 (1'143 affaires) et 2008 (2'462). Le poids relatif des assurances sociales par rapport à l'ensemble des affaires liquidées par le TF a quant à lui augmenté continuellement, passant d'environ quatre affaires sur dix en 1990 à six affaires sur dix en 2008. Au sein de la catégorie des assurances sociales, et pour toute la période observée, l'assurance-invalidité (AI) est de loin la sous-catégorie la plus importante, suivie de l'assurance vieillesse et survivants (AVS), de l'assurance-accidents, de l'assurance-chômage et de l'assurance-maladie. Si nous faisons abstraction de la catégorie « assurances sociales », les principales autres catégories du contentieux global sont le « droit de cité et droit des étrangers » (en moyenne 19.9%, hors assurances sociales), le «

droit fiscal» (17.7%), les «politiques publiques à pertinence spatiale » (16.9%) et la « circulation routière » (6.3%). En moyenne, ces quatre catégories représentent 60.8 % de l'ensemble du contentieux hors assurances sociales.

Au-delà des différences entre domaines de politiques publiques, l'analyse quantitative permet également d'identifier la provenance cantonale des recours déposés devant le TF. Si, pour la comparaison entre cantons, on retient comme indicateur le nombre d'affaires liquidées par le TF pour 1'000 habitants dans chaque canton, alors on observe des situations très contrastées. Les cantons du Tessin, de Genève, Bâle-Ville et Nidwald affichent une moyenne annuelle d'affaires liquidées par le TF pour 1'000 habitants (entre 0.8 et 0.6) sensiblement plus importante que celle des cantons de Berne, Argovie, Uri et Bâle-Campagne (0.3). La majorité des autres cantons, dont Zurich et Vaud notamment, occupent quant à eux une position intermédiaire (entre 0.35 et 0.5).

3 Evolution du taux de succès des recours au Tribunal fédéral

L'analyse de l'issue des recours déposés devant le TF est essentielle dans la mesure où elle permet de savoir qui de l'Etat ou de ses administrés gagne dans une procédure contentieuse. Afin de l'aborder de manière quantitative, nous avons analysé les taux de succès, en distinguant, comme dans la section précédente, les catégories de politiques publiques et les situations cantonales.

3.1 Taux de succès global

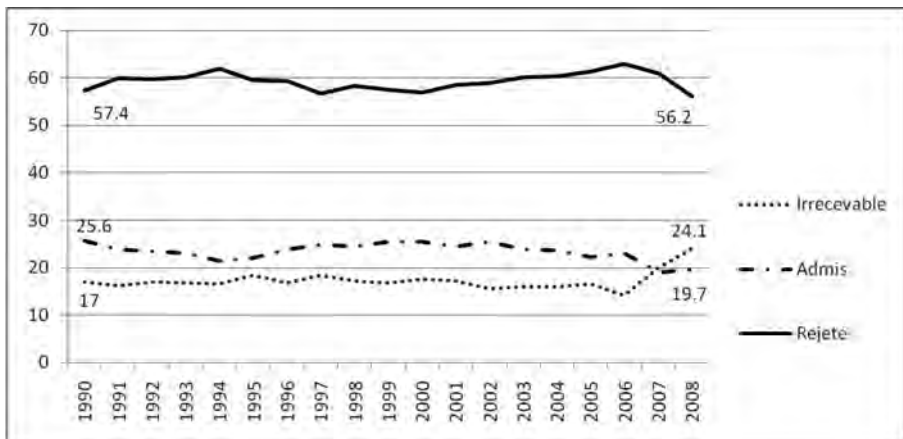
Afin de mesurer correctement le taux de succès des recours déposés devant le TF, il s'agit en premier lieu de ne considérer que les affaires jugées. En effet, lorsqu'un recours est « radié », parce qu'il est devenu sans objet ou qu'il a été retiré, il est impossible de savoir s'il s'agit d'un succès ou d'une défaite pour le recourant, à moins de consulter le dossier complet de l'affaire. En effet, un recours peut être retiré parce que l'autorité intimée a modifié sa décision en faveur du recourant, mais aussi parce que ce dernier réalise que son recours est voué à l'échec. Pour cette raison, nous écartons les recours radiés ainsi que les « divers » pour calculer le taux de succès. Relevons que le poids relatif des recours radiés a constamment baissé de 1990 à 2008 (de 9.8% en 1990 à 4.2% en 2008 des affaires liquidées) au niveau du TF.⁶

Les recours admis et partiellement admis sont ensuite regroupés sous « admis ». Dans le cas d'un recours partiellement admis, il n'est en effet pas possible de savoir, sans une lecture de l'arrêt du TF, si le recours a été partiellement rejeté sur un point secondaire ou si au contraire le recourant n'a obtenu gain de cause que sur un aspect mineur. Néanmoins, il s'agit toujours, dans une certaine mesure,

d'un succès pour le recourant. Lorsqu'une avance de frais n'a pas été fournie, le recours a en principe été classé comme « irrecevable ». En fin de compte, le taux de succès correspond au rapport entre le nombre de recours admis et le nombre de recours formellement jugés (rejeté, irrecevables et admis).

Toutes catégories de politiques publiques confondues, le taux de succès global au TF est de 23.4% pour la période 1990-2008. En outre, 59.3% des recours jugés ont été rejetés et 17.3% ont été déclarés irrecevables (cf. graphique 1). Il faut toutefois relever que, hors assurances sociales, le taux de succès global est seulement de 15.4%, 61.6% des recours étant rejetés et 23% déclarés irrecevables. D'où la pertinence de regarder en détail les taux de succès pour chaque (sous) catégorie de politiques publiques (cf. point 3.2).

Graphique 1: Evolution de l'issue des affaires liquidées par le TF de 1990 à 2008 (sans les affaires radiées)



Par ailleurs, nous observons une augmentation importante des recours irrecevables en 2007 qui est essentiellement due à une croissance des recours irrecevables en matière d'assurance-invalidité et en matière de droit de cité et droit des étrangers. Cette hausse s'est poursuivie en 2008. Les nouvelles exigences procédurales introduites par la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110) ne semblent pas expliquer cette augmentation. Ainsi, jusqu'en 2007, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) ne percevait « en règle générale » pas de frais dans les procédures concernant l'octroi ou le refus de prestations d'assurance. La LTF a supprimé cette exception, si bien que des frais judiciaires sont systématiquement perçus (art. 65 al. 4 lit. a LTF), sous réserve de l'octroi de l'assistance judiciaire (art.

64 LTF). En pratique, cela s'est traduit par 154 recours en matière d'assurances sociales déclarés irrecevables pour cause de non-paiement de l'avance de frais en 2007, contre 108 en 2005 et 104 en 2006. Toutefois, ce nombre est tombé à 75 en 2008, si bien que l'exigence d'une avance de frais ne semble pas expliquer, de manière définitive en tous les cas, la hausse du nombre de recours irrecevables. Cette dernière semble plutôt due aux recours ne remplissant pas certaines exigences formelles déjà existantes, notamment celles concernant la motivation du recours (art. 42 LTF; art. 90 al. 1 aOJ [loi fédérale du 16 décembre 1943 d'organisation judiciaire] et art. 108 aOJ sous l'ancien droit).

3.2 Différences entre les domaines de politiques publiques

L'analyse des taux de succès selon les catégories de la nomenclature montre des différences importantes (voir le tableau en annexe pour les résultats détaillés). Ainsi, le taux de succès global en matière d'assurances sociales (avec une moyenne de 1'943 affaires formellement jugées par an) s'élève à 29.9%. En matière de prévoyance professionnelle, d'assurance-invalidité, de prestations complémentaires à l'AVS/AI et d'assurance chômage, le taux de succès global dépasse les 30%. En matière d'AVS, de l'assurance-maladie, d'assurance accidents, d'assurance militaire, APG et assurance maternité le taux de succès oscille entre 25 et 29%.

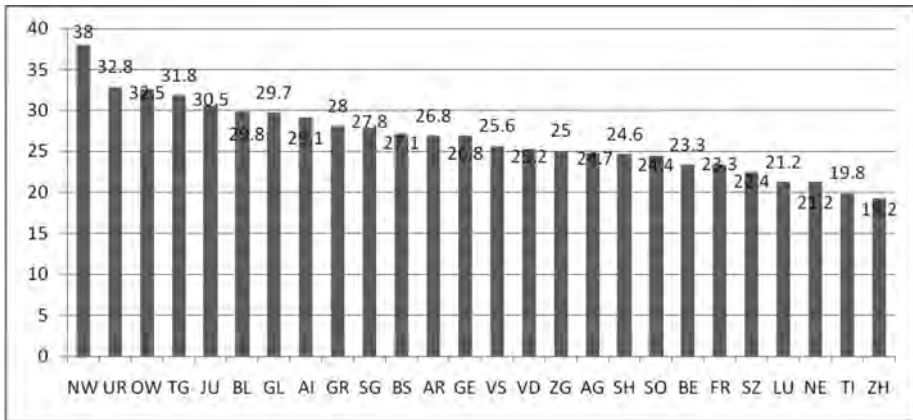
A l'inverse, le taux de succès global de la catégorie « droit de cité et droit des étrangers » (moyenne de 353 affaires formellement jugées par an) est extrêmement bas avec 8.2%. Nous formulons l'hypothèse que ce faible taux de succès est dû à la grande marge d'appréciation de l'autorité administrative. En matière du droit des étrangers l'administré ne dispose en effet généralement pas d'un droit à obtenir une autorisation, même s'il remplit les conditions.⁷

Les trois autres catégories quantitativement importantes affichent des taux de succès comparables. En matière de « politiques publiques à pertinence spatiale » (moyenne de 261 affaires formellement jugées par an), le taux de succès global s'élève à 19.7% pour la période de 1990 à 2008. Ce taux est de l'ordre de 17.5% pour la catégorie « droit fiscal » (moyenne de 281 affaires formellement jugées par an), et de 18.4% pour la catégorie « circulation routière » (moyenne de 100 affaires formellement jugées par an).

3.3 Différences selon la provenance cantonale des recours

L'analyse de l'issue des affaires liquidées par le TF selon leur provenance cantonale permet de comparer systématiquement les taux de succès respectifs des recours formés contre les décisions des différentes instances cantonales (cf. graphique 2).

Graphique 2: Taux de succès global des affaires liquidées par le TF de 1990 à 2008 selon la provenance cantonale (sans les affaires radiées)



Le taux de succès s'avère ainsi le plus élevé pour les recours formés contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance de Nidwald, Uri et Obwald (entre 38% et 32.5%). Dit autrement, les jugements de ces autorités cantonales sont le plus fréquemment renversés par le TF. A l'inverse, les jugements des autorités tessinoises et zurichoises sont le plus souvent confirmés par le TF (taux de succès entre 19.8% et 19.2%). En conséquence, on peut se demander si la « résistance » des jugements cantonaux est liée à la taille de l'appareil juridique cantonal (notamment le nombre et le niveau de professionnalisation des juges, le nombre de recours déposés et l'expérience accumulée dans divers domaines du contentieux administratif, etc.), au type d'autorité précédente (autorité judiciaire vs autorité administrative, ou commission de recours vs tribunal; voir section 4.1 ci-dessous), à la qualité des lois cantonales, etc. Nous n'avons pas été en mesure de tester systématiquement ces diverses hypothèses compte tenu de l'absence de données secondaires sur ces particularités cantonales.

Par contre, nous nous sommes focalisés sur l'hypothèse selon laquelle plus le taux de succès en dernière instance cantonale baisse, plus le taux de succès au TF devrait augmenter. On peut en effet se demander si un taux de succès élevé au TF ne s'explique pas, partiellement du moins, par une pratique restrictive au niveau cantonal. Nous devrions observer, le cas échéant, que le taux de succès des affaires provenant d'un canton et qui sont liquidées par le TF (pour une année donnée) est inversement proportionnel au taux de succès des affaires liquidées par la dernière instance de ce canton (l'année précédente). Cette relation hypothétique, dont la validité a été testée par une régression linéaire pour les cantons de Berne (1990-2008), Genève (1995-2008) et Zurich (1990-2008), n'est toutefois pas confirmée empiriquement ($N=49$, $R^2=0.053$, $Beta=-0.231$, $p=0.111$). Un taux de

succès bas en dernière instance cantonale n'explique donc pas un taux de succès élevé au niveau fédéral. Forts de ce constat, nous avons ensuite cherché à évaluer l'influence d'autres variables explicatives qui ne sont pas spécifiques au niveau cantonal.

4 Facteurs explicatifs: une analyse exploratoire

Afin d'expliquer les taux de succès observés, nous avons concrètement testé quatre hypothèses principales ayant trait aux types d'autorités précédentes, aux voies de droit activées et aux types de recourants, assistés ou non d'un avocat.

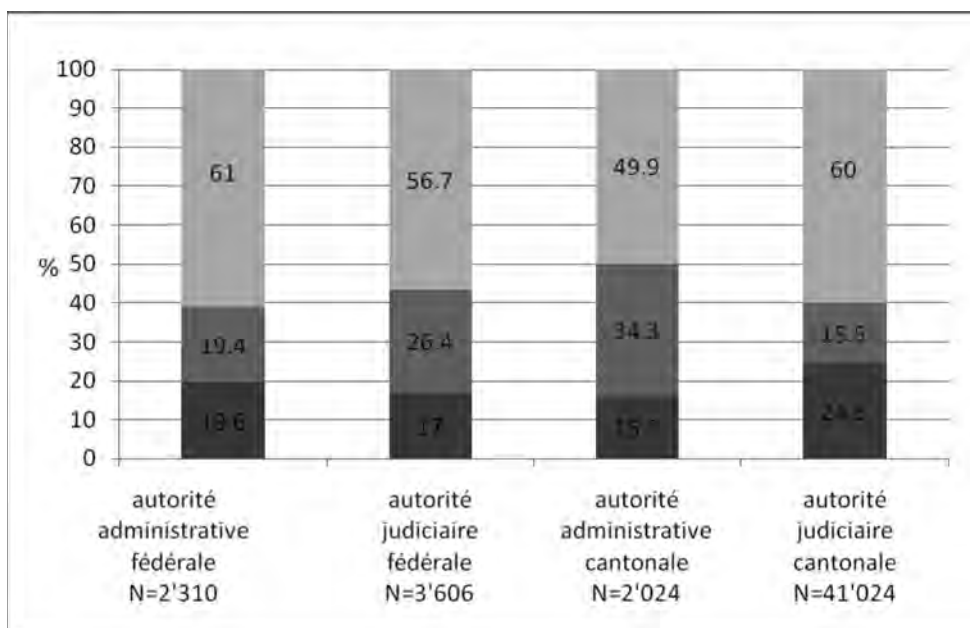
4.1 Types d'autorités précédentes

Premièrement, nous avons postulé que l'issue du procès dépend de l'autorité précédente, le TF renversant moins souvent des décisions prises par une autorité judiciaire (par ex. le TAF ou un tribunal cantonal) que celles rendues par une autorité administrative (par ex. un département fédéral ou cantonal). En effet, contrairement aux autorités administratives – soumises au pouvoir hiérarchique – et politiques, les tribunaux sont explicitement tenus d'être indépendants (notamment vis-à-vis du pouvoir exécutif) et impartiaux (art. 30 al. 1 Cst.). De plus, ils disposent généralement de compétences juridiques plus étendues et de davantage de ressources.

Le test de cette hypothèse n'est possible que pour la dernière décennie, dans la mesure où l'autorité précédente n'est connue que pour 60% des affaires liquidées par le TF entre 1990 et 1995, alors que cette information est disponible pour 98% des affaires liquidées entre 1996 et 2008. Si, pour cette seconde période uniquement, on classe les décisions déferées devant le TF en fonction de l'autorité qui a statué précédemment, nous constatons que les décisions rendues par les autorités judiciaires cantonales représentent très clairement la catégorie la plus importante du contentieux global (83.8%), suivie par les autorités judiciaires fédérales (7.4%), des autorités administratives fédérales (4.7%) et des autorités administratives cantonales (4.1%).

Quand l'autorité précédente est une autorité administrative (fédérale ou cantonale), le taux de succès global des recours est de 17.9%. Par contre, lorsque l'autorité précédente est une autorité judiciaire (fédérale ou cantonale) le taux de succès est plus élevé (23.9%). Par ailleurs, et comme le montre le graphique 3 ci-dessous, les recours formés contre les décisions d'instances administratives et judiciaires fédérales ainsi que contre les autorités administratives cantonales ont un taux de succès similaire (de 15.9% à 19.6%). Lorsque l'instance précédente est une autorité judiciaire cantonale, le taux de succès global est en revanche sensiblement plus élevé (24.5%).

Graphique 3: Issue des affaires liquidées par le TF de 1996 à 2008 selon l'autorité précédente (sans les affaires radiées)



En outre, le taux d'irrecevabilité est sensiblement plus élevé pour les recours contre des décisions d'autorités administratives cantonales (34.3% contre 15.5% à 26.4% pour les autres autorités), ce qui pourrait s'expliquer par le fait que le recours de droit public est la voie de droit la plus utilisée dans ce cas (voir point 4.2 ci-dessous).

Compte tenu des différences importantes quant au taux d'irrecevabilité des recours selon les autorités précédentes, nous avons également comparé le rapport entre le nombre de recours admis et le nombre d'« affaires jugées sur le fond » (recours admis et rejetés, sans les recours radiés ni les recours irrecevables). Cet indicateur nous donne une approximation de la « performance » de l'autorité inférieure intimée. Il se trouve à nouveau être plus élevé quand l'instance précédente est une autorité judiciaire cantonale (29%) que quand il s'agit d'une autorité administrative cantonale (24.1%) ou d'autorités fédérales de type judiciaire (23%) ou administratif (24.3%). En un mot, les décisions rendues par les autorités judiciaires cantonales sont le plus souvent renversées par le TF. Ce constat est contre-intuitif et invalide donc notre hypothèse de départ, en tous les cas pour ce qui concerne le niveau cantonal.

Cette situation inattendue pourrait toutefois s'expliquer par le fait que dans les domaines où il y avait, sous l'ancien régime de l'OJ, un recours direct au Tri-

bunal fédéral contre la décision d'une instance cantonale administrative l'autorité disposait fréquemment d'une plus grande marge de manœuvre. Dans ces domaines (par ex. décisions relatives aux naturalisations ordinaires) le TF a fait preuve d'une grande retenue. Il faut toutefois rappeler que depuis la mise en vigueur de la LTF, une autorité administrative cantonale ne peut être l'instance précédant le TF qu'exceptionnellement, c'est-à-dire quand il s'agit de décisions revêtant un caractère politique prépondérant (art. 86 al. 3 LTF) pour lesquelles l'autorité dispose par définition d'une grande liberté d'appréciation. Pareil constat pourrait également s'expliquer, du moins en partie, par une surcharge des tribunaux cantonaux, par l'ampleur et la complexité des différents domaines du droit administratif ou par un goût du risque plus prononcé, certains tribunaux n'hésitant pas à exploiter toutes les ouvertures juridiques possibles sans craindre la sanction du TF. Enfin, il convient de rappeler que le contentieux en matière d'assurances sociales, domaine dans lequel le taux de succès est plus élevé aux niveaux cantonal et fédéral, relève avant tout de la compétence des tribunaux cantonaux et non des anciennes Commissions fédérales de recours ou des autorités administratives.

Dans tous les cas, il est cependant évident que notre première hypothèse n'est nullement confirmée par nos résultats empiriques; ceci vaut aussi bien pour l'analyse des taux de succès des affaires jugées que pour l'analyse de la performance des tribunaux vis-à-vis des affaires jugées sur le fond.

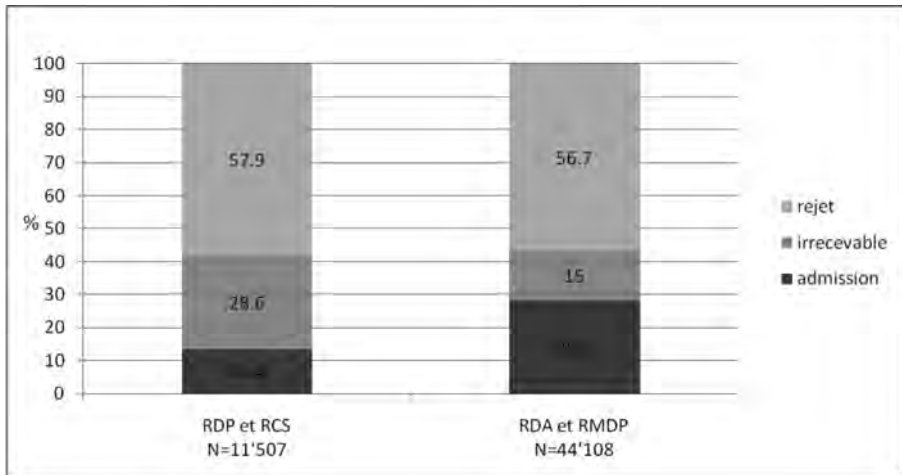
4.2 Types de recours

Deuxièmement, nous supposons que le type de recours a aussi un impact sur l'issue du procès. Quand il s'agit d'un recours de droit public (RDP), les chances de succès sont (a priori) plus faibles que lorsqu'il s'agit d'un recours de droit administratif (RDA), car les griefs à invoquer sont plus étroits pour le RDP (respectivement le recours constitutionnel subsidiaire, RCS) que pour le RDA (respectivement le recours en matière de droit public, RMDP). Si on se penche sur l'utilisation effective de ces voies de droit, on constate que la part des RDA et RMDP (77.4%) dans l'ensemble du contentieux (RDP, RCS, RDA, RMDP, actions de droit administratif, révisions, autres moyens de droit) est plus élevée que celle des RDP et RCS (20,2%).

La mesure empirique du taux de succès des affaires liquidées par le TF, et classées selon la voie de droit utilisée, tend à confirmer notre hypothèse. En effet, le taux de succès global est de 28.3% pour les RDA et RMDP, contre 13.4% seulement pour les RDP et RCS. Le nombre de recours rejetés reste dans le même ordre de grandeur pour les deux types de voies de droit (57%). Par ailleurs, nous observons un taux relativement important de recours irrecevables pour les RDP et RCS

(28.6%), taux deux fois plus élevé que pour les RDA et RMDP; ce qui n'est pas surprenant car la qualité pour agir est également plus restreinte pour ce type de recours (voir graphique 4 ci-dessous).

Graphique 4: Issue des affaires liquidées par le TF de 1990 à 2008, selon les types de recours (sans les affaires radiées)



4.3 Types de recourants

Troisièmement, nous avons postulé que le type de recourant a également un impact sur l'issue du procès. Dans un article de référence pour les sciences politiques, Marc Galanter (1974) a démontré que les intérêts défendus par des acteurs dotés de ressources importantes, par exemple des groupes d'intérêt représentant l'économie privée, tendaient à gagner davantage dans le jeu judiciaire américain. Bien organisés et recourant de manière récurrente à un arbitrage judiciaire, ces acteurs privilégiés poursuivent de fait une stratégie de long terme pour « judicia-riser » graduellement l'action publique. Bien que plusieurs études récentes l'aient relativisée (voir notamment Kritzer et Silbey 2003 ; Brodie et Morton 2004), cette hypothèse demeure toujours dominante. Kritzer (2003) soutient ainsi que les gouvernements et les administrations publiques, qui constituent des « Repeat Players », ont un avantage décisif par rapport aux administrés (qui demeurent généralement des « One Shotters »). Outre l'expérience généralement associée à des recours déposés de manière répétée, les acteurs publics bénéficient de deux atouts supplémentaires: premièrement, ce sont eux qui élaborent les règles de droit que les tribunaux appliquent par la suite. Secondement, et malgré l'indépendance qui est garantie aux membres du pouvoir judiciaire, les tribunaux et les juges constituent une partie intégrante de l'appareil étatique (Kritzer 2003,

343). Ce qui conduit l'auteur à postuler que le taux de succès des recours déposés par les administrations publiques sera plus élevé que celui des administrés.⁸ En vue de tester cette hypothèse pour le cas du TF, notre analyse s'est focalisée sur le contentieux en matière d'assurances sociales. Nous avons concrètement postulé que le taux de succès est plus élevé pour les assureurs que pour les assurés.

Afin de tester empiriquement cette hypothèse, nous avons codé un échantillon de 983 arrêts du TF entre 2004 et 2008, affaires qui concernaient les assurances sociales et provenaient des cantons de Berne, Genève et Zurich. Ces arrêts sont représentatifs des affaires liquidées par le TF (ou par l'ancien TFA), notamment par rapport aux différentes sous-catégories d'assurances sociales et à l'issue des recours. L'analyse empirique montre deux résultats principaux. D'une part, seuls 15.4% des recours sont déposés par des assureurs, 84.6% l'étant par des assurés. D'autre part, le taux de succès global des assureurs (63.3%) est nettement supérieur à celui des assurés (22.7%). L'hypothèse est donc confirmée, même s'il faut souligner que les assureurs recourent rarement au TF. Par ailleurs, il faut aussi relever que le taux de succès des assurés observé ici s'avère sensiblement plus élevé que celui caractérisant le contentieux hors assurances sociales (soit 13%) sur la période 2004 à 2008.

4.4 Présence d'un avocat

Last but not least, la littérature internationale suggère que la présence d'un avocat jouissant d'une expertise en recours auprès de la Cour suprême contribue à augmenter le taux de succès du recourant (Galanter 1974, Kritzer et Silbey 2003, Friedman et Schreiber 1995, Szmer, Johnson et Sarver 2007, McGuire 1995), même si quelques études empiriques tendent à infirmer cette hypothèse (Flemming et Krutz 2002). Il nous est apparu intéressant d'analyser si, en Suisse aussi, le taux de succès des recours au TF s'avère plus élevé pour les affaires dans lesquelles le recourant s'adjoint les services d'un avocat.

Notre base empirique est constituée, ici aussi, des 983 arrêts représentatifs du contentieux en matière d'assurances sociales au TF. L'analyse empirique montre, d'une part, que premièrement 66.9% des assurés sont accompagnés par un avocat (auquel les protections juridiques, juristes et associations de défense des assurés ont été assimilés). D'autre part, la présence d'un avocat augmente les chances de succès des assurés, le taux de succès global étant de 28,5% pour les affaires avec avocat contre uniquement 11% pour les affaires sans avocat. Relevons, de plus, que le taux de recours déclarés irrecevables par le TF est sensiblement plus élevé quand les assurés ne sont pas épaulés par un avocat (38.6%) que lorsqu'ils bénéficient de ce soutien (3.9%). Afin de neutraliser l'effet du nombre important de re-

cours d'assurés déclarés irrecevables, nous avons donc également calculé un « taux de succès qualifié », en ne prenant en compte que les affaires jugées au fond (soit les affaires liquidées sans les radiées ni les irrecevables). Le taux de succès qualifié (global) reste clairement plus élevé lorsque l'assuré est assisté d'un avocat (29.7% contre 17.9%), confirmant par là l'hypothèse de recherche initiale.

5 Conclusion

Notre analyse empirique a démontré que le contentieux administratif judiciaire croît de 50% sur la période observée (1990-2008), principalement en matière d'assurances sociales. A un niveau agrégé, le taux de succès de ces recours (23%) s'avère remarquablement stable. Il diverge toutefois selon les domaines de politiques publiques et la provenance cantonale des recours. Il est notamment plus élevé quand le recours concerne les assurances sociales (30%), quand l'autorité précédente, dont la décision est contestée devant le Tribunal fédéral, est une autorité judiciaire cantonale (25%), et quand la voie de droit activée est un recours en droit administratif ou un recours en matière de droit public (28%). En matière d'assurances sociales plus particulièrement, le taux de succès est plus élevé si les recourants sont des assureurs (63%) ou si les assurés qui recourent sont assistés par un avocat (29%).

A titre conclusif, nous mettons en perspective ces premiers résultats empiriques en dégagant quelques pistes de recherche. Notre analyse n'a retenu que les taux de succès des affaires liquidées par le TF comme variable dépendante. Le système judiciaire étant le reflet du fédéralisme suisse, il semble toutefois opportun de considérer également les affaires liquidées au niveau des cantons comme phénomène à expliquer. Il s'agirait dès lors de dupliquer les analyses présentées ici pour le contentieux administratif judiciaire (volume du contentieux, répartition par catégorie de politiques publiques et taux de succès) des 26 cantons; ce qui présume naturellement l'élargissement de notre base de données actuelle, et par conséquent un énorme travail de codage. Le cas échéant, il serait également possible de tracer plus précisément le cheminement complet d'un dossier, de la décision administrative initiale qui est contestée jusqu'à son éventuel traitement par le TF et aux effets jurisprudentiels induits subséquemment au niveau des cantons. Pareille étude permettrait d'analyser, comme nouvelle variable, les taux de recours respectifs contre les décisions des autorités cantonales (par ex. les tribunaux administratifs) et fédérales (par ex. le TAF). Finalement, cet élargissement de la focale s'avèrerait également pertinent pour évaluer les effets de la réforme de 2007 au niveau des cantons, respectivement ses effets sur les relations entre

les niveaux cantonal et fédéral. En particulier, elle permettrait de cerner les « effets de filtre », donc de réduction de la charge du TF, attendus de la création du TAF ou d'instances judiciaires cantonales comme les tribunaux cantonaux des assurances sociales.

Frédéric Varone, Prof. Dr., Département de science politique et relations internationales, Université de Genève, courriel: frederic.varone@unige.ch; Karin Byland, Doctorante, Département de science politique et relations internationales, Université de Genève, courriel: karin.byland@unige.ch

Thierry Tanquerel, Prof. Dr., Département de droit public, Université de Genève, courriel: thierry.tanquerel@unige.ch; Arun Bolkensteyn, Doctorant, Département de droit public, Université de Genève, courriel: arun.bolkensteyn@unige.ch

Notes

- Cet article est un output du projet 100011-118022/1 financé par le FNS et intitulé « L'utilisation des voies de recours judiciaires en matière administrative en Suisse: analyse empirique aux niveaux fédéral et cantonal ». Nous remercions le Tribunal fédéral, le Tribunal administratif fédéral, les tribunaux administratifs de Berne, Genève et Zurich ainsi que les tribunaux des assurances sociales de Genève et Zurich pour la mise à disposition de leurs bases de données. Nous remercions également le professeur Alexandre Flückiger (Université de Genève) de sa relecture critique et de ses commentaires avisés.
- 1 Voir Mader (2006) et Message du Conseil fédéral du 28 février 2001, FF 2001 4000, p. 4010.
 - 2 C'est la norme elle-même qui est l'objet du procès, en-dehors de tout cas concret d'application. En général, le contrôle abstrait a lieu avant l'entrée en vigueur de la norme.
 - 3 Pour une première présentation plus détaillée de la méthodologie appliquée, voir Byland/Varone (2010).
 - 4 La période analysée pour les commissions de recours fédérales ainsi que pour Genève est plus restreinte (2000 à 2006, respectivement 1995 à 2008).
 - 5 En effet, nous suivons la logique des autorités de recours dont les statistiques disponibles sont les plus exhaustives pour les affaires liquidées, et non pour les recours déposés. Nous avons pris certaines précautions en signalant les cas où le nombre des affaires liquidées était clairement influencé par des facteurs internes à la juridiction. De plus, nous demeurons prudents quant à l'interprétation des fluctuations limitées à une année ou deux. Par ailleurs, nous n'avons pas trouvé d'indices, suite à la discussion avec les tribunaux ou à la lecture de leurs rapports de gestion, d'un engorgement du système en raison du fait que le nombre d'affaires liquidées par année serait largement inférieur au nombre de recours déposés. Finalement, nous avons

fait un calcul à titre d'exemple pour le Tribunal administratif de Genève, pour lequel nous disposons des données complètes : le ratio moyen pour les cas entrés et les cas liquidés est de 1.02.

- 6 Nous formulons trois hypothèses pour expliquer ce phénomène. Premièrement, nous pouvons penser que l'autorité précédente est de moins en moins encline à modifier sa décision, ce qui mènerait à ce que le recours au TF devienne sans objet (radiation). En d'autres mots, l'autorité précédente adopterait une position de plus en plus rigide quant à une modification de sa décision. Deuxièmement, cette situation pourrait s'expliquer par le fait que les recourants sont de plus en plus prêts à prendre des risques (à ce que leur recours soit déclaré irrecevable ou à ce qu'ils perdent sur le fond), car l'enjeu est suffisamment important et la décision de la première instance limite excessivement leurs droits (en raison notamment d'une pratique de l'administration dure, d'une décision de première instance et/ou d'une législation plus restrictives). Troisièmement, il pourrait s'agir d'un simple changement de la pratique du TF dans la manière de traiter certains cas, en passant de la radiation à l'irrecevabilité.
- 7 Toutefois, suite à l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), les ressortissants des pays de l'UE et de l'AELE disposent d'un droit à une autorisation de séjour, contrairement aux ressortissants non-UE. En pratique, ces affaires ne représentent, au niveau du TF, qu'entre 5 et 10% de la catégorie « 3. Droit de cité et droit des étrangers ».
- 8 Cette hypothèse a été partiellement validée pour les recours des autorités fédérales en matière environnementale (Flückiger et al. 2000). Cette analyse empirique démontre en effet que le contentieux lié au droit de recours des organisations écologistes se caractérise par un taux de succès très élevé pour celles-ci.

Bibliographie

- Brodie, Ian/ Morton, F.L., 2004, Do the « Haves » still come out ahead in Canada?, in: Newman, Stephen L. (éd.), Constitutional Politics in Canada and the United States, Albany, p. 199-221.
- Byland, Karin/ Varone, Frédéric, 2010, Judicialisation de l'action publique en Suisse: analyse du contentieux administratif au Tribunal fédéral (manuscrit).
- Flemming, Roy B./ Kutz, Glenn S., 2002, Repeat Litigators and Agenda Setting on the Supreme Court of Canada, Canadian Journal of Political Science 35 (4), p. 811-833.
- Flückiger, Alexandre/ Morand, C.-A./ Tanquerel, T., 2000, Evaluation du droit de recours des organisations de protection de l'environnement, Cahiers de l'environnement n°314, OFEFP, Berne.
- Friedman, Lawrence M./ Scheiber, Harry N. (éd.), 1996, Legal Culture and the Legal Profession, Boulder.
- Galanter, Marc, 1974, Why the «Haves » Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, Law and Society Review 9, p. 95-106.
- Kritzer, Herbert S., 2003, The Government Gorilla: Why does Government come Out Ahead in Appellate Courts?, in: Kritzer, Herbert M./ Silbey, Susan (éd.), In Litigation: Doe the 'Haves' Still Come Out Ahead?, Stanford, p. 342-370.
- Lienhard, Andreas et al., 2010, Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege. Zwischenbericht der Evaluationsphase I zuhanden des Bundesamtes für Justiz, Bern, Kpm.
- Mader, Luzius, 2006, La réforme de la justice fédérale: genèse et grands principes, in : Bellanger, François/ Tanquerel, Thierry (éd.), Les nouveaux recours fédéraux en droit public, Genève, p. 9-23.
- McGuire, Kevin T., 1995, Repeat Players in the Supreme Court: The Role of Experienced Lawyers in Litigation Success, The Journal of Politics 57 (1), p.187-196.
- Message du Conseil fédéral (2001) concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, FF 2001 4000-4277.
- Szmer, John/ Johnson, Susan W./ Sarver, Tammy A., 2007, Does the Lawyer Matter? Influencing Outcomes on the Supreme Court of Canada, Law & Society Review 41 (2), p. 279-304.
- Tanquerel, Thierry, 2007, L'extension des voies de recours en matière administrative: des grands principes à la pratique concrète, LeGes 2007(2), p. 203-227.
- Tornay, Bénédicte, 2008, La démocratie directe saisie par le juge : l'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse, Genève.

Annexe 1

Aperçu du contentieux administratif judiciaire au Tribunal fédéral 1990 à 2008			
Catégories et sous catégories de la nomenclature des politiques publiques	Nombre absolu d'affaires liquidées par an (moyenne 1990–2008)	Part relative de la (sous-)catégorie sur l'ensemble du contentieux (moyenne en % 1990–2008)	Taux de succès global (en % 1990–2008)
1. Droit fondamental	104	3.1	17.1
2. Protection des données et principe de la transparence	0	-	-
3. Droit de cité et droit des étrangers	353	9	8.2
3.1 Droit de cité	10 ¹⁾	3.7	18.5
3.2 Droit des étrangers (LSEE/Etr)	229 ¹⁾	86.3	7
3.3 Asile	23 ¹⁾	8.9	6.1
3.4 Acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger	8 ¹⁾	0.7	31.8
4. Responsabilité de l'État	28	0.8	9.1
5. Fonction publique	59	1.6	12.9
6. Droits politiques	38	1	10
7. Entraide et extradition	124	3.3	14.4
8. Instruction et formation professionnelle	29	0.7	7.2

9. Art et culture	1	0	33.3
10. Politiques publiques à pertinence spatiale	297	8.1	19.7
10.1. Équilibre écologique	64	21.8	27.9
10.2 Aménagement du territoire et droit public des constructions	211	70.4	16.9
10.3 Infrastructures publiques	21	7.8	23.5
11. Politique de sécurité et de promotion de la paix; Sécurité intérieure	4	0.1	14.1
12. Droit fiscal	312	8.3	17.6
13. Subventions	6	0.2	20.2
14. Expropriation	40	1.1	28.6
15. Poste et télécommunications	11	0.3	17.6
16. Radio et télévision	5 ¹⁾	0.1	18.8
17. Circulation routière	110	3.1	18.4
18. Transports	8	0.2	51.6
19. Santé publique	6	0.2	14.5
20. Législation sociale	30	0.8	12.8
21. Assurances sociales	2012	52.4	29.9
21. Assurances sociales (sans précision + partie générale)	21	1.1	16.1
21.1 Prévoyance professionnelle	87	4.1	36
21.2 Assurance vieillesse et survivants	317	16.8	25.2
21.3. Assurance-invalidité	687	33.7	32
21.4. Prestations complémentaires à l'AVS/AI	70	3.6	31.9
21.5. Assurance-maladie	174	9.2	22.9
21.6 Assurance-accidents	346	16.3	28.1
21.7. Assurance militaire, APG et assurance-maternité	14	0.8	27.6
21.8 Assurance-chômage	296	14.5	31.7
22. Économie	102	2.7	19.6
23. Procédure	103	2.8	10.2
24. Divers	0	0	-
Total	3782	100	23.4
¹⁾ Pour ces catégories les calculs ont été effectués sur la période 1997 à 2008			

Zusammenfassung

Dieser Artikel untersucht die Entwicklung von 71 849 verwaltungsrechtlichen Beschwerden, die zwischen 1990 und 2008 vom Bundesgericht behandelt wurden. Unsere Untersuchungen zeigen, dass die Erfolgsrate der Beschwerden 23% beträgt und sich auf aggregierter Ebene als bemerkenswert stabil erweist. Es lassen sich jedoch Unterschiede zwischen den einzelnen Politikbereichen feststellen. Auch je nach Kanton, in dem der vor dem Bundesgericht angefochtene Entscheid gefällt wurde, ergeben sich Unterschiede. Die Erfolgsrate ist höher auf dem Gebiet der Sozialversicherungen (30%), wenn die Beschwerde das Urteil einer kantonalen Gerichtsinstanz anführt (25%) und wenn es sich um eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde oder um eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten handelt (28%). Dazu kommt, dass die Erfolgsrate der Beschwerden auf dem Gebiet der Sozialversicherungen höher ist, wenn die Versicherungen (63%) oder die Versicherten, begleitet von einem Anwalt (29%), rekurren.