



REPUBLIC OF LATVIA
SUPREME COURT
SENATE



Séminaire organisé par la Cour suprême de la Lettonie et l'ACA-Europe

“Le juge et l’administration inerte. Le pouvoir discrétionnaire administratif”

Riga, 27 avril 2023

Réponses au questionnaire : Suisse



Cofinancé par
l’Union européenne

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal



Service juridique et d'information
Av. du Tribunal fédéral 29
CH - 1000 Lausanne 14
Tél. +41 (0)21 318 91 11
www.bger.ch
no dossier 201.1
DOCID 6501903

Séminaire de l'ACA-Europe à Riga, Lettonie

27 avril 2023

Rapport du Tribunal fédéral suisse

Le juge et l'administration inerte. **Le pouvoir discrétionnaire administratif.**¹

¹ Rédigé par Mesdames Sonia Sanchez, Susanna Vassaux et Sandra Vesco, Service juridique et d'information du Tribunal fédéral suisse

Remarques préalables

La Suisse est un État fédératif qui se caractérise par une structure à trois niveaux. Elle est constituée d'un État fédéral (la Confédération), d'États fédérés (les cantons), de même que d'un troisième niveau (les communes – collectivités publiques inférieures). La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons est dominée par le principe de subsidiarité: l'art. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.)² prévoit que les cantons exercent toutes les compétences qui ne sont pas directement attribuées à la Confédération par la Constitution fédérale. Quant aux rapports entre cantons et communes, c'est en principe le canton qui détermine quels sont les domaines qui relèvent de la compétence communale; des règles spéciales pouvant néanmoins aussi exister au niveau fédéral. À noter que chaque commune bénéficie de l'autonomie communale, droit constitutionnel qu'elle peut faire valoir jusqu'au Tribunal fédéral.³

Contrairement à la législation en matière de procédure civile et de procédure pénale, la procédure administrative en Suisse ne relève pas de la compétence exclusive de la Confédération. On trouve dès lors des règles de procédure au niveau fédéral, au niveau cantonal, voire au niveau communal. De nombreuses règles de base figurent dans la loi fédérale sur la procédure administrative (PA)⁴ et dans la loi sur le Tribunal fédéral (LTF)⁵ pour les recours au Tribunal fédéral; chaque canton dispose en outre d'une loi de procédure administrative. S'y ajoutent les règles formelles disséminées dans les lois de droit administratif, spécialisées dans les domaines traités, adaptant les règles générales aux spécificités des domaines concernés. Le droit administratif n'étant ni l'apanage de la Confédération, ni celui des cantons, il est édicté à tous les niveaux de l'État.⁶

En sa qualité de cour suprême, le Tribunal fédéral a des tâches particulières à accomplir que n'ont pas les autres tribunaux, ou du moins pas dans la même mesure. Parmi ces tâches figure notamment celle d'assurer une application uniforme du droit en énonçant des standards minimaux.⁷

Le droit administratif est vaste et complexe. Dans le cadre de ce questionnaire, nous ne pouvons dès lors pas faire une présentation exhaustive de ces règles. Nous nous limiterons à en présenter les grands principes.

² RS 101; vous pouvez accéder à toutes les lois fédérales suisses sur le site internet https://www.fedlex.admin.ch/fr/cc?news_period=last_day&news_pageNb=1&news_order=desc&news_itemsPerPage=10

³ Donzel/Flückiger, Le droit de l'urbanisme en Suisse, Annuaire français du droit de l'urbanisme et de l'habitat, 1999, p. 575

⁴ RS 172.021

⁵ RS 173.110

⁶ Benoît Bovay, Précis de droit, procédure administrative, 2e éd., Berne 2015, p. 38

⁷ FF 2001 4000 point 2.2 p. 4025

1. Délais administratifs

1.1. Votre système juridique prévoit-il des délais administratifs spécifiques dans lesquels les autorités doivent adopter des décisions administratives ou accomplir des actions administratives ?

- Oui
- Non
- **X Seulement dans certains domaines du droit**

Veuillez brièvement préciser votre réponse, si nécessaire

Les cas dans lesquels la loi fixe à l'autorité un délai impératif pour se prononcer sont assez rares. La loi fixe plutôt des délais d'ordre à l'autorité.⁸ Par délai d'ordre, on entend un délai dont l'inobservation n'entraîne pas de conséquence juridique⁹; un délai qui peut être dépassé ou prolongé pour de justes motifs, notamment en raison de la quantité de pièces à examiner ou de la complexité technique du dossier¹⁰ ou encore lorsque des faits doivent être clarifiés.¹¹

Dans le domaine de l'économie, l'ordonnance sur les principes et les délais d'ordre relatifs aux procédures d'autorisation (OdelO)¹² établit les principes généraux concernant les procédures, les délais, les pièces requises et les autres formulaires et documents pour les autorisations relevant du droit fédéral. La législation future, c'est-à-dire les nouvelles procédures et les procédures révisées, devra respecter ces principes.¹³ L'OdelO fixe trois catégories de délais d'ordre : l'autorité prend en général sa décision au plus tard dans les dix jours pour les cas les plus simples (pour des demandes nécessitant quelques heures au plus pour être examinées); dans les 40 jours pour les cas intermédiaires (pour des demandes nécessitant une semaine au plus pour être examinées); dans un délai communiqué par lettre au requérant pour les cas les plus complexes (pour des demandes nécessitant plus d'une semaine pour être examinées). Ces délais d'ordre s'appliquent aux quelque 500 procédures d'autorisation du droit fédéral. Si l'autorité ne respecte pas le délai de traitement prévu, le requérant peut exiger qu'elle justifie par écrit ce retard et qu'elle lui communique la date à laquelle elle compte prendre sa décision.¹⁴

⁸ Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2e éd., 2018, n° 1501, p. 511

⁹ Hans Michael Riemer, "Unverbindliche" Rechtsnormen im Privatrecht und im öffentlichen Recht: Ordnungsvorschriften, Obligenheitsnormen, Normen mit unvollkommenen Obligationen und andere in Recht, Moral und Faktizität, Festschrift für Walter Ott, p. 154

¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_458/2017 consid. 2.1

¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_233/2022 consid. 4.3.2

¹² RS 172.010.14

¹³ Rapport du Conseil fédéral "Allègement administratif des entreprises: bilan 2007-2011 et perspectives 2012-2015", p. 46, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-40711.html>

¹⁴ Art. 4 OdelO

D'autres lois spéciales prévoient également des délais administratifs spécifiques. C'est notamment le cas dans le domaine du droit des étrangers. La loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI)¹⁵, la loi sur l'asile (LAsi)¹⁶ ou encore la loi sur la nationalité suisse (LN)¹⁷ prévoient un certain nombre de délais impartis à l'autorité pour se prononcer. On trouve également de tels délais en matière fiscale, par exemple dans la loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée (LTVA).¹⁸

Enfin, un projet de loi fédérale sur l'allègement des coûts de la réglementation pour les entreprises est actuellement en cours.¹⁹ Son objectif est de réduire les coûts occasionnés aux entreprises par les procédures de première instance de droit de l'économie, notamment les délais d'attente. L'art. 2 let. c de ce projet de loi se fonde sur l'OdelO précitée dont il inscrit l'idée maîtresse au niveau légal²⁰. Il prévoit que la Confédération doit notamment exécuter simplement et rapidement les procédures de première instance de droit de l'économie et limiter leur durée par des délais d'ordre afin de limiter au maximum la charge administrative des entreprises.

1.2. Où sont fixés les délais administratifs ?

- **Dans la Constitution**
- **X Dans le code général de droit administratif ou le droit de la procédure administrative**
- **X Dans des lois spéciales**
- **Ailleurs**

Veuillez brièvement préciser votre réponse, si nécessaire

¹⁵ RS 142.20. L'art. 65 prévoit que si l'entrée en Suisse est refusée à un étranger lors du contrôle à la frontière à l'aéroport, il est tenu de quitter sans délai le territoire suisse. L'autorité compétente en matière de contrôle à la frontière rend une décision motivée au nom du Secrétariat d'Etat aux migrations (SEM), dans un délai de 48 heures. Cette décision peut faire l'objet d'une opposition écrite devant le SEM dans les 48 heures suivant sa notification. Le SEM statue sur l'opposition dans les 48 heures. La décision du SEM peut faire l'objet d'un recours dans les 48 heures suivant sa notification. Le recours n'a pas d'effet suspensif. L'autorité de recours statue dans les 72 heures.

¹⁶ RS 142.31. L'art. 37 dispose que, dans une procédure Dublin (art. 26b), la décision est notifiée dans les trois jours ouvrables qui suivent l'approbation, par l'Etat Dublin requis, de la demande de transfert conformément au règlement (UE) n° 604/2013. Dans une procédure accélérée (art. 26c), la décision est notifiée dans les huit jours ouvrables qui suivent la fin de la phase préparatoire.

¹⁷ RS 141.0. Aux termes de l'art. 14, l'autorité cantonale compétente doit rendre la décision de naturalisation dans le délai d'un an à compter de l'octroi de l'autorisation fédérale.

¹⁸ RS 641.20

¹⁹ Communiqué du Conseil fédéral du 9 décembre 2022, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-92137.html>

²⁰ Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur l'allègement des coûts de la réglementation pour les entreprises (LACRE), p. 26

Les délais administratifs sont fixés dans les lois spéciales cantonales²¹ et fédérales (voir question ci-dessus) et dans certaines lois de procédure administrative.²²

1.3. La notion de « délai raisonnable » pour la fixation des délais administratifs est-elle définie et appliquée dans votre système juridique ou votre jurisprudence ?

La notion de "délai raisonnable" est inscrite dans la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.). Aux termes de l'art. 29 al. 1 Cst., intitulé garanties générales de procédure, toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. Cette disposition consacre le principe de la célérité et prohibe le retard injustifié à statuer. L'autorité viole cette garantie constitutionnelle lorsqu'elle ne rend pas la décision qu'il lui incombe de prendre dans le délai prescrit par la loi ou dans le délai que la nature de l'affaire et les circonstances font apparaître comme raisonnable.²³

Le délai raisonnable n'est pas clairement défini. Il s'agit d'une notion juridique indéterminée.²⁴ Le Tribunal fédéral se fonde sur un certain nombre de critères pour décider si le traitement opéré par les autorités respecte cette règle. Selon la doctrine²⁵ et la jurisprudence²⁶, le caractère raisonnable du délai s'apprécie selon les circonstances particulières de la cause, eu égard notamment à la complexité de l'affaire, à l'enjeu du litige pour l'intéressé, à son comportement ainsi qu'à celui des autorités compétentes. A cet égard, il appartient au justiciable d'entreprendre ce qui est en son pouvoir pour que l'autorité fasse diligence, que ce soit en l'invitant à accélérer la procédure ou en recourant, le cas échéant, pour retard injustifié. Il y a notamment un retard injustifié si l'autorité reste inactive pendant plusieurs mois, alors que la procédure aurait pu être menée à son terme dans un délai beaucoup plus court. Des périodes d'activités intenses peuvent cependant compenser le fait que le dossier a été laissé momentanément de côté en raison d'autres affaires et on ne saurait reprocher à l'autorité quelques temps morts, qui sont inévitables dans une procédure; lorsqu'aucun d'eux n'est d'une durée vraiment choquante, c'est l'appréciation d'ensemble qui prévaut. Un certain pouvoir d'appréciation quant aux priorités et aux mesures à prendre pour faire

²¹ Dans le canton de Vaud, la loi sur la protection des monuments et des sites prévoit que le propriétaire ou autre titulaire d'un droit réel sur un objet ou ses abords figurant à l'inventaire cantonal a l'obligation d'annoncer au Département de la sécurité et de l'environnement, respectivement le département en charge des monuments, sites et archéologie, tous travaux qu'il envisage d'y apporter (art. 16). Une enquête doit être ouverte dans les trois mois suivant l'annonce des travaux projetés par le propriétaire. A ce défaut, les travaux sont réputés autorisés (art. 18).

²² Dans le canton de Vaud, l'art. 98a de la loi sur la procédure administrative prévoit que le Tribunal cantonal statue dans un délai maximal d'une année à compter du dépôt du recours.

²³ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_162/2022 consid. 5.1, ATF 130 I 312 consid. 5.1 (les ATF sont les arrêts principaux rendus par le Tribunal fédéral suisse publiés au Recueil officiel). La jurisprudence du Tribunal fédéral peut être consultée gratuitement sur le site <https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/clir/http/index.php?lang=fr>

²⁴ Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 3e éd., note marginale 1284, p. 592

²⁵ Yves Donzallaz, Loi sur le Tribunal fédéral, note marginale 3416 ad art. 94 LTF, pp. 1269-1270; Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, note marginale 4 ad art. 29 Cst., pp. 265-266

²⁶ ATF 148 II 321 consid. 12.5.1; ATF 144 II 486 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 2C_10/2022 consid. 4

avancer l'instruction doit aussi être reconnu à l'autorité. Selon la jurisprudence, apparaissent comme des carences choquantes une inactivité de treize ou quatorze mois au stade de l'instruction ou encore un délai de dix ou onze mois pour que le dossier soit transmis à l'autorité de recours.²⁷

1.4. Décrivez les délais généraux dans lesquels les décisions administratives sont rendues dans votre système juridique.

En raison du nombre élevé d'autorités concernées (autorités communales, cantonales et fédérales), nous ne pouvons pas faire une description exhaustive des délais généraux dans lesquels sont rendues les décisions administratives dans notre système juridique.

En revanche, nous pouvons vous indiquer dans quels délais les décisions judiciaires sont rendues en matière administrative au niveau fédéral. La durée moyenne des procédures devant le Tribunal administratif fédéral est de 306 jours.²⁸ Quant à la durée moyenne des procédures devant le Tribunal fédéral, elle est de 149 jours.²⁹

1.5. Est-il possible de prolonger les délais administratifs ? Dans quelles circonstances ?

Il faut distinguer selon le type de délai dont il s'agit. Les délais fixés par la loi ne peuvent pas être prolongés.³⁰ En revanche, les délais impartis par l'autorité peuvent être prolongés pour des motifs suffisants si la partie en fait la demande avant son expiration³¹. La demande de prolongation doit être motivée, afin que l'autorité puisse vérifier que la démarche n'est pas uniquement dilatoire. Des raisons de santé, imprévisibles, peuvent justifier une prolongation de délai³². Le délai peut en principe être prolongé plusieurs fois. Ce sont la prohibition du formalisme excessif et la pesée des intérêts en présence qui conduisent le juge à accorder une ou plusieurs prolongations, plus ou moins longues, selon la partie qui la requiert.³³

²⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 8C_162/2022 consid. 5.1; ATF 130 I 312 consid. 5.2

²⁸ Rapport de gestion 2021 du Tribunal administratif fédéral, pp. 62 et 72, <https://www.bvger.ch/bvger/fr/home/le-tribunal-administratif-federal/rapports-de-gestion.html>. Le Tribunal administratif fédéral est une autorité de recours qui statue notamment sur la légalité des décisions prises par l'administration fédérale. Dans certains domaines juridiques comme le droit d'asile ou en matière d'entraide administrative internationale, le Tribunal administratif fédéral statue en dernière instance.

²⁹ Rapport de gestion 2021 du Tribunal fédéral, pp. 10 et 20, <https://www.bger.ch/fr/index/federal/federal-inherit-template/federal-publikationen/federal-pub-geschaeftsbericht.htm>. Le Tribunal fédéral est l'autorité judiciaire suprême de la Confédération.

³⁰ Au niveau fédéral, art. 22 al. 1 PA, art. 47 al. 1 LTF; au niveau cantonal, art. 21 al. 1 LPA-VD (RS VD 173.36) notamment. Le droit cantonal peut être consulté sur le site <https://www.lexfind.ch/fe/fr/search>

³¹ Au niveau fédéral, art. 22 al. 2 PA, 47 al. 2 LTF; au niveau cantonal, art. 21 al. 2 LPA-VD notamment

³² Yves Donzallaz, Loi sur le Tribunal fédéral, note marginale 1208 ad art. 47 LTF, p. 519

³³ Benoît Bovay, Procédure administrative, 2e éd., p. 536

1.6. Une personne a-t-elle le droit de se plaindre de la décision de l'autorité de prolonger le délai ?

La décision relative à une demande de prolongation de délai constitue une décision incidente qui, si elle entraîne un préjudice irréparable, peut faire l'objet d'un recours, au niveau fédéral, auprès du Tribunal administratif fédéral ou du Tribunal fédéral.³⁴ Dans le cas contraire, elle ne peut être contestée qu'en même temps que la décision finale, dans la mesure où elle a une incidence sur le contenu de la décision finale.³⁵

Au niveau cantonal, les lois de procédure administratives connaissent des réglementations analogues.³⁶

1.7. Si une décision administrative est défavorable à la personne qui introduit la demande ou à son destinataire potentiel, peut-elle encore être rendue après l'expiration du délai ?

- X Oui**
- Non**
- Non, sauf si le retard de l'institution est dûment justifié**
- Autre réponse**

Veuillez brièvement préciser votre réponse, si nécessaire

Voir points 2.1 et 5.

³⁴ Art. 46 al. 1 let. a PA, art. 93 al. 1 let. a LTF

³⁵ Patricia Egli, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2e éd. 2016, ad art. 22, n° 25, p. 479

³⁶ Ainsi notamment art. 74 al. 4 et 5 LPA-VD; art. 57 let. c LPA-GE (RS GE E 5 10), art. 41 al. 2 LPJA-VS (RS VS 172.6), art. 120 al. 2 CPJA-FR (RS FR 150.1), art. 61 al. 3 LPJA-BE (RS BE 155.21), art. 27 LPJA-NE (RS NE 152.130)

1.8. Le fait de ne pas respecter les délais administratifs établis est-il un problème courant dans votre pays ?

- Plutôt oui
- **X Plutôt non**

1.9. Quelles sont les principales raisons du non-respect des délais administratifs dans votre pays ?

- Manque de réglementation claire
- **X Manque de capacité institutionnelle**
- Déficiences dans l'administration des autorités
- Déficiences au niveau de la politique nationale
- Autre réponse

Veillez brièvement préciser votre réponse, si nécessaire

Dans les recours pour déni de justice et retard injustifié soumis au Tribunal fédéral, l'autorité invoque généralement une surcharge de travail³⁷ ou encore la complexité du cas à traiter pour justifier son retard.

Toutefois, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une surcharge structurelle, un manque de personnel, une organisation judiciaire déficiente ou le manque de moyens techniques ne permettent pas d'excuser un retard injustifié.³⁸

1.10. Existe-t-il des sanctions, une responsabilité disciplinaire ou pénale pour les autorités ou leur personnel s'ils ne respectent pas les délais ?

Lorsque le Tribunal administratif fédéral ou le Tribunal fédéral³⁹ constatent un déni de justice ou un retard injustifié, ils ne peuvent pas statuer eux-même. Ils renvoient la cause à l'autorité qui aurait dû se prononcer en lui ordonnant de rendre la décision.⁴⁰

³⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_32/2007, consid. 4

³⁸ Voir par exemple l'arrêt 1P.272/2003, consid. 2.2

³⁹ Yves Donzallaz, Loi sur le Tribunal fédéral, note marginale 3423 ad art. 94 LTF, p. 1273

⁴⁰ Arrêt du Tribunal administratif fédéral D-3333/2017: Le Tribunal administratif fédéral enjoint au SEM de statuer dans les meilleurs délais sur la demande d'asile du recourant et de verser la somme de 636 francs à titre de dépens à ce dernier. Arrêt du Tribunal fédéral 1P.272/2003 : *"le Tribunal administratif du canton de Vaud est invité à statuer dans les meilleurs délais"*

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la violation du droit fondamental à être jugé dans un délai raisonnable, tel qu'il est garanti par les art. 29 alinéa 1 Cst. et 6 CEDH, peut justifier une réduction de la sanction à prononcer à l'issue d'une procédure relevant du droit pénal ou du droit administratif.⁴¹

En outre, la constatation d'un retard inadmissible à statuer constitue en soi une forme de réparation pour celui qui en est la victime. Cette constatation peut également jouer un rôle sur la répartition des frais et dépens, dans l'optique d'une réparation morale.

Dans certains cas, elle peut entraîner le paiement de dommages et intérêts. En effet, le retard à statuer constitue un acte illicite susceptible d'engager la responsabilité de la collectivité publique concernée, si les autres conditions de ladite responsabilité sont satisfaites.⁴² La loi sur la responsabilité de la Confédération (LRCF)⁴³ régit les conditions dans lesquelles la Confédération répond du dommage causé sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, sans égard à la faute du fonctionnaire. Le lésé n'a aucune action envers le fonctionnaire fautif.⁴⁴

Les lois cantonales prévoient également la possibilité de demander une indemnisation. Ainsi, par exemple, l'art. 34 al. 3 de la loi valaisanne sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA-VS) stipule que la partie qui subit un dommage du fait du retard non justifié a droit à une indemnité.

Tant la LRCF que les différentes lois cantonales prévoient que, lorsque la collectivité répare le dommage causé à un tiers, elle dispose, à l'égard de l'agent qui l'a causé, en raison d'une faute intentionnelle ou d'une négligence grave, d'une action récursoire, même après la résiliation des rapports de service.⁴⁵

En outre, un fonctionnaire fédéral qui a manqué à ses obligations professionnelles risque des mesures disciplinaires, notamment un avertissement, une réduction du salaire de 10% au maximum pendant une année au plus, une amende jusqu'à 3000 francs ou une suspension.⁴⁶ Les cantons prévoient également des mesures disciplinaires similaires pour leurs agents. Le droit cantonal genevois, par exemple, dispose que les fonctionnaires qui enfreignent leurs devoirs de service, intentionnellement ou par négligence, peuvent faire l'objet, selon la gravité de la violation, notamment des sanctions suivantes: le blâme, la suspension d'augmentation du traitement, la réduction du traitement, la révocation.⁴⁷

⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_44/2020

⁴² ATF 144 I 318 consid. 7.3.2; ATF 129 V 411; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 3e éd., notes marginales 1290 et 1297, p. 595 et p. 597

⁴³ RS 170.32

⁴⁴ Art. 3 LRCF

⁴⁵ Art. 7 LRCF, art. 14 de la loi valaisanne sur la responsabilité (RS VS 170.1), art. 10 de la loi vaudoise sur la responsabilité (RS VD 170.11), art. 3 de la loi genevoise sur la responsabilité (RS GE A 2 40)

⁴⁶ Art. 25 LPers, art. 99 OPers (RS 172.220.111.3), art. 103 OPers

⁴⁷ Art. 16 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale genevoise (LPAC, RS GE B 5 05)

2. Silence administratif

2.1. Le « silence administratif » est-il défini en tant que concept juridique dans votre législation nationale ?

Comme énoncé dans les remarques préliminaires, en matière administrative, la Confédération suisse et les cantons possèdent chacun leur propre législation. Tant la Confédération suisse que les cantons prévoient la possibilité de recourir pour déni de justice ou retard injustifié lorsque l'autorité saisie s'abstient de rendre une décision sujette à recours ou tarde à le faire⁴⁸ (pour plus de détails à cet égard, voir sous point 5). Ni la Confédération, ni les cantons n'assimilent toutefois, en principe, le silence de l'autorité au refus⁴⁹ ou à l'admission présumé d'une demande, sauf exceptions (pour un exemple, voir sous point 6.4). De l'avis du Conseil fédéral (gouvernement suisse), une réglementation allant aussi loin présenterait plusieurs inconvénients majeurs. Notamment, une telle règle serait extrêmement douteuse sous l'angle de l'ordre constitutionnel. En effet, une autorité qui, en raison du droit, devrait prendre une décision négative mais souhaiterait pour quelque motif que ce soit autoriser la demande, pourrait aboutir à ce résultat en retardant son traitement au-delà du délai légal.⁵⁰

2.2. Un modèle négatif de silence administratif (refus présumé d'une demande) est-il prévu dans votre système juridique ?

Non (voir point 2.1)

2.3. Un modèle positif de silence administratif (une demande non refusée dans les délais impartis est présumée acceptée) est-il prévu dans votre système juridique ?

Non, sauf rares exceptions (voir points 2.1 et 6.4).

⁴⁸ A titre d'exemples: art. 46a PA, art. 74 LPA-VD, art. 34 al. 1 LPJA-VS.

⁴⁹ Dans le canton de Vaud, la loi sur la juridiction et la procédure administrative (LJPA-VD) du 18 décembre 1989 en vigueur jusqu'au 31 janvier 2008 prévoyait expressément l'assimilation du déni de justice et le retard injustifié à des décisions négatives. Cet article n'a pas été repris lors de l'introduction de la LPA-VD du 28 octobre 2009 en vigueur depuis le 1er janvier 2009 pour les motifs évoqués dans le Bulletin du Grand Conseil du Canton de Vaud, 2007-2012, p. 383 suivants: *"D'une part, cela n'est pas absolument nécessaire, l'interdiction du déni de justice formel étant déjà contenue aux art. 29 de la Cst. et 27 de la Cst-VD. D'autre part, cette assimilation pose la question du pouvoir de décision de l'autorité de recours. Ainsi, si le déni de justice ou le retard injustifié sont assimilés à une décision négative, l'autorité de recours pourrait être requise par le recourant de statuer en lieu et place de l'autorité administrative en vertu de son pouvoir de réforme. Cela n'est pas souhaitable, car cela équivaldrait à la perte d'une instance et priverait l'autorité administrative de ses prérogatives. Par contre, si l'on abandonne l'assimilation précitée, l'autorité administrative est invitée à statuer sans délai en cas d'admission du recours par l'autorité judiciaire: l'autorité administrative conserve alors ses prérogatives et l'administré ses voies de droit"*.

⁵⁰

https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen/Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Regulierung/VereinfachungvonRegulierung/fristen-fuer-die-verwaltung--erlaeutender-bericht.html

2.4. Quel modèle réglementaire de silence administratif est-il le plus typique dans votre système juridique ?

Voir point 2.1.

3. Le modèle négatif

3.1. À quels types de procédures administratives le modèle négatif peut-il être appliqué ?

- Les procédures initiées sur la base d'une demande ou d'une réclamation d'une personne
- Les procédures d'office
- D'autres procédures

3.2. Le modèle négatif signifie-t-il que la demande ou la réclamation d'une personne est automatiquement considérée comme rejetée, ou bien des actions supplémentaires sont-elles nécessaires pour qu'elle puisse introduire un recours contre le rejet (la personne doit-elle, par exemple, fournir la preuve que l'autorité ne s'est pas prononcée sur la question particulière pour pouvoir introduire un recours contre le rejet) ?

3.3. La procédure de recours contre un « refus fictif » résultant d'un silence administratif diffère-t-elle de la procédure de recours générale (le délai ou l'organe de révision différent-ils par exemple de ceux de la procédure de recours générale) ? Veuillez décrire les principales différences.

3.4. Le « refus fictif » résultant d'un silence administratif peut-il faire l'objet d'un recours judiciaire ?

3.5. Quelle est la compétence du tribunal si le « refus fictif » est jugé injustifié ?

- **Le tribunal peut ordonner à l'autorité administrative de rendre une décision, mais ne peut lui imposer de délai spécifique**
- **Le tribunal peut ordonner à l'autorité administrative de rendre une décision dans un certain délai**
- **Le tribunal peut trancher lui-même l'affaire**
- **Autre réponse**

3.6. Quelles sont les voies de recours ouvertes dans votre système juridique si une autorité ne s'est pas conformée correctement à l'injonction d'un tribunal de prendre une décision ?

3.7. Dans quels cas le tribunal est-il compétent pour trancher en lieu et place de l'autorité « silencieuse » ?

- **Dans tous les cas**
- **Seulement dans les cas d'urgence objective**
- **Seulement dans les cas qui concernent des droits importants de la personne**
- **Seulement dans les cas où l'autorité n'a pas de pouvoir discrétionnaire ou si celui-ci est limité à zéro**
- **Jamais, car seule l'autorité peut prendre une décision**
- **Autre réponse**

4. Le modèle positif

4.1. Quel est l'objectif principal du modèle positif dans votre système juridique ?

- **Simplifier certaines procédures administratives**
- **Protéger les droits des individus dans le cas où une autorité ne respecterait pas les délais administratifs**

4.2. Dans votre système juridique, l'application du modèle positif est-elle interdite ou restreinte dans certains domaines du droit ?

4.3. À quel moment (un moment précis ou des circonstances particulières) la demande de la personne est-elle considérée comme ayant été accordée ?

4.4. Faut-il que la personne obtienne une confirmation ou une preuve quelconque que sa demande a été accordée ? Où et dans quel délai doit-elle être reçue ?

4.5. Les tiers affectés par la « décision fictive » d'octroi d'une demande disposent-ils de recours juridiques, si nécessaire ?

4.6. Une procédure particulière permet-elle d'annuler une « décision fictive » d'octroi d'une demande ? Dans l'affirmative, y a-t-il des différences par rapport à la procédure générale ?

4.7. Veuillez décrire la mise en œuvre du modèle de silence positif prévu à l'article 13, paragraphe 4, de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur dans votre système juridique. Dans quels domaines juridiques a-t-il été mis en œuvre ? Sa mise en œuvre a-t-elle donné lieu à des difficultés ?

La Suisse n'est pas membre de l'Union européenne et n'a pas repris cette directive. Elle n'est pas liée par cette dernière.

5. Autres recours juridiques

5.1. Quels sont les recours juridiques prévus dans votre système juridique dans les situations de silence administratif où la loi ne réglemente pas le silence administratif, ni selon le modèle positif ni selon le modèle négatif ?

Comme relevé au point 2.1, la Confédération et les cantons prévoient la possibilité de recourir en cas d'absence d'action ou de réponse des autorités ou de refus de rendre une décision.

Le recours pour déni de justice et retard injustifié est inscrit dans différents codes de procédure suisses. En matière administrative, on relèvera l'art. 46a PA qui énonce que le recours est recevable si, sans en avoir le droit, l'autorité saisie s'abstient de rendre une décision sujette à recours ou tarde à le faire. L'art. 94 LTF, au texte quasiment identique, comporte la même règle pour le recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral.

Des lois cantonales prévoient elles aussi des recours dans ces situations. Ainsi, par exemple, la LPJA-VS, stipule à l'art. 5 al. 4 que lorsqu'une autorité, sans droit, refuse de statuer ou tarde à se prononcer, son silence est assimilé à une décision. Les parties concernées peuvent alors recourir en tout temps pour déni de justice ou retard injustifié à l'autorité ordinaire de recours (art. 34 al. 1 LPJA-VS). Si celle-ci admet le recours, elle renvoie l'affaire à l'autorité inférieure avec des instructions impératives (art. 34 al. 2 LPJA-VS). Dans ces cas, la décision en question n'est ni positive, ni négative. Son contenu matériel se limite à être... une non-décision. Dans ce cadre, c'est le silence opposé à la demande qui constitue l'objet du litige lors du recours.

Selon la loi sur la procédure administrative du canton de Genève (LPA-GE), le recours est ouvert en tout temps pour déni de justice ou retard non justifié (art. 62 al. 6 LPA-GE) lorsqu'une autorité mise en demeure refuse sans droit de statuer ou tarde à se prononcer (art. 4 al. 4 LPA-GE).

5.2. Une personne peut-elle demander une indemnisation pour les pertes financières ou les dommages non financiers causés par le silence administratif de l'autorité ?

Selon le Tribunal fédéral, une violation de l'art 29 Cst., notamment pour déni de justice ou retard injustifié, peut constituer un acte illicite susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat.

Au niveau fédéral, c'est la loi sur la responsabilité de la Confédération (LRFC)⁵¹ qui régit les conditions dans lesquelles l'Etat répond du dommage causé sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, sans égard à la faute de ce dernier (art. 3 al. 1 LRFC). L'art. 4 LRFC précise que, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer ou à augmenter le dommage, l'autorité compétente peut réduire les dommages-intérêts ou même ne pas en allouer.

Au niveau cantonal, nous citerons à titre d'exemple la loi vaudoise sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents (LRECA-VD), qui prévoit à son art. 4 que *l'Etat et les corporations communales répondent du dommage que leurs agents causent à des tiers d'une manière illicite.*

Dans une affaire publiée aux ATF 144 I 318, le Tribunal fédéral a été amené à examiner la question de la responsabilité d'une commune contre laquelle la société demanderesse, propriétaire de deux bien-fonds, avait ouvert action en revendiquant une indemnisation de plusieurs millions de francs suisses pour retard à planifier le territoire. Il a considéré qu'une commune qui prend un retard inadmissible dans l'adoption d'un plan d'affectation⁵² n'agit de manière illicite (art. 4 LRECA-VD) que si elle viole, par son inaction, une norme protectrice des intérêts du propriétaire foncier qui s'estime lésé. L'art. 35 al. 1 let. b de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LAT),⁵³ qui stipule que *les cantons veillent à ce que les plans d'affectation soient établis à temps, mais au plus tard dans un délai de huit ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi*, ne constitue pas une telle norme protectrice. Cet article n'ayant pas pour but la protection des intérêts – notamment économiques – des propriétaires fonciers, il n'est pas arbitraire de considérer que la violation de cette norme ne constitue pas un acte illicite au sens de l'art. 4 LRECA-VD. En revanche, une violation de l'art. 29 al. 1 Cst. (interdiction du déni de justice) peut en elle-même constituer un acte illicite propre à engager la responsabilité de l'Etat et permettre au propriétaire d'obtenir la réparation du dommage éprouvé. Le Tribunal fédéral a renvoyé l'affaire à l'instance précédente en précisant que l'illicéité ayant été constatée en lien avec l'interdiction du déni de justice, ce n'est que le dommage qui se trouve dans un

⁵¹ RS 170.32

⁵² Un plan d'affectation communal règle le mode d'utilisation du sol en définissant des zones (à bâtir, agricole, etc.) sur une partie du territoire communal

⁵³ RS 700

lien de causalité naturelle et adéquate avec la violation de cette norme protectrice qui peut entrer en considération dans le cadre de l'action en responsabilité ouverte par la société.⁵⁴

Dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral a rappelé qu'une faute du lésé peut interrompre le lien de causalité adéquate entre l'acte illicite et le dommage. Lorsqu'il est à craindre qu'un dommage résulte de la durée excessive d'une procédure, il est exigé de la partie concernée qu'elle en informe l'autorité afin que celle-ci accélère la procédure pendante devant elle. Si cette interpellation ne produit pas d'effet, la partie doit encore déposer un recours pour déni de justice auprès de l'autorité compétente. Ce n'est que si ces démarches n'aboutissent pas, que la partie peut réclamer des dommages et intérêts. La procédure pour responsabilité de l'Etat tendant au versement de dommages et intérêts présente donc en quelque sorte un caractère subsidiaire. Lorsque la partie n'essaie pas de faire avancer la procédure par le biais des démarches précitées, une faute propre du lésé, au sens de l'art. 4 LRCE, peut être retenue à son encontre dans un procès en responsabilité. Dans le cas d'espèce, le requérant, qui avait déposé une demande d'asile, n'était pas resté inactif. Il était intervenu à plusieurs reprises auprès de l'autorité afin que sa demande d'asile soit traitée plus rapidement. Même s'il n'a pas déposé de recours pour déni de justice, cela ne saurait pour autant rompre le lien de causalité. Sa réticence à déposer un recours pouvant se comprendre au regard de sa situation de requérant d'asile. Néanmoins, cette omission sera à prendre en considération, le cas échéant, dans la fixation du montant de l'indemnité (cf. art. 4 LRCE).⁵⁵

6. Jurisprudence et réglementation dans les secteurs non harmonisés du droit

6.1. Disposez-vous de jurisprudence jugeant infondée ou inapplicable, dans un cas particulier, la réglementation nationale sur le silence administratif ?

Nous n'avons pas d'exemple de réglementation sur le silence administratif censurée par le Tribunal fédéral car non conforme aux exigences constitutionnelles, à savoir les art. 29 al. 1 ou 49 Cst. (principe de la primauté du droit fédéral).

⁵⁴ ATF 144 I 318, consid. 5-7

⁵⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_218/2018 du 18 décembre 2018, consid. 4 et réf. cit. Dans cette affaire, l'intéressé avait déposé une demande tendant au paiement de dommages et intérêts d'un montant de plus de 4 millions de francs suisses à la charge de la Confédération pour avoir tardé à statuer et l'avoir empêché de travailler pendant toute la durée de la procédure d'asile, ce qui aurait entraîné une perte de salaire

6.2. Disposez-vous de jurisprudence sur l'application ou l'interprétation du modèle positif prévu à l'article 13, paragraphe 4, de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur ? Dans l'affirmative, veuillez décrire la substance des affaires les plus pertinentes.

Non, comme déjà indiqué au point 4.7., la Suisse, qui n'est pas membre de l'UE, n'a pas repris la directive 2006/123/CE et n'est pas liée par cette dernière.

6.3. Avez-vous posé une question à la Cour de justice de l'Union européenne afin qu'elle rende une décision préjudicielle dans une affaire concernant une réglementation nationale sur le silence administratif ? Décrivez brièvement la demande et la teneur de l'arrêt.

Non, le mécanisme de question préjudicielle n'est pas accessible aux tribunaux suisses.⁵⁶

6.4. Décrivez brièvement la réglementation nationale sur le silence administratif dans les domaines juridiques suivants :

6.4.1. Construction, aménagement du territoire et protection de l'environnement

En ce qui concerne le droit des constructions, de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement, la Confédération n'a édicté que des principes (lois-cadres) laissant aux cantons le soin de réglementer les détails.

Ni la Confédération, ni les cantons n'assimilent, en principe, dans ces domaines, le silence de l'autorité au refus ou à l'admission présumé d'une demande.

Il existe cependant des exceptions. A titre d'exemple, nous pouvons citer la loi vaudoise sur la protection de la nature, des monuments et des sites du canton de Vaud (LPNMS). A son art. 16, cette loi prévoit que le propriétaire ou autre titulaire d'un droit réel sur un objet ou ses abords figurant à l'inventaire cantonal a l'obligation d'annoncer au Département de la sécurité et de l'environnement, respectivement le département en charge des monuments, sites et archéologie, tous travaux qu'il envisage d'y apporter. Une enquête doit être ouverte dans les trois mois suivant l'annonce des travaux projetés par le propriétaire. A ce défaut, les travaux sont réputés autorisés (art. 18).

⁵⁶ Certaines demandes de renvoi préjudiciel concernant l'interprétation de dispositions de l'acquis de Schengen ou de Dublin sont toutefois notifiées à la Suisse, qui est habilitée à déposer des mémoires ou des observations écrites.

6.4.2. Sécurité sociale

La compétence législative en matière d'assurances-sociales relève essentiellement de la Confédération.

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)⁵⁷ n'assimile pas le silence de l'assureur à un refus ou à une admission présumé de la demande de l'assuré, mais prévoit expressément la possibilité de recourir devant le tribunal cantonal compétent lorsque l'assureur, malgré la demande de l'intéressé, ne rend pas de décision ou de décision sur opposition (art. 56 al. 2).

6.4.3. Liberté de l'information

En ce qui concerne l'accès aux informations relatives à la mission, à l'organisation et à l'activité de l'administration, chaque canton dispose de sa propre loi sur le principe de la transparence dans l'administration cantonale.

Concernant l'administration fédérale, c'est la loi fédérale sur la transparence dans l'administration (LTrans)⁵⁸ qui régit l'accès aux informations susmentionnées. L'art. 12 de la LTrans prévoit que l'autorité prend position aussitôt que possible, mais au plus tard dans un délai de 20 jours à compter de la date de la réception de la demande.

Ni la Confédération, ni les cantons n'assimilent, toutefois, en principe, le silence de l'autorité au refus ou à l'admission présumé d'une demande.

7. Pouvoir discrétionnaire administratif

7.1. Comment le pouvoir discrétionnaire administratif est-il défini dans votre système juridique ?

Dans notre système juridique, le législateur accorde un pouvoir ou une liberté d'appréciation aux autorités chargées d'appliquer la loi en leur laissant le soin de régler certains points sur lesquels il ne s'est pas prononcé.

La marge de manœuvre de l'autorité peut notamment découler de la liberté de choix entre plusieurs solutions, ou encore de la latitude dont elle dispose au moment d'interpréter des notions juridiques indéterminées contenues dans la loi. Nous reviendrons sur cette distinction au point 7.2.

⁵⁷ RS 830.01

⁵⁸ RS 152.3

Le caractère relatif de la liberté d'appréciation ne se concilie guère avec le qualificatif de discrétionnaire.⁵⁹ En effet, l'autorité n'est pas libre d'agir comme bon lui semble; elle ne peut faire abstraction des principes généraux régissant le droit administratif, notamment ceux de la légalité, de la bonne foi, de l'égalité de traitement, de la proportionnalité et de l'interdiction d'arbitraire.⁶⁰ Dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, elle est notamment liée par les critères qui découlent du sens et du but de la réglementation applicable, de même que par les principes généraux du droit.⁶¹

En outre, lorsque l'application d'une norme légale implique une part d'appréciation, les exigences relatives à la motivation augmentent et deviennent d'autant plus rigoureuses que le pouvoir d'appréciation de l'autorité est plus grand et que les éléments de fait sur lesquels doit s'exercer ce pouvoir sont plus nombreux.⁶²

7.2. Votre système juridique fait-il une distinction entre le pouvoir discrétionnaire (discretion en anglais, Ermessen en allemand) et la marge d'appréciation dans l'interprétation de concepts juridiques non définis (scope of appraisal en anglais, Beurteilungsspielraum en allemand) ?

Une partie de la doctrine fait la distinction – en utilisant cependant une terminologie différente – entre pouvoir ou liberté d'appréciation (Ermessen) et latitude de jugement (Beurteilungsspielraum). Cette distinction n'est pas reprise par la jurisprudence du Tribunal fédéral, mais est mentionnée dans celle du Tribunal administratif fédéral qui précise ce qui suit:

La doctrine traditionnelle distingue deux manières de conférer une marge de manœuvre à l'administration dans l'application du droit: la liberté d'appréciation (Ermessen) résultant d'une volonté expresse du législateur et la latitude de jugement (Beurteilungsspielraum) découlant le plus souvent de l'emploi, dans le texte légal, d'une notion juridique indéterminée (unbestimmter Rechtsbegriff). L'interprétation d'une notion juridique indéterminée, autrement dit l'interprétation de la loi, est une question de droit. Le juge administratif, qui exerce le contrôle de l'application du droit, peut, en conséquence, la revoir entièrement et librement, même s'il s'impose généralement une certaine retenue en rapport avec l'appréciation de l'autorité administrative notamment lorsque celle-ci est mieux à même d'apprécier la situation en raison de sa proximité de l'affaire, ou s'agissant de domaines dans lesquels celle-ci dispose de connaissances techniques spéciales (...). Ne se pose pas, à cet égard, la question de la limitation du contrôle de l'opportunité. En revanche, la liberté d'appréciation (également parfois désignée sous la terminologie "pouvoir d'appréciation" ou encore "liberté de

⁵⁹ André Grisel, *Traité de droit administratif*, vol. I, 1984, p. 330

⁶⁰ Blaise Knapp, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} édition, 1991, n° 161 ss., p. 35-36

⁶¹ Notamment ATF 107 Ia 202 consid. 3 et réf. cit.

⁶² Notamment ATF 112 Ia 107 consid. 2b et ATF 104 Ia 201 consid. 5g

décision" [*Ermessen, parfois Entscheidungsspielraum*]) constitue un espace de liberté conféré par le législateur à l'administration, que le juge doit respecter, lorsqu'il n'a pas le pouvoir de contrôler l'opportunité d'une décision.⁶³

7.3. Quels sont les caractéristiques, critères ou méthodes utilisés dans votre système juridique pour déterminer si une autorité dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans un cas particulier ? Donnez les exemples les plus typiques de jurisprudence où le pouvoir discrétionnaire a été reconnu.

Dans un texte de loi, l'emploi du mot "peut" implique souvent l'existence d'une liberté d'appréciation. L'administration *peut ou peut ne pas agir*.⁶⁴ Ainsi, par exemple, aux termes de l'art. 27 LEI, un étranger *peut* être admis en vue d'une formation continue à certaines conditions. L'autorité a la compétence d'accorder ou de refuser le permis de séjour (voir un exemple de jurisprudence relatif à cette norme au point 7.5.).

Le législateur attribue parfois expressément *le choix entre diverses mesures*.⁶⁵ Par exemple lorsqu'il institue une échelle de gravité pour un type de sanction comme à l'art. 16b al. 2 et 16c al. 2 de la loi fédérale sur la circulation routière pour la durée du retrait du permis de conduire (LCR).⁶⁶⁶⁷

Enfin, la décision que l'autorité doit prendre exige de par sa nature d'*être individualisée*.⁶⁸ C'est par exemple le cas pour l'étendue des zones créées par un plan d'aménagement, l'emplacement d'un bâtiment public, la construction d'une route ou d'un trottoir, etc.⁶⁹

Si votre système juridique fait la distinction entre pouvoir discrétionnaire et marge d'appréciation, veuillez décrire les deux.

Voir le point 7.2.

⁶³ Arrêt du Tribunal administratif fédéral E-641/2014 consid. 6.1 et réf. cit.

⁶⁴ Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif- Vol. I, 3ème éd., 2012, § 4.3.2.1, p. 740

⁶⁵ Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif- Vol. I, 3ème éd., 2012, § 4.3.2.1, p. 740

⁶⁶ RS 741.01

⁶⁷ Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2e éd., Genève 2018, n° 506

⁶⁸ Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif- Vol. I, 3ème éd., 2012, § 4.3.2.1, p. 740

⁶⁹ André Grisel, Traité de droit administratif, vol. I, 1984, p. 332

7.4. Existe-t-il une limite au contrôle judiciaire de l'utilisation du pouvoir discrétionnaire par l'autorité dans votre système juridique ? Dans l'affirmative, veuillez expliquer les possibilités d'examen et d'évaluation par le tribunal dans un tel cas.

Oui, en principe, les tribunaux n'ont pas le pouvoir de contrôler l'opportunité d'une décision, soit *l'espace de liberté qui reste à l'administration une fois que celle-ci a strictement respecté le cadre légal et qu'elle a dûment tenu compte de tous les principes juridiques qui s'imposent à elle à l'intérieur de ce cadre.*⁷⁰

Le recours au Tribunal administratif fédéral constitue une exception à ce principe. L'art. 49 lettre c PA, qui stipule que le recourant peut invoquer l'inopportunité comme motif de recours, étant applicable (par renvoi de l'art. 37 LTAF). Le Tribunal administratif fédéral se montre cependant réticent à mettre en œuvre cette disposition et ne s'écarte pas sans nécessité de l'appréciation de l'autorité administrative.⁷¹

*Le Tribunal administratif fédéral exerce son pouvoir d'examen avec une certaine retenue en tenant compte de celui de l'autorité inférieure dans les deux situations suivantes: d'une part lorsqu'il s'agit de trancher de pures questions d'appréciation et d'autre part lorsqu'il s'agit de tenir compte de circonstances de faits spéciales, notamment locales, fonctionnelles, techniques ou économiques, que l'autorité inférieure est, vu sa compétence propre ou sa proximité avec l'objet du litige, mieux à même de poser et d'apprécier. Dans ces deux situations le Tribunal administratif fédéral ne substituera pas sans raison suffisante sa propre appréciation à l'appréciation ou à la compétence technique de l'autorité administrative.*⁷²

Tous les organes de recours peuvent en revanche revoir des décisions pour excès ou abus du pouvoir d'appréciation (art. 49 let. a PA).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, *il y a abus de pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité.*⁷³

Par ailleurs, *commet un excès positif de son pouvoir d'appréciation, l'autorité qui exerce son appréciation alors que la loi l'exclut, ou qui, au lieu de choisir entre deux solutions possibles, en adopte une troisième. Il y a également excès du*

⁷⁰ Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2e éd., Genève 2018, n° 519

⁷¹ Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif- Vol. I, 3ème éd., 2012, § 4.3.2.2, p. 742

⁷² Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6280/2012 et réf. cit., notamment ATF 136 I 184 consid. 2

⁷³ ATF 143 III 140 consid. 4.1.3

*pouvoir d'appréciation dans le cas où l'excès de pouvoir est négatif, soit lorsque l'autorité considère qu'elle est liée, alors que la loi l'autorise à statuer selon son appréciation, ou qu'elle renonce d'emblée en tout ou partie à exercer son pouvoir d'appréciation.*⁷⁴

Un organe de recours qui contrôle la conformité au droit d'une décision vérifiera si l'autorité a, dans l'exercice du pouvoir d'appréciation conféré par la loi, respecté le principe de proportionnalité et les autres principes constitutionnels, mais s'abstiendra d'examiner si les choix faits à l'intérieur de la marge de manœuvre laissée par ces principes sont "opportuns" ou non.⁷⁵

Si votre système juridique fait la distinction entre pouvoir discrétionnaire et marge d'appréciation, veuillez décrire ces deux notions.

Voir le point 7.2.

7.5. Le fait que le pouvoir discrétionnaire utilisé par l'autorité ait entraîné une restriction des droits de l'homme influe-t-il sur le contrôle juridictionnel ? L'intensité du contrôle juridictionnel dans un tel cas est-elle différente de celle en cas d'absence de pouvoir discrétionnaire de l'administration ?

Indépendamment de la question du pouvoir d'appréciation utilisé par l'autorité, une voie de droit subsidiaire devant le Tribunal fédéral pour restriction des droits constitutionnels – droits de l'homme est prévue.

Dans le cadre des recours ordinaires qui lui sont soumis, le Tribunal fédéral traite des griefs relatifs à la violation de droits fondamentaux contenus dans la Constitution fédérale, la Convention européenne des droits de l'homme et d'autres traités internationaux. Lorsqu'aucun des recours ordinaires n'est recevable, une décision de dernière instance cantonale peut être attaquée pour restriction des droits fondamentaux – droits de l'homme par le biais du recours constitutionnel subsidiaire. Cette voie de droit extraordinaire revêt une importance particulière notamment dans les domaines du droit des étrangers, des naturalisations, de la fonction publique ou des marchés publics.

Dans une affaire publiée aux ATF 147 I 89, le Tribunal fédéral a rappelé que les autorités disposaient d'un large pouvoir d'appréciation dans l'octroi d'autorisations de séjour pour études. L'art. 27 LEI, qui concerne l'admission d'un étranger en vue d'une formation ou d'une formation continue, est de nature potestative et ne confère aucun droit à l'obtention d'un permis de séjour. La voie du recours ordinaire (ici le recours en matière de droit public) est fermée à celui qui entend

⁷⁴ ATF 137 V 71 consid. 5.1

⁷⁵ Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2e éd., Genève 2018, n° 524

contester un refus au seul motif qu'il repose sur une motivation discriminatoire. Le requérant peut en revanche se plaindre d'une violation du principe de non-discrimination (art. 8 al. 2 Cst.) par la voie du recours constitutionnel subsidiaire si le refus en question résulte de l'application d'un critère de prime abord discriminatoire non prévu par la loi. En l'espèce, le Tribunal fédéral a estimé que le refus prononcé par les autorités, en tant qu'il se fonde uniquement sur la pratique administrative consistant à n'accorder en principe aucune autorisation de séjour pour études aux personnes étrangères de plus de 30 ans, ne se justifie ni par la volonté d'appliquer une politique migratoire restrictive ni par l'intérêt à privilégier la venue de jeunes étudiants et qu'il viole partant l'art. 8 al. 2 Cst.⁷⁶

⁷⁶ ATF 147 I 89 consid. 1. et 2