



# **RAPPORT GÉNÉRAL**

**L'honorable Brian Tamberlin QC ,  
Vice-président  
Tribunal des appels administratifs d'Australie**

---



Monsieur le Président, distingués invités, Mesdames et Messieurs

Je tiens à vous souhaiter ma plus cordiale bienvenue à ce 10<sup>e</sup> congrès de Sydney de l'AIHJA et j'espère que vous trouverez cela gratifiant à la fois personnellement et professionnellement.

Je tiens à remercier les auteurs des documents relatifs aux trois thèmes de base de ce congrès. Je leur suis grandement redevable de l'énorme quantité de travail, de recherche, et de réflexion qu'ils ont consacré à leur préparation et cela apparaît tout à fait évident lorsque l'on regarde les rapports. Il est normal que les auteurs soient félicités pour leur travail si raffiné que l'on se doit de reconnaître publiquement.

J'ai examiné les réponses détaillées au questionnaire envoyé à plus de 40 pays et celles-ci contiennent des documents de tous les continents qui abordent les thèmes de base de discussion retenus pour cette conférence.

Les réponses contiennent une base de données riche et stimulante pour la comparaison et l'appréciation à toutes fins de discussion de la manière dont nous pouvons aborder les trois aspects fondamentaux de nos tâches qui sont au cœur du recours judiciaire et du contrôle des décisions administratives dans les nombreux systèmes d'administration représentés ici aujourd'hui.

Les trois thèmes choisis pour notre 10<sup>e</sup> Congrès et les problèmes qu'ils posent sont les suivants :

- Compétence et de juridiction: Ce thème concerne les questions qui peuvent être soumises à recours de celles qui sont exclues de recours par les juridictions administratives;
- Procédure: Ce thème concerne la manière dont les tribunaux administratifs vont revoir des actes administratifs, décisions, règles et règlements qui sont l'objet de la juridiction d'appel;
- Pouvoir - Ce thème concerne les décisions et les jugements que nous rendons. La façon dont nous abordons les lois sous revue. Quelles actions en justice nous garantissons. Comment pouvons-nous modifier les décisions et appliquer les décisions des tribunaux administratifs en cas de refus ou d'échec de l'Exécutif à s'y conformer.

Les Rapports nationaux couvrent les systèmes juridiques et administratifs englobant la jurisprudence et les dispositions législatives de ce qui peut être généralement décrit comme les pays de droit civil et les pays de droit anglo-saxon (common law).

Ce rapport est destiné à donner un aperçu général des réponses données par les membres. Un tel aperçu ne peut évidemment pas couvrir la totalité des dérogations et des qualifications spécifiques détaillées et nombreuses que l'on retrouve en détail dans les rapports nationaux de sorte que la position des membres est définie de façon assez large. Les applications spécifiques, les principes et les raisons de ces dérogations peuvent être élaborées et examinées au cours des séances de discussion plus restreintes.

Les sujets ont été divisés en un certain nombre de sous-thèmes et ce que je me propose de faire dans le présent rapport est de résumer l'éventail des approches énoncés dans les documents en réponse au questionnaire.

J'en viens maintenant aux différents sujets.

## **1. Compétence et juridiction**

### **1.1. Quels sont les types de lois soumis au recours ou contrôle (les règlements administratifs/les décisions individuelles) ?**

Cette problématique pose des questions quant à l'étendue des lois administratives qui peuvent être annulées ou revues par le tribunal administratif. Elle soulève deux rubriques différentes :

#### **1.1.1 La nature de la loi qui peut être revue ou annulée.**

#### **1.1.2 La forme et les effets de la loi**

#### **1.1.1 La nature de la loi qui peut être revue ou annulée**

##### **Les décisions unilatérales**

La question précise est de savoir si le recours comprend les lois réglementaires générales, les règlements ou les normes, qui s'appliquent de façon générale ou dans l'abstrait, sans viser des personnes, ou s'il ne comprend que des lois visant des particuliers par voie de décisions ou de normes spécifiques. Une autre distinction soulevée dans les rapports est entre les décisions unilatérales qui sont des contrôles spécifiques imposées à une personne dans la forme de toute participation, de connaissance, ou de participation de cette personne dans l'action comme partie à la décision en question. Il s'agit notamment des arrêtés réglementaires comme une réglementation limitant la vitesse des véhicules dans les zones urbaines, ou l'interdiction de l'alcool les jours de fête dans certains endroits publics. Toutefois, il est nécessaire qu'une contestation de la loi soit soulevée par une personne ou entité. Les tribunaux administratifs ne peuvent pas agir de leur propre initiative pour revoir les décisions administratives.

Les exemples, auxquels on se réfère dans les rapports, de règlements administratifs qui sont les « décrets », « règles », « règlements », « législations », « ordonnances », « codes », « plans d'aménagement », « plan environnemental », « listes tarifaires » ou « directives générales ».

Les exemples de décisions individuelles sont le refus d'une demande d'approbation, l'incapacité à faire face à une demande, une décision d'exproprier un bien précis, et une décision de ne pas effectuer un devoir.

La plupart des tribunaux sont compétents pour revoir les règles générales contraignantes - en dehors de la loi écrite. Dans certains pays, cependant, les tribunaux administratifs n'ont pas la compétence pour annuler des règles générales contraignantes. Tel est le cas, par exemple, en Chine et aux Pays-Bas où la loi sur la procédure administrative exclut la compétence pour statuer sur les règles et règlements administratifs ayant force obligatoire

générale prise par les organismes administratifs. En Slovaquie, seules les règles générales contraignantes prises par les autorités locales peuvent être contestées devant les tribunaux administratifs. En Autriche, seule la Cour constitutionnelle a compétence pour annuler les règles générales contraignantes prises par l'État fédéral ou le Länder.

Dans la plupart de ces cas, cependant, les rapports indiquent qu'un recours indirect est autorisé. Plus généralement, ce recours indirect se pose également dans beaucoup d'autres pays (Australie et la France par exemple).

«Contrôle indirect» signifie que la législation, les règlements ou normes administratifs généraux peuvent être revus en appel indirectement par voie de contestation d'une décision « sur une application particulière, qui est faite conformément à ces règles. Par exemple, en ce qui concerne le domaine de l'urbanisme (plan d'occupation des sols d'une ville) où une décision est prise de refuser une demande de lotissements ou de permis de construire d'un bâtiment, un tribunal qui revoit cette décision peut revoir durant le processus d'appel, la validité du régime réglementaire en vertu duquel il a été approuvé, s'il est contesté. De cette manière, la décision administrative ou réglementaire d'ordre général (par exemple une ordonnance approuvant le plan d'occupation des sols d'une ville) est indirectement contestée, par opposition à une contestation directe du régime réglementaire en cherchant un arrêté d'annulation directement avant qu'une décision qui en découle ne soit applicable. Cette contestation indirecte se trouve en Australie et en Chine par exemple.

En dehors de ces exemples, généralement, presque tous les pays permettent un recours direct ou indirect aux règles et décisions individuelles à la fois générales et spécifiques. En Allemagne, par exemple, les tribunaux administratifs sont compétents pour trancher toutes les questions de droit administratif, sauf celles qui ressortent du droit constitutionnel.

## **Contrats**

Il y a beaucoup de variations dans la pratique entre les pays quant à savoir si et dans quelle mesure ils vont revoir les contrats conclus par les autorités administratives. Dans certains cas, la revue de ces contrats appartient à la juridiction civile, parce que ce sont des accords mutuels, quel que soit le contenu du contrat (même s'il crée une relation fondée sur le droit administratif public) - comme c'est le cas, par exemple, en Belgique, au Luxembourg ou au Sénégal. En d'autres termes, les juridictions administratives dans ces pays sont seules compétentes pour annuler des décisions unilatérales. Mais dans de nombreux pays, les tribunaux administratifs examinent de telles situations que les décisions unilatérales (par exemple une liste de tarifs dans le contrat) peuvent être séparables (divisibles) et ne peuvent donc être envisagées et examinées comme une décision unilatérale susceptible de révision, laissant le reste du contrat sous le contrôle du droit commun des contrats. Par exemple, un accord entre une autorité administrative et une personne qui énonce les droits de péage d'une autoroute qui sera construite par l'autre partie au contrat, peut parfois inclure une décision unilatérale dans le contrat, à savoir une liste des prix du péage.

Cette liste peut être contestée dans certains tribunaux administratifs par un utilisateur de l'autoroute bien que les autres dispositions du contrat puissent ne pas être contestées car elles confèrent des droits mutuels qui sont du ressort des tribunaux civils.

### **1.1.2 La forme et les effets de la loi**

#### **La forme**

Les rapports indiquent qu'une vue assez large est prise par rapport à la forme de la décision sous revue et la façon dont elle est communiquée. A titre d'exemple, cela n'a pas d'importance si la décision administrative est établie dans un document, un jugement officiel, une circulaire, un communiqué ou même un communiqué de presse. Dans certains cas, la décision incriminée peut être orale ou se manifester par un acte physique tel que la démolition d'un bâtiment ou la saisie de biens ou la privation de liberté.

En général, les tribunaux administratifs de tous les pays se tournent vers le contenu et la substance de la décision administrative et ne sont pas liés par la forme sous laquelle elle est édictée. Dans certains pays, il existe une exigence que la décision soit communiquée ou édictée par écrit. Aux Pays-Bas, les décisions orales ne sont généralement pas révisables par exemple, alors que dans d'autres pays comme la France, elles peuvent être contestées. En Belgique, la décision peut être explicite ou implicite, orale ou écrite. Dans certaines circonstances limitées, il n'est possible que de revoir certaines décisions ou des décisions particulières et non des règles générales.

#### **Les effets**

Le principal critère qui peut être trouvé dans les rapports est le «caractère exécutoire de ces décisions» (Chypre) qui examine l'effet qu'ils ont sur la situation personnelle des citoyens. En d'autres termes une décision ne peut être revue que si elle a des «conséquences juridiques» (Pays-Bas), ce qui exclut les mesures préparatoires et les décisions de nature consultative ou de confirmation. Par exemple, il y a peut être de nombreuses étapes préliminaires internes relatives à l'enquête et aux recommandations entraînant des «choix» avant de rendre une décision administrative définitive sur une demande. Ce n'est que la décision «finale» ou le «dispositif» qui peut être contesté et non pas les étapes précédentes qui en ont résulté. Bien que certaines de ces étapes peuvent impliquer des choix et des sélections, elles ne peuvent pas en elles-mêmes avoir force de loi. Une question peut se poser à savoir si la décision en question a le degré obligatoire de finalité d'être remise en cause. Ce concept est très important en ce qui concerne le tribunal des appels administratifs d'Australie, par exemple, et à la Cour fédérale, où l'appel est en rapport aux «décisions» administratives.

Un élément important est donc de savoir si la décision est à un stade où elle a des conséquences juridiques

Dans certains cas (France, par exemple), la juridiction sera tenue même si la décision en question n'est pas entrée en vigueur (matérialisée). Cette juridiction de contester une décision future illustre la nature profonde du processus de recours dans ce pays. Également, si un tribunal peut revoir lesdites décisions peut dépendre de la nécessité pratique, du degré ou de l'urgence et de la nature sérieuse de l'effet de décisions futures.

Dans deux affaires récentes en Australie, la légalité d'un ensemble général de réglementation fédérale bancaire proposée portait sur les frais interbancaires en rapport avec les cartes de crédit (*Visa* et *Mastercard*). Cela a été considéré par la Cour fédérale comme une question d'urgence avant que la réglementation n'entre en vigueur. Le recours s'est fait par voie judiciaire, qui comprenait des motifs que la réglementation régissant les frais interbancaires étaient anti-statutaires (*ultra vires*) et étaient également tout à fait déraisonnables. L'appel a été autorisé parce que les banques avaient besoin d'une décision rapide et la certitude quant à savoir si le règlement des frais de carte de crédit est valide, avant l'entrée en vigueur de la réglementation. La Cour a en effet statué qu'elle avait compétence aux fins de revoir les décisions et a confirmé la validité du régime de réglementation. En Corée, les règlements internes qui ne sont pas contractuels en dehors de l'institution administrative peuvent être revus, car on peut naturellement s'attendre à ce que les fonctionnaires travaillent conformément auxdits règlements internes. Une procédure administrative subordonnant une opération à un accord explicite existe aussi pour demander le retrait de dispositions réglementaires administratives qui sont déjà caduques s'il y a une possibilité qu'une telle disposition puisse se répéter. Ce type de contrôle est analogue mais pas identique à la notion d'un contrôle de «décisions non matérialisées» auxquelles on se réfère dans les réponses de certains pays de droit civil.

Au contraire, dans tous les cas, l'inaction ou la défaillance à rendre une décision est soumise à révision par les tribunaux. La défaillance à procéder à un devoir, une fonction ou une obligation ou de rendre une décision dans un délai prescrit (retard) est traitée comme si elle avait été refusée et elle peut être appelée et la défaillance ou le refus est considéré comme soumis à l'appel.

**1.2. Selon quels critères la juridiction ou la compétence d'une Cour ou d'un tribunal (ci-après désigné par le tribunal) sont-elles déterminées ? Existe-t-il certaines décisions de l'exécutif ou des autorités publiques qui ne peuvent pas être soumises à appel en raison de la nature ou de la substance de ces décisions?**

Cet objet soulève trois rubriques :

**1.2.1** Critères de juridiction et de compétence

**1.2.2** Questions (sujets) de compétence

**1.2.3** Exclusions de compétence

### 1.2.1 Critères de juridiction et de compétence

Les critères de juridiction excluent souvent les questions de droit privé ou pénal ou les problèmes de constitutionnalité. Dans certains pays, les problèmes constitutionnels seront soumis à la Cour constitutionnelle pour une détermination indépendante, comme en France et en Allemagne (aussi en Algérie, au Bénin, Burkina Faso et au Luxembourg). Une fois que la question constitutionnelle a été décidée, le dossier peut être renvoyé devant le tribunal administratif. Lorsque des questions de droit privé ou pénal sont en cause, les questions soulevées et la légalité de la décision relèvent de la compétence exclusive des tribunaux judiciaires. Certains cas peuvent relever à la fois de questions de droit privé et public. Cela peut soulever les questions à savoir de quel organisme entendra l'affaire et si les cas peuvent être séparés.

Les litiges concernant la compétence sont parfois résolus par un tribunal des conflits spécifique, comme en France. En outre, ils peuvent être traités par des dispositions législatives définissant les critères de compétence de manière plus étroite des juridictions concurrentes. Les décisions sur les questions administratives concernant les pouvoirs judiciaire et législatif sont exclus dans la plupart des cas. Dans les pays de droit commun (common law), les conflits de compétence ne se posent pas souvent par rapport aux questions de droit administratif (Royaume-Uni, l'Australie, le Canada ou les États-Unis). Dans ces pays, il existe un système de recours judiciaire définitif auprès de la plus haute Cour judiciaire qui existe avec une structure de tribunal séparée. Dans ces cas, les Cours judiciaires ont le dernier mot sur les questions de droit avec les tribunaux décidant les questions de fait ou de fond en appel de la décision administrative.

Quatre critères principaux sont pertinents pour indiquer qu'une affaire est de nature administrative.

Le premier, qui semble le plus important - mais est souvent combiné avec un ou deux des autres critères - est l'existence juridique d'une «relation juridique administrative» telle que décrite dans le rapport du Portugal, qui s'intéresse à l'objet public de la décision et à l'application des normes du droit public. En d'autres mots, «seules les décisions ou omissions de l'administration émanant de l'exercice des pouvoirs exécutif ou administratif dans le domaine du droit public et pas du droit privé sont susceptibles d'appel» (Chypre). Ce critère, qui s'attache à la nature administrative de la décision, a été diversement décrit dans de nombreux rapports comme les «décisions administratives publiques», les «décisions rendues dans l'exercice d'un pouvoir public», les «décisions de l'exécutif», les «décisions gouvernementales», les «décisions dans le cadre du fonctionnement d'un service public», et les «décisions servant à des fins publiques», par exemple. En Nouvelle-Zélande, un pays de droit commun (common law) qui a un système de recours auprès de la Cour judiciaire des actes administratifs, le critère d'appel et le type de décisions qui peuvent être soumises à appel sont celles relatives à l'exercice d'un pouvoir législatif ou d'un pouvoir de décision législatif. Ces expressions sont spécifiquement définies en détail dans la législation néo-zélandaise. En Nouvelle-Zélande, de façon générale, tout exercice du pouvoir législatif qui a



des conséquences publiques peut être contesté en appel. Les concepts clés sont le «pouvoir législatif» et celui de «conséquences publiques».

Le caractère public de la Loi - qui implique la compétence des tribunaux administratifs- généralement en dérive en ce qui concerne une activité de service public ou la manifestation de pouvoirs prérogatifs spéciaux. Qu'il s'agisse de l'exercice d'un pouvoir public ou législatif, ou d'une action ou décision privée personnelle. La référence au caractère public de la décision est en contraste avec celles de nature privée, qui peuvent faire l'objet d'un appel auprès des tribunaux judiciaires ou de tribunaux plus spécialisés.

L'organisation du service public est un exemple classique de compétence pour le recours administratif et ce dans de nombreux cas. Lorsqu'un contrat est conclu avec un organisme privé qui est pour servir l'intérêt public, les décisions de ce service public peuvent alors être contestées. Dans certains cas, il peut y avoir des services publics qui ne sont pas de nature administrative et ceux-ci peuvent être exclus d'être soumis à l'appel parce qu'ils sont soumis à revue par des organismes spéciaux ou des tribunaux exclusifs, ou ils vont devant les tribunaux ordinaires. Dans certains cas, les décisions administratives publiques et les services qui ont un caractère «industriel» ou «commercial» seront exclus même s'ils ont un caractère gouvernemental ou public, et sont des exercices de la puissance publique. C'est le cas par exemple en France, au Liban, et au Niger.

Le raisonnement sous-jacent par rapport aux exclusions des décisions industrielles, commerciales ou administratives à caractère industriel ou commercial, est que ces organismes sont en concurrence avec l'entreprise privée sur le marché et ils ne devraient pas être indûment tenus ou entravés par des règles de droit administratif sur leur capacité à être compétitif.

Dans certaines juridictions, par exemple l'Algérie, sur certaines questions, qui seraient généralement considérées comme des questions administratives, sont affectées exclusivement à la juridiction civile. Il s'agit notamment des questions relatives aux voies publiques et à l'indemnisation pour les dommages causés par des véhicules appartenant à l'administration. La Suisse a une exclusion en ce qui concerne les décisions concernant le type de véhicules qui peuvent circuler sur ses routes. Également, dans certains cas, il y a des exclusions de recours administratif sur des questions telles que les marchés publics et les impôts.

Le deuxième critère, auquel on se réfère dans beaucoup de rapports est l'identité de la personne qui prend la décision ou y est impliquée- le plus souvent en tant que défendeur.

Il y a souvent une indication quant à savoir si une décision peut être revue quand il y a un organisme public ou que l'autorité est partie à la procédure ou lorsque des fonds publics sont dépensés par l'organisme faisant la législation. En Thaïlande par exemple, la compétence des tribunaux administratifs repose à la fois sur le caractère et la nature du litige et sur l'identité du défendeur qui doit être un organisme «administratif», c'est-à-dire un ministère, sous-ministère ou organisme gouvernement quel que soit le nom qui leur est donné, le statut d'un ministère, de l'administration provinciale, de

l'administration locale, de l'entreprise d'État créé par une loi ou un arrêté royal ou tout autre organisme d'État. En effet, certaines autres réponses se réfèrent à savoir si la décision contestée en est une d'un organisme juridique de droit public tel qu'un État, une commune, des autorités régionales ou une municipalité. Une communication se réfère à «une décision juridique ayant des conséquences juridiques dans l'exercice d'une fonction publique» dans le litige ou dans la prise de décision, et est considérée comme concluante pour déterminer la compétence des tribunaux administratifs. C'est le cas, par exemple, en Algérie ou en Colombie. Mais dans la plupart des cas, l'identité de la personne ou de l'organisme chargé de prendre la décision n'est pas concluante. Il ressort des rapports que ce n'est pas essentiel que le règlement, une décision ou autre émane d'un organisme public ou de l'exécutif de l'État. Des personnes privées, des personnes morales ou des associations chargées d'exercer des pouvoirs ou fonctions publiques sont soumises à des dispositions de recours. Le Tribunal va également examiner l'objet de la loi ou les dispositions contractuelles. Au Kenya, par exemple, des pouvoirs statutaires peuvent être conférés ou des obligations imposées aux organismes, qui sont à l'origine des organismes privés non-statutaires. Par conséquent, l'exercice de ce pouvoir statutaire peut être contrôlé par un recours judiciaire. C'est la même chose en France et dans de nombreux autres pays.

Les troisième et quatrième critères se trouvent principalement dans les pays de droit commun, où la nature de l'appel d'une décision administrative comporte l'examen de savoir si la décision est fondée sur le droit public administratif, telles que les normes d'équité procédurale, anti-statutaires (*ultra vires*) et le principe de limitation de pouvoirs discrétionnaires administratifs, qui distinguent les domaines des droits privé et public en faisant référence aux normes et contexte dans lesquels la décision est prise. Le rapport canadien, par exemple, souligne que, en général, si une décision de l'exécutif ou des autorités publiques peut être soumise à recours, elle n'est pas tant liée à la nature ou à la substance de la décision, mais elle dépendra de la législation particulière à partir de laquelle la décision découle et si elle prévoit un droit de recours.

La nature de l'action en justice attirera souvent la juridiction. Par exemple, si une ordonnance de la nature d'un bref de prérogative est demandée. Dans de tels cas, la juridiction de la Cour exige qu'elle soit convaincue qu'un conseil d'administration, une commission ou un tribunal, par exemple, a agi en dehors ou a refusé d'exercer sa juridiction; a manqué d'observer un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale qu'il était légalement tenu de respecter; a erré en droit en rendant une décision ou une ordonnance, qu'il s'agisse ou non que l'erreur apparaisse à la vue du cas; a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion erronée du fait qu'elle l'a prise de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments devant lui ou a agi ou a omis d'agir, en raison de fraude ou a agi de toute autre manière qui était contraire à la loi. Dans certains cas où ce qui est demandé est un droit purement subjectif, par exemple, lorsque la demande est tout simplement pour des réparations monétaires causées par des actions d'un organisme public, l'affaire n'est pas du ressort des tribunaux administratifs. Mais si l'annulation est demandée, l'affaire est alors du ressort de la juridiction

administrative. C'est le cas par exemple en Belgique, au Luxembourg et en Indonésie. C'était également d'habitude le cas en Italie.

Au Luxembourg, c'est une condition préalable que le décideur soit une autorité administrative. Cependant, la juridiction des tribunaux administratifs n'est activée que lorsque la décision a de l'effet sur un *droit objectif* (c'est-à-dire une règle de droit applicable sur le territoire) et que cet effet constitue la partie essentielle du contentieux administratif. Alternativement, la juridiction de recours administratif se soulèvera si la décision a une influence sur une *politique de droit subjectif* (c'est-à-dire un droit individuel inhérent au sens d'un droit humain qui est reconnu par la primauté du droit, et qui est de nature politique). Les droits politiques sont déterminés soit restrictivement - le droit de vote et d'éligibilité aux élections, soit largement pour inclure la sécurité sociale. De manière importante, si l'incidence de la décision sur un *droit civil subjectif* (c'est-à-dire un droit individuel inhérent d'une nature civile, ce qui est effectivement tous les droits individuels non classés comme politique), elle ne relève pas de la juridiction de recours administratif.

Dans un cas récent en Australie (*Hicks*) une décision de la Cour fédérale, suite à la défaillance du ministre de l'Immigration et de la Citoyenneté d'envisager de faire une demande au gouvernement américain de renvoyer un prisonnier de Guantanamo Bay, David Hicks, qui avait été refusé d'être jugé par les tribunaux américains, afin qu'il puisse être jugé en vertu de la loi australienne, a confirmé être le type de décision susceptible d'un recours judiciaire auprès de la Cour sur une demande aux fins d'une ordonnance *d'habeas corpus*. Les circonstances furent que le ministre indiquait qu'une telle demande pour le ramener pourrait réussir, mais il a refusé d'envisager de la faire. L'affaire a soulevé la question de savoir si en tant que citoyen M. Hicks avait des droits d'exiger que le gouvernement australien envisage de prendre des mesures pour le protéger d'une incarcération continue à la prison de Guantanamo Bay, où il se trouvait détenu depuis plus de 5 ans sans procès. Il y a eu des décisions analogues au Royaume-Uni dans les dossiers Abbasi (2003) et Al Rawi (2007). Dans ces affaires, les tribunaux ont estimé que la décision du ministre après avoir examiné la demande ne pouvait être pas susceptible de recours.

Sur ce premier ensemble de questions, les rapports indiquent en général un large éventail de questions à l'égard desquelles les tribunaux sont compétents et disposent d'un large champ de recours. Les principaux concepts utilisés pour leur donner juridiction sont que la décision ou la règle doit se rapporter à l'exercice de pouvoirs administratifs publics conférés par le droit public à des fins d'exécution d'une loi ou d'un service public, ou à l'occasion d'agir dans l'intérêt public, et il n'est pas fondamental que la décision soit prise par un organisme public ou privé.

### **1.2.2 Questions (sujets) de compétence**

Il existe un certain nombre d'exemples dans les rapports, indiquant les endroits où le recours administratif se produit régulièrement.

Certains rapports font état de décisions concernant l'exercice du pouvoir administratif direct et de la contrainte envers une personne en particulier (y compris une arrestation par la police en Autriche).

La question de l'emploi dans la fonction publique est également souvent mentionnée. En Belgique, le tribunal administratif est compétent pour revoir des règlements en général contraignants et des décisions individuelles concernant les fonctionnaires travaillant au Parlement, les services du Médiateur, la Cour constitutionnelle et la juridiction judiciaire. La juridiction administrative française peut aussi revoir les décisions individuelles applicables aux juges civils et pénaux et les règles contraignantes générales d'organisation du service public de la justice. Cette compétence en matière d'emploi public peut être variée et dépend de la nature administrative de la relation entre l'organisme public et son employé. Au Kenya, par exemple, les litiges découlant de l'emploi de personnes ayant une relation contractuelle de travail seront du ressort du droit privé. Le fait que l'employeur soit un organisme public, ou qu'il y a un certain degré d'intérêt public dans les activités exercées par la personne ne suffit pas à donner à la question un caractère public.

De nombreux autres domaines sont mentionnés dans les rapports, tels que la santé publique, l'environnement, l'urbanisme, l'aménagement du territoire, le patrimoine culturel, les services publics, la promotion, l'indemnisation pour l'acquisition de terres par le gouvernement, la liberté d'information et la prise en charge d'enfants ou de drogués adultes ainsi que les soins psychiatriques (Suède). Parmi ces questions, les élections locales sont également souvent mentionnées (Cameroun, France). Parfois, cette question en est expressément exclue.

### **1.2.3 Exclusions de compétence**

Dans toutes les juridictions, les recours peuvent être accordés, limités, ou les compétences peuvent être exclues par la législation particulière qui concerne des cadres réglementaires spécifiques. Par exemple, une loi relative à l'extradition ne peut exclure un recours à une décision de rechercher des renseignements à partir d'une source d'informations à l'étranger.

Il est intéressant de noter que presque chaque rapport mentionne le fait que certaines décisions qui pourraient être considérées comme administratives, sont explicitement exclus de tout recours - dans la plupart des cas par une loi législative - mais parfois en raison de la jurisprudence.

Seuls deux pays ont mentionné que, dans leur système juridictionnel il n'y avait pas de décisions de l'exécutif ou des autorités publiques qui ne peuvent pas être soumis à un recours en raison de la nature ou de la substance desdites décisions (l'Autriche et la Colombie).

Dans toutes les autres juridictions, quatre cas concernant les décisions particulières qui ne sont pas susceptibles de recours en raison de leur nature ou de la substance ont été mentionnés.

Le premier cas comprend les décisions prises par les autorités publiques concernant des sujets qui sont considérés comme étant politique et non administratif. Certains rapports (Égypte) expliquent une telle restriction de compétence sur la base de la séparation des pouvoirs.

Ces cas peuvent ne pas être les mêmes dans tous les pays. En voici les principaux :

- Les cas liés à la politique étrangère et aux relations internationales, telles que la nomination d'un consul honoraire (Cameroun), la signature d'un protocole bilatéral entre deux pays (Thaïlande).
- Les cas liés à la sécurité nationale et /ou actions militaires. Par exemple, une décision d'envoyer des forces armées à l'étranger ne seraient généralement pas susceptible de recours parce que c'est un acte politique. L'ordre de suspension d'un officier de l'armée est également évoqué. D'autres questions qui ont été soulevées dans les rapports comme exclusions de juridiction sont les questions concernant les droits d'entrée pour les personnes soupçonnées de terrorisme, la confiscation de matériel de propagande terroriste fondée sur les questions de sécurité nationale et l'octroi de visas. Dans la Confédération Suisse, les demandes de nationalité suisse sont exclues de tout recours pour des raisons constitutionnelles parce que c'est du ressort des cantons.
- Les cas liés aux relations entre les pouvoirs constitutionnels et les relations entre le Parlement et le gouvernement. La Nouvelle-Zélande donne un exemple d'une décision par un ministre de faire passer un projet de loi au Parlement pour confirmer un agrément de résolution avec les peuples autochtones.
- Les cas liés aux élections nationales ou régionales. En Norvège, la légalité des élections législatives peut ne pas être revue par les tribunaux administratifs. Le fait d'un pouvoir exécutif invitant les citoyens à voter est également mentionné à plusieurs reprises comme une exclusion (Égypte). L'Italie a également fait référence à la nomination des sénateurs à vie.

Dans ces cas, il a été souligné que le critère pertinent d'exclure du recours n'est pas l'identité de l'autorité qui a pris la décision, mais la nature de l'acte. L'Afrique du Sud se réfère à un cas dans lequel la «distinction entre la conduite de nature administrative et celle de nature exécutive était en cause», à savoir le licenciement du responsable de l'Agence de la sécurité nationale. L'Espagne se réfère au fait que les activités administratives des organismes constitutionnels tels que les Cortes (parlement), les parlements des Communautés autonomes, la Cour constitutionnelle, la Cour des comptes, et les institutions à pouvoir juridictionnel sont sujettes à recours. La Thaïlande déclare que les États où un organisme constitutionnel (le Parlement ou l'exécutif), exerce le pouvoir administratif en vertu d'une loi, ledit exercice est alors sujet à recours.

Le second cas renvoie à la distinction entre une décision destinée à produire des conséquences juridiques internes et une décision externe destinée à produire des conséquences juridiques sur les relations entre un organisme administratif et les individus ou les personnes morales. Une décision ou autre aux conséquences externes est sujette à recours alors qu'une décision qui a des conséquences internes n'est pas considérée comme relevant de la catégorie des décisions sujettes à recours.

Un exemple donné par les Pays-Bas de conséquences internes et d'une décision non susceptible de recours est celui de directives à l'intérieur d'un ministère portant sur les documents à établir. Ceci est considéré comme normalement avoir peu ou pas d'influence significative sur les individus et se rapporte exclusivement au bon fonctionnement interne du ministère et pour cette raison, il ne serait pas susceptible de recours. La Pologne exclut également le recours concernant la soumission des subordonnés à un supérieur hiérarchique ou relative à des refus de nommer à un bureau ou à désigner pour exercer une fonction au sein des autorités de l'administration publique, sauf si cette obligation de la nomination ou désignation résulte d'une disposition de la loi.

Certains rapports indiquent que de simples opinions juridiques générales, des directives ou des interprétations par des organismes administratifs (circulaires), qui ne sont pas contractuelles, ne peuvent généralement pas être sujettes à recours, car elles ne portent pas atteinte à des droits particuliers, mais où elles visent spécifiquement la situation d'une personne ou entité en particulier, elles peuvent alors être soumises à recours. Elles ne sont généralement pas sujettes à recours dans l'abstrait. Cet aspect est évoqué par un certain nombre de pays dont les Pays-Bas et la Chine.

Le troisième cas, auquel certains rapports font état, mais pas souvent, est lié à l'ordre public ou à l'organisation d'organismes fournissant des services publics.

Dans d'autres cas, tels que les règlements impliquant le code de la route et la circulation des types de véhicules, le recours est exclu. De même impliquant l'urgence médicale, telle que la priorité d'une personne pour avoir droit à l'usage de médicaments lors d'une greffe, les priorités dans l'affectation d'opérations, les décisions sur l'assurance maladie, les questions urgentes sur des marchés publics et l'aide internationale sont également exclus.

D'autres exclusions comprennent les circonstances où un employé qui révoqué de la fonction publique ne peut faire une réclamation suite à une restructuration de la fonction publique. De même, une décision de fermer une salle d'accouchement dans un hôpital. Également les décisions judiciaires concernant le fonctionnement du pouvoir judiciaire sont exclues. Toutefois, dans certains cas, certains types de décisions «administratives» au sein du pouvoir législatif ou judiciaire ont fait l'objet de recours.

La Suède se réfère au Parlement limitant la juridiction des tribunaux par le biais de lois prohibitives (privative ou des dispositions d'éviction), qui visent à empêcher les tribunaux d'enquêter sur des cas. Elle donne comme exemple une loi traitant du soutien agricole où la Cour suprême administrative a pris

en considération une telle exclusion dans le cadre du droit suédois en raison d'un conflit avec le droit communautaire européen et a décidé que le cas pourrait donner lieu à recours et l'a attribué au tribunal administratif. Dans les pays de droit commun (common law) ces tentatives visant à limiter la juridiction des tribunaux sont interprétées de manière très stricte et étroite.

Le quatrième cas mentionné dans quelques rapports est l'exclusion du recours de décisions en raison de la grande marge de pouvoir discrétionnaire sur la base de laquelle elles sont prises. En Autriche, un pouvoir discrétionnaire administratif peut être si large pour qu'un recours soit exclu. Lorsqu'il n'y a pas de règle contractuelle ou un ensemble de critères, une décision peut ne pas être sujette à recours, car la discrétion ou la marge autorisée de jugement pour l'organisme administratif est si large que les tribunaux considèrent qu'elle ne peut être contestée par référence à une norme qu'une Cour ou qu'un tribunal pourrait appliquer.

Dans de nombreuses juridictions, les limitations à la gamme de décisions qui peuvent être contestées sont interprétées de façon restrictive, renforçant ainsi une approche large du recours administratif.

Un exemple remarquable de cette tendance vers une approche plus large est débattu dans le rapport français en ce qui concerne la juridiction la plus étendue de l'administration des prisons et des droits des prisonniers. La Pologne adopte aussi une approche généreuse aux lois donnant lieu à juridiction et une démarche limitée en ce qui concerne les lois d'exclusion. Par exemple, une loi excluant une plainte contre le recours d'une nomination d'un soldat à une obligation particulière a été interprétée de façon à ne pas exclure un recours à une décision quant à la rémunération de ce poste. La jurisprudence polonaise dans ce domaine est intéressante, car elle adopte globalement une approche extensive de la juridiction du recours administratif et ce renforcée par une interprétation stricte et restrictive de la réglementation stipulant les limitations sur la juridiction.

Dans le rapport de l'Afrique du Sud, des exemples sont donnés de refus d'exercer une juridiction où il y a un délai manifestement déraisonnable dans une demande de contestation d'une décision administrative, et aussi où il y a une incapacité de recours par le tribunal pour donner effet à ce qui est décrit comme une «attente légitime sur le fond».

## **2 Procédure**

### **2.1 Où ces règlements peuvent-ils être trouvés ? Par quelle loi ou réglementation sont-ils définis ?**

Dans tous les rapports, les règlements sont inclus dans des codes de procédure compréhensifs couvrant toutes les étapes de la procédure. Les procédures détaillées qui peuvent être trouvées dans les règlements particuliers de chaque pays sont spécifiquement référencées dans les rapports. Tous les tribunaux ont également élaboré une jurisprudence en ce qui concerne l'application du règlement du Tribunal. En Australie, cette jurisprudence a également été élaborée par une série de «Notes pratiques» d'un caractère «pratique» qui résulte des décisions sur des questions de

procédure et qui établit les mesures particulières à prendre de façon concrète pour la préparation d'un dossier pour l'audience. Par exemple, les Notes pratiques traitent des questions quant à l'utilisation de la technologie dans les procédures, des délais de la prise des mesures, la gestion des dossiers, la façon dont la preuve est présentée par chaque partie, la manière dont la présentation de documents doit être gérée lors de l'utilisation de la recherche électronique, la forme des pièces écrites et des particularités qui portent sur les questions appelant une décision, la manière dont les soumissions avant l'audience orale doivent être présentées par écrit, la préservation des documents et des preuves et la manière dans laquelle les rapports d'experts doivent être établis, présentés et certifiés par ces derniers.

**Les différentes étapes de la procédure sont-elles dans les mains des parties et /ou du tribunal et quel est leur rôle respectivement ?**

Dans la plupart des cas ce sont les parties qui établissent le domaine du litige et définissent la nature et les limites de leur réclamation et les recours qu'ils demandent dans leur plainte (par exemple, annulation, injonction, report pour une nouvelle audition en conformité avec la loi déclarée, réintégration, dommages et intérêts et/ou compensation). Le tribunal ne contrôle pas le nombre de questions strictement ou la façon dont elles sont formulées. Le tribunal sera généralement lié à la fois en première instance, et plus encore en appel, par la portée du litige et les recours choisis par les parties, ce qui limitera les soumissions et les preuves qui peuvent être présentées en référence à ces questions.

Dans certains rapports, il est fait référence au tribunal, ayant le pouvoir de dépasser cette limitation de questions afin de fournir ce qu'il considère comme la meilleure solution. En Pologne, le tribunal d'instance se prononce dans les limites du cas particulier, n'y étant pas tenu, cependant par les charges et les exigences de la plainte ainsi que la base juridique mentionnée. Au contraire, la Cour suprême administrative ne peut pas, de sa propre initiative, commencer des revues afin de déterminer les autres défauts de la résolution contestée qui est présentée lors d'un pourvoi en cassation. En Tunisie et en Suisse le tribunal fédéral peut également contrôler n'importe quel sujet touchant à la légalité d'un arrêté - quelles que soient les plaintes des parties.

Dans une majorité de pays, dans les limites des plaintes, la procédure inquisitoire donne au juge de larges pouvoirs afin de mener les procédures préliminaires et conduire l'affaire à son terme. À condition que la procédure reste contradictoire, le tribunal peut prendre toute ordonnance pour les parties afin que l'affaire soit résolue le plus rapidement possible et ce de manière efficace. Par « contradictoire », on entend le fait de donner la pleine possibilité à chaque partie de prendre connaissance et de répondre aux preuves, documents et présentations de l'autre partie. Certains rapports justifient l'utilisation de la méthode inquisitoriale dans les affaires administratives, plutôt que les procédures accusatoires par le fait que les procédures administratives devraient viser à trouver l'équilibre entre les parties, dont l'une est un citoyen privé et l'autre un organisme gouvernemental.



## **Y a-t-il un(e) procureur(e) et si oui, quel rôle joue-t-il/ elle ?**

Cette question soulève trois sujets différents dans les rapports:

L'existence d'un(e) « procureur(e)» public devant les tribunaux administratifs.

Le rôle du juge-rapporteur

Le rôle du magistrat public.

Tout d'abord, il semble que dans quelques cas, il y a un «parquet» devant les tribunaux administratifs. Au Portugal, le ministère public intervient activement dans les procédures qui relèvent de la compétence des tribunaux administratifs. C'est l'initiateur de l'action publique, il agit pour surveiller la légalité et l'intérêt public en tant que représentant de l'État afin de présenter et de défendre l'intérêt public. En Pologne, un procureur public et le Commissaire aux droits des citoyens (Médiateur) peut participer à n'importe quelle procédure. La Côte d'Ivoire, la Bulgarie, l'Algérie, l'Espagne et la Slovaquie, entre autres pays indiquent également que le procureur public peut engager l'action publique devant les tribunaux administratifs tout au moins dans certains domaines.

Dans la plupart des cas, cependant, il n'existe pas de «procureur» ou de représentant des intérêts du gouvernement, autre que le défendeur au recours. De nombreux rapports soulignent que l'organisme administratif dont la décision est remise en question aura un représentant légal afin d'élaborer son cas et de présenter les considérations relatives à l'intérêt public du point de vue de l'organisme administratif ou du ministère particulier en question. En général, cela pourrait être perçu comme une approche partisane car dans un tel cas, le représentant se présente comme une partie, et a un aspect limité de l'intérêt public à promouvoir. Il est intéressant de noter que, en Suède jusqu'en 1995, la partie appelante n'a pas de contrepartie et le tribunal a décidé à la fois de l'appel et a représenté l'autorité publique.

Deuxièmement, la plupart des pays de droit civil ont indiqué qu'un magistrat-rapporteur joue un rôle central dans la procédure en guidant les parties dans la procédure menant à la phase de décision, donnant de l'assistance quant aux vrais enjeux et documents qui forment la plupart du dossier, et en s'assurant que les affaires sont prêtes pour l'audience ou la décision. Les pouvoirs sont généralement très grands. Le rapporteur est chargé de s'assurer que les procédures soient équitables afin que chaque partie reçoive tous les documents, renseignements et mémoires présentés par les autres parties afin de permettre une réponse complète et appropriée aux prétentions de l'autre partie. Le rapporteur peut ordonner la production de tout document requis pour la résolution de l'affaire ainsi qu'il peut ordonner des enquêtes. En Suisse, le dossier est remis à un juge d'instruction qui peut prendre toute mesure pour protéger le statu quo ante, même si ce n'est pas demandé par les parties. Dans la plupart des cas, le rôle du magistrat-rapporteur implique de proposer une solution de l'affaire devant les autres membres du tribunal et il / elle est habituellement un magistrat du siège.

Troisièmement, certains pays ont souligné le rôle du «magistrat public», qui peut porter des noms divers, tels que «parquet» (Sénégal), «parquet général» (Bénin), «commissaire du gouvernement» (Burkina Faso), « juge-commissaire » (Thaïlande) ou «rapporteur public» (France). Le rôle de ce magistrat public est d'exposer de façon indépendante en public son avis sur les questions soulevées par les cas et les solutions auxquelles ils ont recours. Il ne fait pas partie de la magistrature du siège. Certains des rapports soulignent que ce système aide à assurer l'exactitude de la décision du tribunal.

La Belgique dispose d'une institution intéressante appelée l'«auditoriat» qui désigne un «auditeur» qui joue un rôle central dans le traitement de l'affaire lors de l'étape de l'audience. Ses pouvoirs sont ceux du magistrat-rapporteur (conduisant l'affaire à l'audience avec des pouvoirs étendus) et il propose une solution au tribunal, mais il ne siège pas avec le tribunal pour rendre la décision finale. L'auditeur dans le système belge est décrit comme un *amicus curiae* dans le rapport belge.

### **Écrit ou oral**

Dans les pays de droit civil, l'accent est mis principalement sur la présentation écrite et les étapes de la procédure complétée par une audition de courte durée. Dans de nombreux cas une audience orale (audience) doit être expressément demandée sinon elle n'aura pas lieu. Souvent, elle n'est pas demandée. De nombreux rapports font également remarquer que durant l'audience, les parties peuvent se référer à leurs observations écrites. Ils ne doivent pas en répéter leur contenu mais peuvent concentrer leurs plaidoiries sur les questions principales.

Dans certains pays de droit civil, les audiences orales sont utilisées dans le cadre de la procédure préliminaire ou provisoire pour des ordonnances urgentes en redressement (Portugal, en rapport à la production de preuves). En Espagne, depuis 1998, la procédure orale a été utilisée dans des cas d'importance mineure. En utilisant la procédure orale, il est possible d'explorer et d'envisager plus rapidement la position des parties et d'acquérir une vue d'ensemble rapide de l'affaire ce qui est suffisant pour examiner l'octroi d'un redressement d'urgence parce qu'il y a une possibilité pour le tribunal de tester les parties quant à la solidité de leur dossier à ce stade précoce. Dans la procédure portugaise, il est prévu une disposition pour une audience orale, avec une décision immédiate des dossiers qui appellent à la protection des droits et liberté. Souvent, une audience orale anticipée va éliminer des dossiers notamment ceux qui n'ont pas de chances réelles de succès.

Dans les juridictions de droit commun, d'autre part (Nouvelle-Zélande, États-Unis, Canada, Australie, Royaume-Uni), les rapports soulignent l'audience orale comme processus central, mais les soumissions écrites, les témoignages écrits sous la forme de déclarations sous serment, les déclarations écrites de témoins, et le matériel documentaire sont l'objet d'une attention croissante en grande partie dans l'intérêt de raccourcir le temps d'audience. L'« oral » a toujours été et demeure d'une grande importance en

mettant l'accent sur l'échange de vues animé entre les juges et les parties ou leurs avocats. Il est intéressant de noter que devant les tribunaux fédéraux d'appel aux États-Unis et devant la Cour suprême de ce pays, les soumissions sont faites sous la forme d'un échange de mémoires qui contiennent des présentations extrêmement détaillées de l'argumentation et les résumés des faits ce qui constitue la principale documentation soumise à la Cour ou tribunal pour la décision. Il y a souvent un temps très limité pour une présentation orale, que 20 à 30 minutes, même dans les cas de la plus haute importance. Dans la plupart des juridictions de droit commun, les parties ne sont généralement pas si limitées en temps. Devant la Haute Cour d'Australie, cependant, où il y a une demande d'autorisation d'appel, les parties sont strictement limitées à 20 minutes chacune. L'audience orale donne l'occasion aux juges de préciser et de tester les soumissions et les difficultés que la Cour peut voir en elles, afin de juger si l'affaire se prête à être entendue par la Haute Cour.

Au niveau de la première instance dans les pays de droit commun (common law), il peut y avoir de très longues audiences orales (parfois jusqu'à 2 à 3 mois) où il est nécessaire de trancher des questions factuelles complexes, impliquant des témoins experts et il y a un nombre important de documents. Également dans ces pays, il y a souvent de longs interrogatoires détaillés des témoins importants par les deux parties.

Dans une mesure notable, les juridictions de droit civil et de droit commun (common law), sont, toutefois, en train de se rapprocher les unes des autres en cherchant à tirer parti des avantages de chaque système. Bien que dans les pays de droit commun (common law), la Cour ne considère pas qu'elle ait le pouvoir de convoquer des témoins de sa propre initiative, il y a une forte perception que le système inquisitoire est parfois plus efficace pour parvenir à une solution véritable. D'autre part, de nombreux pays de droit civil accordent actuellement plus de place aux procédures orales. En Colombie, par exemple, la mise à jour du code de droit administratif en cours mettra en œuvre des procédures orales avec quelques interventions écrites. En France, une réforme récente permet aux parties de répondre aux conclusions orales du rapporteur public, ce qui n'était pas possible auparavant. Comme le souligne le rapport finlandais les procédures orales et écrites sont complémentaires, puisque l'objet d'une audience orale est d'obtenir des preuves pertinentes sur des questions où la preuve documentaire ne peut pas être obtenue ou est insuffisante pour présenter une image complète.

### **Le litige est-il déterminé par un juge unique ou un collège de juges?**

Dans de nombreux pays, en première instance, l'audience a lieu devant un juge unique. En appel, la Chambre est généralement constituée par un collège de trois juges et, dans certains cas, cinq ou plusieurs juges siègent selon l'importance de l'affaire. Il existe un certain nombre d'exceptions. En général, quand l'affaire s'élève dans la hiérarchie du tribunal, les rapports indiquent que plus de juges y sont impliqués. Dans un tribunal de première instance finale, habituellement trois à cinq juges constituent le collège. Dans les affaires civiles importantes, elles peuvent être entendues par un grand collège composé de tous les juges. Dans d'autres pays, il est habituel que

l'audition, en première instance soit soumise à un collège de trois juges, comme c'est le cas en Thaïlande. Dans l'un des exemples, donnés par la Colombie, le Conseil d'État siège avec 23 magistrats, dont neuf d'entre eux font valoir qu'ils sont en dissidence. Le rapport grec mentionne également les décisions à la majorité et minorité du Conseil d'État.

Dans certains pays, notamment la Suède et la Norvège, il y a des dispositions pour un ou plusieurs juges non professionnels, qui peuvent être des experts, de siéger avec les juges administratifs de première instance et dans certains cas, ils siègent aussi lors des appels. Le but est de permettre au Tribunal de comprendre pleinement et de décider sur des questions techniques ou d'autres questions nécessitant des connaissances spécialisées. Cela augmente la crédibilité et la solidité de la décision lorsque l'expertise est requise. De telles affaires comprennent, par exemple, l'expertise en recherche médicale, l'expertise et la pratique de l'ingénierie, les questions de construction, la technologie, les questions scientifiques nécessitant une recherche avancée dans les domaines tels que la biologie, la chimie, ou les problèmes dans le domaine de l'économie, la comptabilité et les pratiques commerciales. Il est prévu dans certains systèmes pour le tribunal de désigner des experts comme témoins pour témoigner et assister le tribunal. Dans ce cas, ils ne font pas partie du tribunal. S'il y a plus d'un juge alors la décision est prise à la majorité.

Dans la plupart des systèmes de droit civil, il n'existe aucune disposition pour la publication des jugements de juges dissidents. Il n'y a qu'un seul arrêt de la Cour. Dans les systèmes de droit commun (common law), les opinions dissidentes sont publiées et communiquées. Il appartient au juge d'exprimer ses vues ou ses propres raisons, même s'il n'est pas d'accord. De cette façon, il est dit que la loi est maintenue ouverte pour un développement flexible. Dans presque tous les pays, les délibérations des juges ont lieu en privé. En Suisse, au tribunal fédéral le droit procédural exige que la délibération des juges ait lieu en présence des parties. Aucun autre pays ne s'est référé à une telle procédure.

Dans les cas qui exigent des mesures urgentes, les rapports montrent qu'il existe des dispositions spécifiques de différents degrés de complexité, afin de faire face à l'urgence. Le président de la Chambre qui décide de la question peut nommer un seul juge pour entendre toute demande pour des mesures urgentes ou pour suspension de l'exécution ou la conservation de propriétés ou la protection de droits fondamentaux. Les ordonnances provisoires peuvent être prises par ce juge unique. Dans les pays de droit commun (common law), il existe une procédure bien établie pour demander une action en redressement d'urgence. Ces questions sont entendues par un juge unique qui donne souvent un jugement préliminaire sur les informations présentées généralement limitées au stade préliminaire.

Dans les juridictions de droit civil et de droit commun (common law), tous les juges siégeant au tribunal chargés d'entendre l'affaire donnent la décision. Dans certains cas exceptionnels, par exemple si un juge meurt avant de rendre le jugement ou est frappé d'incapacité la décision peut être prise par le juge survivant.

**2.2 Quelles conditions doivent être remplies en vue de conférer le droit à faire une demande de recours? Le demandeur doit-il montrer une certaine forme d'intérêt personnel, si oui, ce dernier est-il défini de manière large ou étroite ? Veuillez fournir la jurisprudence pertinente.**

Dans la plupart des pays, la demande ou la requête de recours doit répondre à cinq exigences.

Premièrement, elle doit donner les détails de la plainte, les réparations demandées et la base pour chercher l'action en justice. La demande doit établir les motifs de la plainte et le redressement demandé. Dans la plupart des cas, la requête doit être présentée sous forme écrite, mais certains pays acceptent aussi des formes orales. Dans lesdits cas, le greffier du tribunal en fait un enregistrement.

Deuxièmement, la requête doit être apportée par une personne ou une entité ayant la capacité juridique. La «Capacité juridique» désigne habituellement la personne qui est en mesure, en droit, d'accomplir un acte juridique, comme étant d'un certain âge, ou d'être une personne morale, entité, groupe ou parties qui sont acceptées comme représentant un intérêt.

Troisièmement, la requête doit être introduite dans les délais requis pour l'ouverture de la procédure. La plupart des rapports font état d'un délai de deux mois ou de 60 jours après la publication ou la notification de la décision, mais ce délai peut parfois être beaucoup plus court (14 jours pour une décision individuelle en Bulgarie) ou beaucoup plus long (au Kenya le bref de certiorari doit être fait dans les 6 mois suivant la date de la décision à annuler).

Dans ces trois cas, le tribunal a un pouvoir discrétionnaire pour entendre la plainte, même s'il y a eu une défaillance à satisfaire certaines règles prescrites ou la forme ou d'autres exigences. Dans certains cas, il y a une disposition expresse, par exemple, pour le juge de prolonger les délais ou de dispenser des exigences de procédure.

Quatrièmement certains des rapports ont mentionné la nécessité de «l'épuisement des recours internes», comme condition pour que la requête soit revue. Dans certains pays, une personne n'a pas le droit d'intenter une action à moins qu'elle n'ait d'abord épuisé toutes les voies de recours en prenant toutes les mesures disponibles au sein des procédures internes de l'organisme administratif pour obtenir un résultat favorable avant de procéder à un recours devant un tribunal administratif. De nombreux organismes ont des dispositions permettant de revoir sur demande, par le biais d'un processus de recours interne. En Espagne, l'épuisement du recours administratif interne est une condition sine qua non pour un appel. La même condition s'applique en Indonésie, aux Pays-Bas, en Allemagne et en Côte d'Ivoire. Cette condition est référée dans le rapport slovaque comme «l'un des

principes fondamentaux de la justice administrative». Dans certains pays, la même condition s'applique, mais seulement dans certaines domaines, tels que les impôts (France, Bénin, Bulgarie), ou la sécurité sociale (Bulgarie).

Cinquièmement, chaque rapport a mentionné la nécessité pour la requête d'être intentée par une personne ayant un intérêt dans la revue de la décision. La nécessité de *locus standi* (qualité pour comparaître).

Parfois, la loi statutaire prescrira qui peut lancer la procédure. Par exemple, la législation environnementale peut expressément donner de grands pouvoirs à toute personne ayant un intérêt à lancer un recours, même s'il n'est pas directement touché par la décision. En Colombie, le bureau du Médiateur peut être partie à l'appui d'un recours et, dans certains cas, des personnes peuvent comparaître comme *amicus curiae* (c'est-à-dire qu'elles ont un intérêt particulier dans l'affaire). En Australie, en 1996, les évêques catholiques ont été autorisés à comparaître à titre d'*amicus curiae* dans une affaire concernant l'avortement, même s'ils n'avaient pas le droit d'intervenir en tant que partie parce qu'ils n'ont pas un intérêt suffisant pour avoir une qualité pour comparaître (*locus standi*) en tant que partie.

Dans la plupart des pays, la question du *locus standi* est traitée au cas par cas. Elle est étroitement dépendante des circonstances particulières de chaque cas et il n'est pas possible d'énoncer un principe universel. Dans une affaire australienne de premier plan, *Australian Conservation Foundation contre Le Commonwealth*, décidé en 1980, la Haute Cour a observé qu'un citoyen ou une personne morale, sans aucun intérêt particulier dans l'objet de l'action au-delà de celle dont bénéficie le public en général, n'a pas qualité pour demander une injonction pour empêcher la violation d'un droit public ou de faire respecter l'exécution d'un devoir public. Le tribunal a décidé que le *locus standi* n'existait que si une personne pouvait montrer un préjudice réel ou anticipé ou des dommages à des biens ou des droits exclusifs à des activités commerciales ou des intérêts économiques et peut-être des intérêts sociaux et politiques. Une préoccupation ou conviction, cependant réelle, ne constitue pas en soi un *locus standi* suffisant pour autoriser un organisme environnemental à contester un développement. Une croyance, cependant fortement ressentie, qu'une loi devrait être observée ou que le comportement d'un genre particulier devrait être empêché ne donne pas de *locus standi*.

Dans les pays de droit commun (*common law*) et droit civil, il y a souvent une référence dans les procédures à une personne qui est «lésée» par la décision contestée. Une telle personne peut inclure des personnes ou entités agissant à titre personnel ou dans l'intérêt d'une collectivité ou un groupe ou classe, ou une association agissant dans l'intérêt de ses membres. Le terme «lésé» n'est pas un concept purement subjectif en ce sens que la personne a un certain sentiment «subjectif» d'un résultat, il doit y avoir un certain impact négatif objectivement identifiable sur le droit ou l'intérêt d'une personne. Dans une procédure d'annulation dans certains pays, le plaignant doit même montrer un effet sur un droit subjectif (par exemple en Belgique, au Luxembourg). La plupart des juridictions interdisent les actes hypothétiques ou des actions purement consultatives. L'intérêt requis est parfois décrit comme étant «direct et concret» (la Chine se réfère à l'intérêt comme étant

non pas abstrait et ayant un effet direct). Le rapport belge résume de façon concise en place l'intérêt requis comme étant celui qui doit être concret, personnel, direct et légitime.

Ainsi que le souligne un rapport, le but de l'exigence de *locus standi* est d'empêcher les personnes de s'ingérer dans le processus litigieux dans lequel ces personnes n'ont aucun intérêt réel mais seulement un vague intérêt de sorte que si elles étaient autorisées à intervenir, l'intervention ferait obstacle à l'administration efficace de la procédure du tribunal et également retarderait l'activité des organismes publics.

C'est la raison pour laquelle il apparaît que dans la plupart des pays un simple intérêt en tant que contribuable ne donnerait pas le statut de contester les règlements ou décrets pris par les organismes administratifs sur la seule base qu'il paye des impôts, par opposition à s'opposer à des actes particuliers ou décisions qui le touche personnellement.

La tendance dominante dans les rapports, tant en droit civil et les pays de droit commun (*common law*) est fortement en faveur d'une approche large et généreuse à la question de *locus standi* dans l'intérêt de la transparence et l'accès. Un rapport souligne (Tunisie), qu'il est fortement dans l'intérêt public en général qu'une décision administrative illégale ne soit pas autorisée à rester en vigueur et que ce recours fournit une base pour une acceptation large de *locus standi*.

L'intérêt en question peut être personnel ou comme membre d'une société, association ou groupe avec des objectifs particuliers à l'avance, qui sont annulés par la décision ou l'acte contesté. Par exemple, l'objectif relatif au soin de l'environnement. Souvent, les organisations de protection de l'environnement sont reconnues et bénéficient du *locus standi* pour contester les projets d'utilisation des terres, comme la construction d'un barrage ou l'abattage de bois.

Un exemple fréquemment cité dans les deux systèmes est dans le domaine de l'urbanisme où une personne refuse un permis de construire délivré par une autorité locale à un voisin qui permet la construction causant un préjudice au plaignant, et où les conditions de protection imposées par l'autorité sont insuffisantes pour prévenir un tel détriment. Une illustration est donnée par rapport à la construction d'une tour de radio où un voisin qui se trouve à 60 mètres peut avoir le *locus standi* en raison de l'impact visuel de la tour sur sa propriété, alors que son voisin à 500 mètres plus loin ne peut pas la voir et n'aurait pas le *locus standi* pour contester l'arrêté administratif d'octroi du permis de construire pour l'érection de ladite tour parce que l'impact n'est pas suffisamment défavorable. La question du *locus standi* est souvent une question de fait et de degré.

En Suède, si une obligation existe qu'une personne doit être informée de la décision en instance par l'agence, alors cette personne est considérée comme ayant suffisamment de *locus standi* pour la contester.

En Italie, il a été jugé que les parents d'un élève avait un intérêt qualifié qui leur est propre, et aussi en tant que représentant de leur enfant, pour

contester les actions d'une autorité scolaire quand elle affecte les intérêts économiques et moraux de la famille. Au Cameroun, il a été décidé que le groupe des Témoins de Jéhovah pourrait contester une décision faisant grief à leur organisation, même si elle n'était pas encore inscrite au Cameroun. D'autres exemples montrent que l'intérêt peut être purement moral ou, dans certains cas, minime.

Un syndicat a été en mesure de contester une lacune dans un règlement concernant les salaires au Portugal.

En Turquie, les personnes se réclamant locataires de locaux, qui avaient une ordonnance de restauration comme site historique, ont été reconnues ne pas avoir d'intérêt à contester la décision de restauration, parce qu'elles avaient été précédemment condamnées par un autre tribunal turc pour évacuer lesdits locaux et qu'elles avaient ainsi perdu leur statut de locataires, ce qui, autrement, leur aurait donné le bénéfice du *locus standi*. En Algérie, une association de parents d'enfants scolarisés a été en mesure de demander une annulation d'un permis de construire qui autorisait la construction d'un grand mur adjacent à l'école qui aurait bloqué le soleil avec une perte de lumière et de chaleur, ce qui aurait nuit aux élèves.

En Grèce, le *locus standi* de résidents pour contester la construction d'une ligne électrique en élévation qui n'a pas été détruite parce qu'ils avaient acheté le terrain et construit leur maison après avoir été avisé des travaux proposés. Dans un recours pour «excès de pouvoir» en Grèce, le droit de recours est décrit comme étant presque une «action populaire».

En France, un journaliste qui a couvert les affaires judiciaires, a été jugé avoir un intérêt suffisant en raison de ses activités professionnelles où il mettait en cause un décret général limitant la publication de documents concernant les débats judiciaires.

Chypre donne un exemple d'une décision de sa Cour suprême selon laquelle une décision d'une municipalité à créer un nouveau poste lié à la restructuration générale pour la fourniture de services municipaux, et par conséquent ne porte pas atteinte à l'intérêt légitime du demandeur. Le rapport de Chypre a également fait référence à une affaire où le demandeur a tenu n'avoir aucun intérêt légitime à se plaindre contre le refus par le registre des véhicules automobiles de délivrer une licence pour l'utilisation d'un véhicule automobile immatriculé au nom de, et, appartenant à sa femme. Cette affaire portait sur une disposition particulière dans la Constitution de Chypre, mais il serait intéressant de voir comment elle serait décidée dans d'autres juridictions à l'égard du *locus standi*.

Dans la plupart des cas dans les rapports, il est possible pour un tiers d'intervenir dans la procédure, bien que n'étant pas partie à la décision qui donne lieu à la contestation, lorsque ce tiers a un intérêt réel, en fait ou en droit, ou sera victime d'effets indésirables.

Il est également possible pour un tiers d'interjeter appel. Il y a généralement un «effet indésirable» sur la personne si elle peut en retirer des avantages si



la contestation est fondée, ou si elle serait désavantagée si la contestation n'a pas abouti.

Des recours collectifs ou *action populaire* peuvent être lancés dans certaines juridictions afin de protéger la légalité des droits civils et politiques.

### **2.3 Le plaignant a-t-il un accès direct au tribunal, ou est-il / elle obligé(e) de soumettre sa demande par le biais d'un avocat ?**

La plupart des nations permettent l'accès direct des plaignants, sans l'exigence d'un avocat. Dans de nombreux cas, une première demande de révision doit être faite par ou avec un avocat qualifié, mais un avocat n'est pas tenu de procéder à toute l'affaire jusqu'à la décision finale. Certains pays autorisent un plaignant à comparaître sans représentation devant les tribunaux d'instance, mais insistent sur un avocat dans les tribunaux supérieurs, tels que le Conseil d'État.

Seul un petit nombre de pays insistent sur un avocat à chaque étape de la procédure et devant chaque tribunal (Grèce, Italie, Liban, Portugal et Espagne). Et même dans de tels cas, des exceptions existent souvent sur des questions de peu d'importance (en Grèce ou en Slovaquie par exemple).

Dans certains pays (France), seuls les membres d'un barreau spécialisé sont autorisés à comparaître devant les hautes juridictions telles que le Conseil d'État.

Les rapports indiquent que les juges ont tendance à prendre dûment en compte, et adoptent une attitude libérale aux cas présentés par des individus ou entités sans représentation, notamment lors de la considération de leur soumission.

### **2.4 La technologie électronique : Est-ce qu'une demande juridique peut être soumise à un tribunal administratif en utilisant les technologies électroniques ?**

La plupart des pays n'utilisent pas actuellement largement les technologies électroniques pour la gestion des dossiers. La plupart se dirigent vers un système d'enregistrement de document électronique complet en ligne dans un proche avenir, mais aucun pays n'a encore de système électronique entièrement mis au point traitant de tous les stades de la procédure. Il est inévitable que la technologie soit de plus en plus utilisée, compte tenu de la révolution dans les communications. Le Portugal en est à un stade avancé dans les juridictions inférieures en utilisant les ressources électroniques et la vidéoconférence. Il y a une plate-forme électronique de procédure commune avec les différents tribunaux.

Dans un certain nombre de cas, il existe des dispositions dans les règles de procédure pour l'enregistrement électronique et la vérification des signatures et des sceaux sur les documents officiels délivrés par le tribunal. Le courrier électronique semble être utilisé dans quelques cas. Une question importante qui se dégage de ces rapports est que la plupart des pays reconnaissent la nécessité que l'on puisse obtenir des avantages de l'utilisation de la technologie électronique. Certains pays s'orientent fortement dans cette

direction, l'Australie, le Canada, la France, les États-Unis et le Royaume-Uni pour ne citer que quelques-uns. La plupart d'entre eux effectuent déjà des expérimentations ou permettent déjà aux parties de consulter certaines informations sur leur cas en utilisant l'Internet.

### **2.5 Y a-t-il une certaine forme de système d'aide juridique public ou privé visant à fournir une assistance à une personne qui ne peut se permettre de s'offrir un avocat ?**

C'est souvent l'élément essentiel pour garantir l'accès à la justice par le citoyen lésé par un acte du pouvoir exécutif. Il est généralement soumis à un test sur ses moyens en ce qui concerne ses revenus et sa fortune. Dans de nombreux cas, les associations d'avocats fournissent une assistance à titre volontaire. En Australie les avocats aident souvent sur une base *pro bono*.

La nature et l'étendue de l'aide juridique est variable. Dans certains cas, elle fournira un avocat alors que dans d'autres cas, ce sera une assistance complète à tous les stades de la procédure notamment l'audience. La plupart des systèmes d'aide juridique exigent du demandeur de faire preuve de réelle perspective de succès ainsi que de prouver d'un manque de moyens. Les rapports voient généralement que le système d'aide juridique aide grandement les juridictions en raccourcissant les procédures permettant que les questions soient résolues de manière plus efficace. L'expérience le prouve.

### **2.6 Lorsqu'une demande est présentée à un tribunal, l'autorité publique compétente a-t-elle le droit d'appliquer la décision suspendue jusqu'à ce que le tribunal ait jugé l'affaire ?**

La plupart des rapports indiquent que la simple présentation d'une demande de révision ne suspendra pas l'effet de l'acte contesté. Comme le souligne un rapport (Pays-Bas), cette proposition vise à garantir la certitude juridique et de s'assurer du bon fonctionnement de l'administration publique.

L'Allemagne et l'Autriche (devant les tribunaux d'instance) sont des exceptions notables, ainsi que la Finlande et la Bulgarie, pour les appels sur les décisions individuelles uniquement.

Dans certains cas exceptionnels, dans d'autres pays, il existe quelques cas où il y aura un effet suspensif automatique. En France par exemple, où il y a une ordonnance de déportation, il y aura une suspension automatique de 48 heures pour permettre à la personne expulsée de présenter une demande pour contester la décision. Dans certains cas relatif aux impôts, une partie peut demander à la direction générale des impôts un sursis de paiement et en cas de refus, il peut avoir recours à un juge administratif. En Turquie, la demande de recours suspend le recouvrement fiscal.

Néanmoins, dans la plupart des cas, les demandes peuvent être faites au tribunal par le biais d'une audience préliminaire de suspension ou d'autre mesure visant à préserver le statu quo ante et ce en attendant la décision définitive. Cela peut supprimer ou réduire l'impact de dommage irréparable non-indemnisable, qui a été causé par l'application d'une décision qui pourrait

être ultérieurement annulée en raison du recours, et donc être considérée comme n'ayant jamais eu d'existence ou d'effet.

Les circonstances qui justifient la suspension ou la modification varient largement, mais incluent l'étendue et la nature du préjudice probable, s'il peut être ajusté ou compensé en argent ou l'octroi de dommages-intérêts, ou par d'autre condition, directive ou ordonnance.

Plusieurs pays ont fait référence à une procédure détaillée pour les demandes urgentes dans ce contexte, en utilisant un processus d'un «référé de suspension», sous des formes diverses, selon les circonstances dans lesquelles un seul juge peut rendre des ordonnances de suspension afin de «préserver» la position ou prévenir tout préjudice.

### **2.7 La Cour peut-elle délivrer une injonction ordonnant à l'exécutif ou à une autorité publique de produire un document auquel l'autre partie peut ne pas avoir eu déjà accès (Veuillez fournir, le cas échéant) ?**

La règle générale est que chaque partie doit placer devant le tribunal les documents et les preuves pour établir son cas. Ceci découle des principes de justice naturelle où une partie est en droit de connaître le contenu essentiel des documents à être utilisé contre lui et doit avoir la chance d'une possibilité d'y répondre.

Dans certains domaines, tels que la législation sur la liberté d'information, il existe des dispositions qui empêchent certains tribunaux administratifs d'avoir accès aux documents du cabinet ministériel et ministères fondées sur un certificat du ministre de la Justice. Un tel certificat lie les tribunaux.

Dans quelques cas, le tribunal est seul habilité à recevoir les documents que l'organisme administratif lui procure.

Dans la plupart des cas, il existe un vaste pouvoir du juge pour indiquer aux parties et aux tiers à produire des documents. La Finlande souligne que «le tribunal doit de sa propre initiative obtenir des preuves dans la mesure où l'impartialité et l'équité de la procédure et la nature de l'affaire l'exige». Dans certains cas, le tribunal peut nommer un «expert» pour examiner si d'autres documents doivent être produits. Dans d'autres cas, le rapporteur-juge ou un auditeur s'assurera que les documents et autres informations peuvent être produits. En Suisse, une distinction est faite entre les documents relatifs aux actes internes et les actes nécessaires pour les décisions. Il n'existe pas de procédure analogue à celle de découverte dans le système de droit commun.

Dans certains pays, le fonctionnaire responsable pour ne pas produire la preuve requise par le tribunal peut être poursuivi et éventuellement condamné à une amende (Colombie, la Grèce et la Bulgarie). Dans la plupart des cas, lorsque l'organisme administratif ne produit pas les preuves, le tribunal peut conclure que le cas du plaignant est établi compte tenu des faits et circonstances, dont les documents étaient destinés à prouver. Dans quelques cas, cela signifiera la détermination complète de l'affaire. Dans d'autres cas où les documents ne sont pas produits, le tribunal devra traiter la

défaillance de la non-production par une partie comme un défaut, et le jugement pourra être rendu sur cette base.

En Australie, si une partie ne demande à un témoin de témoigner alors que l'on aurait pu s'attendre à le voir appelé à témoigner, le tribunal peut utiliser ce fait contre cette partie lors des conclusions de droit quant à des questions factuelles.

En Turquie, si les documents ne sont pas produits au plaignant, la défense ne peut pas s'appuyer sur les informations de ces documents. Un principe similaire est appliqué dans les pays de droit commun (common law). En Turquie, une décision a été annulée parce que le juge n'avait pas fait assez de recherche pour voir si des documents étaient disponibles.

La plupart des tribunaux donneront un plus grand poids sur le fait qu'en général, c'est l'administration ou un organisme qui saura quels documents sont pertinents et en aura le contrôle exclusif. Par conséquent, le tribunal aura une attitude libérale par rapport à une demande présentée par un plaignant pour la production de documents et de preuves de l'administration. Certaines juridictions comme les États-Unis prévoient que les témoins peuvent être examinés de manière approfondie par voie orale quant à l'existence et l'emplacement des documents pertinents en leur possession et leurs réponses peuvent être vérifiées par des contre-interrogatoires. C'est ce qu'on appelle l'interrogatoire oral et la communication de pièces dans les pays de droit commun (common law). L'exigence du procédé de découverte est permanente, de sorte que si un nouveau document a été trouvé ou présenté à l'audience, l'organisme est tenu de le produire. En d'autres termes, c'est une obligation continue.

**2.8Y a-t-il des mesures provisoires ou d'urgence ? Sont-elles simplement destinées à fournir des injonctions provisoires (tels que des ordonnances d'interdiction temporaire) ou à prendre des mesures provisoires, ou peuvent-elles résoudre également une question fondamentale?**

L'approche générale est que les demandes peuvent être faites à tout moment auprès d'un juge qui peut prendre des mesures urgentes visant à suspendre l'exécution d'un acte ou d'une décision administrative ou le fonctionnement d'une règle en totalité ou en partie, jusqu'à ce que le tribunal rende sa décision sur une base préliminaire.

Dans plusieurs pays de droit civil, on a développé un système de «référé», selon lequel un juge unique désigné par le président d'une chambre peut nommer une personne pour une audience d'urgence dans le but d'en suspendre l'exécution, afin de protéger les libertés individuelles, de conserver des biens ou des droits ou pour permettre un règlement rapide en ce qui concerne le paiement d'une créance financière à un créancier en l'absence d'une véritable défense contre une réclamation de dette.

En règle générale, l'ordonnance rendue par le juge en référé est susceptible d'appel à un tribunal de niveau supérieur où il sera examiné par trois juges. Dans les cas impliquant la liberté individuelle par exemple, il peut y avoir des

dispositions pour une audience de ces demandes dans un délai très court. En France, il est noté que l'on a développé ce qui est décrit comme «une véritable culture de l'urgence» au cours des huit dernières années, et ce mise en œuvre pour empêcher des préjudices irréversibles ou non-indemnisable suite à la mise en vigueur d'un acte administratif, qui pourrait ultérieurement être annulé. (Ce concept de «culture» est souvent d'une importance centrale dans l'établissement ou la modification des règles et des pratiques).

Il est généralement nécessaire de montrer une situation d'urgence et la nécessité d'un redressement et une crainte raisonnable de dommage ou de perte.

Dans les pays de droit commun (common law), les tribunaux ont un pouvoir extrêmement large pour rendre des ordonnances interlocutoires suspensives. Ils sont généralement effectués sur la base qu'il y a une certaine perspective véritable de succès dans les motifs de la plainte, et que «l'équilibre de complaisance» entre les préjudices respectifs de chaque partie tombe en faveur de l'octroi d'un redressement temporaire.

Dans les pays de droit commun (common law), il est possible de demander une injonction interlocutoire et des ordonnances pour la conservation des documents et des preuves. Lorsque l'affaire est extrêmement urgente, comme la démolition imminente d'un bâtiment, ou l'expulsion d'un non-résident qui a déposé une demande de réfugié, une demande de redressement peut être faite ex parte sur une injonction obtenue en quelques heures. Toutefois, ces injonctions sont en vigueur que pour une courte période jusqu'à ce qu'une nouvelle ordonnance soit rendue et qu'une occasion soit donnée au défendant de présenter ses arguments pour expliquer pourquoi l'injonction ex parte devrait être annulée.

Les mesures de suspension expirent une fois que la question a été entendue et qu'une décision a été prise sur une base définitive. Elles sont temporaires par nature dans le sens où elles ne sont contractuelles que jusqu'à la détermination par le tribunal, ou jusqu'à une nouvelle ordonnance. Elles visent à préserver le statut quo ante.

Ces mesures de suspension et ces demandes urgentes peuvent et résultent souvent à la détermination précoce définitive de l'audience entière. En effet, car c'est souvent qu'il existe une exposition à examen par un juge en audience de référé sur les motifs de l'affaire, une évaluation peut être faite par les parties quant à savoir si elles ont des chances raisonnables de succès. Une autre alternative en cas d'urgence est d'accélérer l'audience finale dans un délai très court, afin que le préjudice important de l'exécution de l'ordonnance contestée puisse être évité ou minimisé.

### **3. Pouvoirs du juge en droit administratif**

**3.1\_Quelle est la hiérarchie des standards juridiques (Constitution, droit international statutoire) que le tribunal peut prendre en compte lors de l'appel ?**

La «hiérarchie» définit la priorité des règles, que le juge devra appliquer dans l'exercice du recours administratif et dépendra de la source à partir duquel le droit est dérivé. En cas de conflit, les normes les plus élevées dans la «hiérarchie», priment sur les normes d'un niveau inférieur.

Dans la plupart des cas, la hiérarchie des normes est comme suit :

### *La Constitution*

Dans certains pays, il n'y a pas de Constitution écrite. Telle est la position du Royaume-Uni et de la Nouvelle-Zélande, où effectivement la jurisprudence a énoncé un certain nombre de principes pertinents. En l'absence d'une constitution écrite, les lois adoptées par le Parlement comprennent le régime du contrôle au niveau le plus élevé. Dans le cas des traités internationaux dans ces pays, ceux-ci peuvent prévaloir sur la loi nationale en vigueur de la législation donnant effet à leur mise en vigueur.

La Constitution, dans la plupart des pays annule et remplace les autres régimes, sauf si les traités internationaux et les arrangements de façon expresse l'emportent, auquel cas le pays suivra lesdits traités. En Belgique et aux Pays-Bas par exemple, les rapports nationaux indiquent que les traités internationaux prévalent sur la Constitution.

### *Les principes constitutionnels*

Dans certains pays de droit civil, il existe un ensemble de principes et de valeurs, qui sont reconnues et appliquées par les tribunaux, qui font partie de la Constitution ou qui en découlent et qui protègent les valeurs fondamentales dans une société donnée, tels que les droits d'expression, la liberté de la personne, l'égalité de traitement, et la dignité humaine. Dans certains pays, comme la France, il y a le principe de la laïcité. Les rapports se réfèrent aux «valeurs fondamentales inscrites dans la Constitution», aux «règles coutumières complémentaires constitutionnelles», ou aux «principes de valeur constitutionnelle». Il existe des principes fondamentaux sous-jacents comme la continuité du service public, par exemple, qui sont pertinents, bien qu'ils ne soient pas mentionnés dans la législation.

Dans les pays de droit commun (common law), de telles valeurs peuvent être protégées par le pouvoir des tribunaux de prendre des ordonnances sous forme de brefs de prérogative, tels que l'habeas corpus (la liberté), le certiorari et la prohibition par lesquels un tribunal peut annuler une décision ou assignation qui viole la loi sur une affaire en cours d'instruction. Il existe également des pouvoirs non écrits pour défier l'autorité d'une personne qui occupe des fonctions publiques (quo warranto). La meilleure de ces ordonnances est l'habeas corpus et l'abondante jurisprudence relative à ce qui a été développée récemment dans les tribunaux fédéraux des États-Unis concernant l'emprisonnement de citoyens américains et de ressortissants étrangers à Guantanamo Bay.

### *Le droit international*

Dans bon nombre de pays (régime dualiste), le droit international doit être spécifiquement adopté par le parlement, où il est incorporé sous la forme de

traités internationaux (par exemple: le Canada, la Chine, la Finlande, l'Allemagne, la Norvège et le Royaume-Uni). Dans d'autres pays (régime moniste) comme la Suisse, la France et la Pologne, il n'a pas besoin d'être adopté. En Thaïlande, une décision administrative qui n'est pas conforme aux traités et accords internationaux, ne peut être révisé dans les tribunaux. Dans d'autres cas, les traités n'ont pas besoin d'être adoptés parce qu'ils s'appliquent automatiquement dès l'adhésion au traité. Dans la majorité des cas, le droit international aura préséance sur les autres lois dans le pays une fois qu'il est en vigueur. Néanmoins dans quelques pays, tout dépendra de la nature et de la date d'entrée en vigueur du traité. En Turquie par exemple, certains traités internationaux sont mentionnés par la constitution et ont donc une valeur constitutionnelle. Les traités relatifs aux droits humains prévalent sur le droit statutaire, mais pas la constitution, tandis que d'autres traités sont au même niveau que le droit écrit. En Autriche, le droit international ne prévaut pas sur le droit national ou les lois fédérales, comme c'est le cas dans d'autres pays, mais seulement (après l'adoption) en vertu du principe de *lex posterior derogat legi priori*. Une loi nationale ou fédérale promulguée récemment aura préséance sur un traité adopté préalablement.

Dans les pays de l'Union européenne, la position du droit européen vis-à-vis du droit interne suscite de vifs débats. Dans ces pays, les normes juridiques de l'UE ont généralement la priorité sur les normes nationales en conflit avec elles, indépendamment du fait que la norme communautaire soit contenue dans un traité, une instance de la législation secondaire, un principe général de droit ou d'un arrêt de la Cour européenne. Dans le cas de Chypre, par exemple, le droit de l'Union européenne l'emporte sur le droit national à l'issue d'un amendement à la constitution. Ainsi, les tribunaux nationaux refusent d'appliquer la législation qui contrevient à la législation européenne. En cas de conflit, un juge national fera une constatation d'annulation ou d'invalidation d'un acte ou une décision découlant d'une loi nationale contraire à une loi de la Communauté européenne en vigueur à Chypre. Le cas de Chypre est intéressant à plus d'un titre, car un amendement constitutionnel en 2006, prévoit qu'aucune disposition de la Constitution ne peut invalider (i) les lois promulguées, (ii) les actes accomplis, ou (iii) les mesures prises par la République de Chypre, qui sont rendues nécessaires en raison des obligations résultant de l'adhésion à l'Union européenne. Dans cette mesure, la loi de l'Union européenne l'emporte sur les dispositions constitutionnelles énoncées. D'autre part, la position de l'Union européenne au sujet du droit international coutumier n'est pas claire, car n'étant pas formellement mentionnée dans les traités. Dans certains pays, les règles générales du droit international priment sur une loi et engendrent des droits et obligations pour les habitants (Allemagne, Grèce). Dans d'autres pays, elles sont soumises au droit législatif (France), hormis dans le cas où le droit européen s'applique.

### *Le droit législatif - la législation*

Il renvoie aux actes du parlement et aux actes législatifs passés par ce dernier.

## *Le droit réglementaire - la législation déléguée*

Le droit réglementaire comprend les règles, les règlements, les ordonnances et les décrets qui ont force de loi.

Les règlements administratifs et autres dispositions pris en application de la législation déléguée en vertu du droit réglementaire.

## *Les principes généraux du droit*

Il s'agit notamment de l'arrêt de règlement par le juge, qui imprègne et oriente l'interprétation du droit national. La Thaïlande constitue un exemple d'annulation d'un règlement parce qu'il a violé un principe général du droit qui exige que les textes juridiques thaïlandais soient en langue thaïlandaise afin qu'ils puissent être parfaitement compris. L'arrêt prévoit une base constituée du principe de droits et de responsabilités non couvert par voie d'ordonnance, de législation ou par des règles, mais qui pouvant être modifiée par des dispositions législatives dans le cas où une telle intention est clairement exprimée.

Ces principes généraux du droit qui renvoient également à la jurisprudence développée par les tribunaux fournissent un ensemble de principes ayant une incidence sur l'interprétation de la loi statutaire et réglementaire, en référence aux droits et valeurs fondamentaux de l'homme. Ils sont appliqués en l'absence d'une législation, et dans de tels cas, sont mentionnés par l'organisme judiciaire afin de fournir une base juridique pour déterminer la décision. En règle générale, par exemple, une loi sera interprétée de manière à ne pas interférer avec la liberté individuelle ou exproprier injustement des biens, sauf stipulations contraires prévues expressément par la loi.

Dans une fédération (comme l'Australie) ou une confédération (comme la Suisse ou le Canada), il existe des lois adoptées par un parlement national et également par l'État, les gouvernements à l'échelon des provinces, des régions ou des cantons. Dans ces cas, la constitution pourrait se prononcer pour une série de lois prévalant sur les autres ou prescrire des zones exclusives dans lesquelles les lois ne pourront être prises par aucune entité autre que le parlement fédéral. En Australie, par exemple, si deux lois sont adoptées, l'une par le Parlement fédéral et l'autre par le Parlement d'un État, et qu'une incohérence est relevée, la constitution prévoit la primauté de la loi fédérale en raison de l'incompatibilité. Par conséquent, un tribunal en cas de conflit devra appliquer la loi fédérale au détriment de la loi d'un État couvrant le même domaine.

**3.2. Lorsque l'exécutif ou une autorité publique donne son interprétation d'une loi, la légalité de cette interprétation peut-elle être contestée devant le tribunal? Si oui, quels en sont les normes et critères? Le pays est-il lié par les décisions politiques de l'exécutif ou d'une autorité publique?**



Oui. Dans la quasi-totalité des cas, les rapports indiquent, sans aucune réserve significative, que les tribunaux ne sont pas liés par les interprétations de l'administration en ce qui concerne les lois. Cette situation ne surprend guère compte tenu du principe que le rôle fondamental des tribunaux est d'interpréter et de clarifier l'application de la loi et (du moins en théorie), sans en concevoir de nouvelle.

Dans certains cas, plus spécifiquement les domaines particuliers des litiges ayant trait à la nature de l'objet, les tribunaux seront soumis à l'interprétation adoptée par l'exécutif, l'administrateur ou un organisme. Par exemple, dans certains cas portant sur des questions très techniques, les ministères ou les organismes spécialisés traitant régulièrement de questions complexes, pourront apporter une expertise particulière et une perspicacité qui devraient être prises en compte. Il est important de comprendre la méthode de l'exécutif afin de veiller à l'application cohérente et claire de l'administration. Dans bon nombre de pays, les rapports indiquent que les ministères et les organismes adoptent des circulaires et directives générales quant à l'interprétation des lois, dans le souci de préserver une administration uniforme. Néanmoins, cela ne signifie pas que ces circulaires et directives concernant l'interprétation lieront les tribunaux lors de l'appel des décisions administratives.

La fonction d'interprétation et d'application de la loi présente de façon contraignante a, historiquement et presque partout, été le rôle des tribunaux à l'exclusion du législatif et de l'exécutif. Cela ne signifie pas que les tribunaux ne prêteront pas attention aux points de vue de l'exécutif ou du législatif pour ce qui est, cependant, de leur interprétation de la loi. Par exemple, dans la plupart des pays il est tenu compte des travaux préparatoires comme moyen d'interprétation. Il en est ainsi des pays appliquant le droit commun (common law), mais également de ceux qui appliquent le droit civil. Le tribunal va examiner l'objet de la loi tel qu'exprimé dans les discours au parlement ou dans les exposés de motifs remis aux membres du parlement lorsque la loi est considérée pour promulgation. Ces documents indiquent le but et l'intention du législateur. Toutefois, en dernier ressort, ce sont toujours les tribunaux qui présenteront une interprétation restrictive.

En général, la légalité d'une norme ou d'un droit peut être contestée en décidant si la loi telle qu'elle est interprétée par les conflits de l'exécutif avec une loi standard ou une norme, cette dernière se situant à un niveau supérieur dans la hiérarchie (ultra vires). Comme le souligne le rapport de Chypre, les interprétations administratives sont testées en référence aux normes du droit communautaire et aux principes constitutionnels, et en référence aux pratiques normalisées de l'interprétation juridique quant à l'objet et le but de la loi, eu égard à la langue, au contexte et leur signification habituelle. Le tribunal devra également tenir compte d'interprétations issues de décisions antérieures et de circonstances ayant conduit à l'élaboration de la loi en question.

De simples circulaires générales qui n'affectent en rien les intérêts spécifiques des personnes ne peuvent généralement pas être contestées

dans la mesure où elles sont sujettes à interprétation. Les seules exceptions sont l'Allemagne, l'Autriche et la Suisse, dans lesquels, comme le souligne le rapport allemand, l'interprétation par l'exécutif des textes juridiques, que l'on retrouve généralement dans les directives et les lignes directrices internes, est soumise à un contrôle juridictionnel intensif. Mais dans bon nombre de cas, les circulaires générales ne peuvent être contestées que lorsque l'interprétation de la loi a un effet particulier sur les personnes ou les projets ou le cours de leur action. Dans certains cas où les circulaires d'interprétation sont appliquées comme si elles étaient contraignantes, elles pourraient être contestées. Une déclaration d'un ministre ou d'un haut fonctionnaire de l'exécutif quant à l'interprétation ne lie jamais le tribunal.

Dans la mesure où l'interprétation de la constitution est sous la forme de politique, ladite politique ne liera pas le tribunal. Elles sont généralement considérées comme des orientations ou indications, mais des directives non contraignantes. Dans certains cas, pour les pays du droit commun (common law), où une politique générale est appliquée sans référence à des circonstances particulières dans le cas spécifique, la décision sera annulée.

### **3.3 Si le Conseil exécutif donne son interprétation du droit des traités, le tribunal est-il lié par ladite interprétation?**

Dans bon nombre de cas, le tribunal n'est pas lié par une interprétation de l'exécutif. La plupart des tribunaux appliqueront les principes de l'interprétation suivant la Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, articles 31 et 32.

Toutefois, dans quelques cas, le tribunal sera soumis à l'interprétation adoptée par l'exécutif parce que les traités concernent des relations entre les nations. Quelques considérations ou différences particulières de politique étrangère et un besoin de cohérence dans les relations internationales pourraient convaincre un tribunal de suivre une interprétation appliquée par le ministère des Affaires étrangères par exemple sur une longue période, à condition qu'une telle interprétation soit relativement ouverte.

Dans certains cas, les tribunaux tiendront compte des représentations de l'autorité quant aux approches possibles, mais ils ne seront pas liés par ces restrictions.

Dans les tribunaux australiens où une interprétation pourrait influencer sur l'administration placée sous l'autorité d'un ministre, ce dernier pourrait être autorisé à intervenir pour donner son interprétation ainsi que les raisons qui la soutiennent, de manière confidentielle.

Dans le cas de la France, le rapport indique que pendant plusieurs années, il y a eu une approche différente à cette question, mais en relation avec la décision de la Cour européenne des droits de l'homme, la France a changé sa pratique en ce qui concerne l'interprétation des traités internationaux en 1950 et, depuis lors, le juge administratif assume l'entière responsabilité de l'interprétation des traités, bien que les juges doivent prendre en compte l'opinion de l'exécutif.

**3.4 Dans la mesure où les mesures discrétionnaires sont concernés, quel type de contrôle le tribunal exerce-t-il ? Fournir, si possible un exemple de jurisprudence pertinente afin de montrer comment la juridiction vérifie le caractère raisonnable d'une décision de l'exécutif ou d'une autorité publique.**

Cette interrogation soulève trois questions relatives à la méthode de contrôle des décisions administratives et législatives de chaque pays :

- Objet et définition du contrôle judiciaire;
- Définition du caractère raisonnable / proportionnalité, et ;
- Pratique du caractère raisonnable /proportionnalité.

Premièrement, il est intéressant de constater qu'il existe une méthode identique pour tous les pays concernant la définition et le but du contrôle judiciaire.

Dans les pays du droit commun (common law), les tribunaux appliquent des normes de contrôle judiciaire sous une méthode administrative discrétionnaire. Ces principes de recours comprennent notamment l'erreur manifeste dans la formulation d'une décision; l'erreur de fait ou de droit, la discrimination, les ultra vires, l'absence d'une prise en considération des questions pertinentes, l'examen des questions non pertinentes, l'absence d'une prise en considération des faits, les préjugés, l'incapacité à comprendre les deux parties et procédure injuste, mauvaise foi et pure déraison, le manque de raisonnement et/ou une erreur de fait ou de droit. .

La méthode adoptée pour le recours discrétionnaire en Australie, avec quelques similitudes avec ce qui se fait dans les autres pays de droit commun (common law), se résume bien dans une déclaration de la Haute Cour dans un arrêt de principe concernant la durée d'une peine d'emprisonnement et intitulé *House v The King* (1936) 55 CLR 499 comme suit :

...Il faut croire que certaines erreurs ont été accomplies dans l'exercice de la discrétion. Si le juge agit sur un principe erroné, s'il permet des questions étrangères ou non pertinentes pour le guider ou l'affecter, s'il se trompe sur les faits, s'il ne prend pas en compte une certaine considération matérielle, alors sa décision devrait être susceptible d'un recours et la Cour d'appel peut exercer sa propre discrétion en substitution de la sienne, si elle a les documents pour le faire. Le juge du primaire peut ne pas avoir indiqué la façon selon laquelle il a pris son ordonnance, mais si, sur les faits il est déraisonnable ou tout simplement injuste, la Cour d'appel peut déduire que d'une certaine manière il y a eu une défaillance à exercer correctement le pouvoir discrétionnaire que la loi impose au tribunal de première instance. Dans un tel cas, quoique la nature de l'erreur puisse ne pas être détectable, l'exercice du pouvoir discrétionnaire est revu au motif qu'un tort important a en fait eu lieu. ...

Tous les rapports en provenance des pays de droit civil mentionnent également que l'objet d'un recours judiciaire est de vérifier si une décision a été prise par une autorité compétente, en son pouvoir et après une procédure juste et appropriée - impliquant généralement les motifs de la décision - en d'autres termes, il s'agit de savoir si la décision est fondée sur des faits et des considérations pertinents, et si le pouvoir discrétionnaire a été exercé correctement.

Deuxièmement, il est également intéressant de constater qu'il existe une méthode assez analogue pour ce qui est de la définition du caractère raisonnable et de la proportionnalité.

Tous les rapports des pays appliquant soit le droit civil ou de droit commun (common law) rappelle que le pouvoir discrétionnaire des organismes administratifs doit être contrôlé par l'utilisation de la notion de caractère raisonnable, ou ces concepts liés - mais pas nécessairement identiques - comme c'est ainsi le cas pour l'erreur manifeste d'appréciation ou la proportionnalité. Bon nombre de rapports soulignent que le but de ces recours est d'équilibrer le pouvoir discrétionnaire des organismes administratifs et de répondre à la nécessité d'une règle de droit.

Les rapports des pays de droit civil et de droit commun (common law) soulignent également que l'étendue du pouvoir discrétionnaire attribué aux organismes administratifs se trouve aussi fonction de la précision de la loi écrite. Dans un rapport portugais comme dans ceux d'autres pays, la gamme d'actions permises à l'administrateur dépendra d'un pont précis : savoir si la loi qui confère ce pouvoir a laissé accessible un ensemble de solutions permettant d'être sélectionnées dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administrateur. Bien que cette marge d'appréciation soit exclue du recours judiciaire renforcé, la décision administrative devra encore présenter une solution qui pourrait être atteinte de manière convenable.

Dans certains cas, les critères spécifiques qui limitent le pouvoir discrétionnaire, sont exposés en détail dans les dispositions législatives. Ils sont soit expressément énumérés ou énoncés de sorte qu'ils pourraient être implicites ou constatés par une lecture minutieuse de l'intégralité de la loi. Néanmoins, le pouvoir discrétionnaire est large et libre, et ne se limite pas par référence aux critères définis dans d'autres cas. Pour ces derniers, le tribunal devra adopter une approche plus globale de réexamen de la validité de la décision administrative, ce qui lui permettra d'avoir une plus grande marge avant l'identification d'une erreur.

Troisièmement, il est également intéressant de constater qu'il existe une approche similaire dans la pratique du caractère raisonnable et de la proportionnalité, ce qui implique un renforcement progressif (intensité) du recours exercé par les tribunaux sur les décisions administratives.

Dans les pays de droit commun (common law), le critère de «caractère raisonnable» est appliqué en se posant la question de savoir si la décision est si déraisonnable qu'il est impossible qu'elle ait été prononcée par une personne ou un groupe de personnes raisonnables. Ce concept est dénommé "Wednesbury unreasonableness (caractère déraisonnable de l'affaire Wednesbury)", en référence à cette célèbre affaire impliquant un établissement public dénommé Wednesbury Corporation. En examinant cette question, les tribunaux détermineront, en pratique, si le résultat est «manifestement disproportionné». Dans une certaine mesure, cela correspond à «une erreur manifeste d'appréciation» mentionnée dans le rapport français, une erreur qui est évidente pour une personne raisonnable. Le rapport français se réfère à un exemple en rapport avec l'imposition de sanctions concernant des agents publics. Dans ce cas, le juge examinera en profondeur s'il devrait y avoir des sanctions (proportionnalité). Cependant, il contrôlera le niveau de la sanction de manière plus libérale (erreur manifeste d'appréciation). Dans le premier cas, le juge prendra en considération les antécédents de l'agent et son attitude générale dans le service.

Mais au-delà de ce contrôle d'erreurs manifestes, de nombreux rapports mentionnent qu'un niveau de revue plus intense est mis en œuvre.

Au Royaume-Uni, la proportionnalité est désormais adoptée comme un motif indépendant de recours et est considérée par les tribunaux anglais comme l'application d'un contrôle plus renforcé. De cette manière, le tribunal étudiera de plus près les aspects factuels de la décision contrairement à une «pure déraison».

Dans certains pays de droit commun (common law), la déraison constitue seulement un des tests de contrôle effectués afin de vérifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Ce n'est pas un test définitif. Ainsi par exemple, un tribunal peut poser la question de savoir si une condition imposée pour un permis de construire est trop coûteuse ou inutile comme pour indiquer que l'application de principes juridiques à la situation particulière pourrait comporter quelques erreurs. En parvenant à une telle conclusion dans le domaine financier, certains tribunaux ont tenu compte des coûts et des avantages. Si la décision de réaliser un projet spécifique est prise avec un rapport coût / avantage manifestement disproportionné, cette dernière pourrait être annulée totalement, ou dans la section concernée par une sanction exagérément disproportionnée à l'infraction. L'existence d'alternatives pratiques peut être prise en compte. Le rapport coréen mentionne «l'équilibre du contrôle d'intérêts». La Thaïlande donne l'exemple du concept de mauvaise foi avec la restriction de pêche qui a été jugée valide, car cette décision était proportionnelle à l'intérêt du public pour la protection de la faune marine et la préservation de l'approvisionnement en poisson pour l'avenir. L'Afrique du Sud fait également référence au critère de «rationalité» et la Nouvelle-Zélande indique que, dans des cas particuliers où les droits de l'homme sont en

jeu, les tribunaux ont suggéré la nécessité de rendre possible un recours plus renforcé, affirmant que les tribunaux avaient abordé le concept d'une méthode variable pour répondre au concept de déraison.

Dans bon nombre de pays de droit civil, le juge examinera, en guise de test de validité, la proportionnalité entre les motifs et le résultat de la décision. La France expose deux exemples.

Le premier concerne les mesures relatives à l'administration de la police et ici le principe général appliqué énonce la liberté comme règle et l'ingérence comme l'exception. Le tribunal se penchera sur la proportionnalité entre l'action de la police et la nécessité qui impose une action. Cet examen peut donner lieu à des questions de conflit entre la liberté individuelle et la nécessité pour l'ordre public. Le juge devra examiner de près les liens pour voir si la décision administrative est raisonnable et proportionnée. L'administration peut limiter l'exercice d'une liberté dans l'intérêt de l'ordre public et le faire mais uniquement si cela est strictement nécessaire. Dans le cas de l'expulsion, le juge examine si le préjudice infligé par une mesure d'expulsion, équilibré par le droit de mener une vie privée et familiale, est disproportionné.

Une deuxième manière d'examiner les rapports de proportionnalité est d'opérer une comparaison coûts/avantages par rapport à des entités telles que les services publics et leurs dépenses. Cette approche s'applique dans les domaines d'expropriation de propriétés lorsque la nécessité dans l'intérêt public d'acquérir des biens doit être équilibrée par l'intérêt du propriétaire du terrain. Cette approche coûts / avantages est mentionnée dans le rapport de la Grèce.

La question à se poser est celle de savoir si les avantages de l'opération, et ses effets négatifs à tous les niveaux, ne conduit pas à un équilibre en faveur de ou contre la décision. Cette approche équilibrée a été adoptée dans les domaines concernant l'approbation des projets de planification urbaine et le gel des terres des zones de protection ou de zones tampons.

L'autre question qui est évoquée dans ces domaines est celle de savoir s'il existe d'autres alternatives pratiques à un projet d'aménagement. Il pourrait s'agir par exemple de la construction d'une usine dans une zone résidentielle.

Le traitement discriminatoire non justifié peut aussi constituer un motif d'appel d'une décision ou d'un acte administratif. Ainsi, l'imposition d'exigences draconiennes sur un candidat sans aucune justification à l'instar d'exigences plus souples pour un autre candidat, pourrait constituer un motif pour attaquer une décision (voir exemple de la Thaïlande page 72).

**3.5 Le tribunal a-t-il simplement le pouvoir d'annuler (déclaré nulle et non avenue) une décision ou de rejeter la demande légale? Est-il du ressort du tribunal et de son autorité d'amender ou de modifier une décision au lieu de l'annuler ? Le tribunal peut-il substituer une décision tout à fait nouvelle et différente? Et peut-il réexaminer le caractère raisonnable d'une décision?**

Dans les pays où les tribunaux exercent leur recours judiciaire (en d'autres termes, un contrôle de la légalité d'une décision administrative), il n'existe généralement pas de possibilité de modifier une décision sur le fond. Le tribunal donnera ses motifs, annulera la décision avant de renvoyer l'affaire à l'autorité administrative pour détermination conformément aux principes énoncés par un tribunal d'appel.

Dans les systèmes de droit commun (common law) où le recours judiciaire est appliqué, dans les rares cas où il ne peut y avoir qu'un seul résultat une fois la loi déclarée, le tribunal d'appel ou une autre institution pourrait intervenir afin de prendre elle-même la décision finale pour éviter de nouvelles dépenses et d'autres retards inutiles au lieu de renvoyer une décision à une date ultérieure.

L'on retrouve également un système parallèle de tribunaux administratifs dans certains pays où le contrôle judiciaire est exercé par les tribunaux. Ces derniers peuvent donner une décision définitive sur le fond de la décision administrative, comme c'est le cas en Australie. En règle générale, les décisions du tribunal ne peuvent pas être réexaminées sur le fond par un tribunal sur la base d'un contrôle judiciaire, mais plutôt sur celle de leur légalité. En Australie toutefois, l'instance en charge du contrôle administratif a le droit de reconsidérer, à la lumière de nouvelles preuves, le fond réel d'une décision prise par un ministre ou un organisme administratif ayant émis une décision contestable. En outre, Le tribunal a également le pouvoir de renvoyer l'affaire afin qu'un organisme administratif prenne une décision, cependant la fonction principale du tribunal des appels administratifs d'Australie, par exemple, est de prendre «une décision convenable», qui aurait dû être émise par un ministre ou un organisme administratif, en tenant compte à la fois des faits et du droit. Dans les rapports qui ont été fournis, n'était identifié aucun autre tribunal pouvant exercer, entièrement sur le fond, un droit complet d'appel de la décision administrative.

Dans les rapports de la plupart des autres systèmes, la position stipule que si une décision est annulée pour cause d'illégalité et de cassation, l'affaire sera renvoyée pour complément d'examen par l'organisme chargé de l'exécution ou de la prise de décision. Certaines juridictions (Chypre par exemple), sont d'avis qu'un réexamen sur le fond d'une décision administrative par un tribunal pourrait constituer une violation de la stricte séparation des pouvoirs prévus par la constitution. Cette situation s'explique parce que la décision administrative menée sur le fond est considérée comme une fonction de l'exécutif gouvernemental et non celle des tribunaux. Ce problème constitutionnel ne se pose pas lorsque les tribunaux eux-mêmes font partie de la branche de l'exécutif du gouvernement.

Dans les pays de droit civil, les tribunaux administratifs sont souvent des entités indépendantes au sein de l'exécutif, sans toutefois être subordonnés à ce dernier. Dans cette optique, il n'existe aucun problème concernant la séparation des pouvoirs.

Certains pays indiquent que le tribunal a le pouvoir de substituer sa propre décision à celle prise par l'autorité administrative (la Bulgarie, la Finlande, la Suède, la Lituanie et la Suisse).

Dans bon nombre d'autres pays, le tribunal a uniquement le pouvoir de modifier une décision administrative dans certains domaines, tels que les sanctions, en l'occurrence.

Le rapport français donne quelques exemples concernant la modification d'une décision administrative lorsqu'elle porte sur des questions précises et limitées telles que les questions environnementales et fiscales. Une distinction est opérée entre les cas où l'annulation est demandée et ceux où l'on note une pleine juridiction. En France, le pouvoir de statuer sur le fond existe dans les cas qui ne sont pas purement des annulations, voir cas décrits comme plein contentieux et qui pourrait être proche de la notion de « recours » dans les pays de droit commun (common law). Dans les cas d'annulation, il existe aussi une possibilité d'une annulation partielle à condition que la partie invalide puisse être séparée (amovible) de la partie restante d'une décision administrative. Les juges ont plus de pouvoir dans ces cas et peuvent modifier la décision attaquée et ainsi substituer la nouvelle décision à celle de l'administration. Il existe aussi certains domaines spécialisés, dont notamment les élections et les litiges financiers, les conflits de l'environnement, les litiges de permis de construire et de démolition pour lesquels des ordonnances rectificatives



peuvent être prises. Ce pouvoir existe également en ce qui concerne les litiges impliquant les autorités administratives, qui sont indépendantes, dans les domaines des médias audiovisuels et des contrats financiers par exemple.

**3.6 L'annulation d'une décision prise par une autorité publique par un tribunal a-t-elle un effet rétroactif, lorsque la décision initiale a été faite, ou tout simplement lorsque le tribunal se prononce? Le juge a-t-il le pouvoir de modifier le moment à partir duquel l'annulation opère? Sur quels principes, une date est-elle choisie ?**

Dans la majorité des pays où l'annulation a lieu, cette dernière s'opère de façon rétroactive, c'est-à-dire à partir de la date à laquelle la décision contestée a été faite à l'origine. L'effet de l'ordonnance est de rétablir la situation antérieure à la prise de la décision (*statu quo ante*) qui a été annulée. Cette opération rétroactive d'une décision est une conclusion logique car si une décision est annulée c'est qu'elle n'a jamais existé. Dans les pays où la demande d'appel suspend la décision contestée, le problème ne se pose pas (Finlande, Allemagne, Autriche, Bulgarie).

Toutefois, en pratique, l'application rétroactive d'une décision peut donner lieu à des difficultés considérables, par exemple dans les cas où des droits ont été acquis par des parties découlant d'une décision administrative dans la période comprise entre l'élaboration de la décision et celle du tribunal qui la déclare nulle et non avenue.

En Suisse, cependant, l'annulation ne s'opère qu'à partir du moment où la décision du tribunal est prise de sorte que le juge ne modifie pas l'annulation pour qu'il soit rétroactif. Cependant, il existe certaines exceptions. La question est laissée au législateur afin de remédier aux problèmes.

Les problèmes qui peuvent découler d'une telle perspective sont illustrés par des exemples dans les rapports où les permis de construire ont été accordés et la construction de l'édifice a commencé sur foi de la décision initiale. Ces décisions pourraient devenir illégales comme conséquence d'une application rétroactive d'une décision d'annulation.

En conséquence, bon nombre de rapports nationaux font état du fait que les tribunaux ont le pouvoir d'ajuster l'application des décisions afin d'aider les personnes affectées défavorablement d'un préjudice grave causé par l'invalidation des décisions intervenantes et fondé sur l'appel de la décision et ce pouvant inclure une indemnisation ou un dédommagement .

En France par exemple, les problèmes ont été reconnus par une décision en 2004 et, en conséquence, le tribunal est autorisé à traiter plus largement le problème des conséquences rétroactives et des préjudices défavorables lorsque ceux-ci sont manifestement excessifs. Ce pouvoir a été largement utilisé en France.

Pour modifier l'effet rétroactif d'une décision, le tribunal tiendra compte du degré de l'illégalité pour voir s'il est minime, et s'il existe une possibilité d'un recours face à la disproportion entre le manquement et le préjudice susceptible d'être subi par une partie ou d'autres personnes si un effet rétroactif est donné à l'ordonnance du tribunal. Dans les pays de droit commun (common law), un exercice similaire est mis en œuvre en rapport à l'octroi discrétionnaire d'injonctions lorsque le préjudice subi par les parties est évalué. Cette option est souvent nommée pondérer «l'équilibre de complaisance.»

En Grèce, il n'existe aucune possibilité de limiter le temps à partir duquel la décision du tribunal est mise en application.

Le préjudice peut être empêché ou diminué en exerçant le pouvoir discrétionnaire de modifier la date à laquelle l'ordonnance prend effet ou en émettant d'autres ordonnances compensatoires.

### **3.7 Quels sont les moyens à la portée du juge pour contraindre l'administration à faire appliquer une décision que sa direction ne souhaite pas exécuter ?**

Dans certains pays, le tribunal administratif ne dispose pas de moyens d'exécution donnés en cas d'échec ou de refus (Finlande, Cameroun, Chypre, Côte-d'Ivoire, Nouvelle-Zélande et Suède). Toutefois, dans des cas pratiques, il existe une faible probabilité de défaut de se conformer aux ordonnances du tribunal. En Australie par exemple, le tribunal des appels administratifs n'a aucun moyen direct de faire respecter sa décision. Cependant, une approche peut être faite auprès de la Cour fédérale (une Cour judiciaire) par une partie mécontente qui veut faire appliquer la décision. La Cour dispose de larges pouvoirs pour faire appliquer sa décision par voie de procédures pour outrage. Dans ces pays où le contrôle judiciaire est exercé par le tribunal ordinaire, toutes les mesures d'application peuvent être utilisées.

Statistiquement, le rapport français indique que le nombre de plaintes fondées sur l'échec de la mise en œuvre des décisions des organismes administratifs est extrêmement faible. Ainsi, en 2008 sur 10 250 affaires enregistrées, seulement 120 demandes d'aide concernaient l'exécution

de l'affaire devant le Conseil d'État. Il y avait 549 demandes déposées auprès des instances d'appel sur 27 800 cas enregistrés, et auprès des tribunaux administratifs eux-mêmes, seulement 1 245 plaintes sur 176 000 questions avaient été enregistrées. Ces chiffres ne concernent que les plaintes. Cela ne signifie aucunement qu'elles étaient toutes fondées.

Dans la plupart des pays, le tribunal administratif n'initiera aucune démarche de sa propre initiative lors du suivi de l'exécution d'une décision. Il n'en sera même pas chargé, ni n'assumera aucun rôle de suivi pour s'assurer que ses ordonnances sont bien exécutées. Une plainte ou un défaut d'observation de l'ordonnance doit d'abord être déposé auprès du tribunal par la personne lésée.

Si une personne n'est pas satisfaite d'une omission ou d'un refus d'exécuter une ordonnance, une approche peut généralement être faite auprès d'un tribunal afin de rendre une ordonnance demandant à l'administration de s'y conformer. S'il y a refus, le tribunal pourrait dans certains cas, appeler les responsables des organismes pour indiquer sa position (comme en Thaïlande). Le tribunal pourrait rendre une ordonnance aux fins de conformité dans un délai spécifié. L'Indonésie utilise des annonces publicitaires dans les médias de masse pour indiquer le refus à se conformer du défendeur, mais cette méthode est onéreuse et pas vraiment efficace. Le tribunal reconnaît la nécessité d'une application efficace.

Dans une situation où les responsables d'organismes sont appelés devant le tribunal pour répondre à une plainte pour non-exécution, l'affaire peut parfois être résolue à l'amiable par voie de médiation. Si cette dernière échoue, alors les tribunaux, dans certains cas, ont le pouvoir d'imposer une astreinte journalière à l'organisme.

Dans quelques cas, le tribunal, sur la base d'une plainte peut nommer un commissaire pour procéder à l'exécution de l'ordonnance (c'est le cas en Italie et au Luxembourg par exemple). Il s'agit sans doute du moyen le plus direct et le plus efficace de s'assurer que les ordonnances sont respectées. En Espagne, depuis 1998, le tribunal a une compétence spécifique pour contrôler l'exécution de ses ordonnances par l'administration. Dans certains cas, le juge portugais se substitue à l'administration et prononce une peine qui produit les mêmes effets qu'un acte illégal commis qui aurait été produit. Dans les deux pays, il existe des pouvoirs étendus en matière d'exécution.

Dans certains pays, il existe la possibilité de poursuivre auprès des tribunaux civils pour dommages et intérêts si l'administration n'a pas réussi à mettre en œuvre la décision du tribunal. L'Indonésie a un système très élaboré pour faire appliquer ses décisions. En Algérie, si un fonctionnaire ne remplit pas ou ne se conforme pas à l'ordonnance rendue par un tribunal ou autre, dans un cas extrême, ce dernier pourrait être soumis à une peine d'emprisonnement de six mois à trois ans fermes avec obligation de verser le paiement d'une forte amende.

En Bulgarie et dans un certain nombre d'autres pays où un paiement doit être versé, ce dernier peut être exécuté par un huissier de justice ou un agent du tribunal. En cas de désobéissance, un appel peut être interjeté devant le tribunal contre l'échec à prendre des mesures dans les sept jours à compter de la date de la notification adressée à l'organisme.

D'autre part, en Suède, le tribunal ne peut pas prendre de mesures coercitives, mais dans certains cas impliquant des municipalités, une amende ou des frais spéciaux peuvent être imposés par le tribunal du Comté.

## **Conclusion**

L'enquête générale ci-dessus montre à bien des égards des similitudes dans les approches adoptées par les différents tribunaux nationaux pour résoudre essentiellement les mêmes problèmes pratiques dans le processus de délimitation des zones de litiges, et de procéder à un déroulement rapide et équitable des questions soulevées. Le dessein de ce rapport est de stimuler le dialogue et de poser des questions par la suite à des fins d'élaboration et de discussion. Avec un examen approfondi des études de cas nationaux pendant les séances du comité, nous bénéficierons d'une appréciation unique des rubriques de sujets choisis. Nous aurons alors l'occasion de tirer des conclusions substantielles à partir des documents que nous avons ici devant nous au moment le plus culminant du 10e Congrès de l'IASAJ.

**L'Honorable Brian Tamberlin QC**

**Vice-président**

**Tribunal des appels administratifs d'Australie  
Avec l'assistance inestimable de M. Timothée Paris du Conseil d'État, France**