

L'impartialité, la récusation et la composition correcte des autorités et juridictions administratives

Stéphane Grodecki

*Chargé de cours à l'Université de Genève,
docteur en droit, avocat à Genève*

MERKT [&] associés

Avocats | Attorneys-at-law | Rechtsanwälte

I. Introduction

Des soupçons de manipulation pèsent sur le Tribunal administratif fédéral



Le Tribunal administratif fédéral soupçonné d'avoir manipulé la composition des collèges des juges. Un avocat porte plainte / 19h30 / 2 min. / mercredi à 19:30

Une enquête de l'émission Rundschau de SRF met en évidence des soupçons de manipulation dans la formation du collège de juges chargés de statuer sur les affaires au Tribunal administratif fédéral. Une plainte pénale a été déposée par un avocat bernois.

I. Introduction

justice must not only be done, it must also be seen to be done
(La justice ne doit pas seulement être rendue, elle doit aussi être perçue comme telle)

(citation attribuée à Lord Hewart, Lord Chief Justice of England in the case of *Rex v. Sussex Justices*, [1924] 1 KB 256)

Cité en dernier lieu in ACEDH *Donev c. Bulgarie* du 26 octobre 2021, requête 72437/11, par. 81

I. Plan

II. Les fondements juridiques

III. La composition correcte de l'autorité

IV. La récusation

V. Quelques cas particuliers de récusation

VI. Quelques points de procédure

VII. Conclusion

II. Les fondements juridiques

MERKT [&] associés

Avocats | Attorneys-at-law | Rechtsanwälte

II. Les fondements juridiques

Le droit à une composition correcte et impartiale de **l'administration**, y compris de l'autorité exécutive : art. 29 Cst. (ATF 142 I 172, c. 3.2), ainsi que le droit de procédure applicable (art. 10 PA; art. 15 LPA/GE)

Le droit à une composition correcte et impartiale des autorités **judiciaires** : art. 29 et 30 Cst., art. 6 CEDH et art. 14 Pacte II) (ATF 144 I 159, c. 4.3), ainsi que le droit de procédure applicable (art. 15A LPA/GE; art. 34 LTF)

Quelques principes connus et une grande casuistique : des choix à faire pour la présente présentation

III. La composition correcte de l'autorité

MERKT [&] associés

Avocats | Attorneys-at-law | Rechtsanwälte

III. La composition correcte de l'autorité – généralités

La composition de l'autorité est définie selon les règles du droit de procédure ou d'organisation. Si l'autorité statue alors qu'elle n'est pas correctement composée, elle commet un déni de justice formel (ATF 142 I 172, c. 3.2)

-> Essentiellement une interprétation du droit cantonal

Pas de réparation possible : cela doit conduire à l'annulation de la procédure (ATF 144 IV 35, c. 2.1)

III. La composition correcte de l'autorité administrative – exemples

La composition de l'autorité est définie selon les règles du droit de procédure ou d'organisation. Celui-ci prévoit généralement des quorums afin d'assurer le fonctionnement des autorités collégiales. L'autorité est ainsi valablement constituée lorsqu'elle siège dans une composition qui correspond à ce que le droit d'organisation ou de procédure dispose. En ce qui concerne les autorités administratives, il n'existe néanmoins pas un principe général qui consisterait à prévoir des membres suppléants dans l'éventualité où un des membres de l'autorité appelée à statuer doit se récuser ou ne peut, pour une autre raison, prendre part à la décision. **Lorsqu'un membre d'une autorité administrative se récuse, il convient de savoir quels sont les autres membres qui ont siégés; à défaut le droit à la composition correcte de l'autorité est violé (TF 2C_278/2017 du 17 août 2017)**

III. La composition correcte de l'autorité administrative – exemples

Seul l'art. 29 al. 1 Cst. s'applique aux autorités de surveillance, par exemple la chambre vaudoise des notaires. Lorsque le droit cantonal prévoit qu'une **délégation** d'une autorité peut procéder à une enquête, cette délégation ne peut pas statuer sur le fond (ATF 142 I 172, c. 3)

Lorsque le membre d'une autorité (la CMNS) a le droit (mais non l'obligation) de participer à une décision d'une autre autorité (la Commission d'architecture), son **absence** n'est pas une composition incorrecte de l'autorité (TF 1C_89/2020 du 23 juillet 2020, c. 3)

III. La composition correcte de l'autorité administrative – exemples

Le droit à la composition correcte s'applique aussi à une **autorité adjudicatrice en matière de marchés publics** : il faut ainsi informer les soumissionnaires de sa composition (TF 2C_951/2019 du 16 juillet 2020, c. 1.3.4)

Le fait que des **juges cantonaux siègent** dans une autorité cantonale de surveillance, en l'occurrence l'autorité de surveillance valaisanne des avocats, n'est pas critiquable sous l'angle de l'art. 29 al. 1 Cst. (TF 2C_187/2011 du 28 janvier 2011, c. 3, considérant non publié à l'ATF 137 II 425). Cela pose-t-il un problème pour le Tribunal cantonal sur recours par la suite sous l'angle de l'art. 30 Cst. ? Le TF, dans ce même arrêt, a déclaré le grief irrecevable car tardif

III. La composition correcte de l'autorité judiciaire – exemples

Le fait qu'un membre de l'autorité n'ait pas participé à la **procédure probatoire** n'est pas une violation du droit à la composition correcte de l'autorité (TF 1A.264/2006 du 30 mai 2007, c. 4)

Le fait de statuer avec un **juge assesseur qui n'est plus en fonction** est une violation du droit à la composition correcte de l'autorité (TF 1C_235/2008 du 13 mai 2009)

L'absence d'un greffier avec **voix consultative** est une violation du droit à la composition correcte de l'autorité (TF 9C_754/2009 du 12 mai 2010, c. 1.3)

III. La composition correcte de l'autorité judiciaire – exemples

La **délégation** de certaines décisions à un **juge unique** dans un Tribunal collégial sans base légale formelle est une violation du droit à la composition correcte de l'autorité (TF 9C_106/2018 du 17 décembre 2018; TF 1C_678/2017 du 5 avril 2018 in RDAF 2018 I 613)

Cette jurisprudence a, par exemple, entraîné une modification de 130A LOJ/GE pour prévoir les pouvoirs du juge délégué de la chambre administrative de la Cour de justice

III. La composition correcte de l'autorité judiciaire – exemples

En revanche, la **libre composition des Cours** ou de l'attribution des dossiers ne pose pas de problème au regard de l'art. 30 Cst., car le droit à la composition correcte de l'autorité n'exclut pas une certaine marge de manœuvre dans la composition de l'organe appelé à statuer (y compris pour l'appel aux suppléants), pour autant que cela soit sur la base de critères objectifs (ATF 144 I 37; ATF 144 I 70; TF 1C_187/2017 du 20 mars 2018 in ZBI 2018 343)

III. La composition correcte de l'autorité judiciaire – exemples

Mais une intervention suite à une première composition informatique est mal perçue :

Communiqué de presse du TAF du 19 mai 2022 :

St-Gall, 19 mai 2022

Communiqué de presse

TAF: examen approfondi de la constitution des collèges de juges

Le mode de constitution des collèges appelés à statuer au Tribunal administratif fédéral fait l'objet de critiques. Le tribunal avait déjà décidé de charger un expert externe de procéder de manière indépendante à un examen de son système. Il relève cependant que les articles parus mercredi dans les médias contiennent des reproches qui ne sont pas justifiés.

Le Tribunal administratif fédéral (TAF) avait déjà décidé de soumettre son système d'attribution des affaires aux juges (constitution des collèges appelés à statuer) à un examen approfondi et indépendant. Un expert externe sera associé à la démarche, avec le mandat d'accompagner le TAF et de rédiger à son attention un rapport basé sur un examen critique du système appliqué. Les entretiens à cet égard sont en cours.

Allégations réfutées

Les journaux du groupe Tamedia (notamment le *Tages-Anzeiger*, sous le titre «Werden hunderte Asylurteile neu aufgerollt?») ainsi que l'émission *Rundschau* de la télévision suisse alémanique SRF ont thématiqué mercredi la pratique suivie par le TAF pour constituer les collèges de juges. Cette presse laisse entendre que le procédé d'attribution des affaires n'est pas correct.

III. La composition correcte de l'autorité judiciaire – synthèse

Pas de marge de manœuvre

Une jurisprudence stricte

Une attention particulière à avoir

Un grief redoutable pour le plaideur

Une question encore ouverte : L'art. 30 Cst. est-il respecté par les autorités administratives (de surveillance) composées en partie de juges cantonaux dont le Tribunal est ensuite chargé du recours ?

IV. La récusation

MERKT [&] associés

Avocats | Attorneys-at-law | Rechtsanwälte

IV. La récusation de l'autorité administrative

N'est possible qu'avec retenue :

Pour les autorités non judiciaires, l'art. 30 al. 1 Cst. et l'art. 6 par. 1 CEDH ne s'appliquent pas. En revanche, on déduit la garantie d'un traitement équitable et l'exigence d'impartialité de l'art. 29 al. 1 Cst., qui dispose que toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement. Dans sa substance, **la garantie d'impartialité impose tant au juge qu'à l'autorité administrative** qu'ils ne se soient pas déjà déterminés sur les faits à apprécier. Les exigences qui valent pour les tribunaux ne se transposent toutefois pas telles quelles dans la procédure administrative. Ce sont justement les impondérables liés au système de la procédure interne à l'administration qui ont conduit à la création d'instances judiciaires indépendantes (ATF 140 I 326, c. 5.2). En d'autres termes, les dispositions sur la récusation sont, en principe, **moins sévères pour les membres des autorités administratives et gouvernementales que pour les autorités judiciaires** (ATF 140 I 326, c. 5.2).

IV. La récusation de l'autorité administrative

N'est possible qu'avec retenue :

Contrairement à l'art. 30 al. 1 Cst., qui ne concerne que les procédures judiciaires, l'art. 29 al. 1 Cst. n'impose en effet pas l'indépendance et l'impartialité comme maxime d'organisation d'autorités gouvernementales, administratives ou de gestion et n'offre pas, dans ce contexte, une garantie équivalente à celle applicable aux tribunaux (ATF 125 I 119, c. 3f). Comme pour la récusation des juges, **l'apparence de partialité peut découler d'un comportement déterminé d'un membre de l'autorité ou de circonstances de nature fonctionnelle ou organisationnelle** (ATF 147 I 173, c. 5.1). Cependant, les demandes de récusation dirigées contre des personnes qui participent à une décision administrative par une activité de conseil ou d'instruction **ne doivent pas être admises à la légère**; les circonstances faisant redouter une apparence de partialité doivent être examinées concrètement dans chaque cas d'espèce, en tenant compte de la fonction et de l'organisation de l'autorité administrative (ATF 137 II 431, c. 5.2).

IV. La récusation de l'autorité administrative - exemples

Pas de récusation lorsque **l'enquêteur administratif** est membre de l'administration où l'enquête a lieu, même si un choix d'un enquêteur à l'extérieur serait « préférable (TF 8D_1/2021 du 4 novembre 2021)

Le simple fait qu'un dénonciateur connaisse des membres d'une **autorité de surveillance** ne suffit pas pour entraîner la récusation de ses membres (TF 2C_794/2011 du 22 décembre 2011)

IV. La récusation de l'autorité exécutive

Encore plus restrictif pour un membre d'une autorité exécutive supérieure :

La jurisprudence considère ainsi que les membres des autorités supérieures du pouvoir exécutif ne peuvent être récusés **que s'ils ont un intérêt particulier à l'affaire, s'ils ont émis auparavant une opinion personnelle au sujet d'une partie ou s'ils ont commis des erreurs de procédure ou d'appréciation particulièrement lourdes ou répétées, qui doivent être considérées comme des violations graves de leurs devoirs et dénotent l'intention de nuire à la personne concernée** (ATF 125 I 119, c. 3e). Une récusation est également possible lorsque l'autorité s'est forgée une opinion inébranlable avant même d'avoir pris connaissance de tous les faits pertinents de la cause. A cet égard, une appréciation spécifique est nécessaire dans chaque situation particulière (ATF 140 I 326 c. 5.2)

IV. La récusation de l'autorité exécutive - exemples

Le simple fait d'avoir adopté un rapport dans une affaire ne rend pas le membre d'une autorité exécutive communale récusable pour toute décision en lien avec cette même affaire (TF 1C_375/2021 du 17 mars 2022)

Le fait qu'il existe pour un conseil « un passé houleux » avec un Conseiller d'Etat n'est pas un motif de récusation de ce dernier (TF 1C_228/2018 du 18 juillet 2019, c. 6 in SJ 2020 I 37)

IV. La récusation de l'autorité judiciaire

La garantie d'un tribunal indépendant et impartial instituée par les art. 30 Cst. et 6 CEDH n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective du magistrat est établie, car une disposition interne de sa part ne peut guère être prouvée. Il suffit que les **circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle du magistrat**. Seules les circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération. Les impressions purement individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives (ATF 144 I 159, c. 4.3; ATF 143 IV 69, c. 3.2). L'impartialité subjective d'un magistrat se **présume** jusqu'à preuve du contraire (ATF 136 III 605, c. 3.2.1).

IV. La récusation de l'autorité judiciaire

D'après la jurisprudence, une **faute de procédure** - voire une fausse application du droit matériel - ne suffit pas à elle seule pour donner une apparence de prévention. Il n'en va autrement que si le magistrat a commis des erreurs grossières ou répétées constituant une grave violation des devoirs de sa charge (ATF 143 IV 69, c. 3.2; ATF 141 IV 178, c. 3.2.3).

L'annulation d'une décision antérieure n'est ainsi pas un motif de récusation (TF 5A_148/2021 du 20 avril 2021 in SJ 2021 335).

Mais si il y a une **modification de la composition** entre le premier arrêt (annulé) et le second arrêt, les parties doivent être informées avec indication des motifs (TF 4A_1/2017 du 22 juin 2017 in SJ 2018 I 282)

IV. La récusation de l'autorité judiciaire

L'intervention du **conjoint du juge** dans un dossier est un motif de récusation : une décision fiscale prise sur instruction d'un chef de service ne peut pas être examinée sur recours par un juge qui est conjoint de ce dernier (ATF 140 I 240)

Mais le simple fait que le mari et le beau-frère d'une juge ait un lien avec une partie à la procédure n'est pas un motif de récusation (ATF 140 III 221).

Il y a violation de l'art. 30 al. 1 Cst. si un juge, qui est par ailleurs membre de l'exécutif d'une commune, participe à une procédure concernant la péréquation financière intercommunale qui a été engagée à la demande d'une autre commune du même canton (ATF 147 I 173)

V. Quelques cas particuliers de récusation

MERKT [&] associés

Avocats | Attorneys-at-law | Rechtsanwälte

V. L'appartenance d'un juge à un parti politique

L'appartenance d'un juge à un parti politique ne suffit pas à elle seule à justifier la suspicion de partialité, car la personne élue ou nommée à une fonction judiciaire est censée être capable de prendre le recul nécessaire par rapport à son parti politique et de se prononcer objectivement sur le litige qui divise les parties. Toutefois, lorsqu'un juge assume des responsabilités particulières dans un parti politique, il doit être récusé (TF 1C_485/2018 du 29 octobre 2018 in RDAF 2019 I 91)

La seule appartenance politique ne suffit en revanche pas (DCEDH l'Ocelot SA c. Suisse du 21 mai 1997, requête 20873/92; ATF 138 I 1), même si le juge est membre d'un parti politique soutenant des thèses défavorables à une partie (TF 1B_460/2012 du 25 septembre 2012 in SJ 2013 I 438)

V. L'amitié

Une relation d'amitié ou d'inimitié entre un juge et un avocat ne peut constituer un motif de récusation que dans des circonstances spéciales, qui ne doivent être **admises qu'avec retenue**. Il faut qu'il y ait un lien qui, par son intensité et sa qualité, soit de nature à faire craindre objectivement qu'il influence le juge dans la conduite de la procédure et dans sa décision (ATF 138 I 1, c. 2.4)

V. L'amitié – exemples sans récusation

Une « amitié » sur Facebook n'est pas un motif de récusation (ATF 144 I 159)

Avoir exercé à l'ASLOCA dans une cause où cette association représente une partie n'est pas un motif de récusation (ATF 138 I 1, c. 2.4)

La simple existence de liens entre l'avocat et un juge (trésorier d'un club de football, connaissances sociales, etc) n'est pas un motif de récusation (TF 2C_1058/2017 du 5 février 2017)

Juge et partie tous deux membres du « Lions Club » n'implique pas une récusation (TF 4A_182/2013 du 17 juillet 2013)

V. L'amitié – exemples sans récusation

La participation en commun à des activités sportives n'est pas un motif de récusation (ATF 1B_784/2012 du 6 mars 2013)

Le fait qu'un juge se réunisse régulièrement avec des amis (dont l'avocat d'une partie recourante) pour faire du sport et dîner ensuite, en discutant parfois de questions juridiques, ne constitue pas non plus une circonstance qui devrait obligatoirement justifier une récusation (TF 5A_253/2010 du 10 mai 2010)

V. L'amitié – exemple avec récusation

Le fait d'avoir partagé un bureau commun et d'être parti en vacances ensemble pour un juge et un avocat est un lien d'amitié qui justifie une récusation (TF 1B_230/2019 du 8 octobre 2019 in ZBI 2020 573)

Avoir exercé dans les mêmes locaux avec un partage de frais, avoir une relation d'amitié et partir en vacances pour un juge et un avocat entraîne la reconnaissance d'un motif de récusation (TF 1B_55/2015 du 17 août 2015)

V. L'amitié – exemple avec récusation

Lorsqu'un juge et un avocat ont partagé il y a peu des bureaux – les liens entre avocats dans une petite Etude étant notoirement beaucoup plus forts que dans une grande structure –, ont passé des vacances de voile et effectuent régulièrement des activités sportives ensemble, ces circonstances concrètes fondant alors un motif de récusation (TF 1B_55/2015 du 17 août 2015, consid. 4 in ZBI 2016 153 et in Plaidoyer 2015/5 56)

V. L'inimitié

Un **grave conflit personnel** ou une forte inimitié entre un magistrat et un avocat constitue tant un motif de récusation du magistrat qu'un motif d'incapacité de postuler de l'avocat. Dans une telle situation, le Tribunal fédéral a jugé que le premier d'entre eux à œuvrer sur le dossier devait rester alors qu'il appartenait au second de renoncer à s'en saisir (TF 1B_191/2020 du 26 août 2020, c. 4,3; TF 5A_124/2022 du 26 avril 2022, c. 4.1.2)

Problèmes :

- Détermination du début du mandat et secret professionnel ?
- Qui statue sur l'interdiction de postuler de l'avocat ?

V. L'avocat œuvrant comme juge suppléant

Le fait que l'avocat soit membre d'une juridiction devant laquelle il plaide dans des affaires sans lien avec celles qu'il doit trancher n'est pas un motif de récusation (ATF 139 III 433; ATF 139 I 121; ATF 138 I 406)

Mais le Tribunal fédéral invite à la retenue : « Es wäre zwar grundsätzlich zu begrüßen, wenn ein Richter vor dem Gericht, dem er ersatzweise angehört, nicht als Parteivertreter auftritt » (ATF 139 I 121, c. 5.4.2)

V. L'avocat œuvrant comme juge suppléant

En revanche, c'est un motif de récusation lorsque l'avocat/juge-suppléant représente ou a représenté une des parties à la procédure dans laquelle il siège (ATF 116 la 485), lorsqu'il représenté ou a représenté une partie adverse de la partie qui plaide devant lui (ATF 139 III 433; ATF 139 I 121; ATF 138 I 406; ATF 135 I 14), lorsqu'il doit statuer sur une même question juridique qu'il plaide par ailleurs comme avocat (ATF 124 I 121)

V. L'avocat œuvrant comme juge suppléant

Une solution cantonale extrême : Le fait pour un avocat et juge suppléant de plaider devant une Cour composée d'autres suppléants est un motif de récusation de l'ensemble des juges suppléants (TC/AG JG/2017/01 du 28 février 2018 in ZBI 2019 508)

Le recours au Tribunal fédéral contre cet arrêt a été déclaré irrecevable, mais son résultat a été critiqué car il revient à adopter une composition d'un Tribunal qui n'est pas conforme à la loi (TF 4A_263/2018 du 9 juillet 2018 in ZBI 2019 514)

VI. Quelques points de procédure

MERKT [&] associés

Avocats | Attorneys-at-law | Rechtsanwälte

VI. La procédure

La récusation doit être demandée **sans délai** dès que la partie a connaissance du motif de récusation, c'est-à-dire dans les jours qui suivent la connaissance de la cause de récusation, sous peine de déchéance (ATF 140 I 271, c. 8.4.3)

Le délai est respecté lorsque la demande est déposée dans les **six à sept jours** qui suivent la connaissance de la cause de récusation, mais qu'en revanche, ils ne le sont pas lorsqu'elle est formée trois mois, deux mois ou même vingt jours après que son auteur a pris connaissance du motif de récusation (TF 1B_13/2021 du 1^{er} juillet 2021, c. 2)

VI. La procédure

Le délai **commence à courir** dès la connaissance du motif de récusation : si une partie doit se renseigner sur les personnes (juges ou experts par exemple) et les éventuels motifs de récusation à soulever, on ne peut pas exiger d'elle qu'elle fasse des recherches particulières pour trouver les liens entre les personnes concernées (TF 8C_514/2021 du 27 avril 2022 destiné à publication aux ATF)

Lorsque le requérant **ne connaît la composition de l'autorité qu'après le prononcé** de la décision, le délai ne commence à courir qu'à la réception de celle-ci (TF 2C_1058/2017 du 5 février 2019, c. 5.3), et le motif de récusation peut alors être invoqué pour la première fois dans le recours au Tribunal fédéral (ATF 147 I 173)

VII. Conclusion

MERKT [&] associés

Avocats | Attorneys-at-law | Rechtsanwälte

VII. Conclusion

Souvent soulevé, mais peu admis....

Une jurisprudence très casuistique où les circonstances de chaque cas vont être déterminantes, par exemple sur le rapport d'amitié

Une évolution à venir sur le juge-suppléant ?