UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre d'actes 2023

Published version Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La pratique récente en matière d'impartialité, de récusation et de composition correcte des autorités et juridictions administratives

Grodecki, Stéphane

How to cite

GRODECKI, Stéphane. La pratique récente en matière d'impartialité, de récusation et de composition correcte des autorités et juridictions administratives. In: Les grands principes de la procédure administrative. Benard, Frédéric ; Bellanger, François (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2023. p. 89–104. (Pratique du droit administratif)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:169045

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

La pratique récente en matière d'impartialité, de récusation et de composition correcte des autorités et juridictions administratives

Stéphane Grodecki

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

I. Introduction

Le droit d'être jugé par une autorité correctement composée et impartiale fait partie des droits procéduraux essentiels, garantis tant par la Convention européenne des droits de l'homme (art. 6 CEDH) que par la Constitution fédérale (art. 29 et 30 Cst.[1]). Les différentes normes de procédure, cantonales ou fédérales, règlent également, souvent de manières similaires, ces questions.

Beaucoup a déjà été écrit sur la question. Citons en particulier les deux thèses d'habilitation publiées par Schindler[2] sur l'indépendance de l'administration et de Kiener[3] sur l'indépendance du juge. Il n'en demeure pas moins que le Tribunal fédéral continue régulièrement à rendre des arrêts en la matière, démontrant par-là que les questions qui se posent demeurent d'actualité.

En procédure administrative, il faut toujours distinguer deux stades différents : les règles applicables à l'administration, d'une part, et celles applicables aux autorités judiciaires, d'autre part. Les fondements et l'étendue du droit ne sont en effet pas les mêmes dans ces deux hypothèses, la seconde étant soumise à des règles plus exigeantes.

Il existe tout d'abord le droit à une composition correcte et impartiale de l'administration, y compris de l'autorité exécutive, dont le fondement

1 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

2 Benjamin Schindler (2002), *Die Befangenheit der Verwaltung,* Zurich.

3 Regina Kiener (2011), *Richterliche Unabhängigkeit,* Berne.

est l'article 29 Cst.[4], ainsi que le droit de procédure applicable (art. 10 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 [PA][5]; art. 15 de la loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA/GE][6], par exemple). Si le droit à la composition correcte est tout aussi important pour l'administration, son impartialité, elle, est examinée de manière moins stricte, comme nous le verrons dans les exemples jurisprudentiels cités dans la présente contribution.

Il existe ensuite le droit à une composition correcte et impartiale des autorités judiciaires dont le fondement se trouve aux articles 29 et 30 Cst., 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte II)[7] et 6 CEDH[8], ainsi que dans le droit de procédure applicable (art. 15A LPA/GE; art. 34 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF)[9]).

Nous aborderons ainsi ces deux domaines, en citant des exemples jurisprudentiels récents afin d'offrir au lecteur une synthèse des règles actuelles.

II. La composition correcte de l'autorité

Le droit à la composition correcte de l'autorité permet à l'administré ou au justiciable d'exiger que les règles procédurales qui la fixe soit respectées. Il ne s'agit dès lors pas de garantir l'indépendance de l'autorité, mais bien le droit à ce qu'elle statue dans la composition prévue par la loi. Il s'agit en définitive de l'examen de la compétence fonctionnelle de l'autorité, dont la violation peut parfois même entraîner la nullité de la décision prise[10]. Le but est de s'assurer que l'autorité statue dans la com-

4 ATF 142 I 172, c. 3.2.

5 PA – RS 172.021.

6 LPA – RS/GE E 5 10.

7 RS 0.103.2.

8 ATF 144 I 159, c. 4.3.

9 LTF – RS 173.110.

10 Pierre Moor/Etienne Poltier (2011), *Droit administratif, vol. II* « Les actes administratifs et leur contrôle », 3e éd., Berne p. 369 ss.

position prévue par la loi, respectivement en respectant un éventuel quorum de présence[11].

A. Généralités

L'article 29, alinéa 1, Cst. prévoit que toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. La jurisprudence a tiré de cette disposition un droit à ce que l'autorité administrative ou judiciaire qui statue, le fasse dans une composition correcte et impartiale. Cette disposition n'exclut pas une certaine liberté dans la composition de l'autorité, par exemple en permettant la participation de suppléants dans le processus décisionnel. Il faut toutefois, lorsque cela est possible, que la composition soit fondée sur des critères. 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 prévoit. Par conséquent, lorsqu'un membre de l'autorité est appelé à se récuser ou ne peut, pour une autre raison, prendre part à la décision, il doit, dans la mesure du possible, être remplacé. Si l'autorité statue alors qu'elle n'est pas valablement constituée, elle commet un déni de justice formel[12].

L'examen du droit à la composition correcte de l'autorité dépend donc des règles procédurales – en particulier sur la composition – applicables à chaque cas particulier. En cas de violation de ces règles la décision entreprise doit être systématiquement annulée, sans aucune réparation possible du vice de procédure par la juridiction supérieure en raison de sa gravité[13].

B. Les autorités administratives

En ce qui concerne les autorités administratives, il n'existe pas un principe général qui consisterait à prévoir des membres suppléants dans

11 Thierry Tanquerel (2018), *Manuel de droit administratif,* Genève p. 515 ; Benoît Bovay (2015), *Procédure administrative,* Berne p. 165.

12 ATF 142 I 172, c. 3.2 et les références citées.

13 ATF 144 IV 35, c. 2.1.

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 toutefois de savoir quels sont les autres membres qui ont siégé ; à défaut le droit à la composition correcte de l'autorité est violé [14].

Seul l'article 29, alinéa 1, Cst. – à l'exclusion de l'article 30 Cst. qui s'applique aux autorités judiciaires – s'applique aux autorités de surveillance, par exemple la Chambre vaudoise des notaires [15] ou toute autre autorité de surveillance des professions libérales ou des magistrats. Dans ce domaine, le droit cantonal prévoit fréquemment qu'une délégation de l'autorité de surveillance peut procéder à une enquête. Cette délégation n'est alors valable que pour l'enquête, mais non pour la prise de décision sur le fond. La prise d'une telle décision le serait par une autorité qui ne respecte pas le droit à la composition correcte et devrait être annulée [16].

En revanche, lorsque le droit cantonal accorde le droit à un membre d'une autorité de participer à la prise de décision, sans exiger sa présence, son absence n'est pas une violation du droit à la composition incorrecte de l'autorité [17]. Il faut donc soigneusement examiner le droit procédural afin de déterminer si une participation est exigée ou non.

Le droit à la composition correcte de l'autorité s'applique en outre à toute prise de décision, y compris en matière de marchés publics. Le soumissionnaire doit ainsi être informé de la composition de l'autorité adjudicatrice [18].

Enfin, le Tribunal fédéral a jugé que le fait que des juges cantonaux siègent dans une autorité cantonale de surveillance, en l'occurrence l'autorité de surveillance valaisanne des avocats, n'était pas critiquable sous l'angle de l'article 29, alinéa 1, Cst. et du droit à la composition correcte de l'autorité car cette composition est prévue par la loi [19].

---

14 Arrêt TF 2C_278/2017 du 17 août 2017.

15 ATF 142 I 172, c. 3.

16 ATF 142 I 172, c. 3.

17 Arrêt TF 1C_89/2020 du 23 juillet 2020, c. 3.

18 Arrêt TF 2C_951/2019 du 16 juillet 2020, c. 1.3.4.

19 Arrêt TF 2C_187/2011 du 28 janvier 2011, c. 3, considérant non publié à l'ATF 137 II 425.

Ce type de composition est fréquent pour les autorités de surveillance. Dans l'arrêt précité, le Tribunal fédéral n'a pas examiné cette question sous l'angle de l'article 30 Cst., soit la garantie d'un tribunal indépendant et impartial, car le grief a été déclaré irrecevable pour cause de tardiveté.

A notre sens, ce type de composition ne pose pas de problème sous l'angle du droit à la composition correcte de l'autorité. En revanche, au regard de l'article 30 Cst., la situation n'est aujourd'hui plus acceptable.

Cette disposition n'impose en effet pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective du magistrat est établie, car une disposition interne de sa part ne peut guère être prouvée. En revanche, il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partiale 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[20].

Il est objectivement curieux pour le justiciable de voir un ou plusieurs collègues d'un des juges qui a participé à la prise de la première décision statuer sur son recours. Il pourrait craindre le risque de voir la position de l'autorité intimée être favorisée par cette construction juridique[21]. A notre sens, même s'il n'est pas établi qu'une telle construction dans la composition défavorise le justiciable, elle peut lui en donner l'apparence, ce qui suffit à violer l'article 30 Cst. Il faudrait donc, selon nous, y mettre fin, ce qui pourrait entraîner un bouleversement pour de nombreuses autorités de surveillance.

C. Les autorités judiciaires

S'agissant des autorités judiciaires, le droit à la composition exacte est garanti par l'article 30 Cst. Cette disposition n'impose pas une organisation judiciaire prédéfinie. Néanmoins, une base légale formelle codifiant de manière générale et abstraite les principes sur la compétence, la

20 ATF 144 I 159, c. 4.3 ; ATF 143 IV 69, c. 3.2.

21 Cf. *mutatis mutandis* le raisonnement qui a conduit le Tribunal fédéral à refuser qu'un greffier d'une Cour siège dans cette Cour comme juge suppléant : Arrêt TF 1B_420/2022 du 9 septembre 2022 destiné à publication aux ATF. Le risque d'atteinte à l'indépendance est à notre sens le même ici.

composition et l'organisation des autorités judiciaires est nécessaire[22]. Les dispositions sur la composition de l'autorité judiciaire ne peuvent ainsi pas figurer dans un règlement de la juridiction, en particulier pas la délégation de certaines décisions à un juge unique en cas de juridiction collégiale[23].

Ont ainsi été considérés comme une violation du droit à une autorité judiciaire composée correctement :

– Le fait de statuer avec un juge assesseur qui n'est plus en fonction[24] ;
– L'absence d'un greffier lors de la délibération alors que la loi lui octroyait une voix consultative[25] ;
– La délégation de certaines décisions à un juge unique dans un Tribunal collégial sans base légale formelle[26].

En revanche, le fait qu'un des membres de la juridiction n'ait pas participé à la procédure probatoire n'est pas une violation du droit à la composition correcte de l'autorité, car la loi n'exige pas que tous les juges qui siègent lors de la décision aient participé à l'administration des preuves[27].

Enfin, le Tribunal fédéral a jugé que la libre composition des Cours ou de l'attribution des dossiers ne pose pas de problème au regard de l'article 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[28]. Il n'existe ainsi aucune obligation de passer par des attributions informatiques aléatoires dans l'attribution des dossiers.

22 ATF 129 V 196, c. 4.1.

23 Arrêt TF 9C_106/2018 du 17 décembre 2018 ; RDAF 2018 I 613, 616 (TF, 5.04.2018).

24 Arrêt TF 1C_235/2008 du 13 mai 2009.

25 Arrêt TF 9C_754/2009 du 12 mai 2010, c. 1.3.

26 Arrêt TF 9C_106/2018 du 17 décembre 2018 ; RDAF 2018 I 613, 616 (TF, 5.04.2018).

27 Arrêt TF 1A.264/2006 du 30 mai 2007, c. 4.

28 ATF 144 I 37 ; ATF 144 I 70 ; ZBl 2018 343 (TF, 20.03.2018).

Cette approche très souple des règles sur l'attribution est toutefois critiquée[29], notamment en raison de la possibilité d'intervention sur les résultats des litiges en fonction de la composition des cours[30].

III. L'impartialité et la récusation

Si l'examen du droit à la composition correcte de l'autorité se fonde exclusivement sur le critère objectif des règles prévues par la loi, le droit à l'impartialité – et son corollaire le droit de demander la récusation – fait place à des dimensions plus subjectives, où le contentieux est souvent beaucoup plus fourni.

A noter que la récusation ne touche en principe que les personnes physiques individuelles composant les autorités, et non l'autorité en tant que telle[31]. Il s'agit de ne pas vider la procédure et la réglementation de l'administration de son sens. Il n'est dès lors pas possible que la récusation vise à relever une autorité entière des tâches qui lui sont attribuées par la loi[32]. Une demande de récusation dirigée contre une autorité dans son ensemble peut cependant être examinée comme si elle était dirigée contre chacun des membres de l'autorité pris individuellement[33].

A. Les autorités administratives

1. Généralités

Pour les autorités non judiciaires, le droit à l'impartialité tiré des articles 30, alinéa 1, Cst. et 6, paragraphe 1, CEDH ne sont pas applicables. En revanche, on déduit la garantie d'un traitement équitable et l'exigence d'impartialité de l'article 29, alinéa 1, Cst., qui dispose que

---

29 Benjamin Rotschild, « L'attribution des affaires manque de transparence », *Plaidoyer* 2022/2 18.

30 Gabriel Gertsch, « Richterliche Unabhängigkeit und Konsistenz am Bundesverwaltungsgericht : ein quantitative Studie », *ZBl* 2021 34. Pour une vision de droit comparé, cf. Jaya Ramji-Nogales/Andrew I Schoenholtz/Philippe G. Schrag, « Refugee roulette : disparities in asylum adjudication », 60 *Stan. L. Rev.* 295 2007/2008.

31 ATF 97 I 860, c. 4.

32 ATF 122 II 471, c. 3.b. Cf. toutefois pour un cas exceptionnel ATAF 2008/13, c. 10.

33 Arrêt TF 2C_110/2019 du 9 décembre 2019, c. 5.3 ; Arrêt TF 2C_1124/2015 du 31 mars 2017, c. 4.2 ; Arrêt TF 9C_4993/2013 du 20 février 2014, c. 5.4.

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 cependant 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 [34]. 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 [35].

L'article 29, alinéa 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 [36]. 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 [37].

La jurisprudence relève toutefois que 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 [38].

En raison de ces règles très souples, la jurisprudence relative aux membres de l'administration est rare. Ainsi, le simple fait qu'un dénonciateur connaisse des membres d'une autorité de surveillance n'est pas un motif de récusation [39]. Même le choix d'un enquêteur administratif – qui devrait montrer une certaine indépendance – au sein de la même adminis-

34 ATF 140 I 326, c. 5.2.

35 ATF 140 I 326, c. 5.2.

36 ATF 125 I 119, c. 3f.

37 ATF 147 I 173, c. 5.1.

38 ATF 137 II 431, c. 5.2.

39 Arrêt TF 2C_794/2011 du 22 décembre 2011.

tration n'a pas été considéré comme problématique sous l'angle de l'article 29, alinéa 1, Cst., même si un enquêteur extérieur serait « préférable » selon le Tribunal fédéral[40].

Les membres de l'administration bénéficient même d'une grande liberté de ton dans leurs échanges avec les administrés. Selon la jurisprudence, les acteurs administratifs bénéficient ainsi d'une liberté de propos importante à l'égard des parties et sont notamment en droit, souvent dans l'intérêt et avec l'accord de ces dernières, de donner leur opinion sur la procédure en cours et son issue probable ; des maladresses et des propos déplacés sont également tolérés suivant les circonstances, s'ils ne dénotent aucun « parti pris », si ce n'est en faveur de l'intérêt général.

Seules sont considérées comme suspectes les déclarations faites au sujet de la cause ou de l'une des parties qui permettent objectivement de déduire que le fonctionnaire compétent s'est déjà forgé, sur la base d'éléments étrangers à la simple appréciation objective des pièces du dossier – voire avant même que celui-ci soit complet – une opinion définitive sur l'issue de la procédure[41].

2. *La particularité de l'intervention en qualité d'employeur*

La gestion des employés publics par l'administration peut entraîner des interventions ou des propos engagés de la hiérarchie, en particulier dans une procédure de fin des rapports de service. Se pose ainsi la question de l'éventuelle récusation de la hiérarchie, qui va nécessairement démontrer un certain « parti pris » en envisageant un licenciement.

A cet égard, il est admis par la jurisprudence que, dès le moment où l'autorité administrative, en sa qualité d'employeur, est amenée à informer son employé de l'éventualité de la prise de mesures à son encontre, celle-ci ne revêt plus une position complétement neutre et impartiale, contrairement à une instance judiciaire de recours susceptible d'être par la suite appelée à se prononcer sur la question. D'une part, l'autorité administrative doit garantir à l'agent concerné un traitement égal sur le plan formel, et, d'autre part, elle doit veiller au bon fonctionnement de l'administration publique en sa qualité d'employeur, ce qui la met sou-

40 Arrêt TF 8D_1/2021 du 4 novembre 2021.

41 Arrêt TAF B-1596/2020 du 1er octobre 2020, c. 4.1 ; Arrêt TAF B-7795/2015 du 14 juillet 2016, c. 8.1 ; Arrêt TAF B-2371/2014 du 7 janvier 2015, c. 3.1.

vent dans la situation où elle doit sauvegarder des intérêts opposés. Il est en effet inévitable que, lorsqu'elle communique à l'agent les motifs qui pourraient justifier son licenciement, et lui donne la possibilité de s'exprimer sur ceux-ci, l'autorité d'engagement s'est déjà fait une idée, du moins en grande partie, de la solution qu'elle entend adopter. La jurisprudence ne voit pas en ces circonstances un motif objectif de partialité. D'ailleurs, le Tribunal administratif fédéral, qui a eu l'occasion de se pencher sur des cas présentant une opposition d'intérêts analogue, a toujours refusé d'admettre que cela puisse constituer un motif de récusation de l'autorité administrative. Il en va, toutefois, autrement des situations dans lesquelles il existe des éléments objectifs permettant de retenir que l'autorité ou la personne appelée à décider ou à instruire la procédure a un intérêt personnel à l'issue du litige ou s'est laissée guider par des considérations qui sont dénuées de tout lien avec la problématique posée[42].

B. L'autorité exécutive

Si les motifs de récusation sont rares pour les membres de l'administration, ils le sont encore plus pour les membres de l'autorité exécutive. La jurisprudence considère en effet 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[43]. 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[44].

Dans ses deux derniers arrêts rendus sur une autorité exécutive, le Tribunal fédéral a rejeté les requêtes de récusation d'une autorité exécutive :

42 Arrêt TAF A-4054/2015 du 15 février 2016, c. 5.

43 ATF 125 I 119, c. 3e.

44 ATF 140 I 326, c. 5.2.

– 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[45] ;
– Le fait qu'il existe entre un avocat et un Conseiller d'Etat « un passé houleux » n'est pas un motif de récusation de ce dernier[46].

C. L'autorité judiciaire

Selon la formule établie par la jurisprudence, la garantie d'un tribunal indépendant et impartial instituée par les articles 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 partiale 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[47]. L'impartialité subjective d'un magistrat se présume en outre jusqu'à preuve du contraire[48].

1. Généralités

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[49]. L'annulation d'une décision antérieure n'est ainsi pas un motif de récusation[50].

Toutefois, en cas d'annulation d'une décision s'il y a une modification de la composition entre le premier arrêt (annulé) et le second arrêt, les par-

45 Arrêt TF 1C_375/2021 du 17 mars 2022.
46 SJ 2020 I 37, 48, c. 6 (TF, 18.07.2019).
47 ATF 144 I 159, c. 4.3 ; ATF 143 IV 69, c. 3.2.
48 ATF 136 III 605, c. 3.2.1.
49 ATF 143 IV 69, c. 3.2 ; ATF 141 IV 178, c. 3.2.3.
50 SJ 2021 335, 336 (TF, 20.04.2021).

ties doivent être informées de cette modification, avec indication des motifs qui la justifient[51].

Le droit à l'impartialité doit garantir l'indépendance de la justice. Ainsi, en cas d'intervention d'un chef de service de l'administration fiscale dans la prise d'une décision, celle-ci ne peut pas être examinée par un juge, qui est également l'époux du dit chef de service[52]. Par ailleurs, un juge, par ailleurs membre de l'exécutif d'une commune, ne peut pas statuer sur une question de péréquation financière intercommunale, susceptible de concerner *in fine,* même indirectement, la commune où il siège[53]. En revanche, le simple fait que le mari et le beau-frère d'une juge aient un lien avec une partie à la procédure n'est pas un motif de récusation, car le lien est trop indirect[54].

2. *L'appartenance politique*

L'appartenance d'un juge à un parti politique, fréquente en Suisse en raison du système électoral applicable aux juges, 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[55], même si le juge est membre d'un parti politique soutenant des thèses défavorables à une partie[56]. Toutefois, lorsqu'un juge assume des responsabilités particulières dans un parti politique, il doit être récusé lorsque l'affaire a des impacts politiques[57].

3. *L'amitié*

Selon la jurisprudence, une relation d'amitié 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

51 SJ 2018 I 283 (TF, 22.06.2017).

52 ATF 140 I 240.

53 ATF 147 I 173.

54 ATF 140 III 221.

55 DCEDH *l'Ocelot SA c. Suisse* du 21 mai 1997, requête 20873/92 ; ATF 138 I 1.

56 SJ 2013 I 438 (TF, 25.09.2012).

57 RDAF 2019 I 91 (TF, 29.10.2018).

objectivement qu'il influence le juge dans la conduite de la procédure et dans sa décision[58].

N'ont ainsi pas été retenus comme motif de récusation :

– Une « amitié » sur Facebook[59] ;
– La simple existence de liens entre l'avocat et un juge (trésorier d'un club de football, connaissances sociales)[60] ;
– La qualité de membre du juge d'une partie du « Lions Club »[61] ;
– La participation en commun par un juge et un avocat d'une partie à des activités sportives[62] ;
– Des réunions régulières entre un juge et un avocat pour pratiquer du sport et dîner ensuite, en discutant parfois de questions juridiques[63].

En revanche, lorsqu'un juge et un avocat ont partagé un bureau en commun, tout en partant en vacances ensemble, il existe un lien d'amitié tel qu'il justifie la récusation du juge[64].

La jurisprudence est ainsi très souple en la matière et les interactions sociales entre les avocats et les juges, courantes dans un pays aussi petit que la Suisse fonctionnant dans un « microcosme » cantonal, sont ainsi largement tolérées.

4. L'inimitié

Depuis quelques années, le Tribunal fédéral a également été appelé à rendre des arrêts sur l'existence d'un rapport d'inimitié entre un juge et un avocat.

Ainsi, un grave conflit personnel ou une forte inimitié entre un magistrat et un avocat constituent tant un motif de récusation du magistrat qu'un

58 ATF 138 I 1, c. 2.4.

59 ATF 144 I 159.

60 Arrêt TF 2C_1058/2017 du 5 février 2017.

61 Arrêt TF 4A_182/2013 du 17 juillet 2013.

62 Arrêt TF 1B_784/2012 du 6 mars 2013.

63 Arrêt TF 5A_253/2010 du 10 mai 2010.

64 ZBl 2020 573 (TF, 8.10.2019) ; ZBl 2016 153, c. 4 (TF, 17.08.2015) et in *Plaidoyer* 2015/5 56.

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[65].

Cette jurisprudence est applicable à un grave conflit préexistant à la procédure. Si celui-ci intervient en cours de procédure, ce sont alors les règles générales sur la récusation qui vont s'appliquer[66].

5. *L'avocat juge suppléant*

En Suisse, il arrive fréquemment que les avocats œuvrent également comme juge suppléant.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, 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[67], même si 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. »*[68]

En revanche, il y a un motif de récusation lorsque l'avocat/juge-suppléant représente ou a représenté une des parties à la procédure dans laquelle il siège[69], lorsqu'il représente ou a représenté une partie adverse de la partie qui plaide devant lui[70] ou encore lorsqu'il doit statuer sur une même question juridique qu'il plaide par ailleurs comme avocat[71].

Suite aux critiques élevées contre ce système[72], le Tribunal cantonal argovien, dans un arrêt isolé, a jugé que si un avocat, par ailleurs juge

---

65 Arrêt TF 1B_191/2020 du 26 août 2020, c. 4,3 ; Arrêt TF 5A_124/2022 du 26 avril 2022, c. 4.1.2.

66 Cf. sur la question, Tano Barth/Fabio Burgener, « Tensions entre avocats et magistrats : récusation du magistrat ou incapacité de postuler de l'avocat ? » *Revue de l'avocat,* 2020 p. 487.

67 ATF 139 III 433 ; ATF 139 I 121 ; ATF 138 I 406.

68 ATF 139 I 121, c. 5.4.2.

69 ATF 116 Ia 485.

70 ATF 139 III 433 ; ATF 139 I 121 ; ATF 138 I 406 ; ATF 135 I 14.

71 ATF 124 I 121.

72 Cf. Regina Kiener/Gabriela Medici, « Anwälte und andere Richter », in *Justice-Justiz-Giustizia* 2011/2 ; Pascal Schmid, « Ersattzricher künftig als Anwälter vor Verwaltungsgericht ausgeschlossen », in *Justice-Justiz-Giustizia* 2013/3 ; Sté-

suppléant, plaidait devait une Cour composée de juges suppléants, tous ces derniers devaient être récusés[73].

6. *Le greffier juge suppléant*

En revanche, le Tribunal fédéral a mis fin à un système, connu principalement dans certains cantons alémaniques où un greffier pouvait fonctionner comme juge suppléant dans la Cour où il travaillait. Il a jugé qu'un tel système ne garantissait pas l'indépendance (art. 30 Cst. et 6 CEDH) du juge suppléant au vu de son rapport particulier avec les autres juges[74]. Un greffier ne peut ainsi pas (plus) fonctionner en qualité de juge suppléant dans le Tribunal où il travaille.

D. La procédure

Enfin, selon la jurisprudence, 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[75]. A cet égard, 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 en revanche, il ne l'est pas lorsqu'elle est formée trois mois, deux mois ou même vingt jours après que son auteur a pris connaissance du motif de récusation[76].

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[77], et le motif de récusation peut alors être invoqué pour la première fois dans le recours au Tribunal fédéral[78].

---

phane Grodecki, « L'activité de juge suppléant par un avocat : le Tribunal fédéral annoncerait-il le chant du cygne », in *Revue de l'avocat* 2017 p. 347.

73 ZBl 2019 508 (TC/AG, 28.02.2018). Le recours au Tribunal fédéral contre cet arrêt a été déclaré irrecevable : ZBl 2019 514 (TF, 9.07.2018).

74 Arrêt TF 1B_420/2022 du 9 septembre 2022, destiné à publication aux ATF.

75 ATF 140 I 271, c. 8.4.3.

76 Arrêt TF 1B_13/2021 du 1er juillet 2021, c. 2.

77 Arrêt TF 2C_1058/2017 du 5 février 2019, c. 5.3.

78 ATF 147 I 173.

IV. Conclusion

Force est de constater que la jurisprudence en matière de composition et d'impartialité est très casuistique. Il n'est guère possible d'en tirer une véritable synthèse. Les règles générales sont connues et n'évoluent guère. En revanche, les questions qui se posent sont toujours très particulières et trouvent des réponses « au cas par cas ». Le nombre d'arrêts sur récusation n'est donc sans doute pas prêt de diminuer à l'avenir.