



A _____

Conseil supérieur de la magistrature
Rue du Bourg-de-Four 1
1204 Genève

Partie appelante

Partie intimée

Arrêt du 1^{er} décembre 2009

M. Pierre-Yves Demeule, Président

M. Philippe Preti, Juge

Mme Alexandra Favre, Greffière

I EN FAIT

- A.** En automne 1997, la Suisse a été saisie d'une demande d'entraide judiciaire émanant de la République X_____ (ci-après le X_____) visant d'anciens dirigeants de ce pays (procédure CP/_____).
- B.** En novembre 1997, le Procureur général de la République et Canton de Genève a ouvert une procédure pour blanchiment d'argent en relation avec les éléments résultant de la demande d'entraide judiciaire (procédure P/_____).
- C.** Deux juges d'instructions se sont succédé avant que l'instruction des deux dossiers ne soit confiée, dès le début de l'année 1998, au juge d'instruction A_____.
- D.** Le 30 juillet 2003, le juge A_____ a prononcé trois ordonnances de condamnation à l'encontre des anciens dirigeants du X_____, C_____ et D_____ ainsi que de l'avocat F_____.
- E.** Après divers épisodes, la cause no P/_____ est retournée au Ministère public et, le 25 août 2008, le Procureur général de Genève a diffusé un communiqué de presse dont la teneur est la suivante :

« S'agissant de feu Madame C_____, la procédure pénale est éteinte du fait de son décès intervenu le 27 décembre 2007.

S'agissant des autres personnes mises en cause, le Procureur général a décidé de classer la procédure pénale ouverte en 1997, portant sur les reproches de blanchiment formulés à leur encontre, pour les motifs suivants :

1.- Alors qu'il avait saisi la justice genevoise en 1997 d'une demande d'entraide, le Procureur général de la République du X_____ a déclaré en 2008 abandonner toute poursuite à l'encontre des susnommés en raison du fait qu'aucun acte de corruption ne pouvait leur être reproché au X_____ et que la procédure avait été engagée à l'époque pour des motifs politiques. Il a précisé que la procédure d'attribution au X_____ des contrats de surveillance n'a pas été entachée d'irrégularités.

2.- L'instruction menée à Genève par plusieurs juges successifs et l'audition des témoins de toutes les parties n'ont pas permis d'infirmier le constat final opéré sur le dossier par le Procureur général du X_____.

Le Procureur général, E_____ a donc décidé de donner à ce dossier la seule suite envisageable, à savoir le classement.

Pour le surplus, un montant de CHF 3, 9 millions provenant de fonds saisis a été dévolu à l'Etat de Genève.

Le Procureur général, E_____ ».

- F.** Le juge A_____, qui entre-temps avait quitté l'instruction et avait été élu à la Cour de justice, interpellé par des journalistes, a réagi à ce communiqué, et sa réaction a été reprise par plusieurs médias :
- a) Tout d'abord un article paru dans le New-York Times et le Herald-Tribune du 28 août 2008 se référant à un entretien téléphonique avec le juge A_____ :

« La décision suisse (soit celle du classement) a choqué A_____, le juge qui a initialement mené l'enquête. Il (A_____) a déclaré qu'elle ne devait pas être interprétée comme un signe de l'innocence de Monsieur D_____ ».

« Il serait très difficile de dire que rien dans les dossiers ne montrerait de la corruption après ce que j'y ai vu (...). Après avoir entendu ce qu'a déclaré le Procureur général, j'ai le sentiment que nous parlons de deux dossiers différents ».

- b) Ensuite, une dépêche de l'agence AP et de Foxnews dont la phrase suivante a été tirée :

« Un juge suisse qui avait enquêté sur D_____, politicien en vue de X_____ et veuf de C_____, pour blanchiment d'argent, a indiqué jeudi qu'il était désappointé que le dossier soit classé ».

« A_____ ; le magistrat suisse qui a conduit l'enquête en 1998 contre D_____ et C_____, alors premier ministre du X_____, a déclaré que la procédure aurait dû être poursuivie, même si le X_____ n'était plus intéressé à poursuivre l'affaire (...). Dans une interview jeudi, A_____ a contesté les arguments de E_____ pour classer l'affaire. « La procédure pour blanchiment aurait dû être continuée » a déclaré A_____. « Poliment dit, il est difficile d'affirmer que rien dans le dossier ne relèverait de la corruption ».

- c) Puis a été diffusé sur DRS1 à 12h00 le 28 août 2008 et DRS3 à 18h00 le même jour le passage suivant :

« La communication du Procureur genevois a fâché le juge cantonal A_____. En tant que juge d'instruction à l'époque, il avait réuni pendant des années des preuves (...). Il connaît le dossier et serait parvenu à une autre conclusion. Il s'était appuyé sur d'autres documents des banques suisses ».

A cela s'ajoute une déclaration enregistrée :

« Et c'est sur la base de l'ensemble de ces documents-là de l'époque que j'étais arrivé à la conclusion qu'il y avait infraction à la loi suisse (...). Le Procureur général, d'aujourd'hui, Monsieur E_____, n'avait pas contesté mes ordonnances de condamnation. Il les trouvait bien fondées (...). Si quelques années plus tard, dans une configuration politique différente, une conclusion différente s'impose, c'est possible que pour des raisons politiques qu'alors une conclusion politique différente s'impose. Mais ce n'est certainement pas sur le contenu de ce qui s'est passé en Suisse que l'on peut arriver à une telle conclusion ».

- d) Enfin, une interview a été donnée à Newsweek le 20 août 2008 par le juge A_____, interview dont le passage suivant est tiré :

« Le juge A_____ a pu confirmer à Newsweek que le parquet était toujours en train d'enquêter sur les cas de blanchiment aggravé(...). A_____ a exposé que l'agence gouvernementale du X_____ anti-corruption avait publié sur son site internet ce qu'il (A_____) décrivait comme une traduction adéquate des ordonnances de condamnation qu'il avait émises contre C_____, D_____, et F_____ en 2003. Aux environs de l'époque où C_____ et D_____ étaient revenus d'exil l'année passée, les documents décrivant les charges pesant contre eux avaient disparu du site web du gouvernement a déclaré A_____. Mais le

document décrivant le dossier contre F _____, l'avocat du couple, comprenant les éléments-clés de l'enquête A _____ peut toujours être lu ici (renvoi vers un site internet). »

A _____ admet avoir eu ces entretiens. Il ne confirme toutefois pas la teneur de tous les propos rapportés.

- G.** Le Procureur général de Genève a saisi le Conseil supérieur de la magistrature (ci-après CSM) en dénonçant l'attitude du juge A _____ à cette occasion.
- H.** Le CSM, siégeant sans le Procureur général et l'un de ses membres « dont l'un des associés était constitué dans le dossier pénal » qui s'était récusé (cf. décision entreprise, lit. E, p. 5), a prononcé le 15 décembre 2008 un avertissement à l'encontre du juge A _____, estimant, en résumé, qu' « *en acceptant de répondre aux sollicitations de la presse, sans pouvoir se prévaloir d'un motif justificatif* », il avait « *violé son devoir de réserve, soumettant au public des divergences entre magistrats susceptibles de jeter le discrédit sur l'image de la magistrature et laissant entendre que la décision commentée était fondée sur des considérations exorbitant au domaine juridique* » (décision, p. 7, ch. 4.2).
- I.** Le 14 janvier 2009, A _____ a fait recours contre cette décision auprès de la Cour d'appel de la magistrature (ci-après CAM).
- Au nombre des griefs soulevés A _____ invoque la nullité formelle de la décision au motif que le Conseil supérieur de la magistrature aurait « siégé dans une composition ne respectant pas les exigences fixées par les art. 3 et 4 LSCM et 91 et 92 LOJ » (Appel, p. 31, ch. 10). Il invoque en outre une violation des art. 31 Cst et 6 CEDH.
- A l'appui de ce grief, A _____ fait état notamment d'une pratique de la Cour de justice selon laquelle un membre de cette juridiction ne siégerait pas dans les causes dans lesquelles interviendraient un conjoint, un parent ou un associé de ceux-ci (Appel, p. 29, ch. 4). Par ailleurs, il relève la participation à la décision entreprise, entre autres, de « la docteure G _____ (...) conjointe de Me H _____ associé de Me I _____, qui est intervenu comme conseil de la SGS dans la P/ _____ » (Appel, p. 31, ch. 9).
- J.** Dès que la CAM a été en mesure de se réunir, elle a convoqué le juge A _____ en comparution personnelle le 6 juillet 2009.
- Lors de cette audition, à laquelle assistaient les trois juges de la CAM en charge du dossier, le juge A _____ a réitéré les réserves qu'il avait émises déjà par écrit le 27 juin 2009 au sujet de la présence d'un des juges de la CAM, l'avocat J _____. Il estime que cette présence revient à préjuger sur un des arguments qu'il a soulevés dans son recours relativement à la composition du CSM, qui comprenait notamment un avocat faisant partie d'une étude qui a suivi de très près l'affaire dite du X _____, ajoutant que si l'on appliquait la pratique de la Cour de justice qui consiste à ce qu'un juge ne siége pas, notamment lorsqu'il a des liens de parenté ou autres avec un avocat de l'étude présente dans la procédure, il conviendrait que Me J _____ ne siége pas, puisqu'il est associé de Me I _____ qui a participé à la procédure pénale. Il a ajouté qu'en outre il avait été à une occasion menacé par Me I _____ dans une affaire pénale où ce dernier a dit au juge qu'il le retrouverait ; en outre, lors d'une élection judiciaire à laquelle participait le juge A _____, il se trouve que la commission judiciaire interpartis, dont faisaient partie Me J _____ et un autre avocat de la même étude, Me H _____, a soutenu un candidat contre le juge A _____, qui y a vu un signe en relation avec la menace de Me I _____.

En fin de compte, le juge A_____ demanda la récusation de Me J_____ en s'appuyant sur les mêmes dispositions légales (art. 3 et 4 LCSM, 92 LOJ, 31 Cst, 6 CEDH) que celles fondant son grief de nullité formelle dans son recours (cf ci-dessus sous lit. 1).

K. Interpellé, Me J_____ contesta que les conditions évoquées par l'art. 91, let. i LOJ, à savoir qu'il aurait « de toute autre manière témoigné haine ou faveur » à son égard, fussent réunies :

- s'exprimant sur la présence de Me I_____ dans la procédure, Me J_____ a déclaré « [j]e ne saurais même pas dire, sans le demander ou le vérifier dans les archives, pour qui mon associé, Me I_____, était constitué dans ces procédures, voire s'il était réellement constitué formellement » (Me J_____, Observations du 28 juillet 2009, ch. 5, p. 2). En tout état Me J_____ retient que « le fait que l'un de [s]es associés ait pu être constitué dans l'une ou l'autre des affaires sous-jacentes dites du « X_____ » n'est donc ni une cause déterminée ni une cause indéterminée de récusation » (op. cit., p. 3).
- s'agissant de l'affirmation selon laquelle Me I_____ aurait dit au juge A_____ que « on se retrouverait », elle peut avoir été perçue subjectivement comme une menace par le juge A_____ mais elle n'apparaît pas comme telle à un observateur objectif, les circonstances exactes dans lesquelles elle aurait été prononcée n'étant pas précisées et ne permettant pas d'en déterminer le sens exact. Par ailleurs, il n'apparaît pas qu'une procédure légale ou disciplinaire aurait été ouverte à l'encontre de Me I_____.
- En ce qui concerne l'élection du juge A_____ à la Cour de justice, il convient de relever que la commission interpartis, qui était présidée par Me J_____, n'a exprimé aucune opinion ni aucun préavis lors de l'élection en question. Me J_____ ajoute qu'il est nécessaire qu'un juge, une fois élu, puisse juger en toute indépendance et impartialité tous les justiciables qu'elle que soit leur affiliation politique, et il considère que le mandat qu'il a rempli lors de la commission interpartis en 2003 n'est pas une circonstance susceptible de mettre en doute objectivement son impartialité à l'égard du juge A_____.

L. Le Ministère public, dans ses observations du 4 août 2009,

- indique, s'agissant de « *la récusation des avocats et des associés constitués dans le dossier pénal principal en charge du magistrat dont la récusation est requise* », qu'elle ne serait pas réalisée en l'espèce, parce que « (...) vérification faite dans la base de donnée « DM pénal », ni J_____, ni son associé I_____ ou tout autre associé, n'ont été constitués dans les procédures P/_____ et CP/_____ » (Ministère public, observations du 4 août 2009, p. 2).
- estime que le fait d'affirmer, sans l'étayer de manière factuelle, que l'étude de Me I_____ a suivi de près l'affaire dite du X_____, ne suffit pas à fonder un motif suffisant de prévention de partialité à l'égard de Me J_____. Par ailleurs, à la lecture de la requête en récusation, il n'est ni démontré de manière suffisante, ni même rendu vraisemblable que Me J_____ ou son associé Me I_____ ait volontairement menacé le juge A_____.

M. Appelé à se prononcer suite aux remarques de Me J_____ et du Ministère public, le juge A_____ a précisé son argumentation.

Tout d'abord le juge A_____ a indiqué qu'il se rapportait à justice sur l'application de l'art. 91, let. i LOJ, tout en relevant qu'il avait clairement compris des propos de Me I_____ qu'il cherchait à l'intimider, et que cette menace s'était transformée en tentative de concrétisation lors des élections à la Cour de justice au printemps 2003, dans la mesure où deux des associés de l'étude de Me I_____ (Me J_____ et Me H_____) avaient œuvré activement au sein de la commission interpartis pour qu'il ne soit pas élu à la Cour de justice.

Ensuite le juge A_____ a ajouté qu'il concluait à la récusation de Me J_____ en tant qu'un associé d'un avocat qui était intervenu dans la procédure pénale sous-jacente à la procédure disciplinaire concernée, en se fondant soit sur les articles 92 et 94 LOJ, soit sur les articles 30 Cst et CEDH. Il a affirmé, en produisant une copie d'écran tirée de la base de données « DM Pénal », que Me I_____ était intervenu très activement dans la procédure P/_____. Pour le surplus, il invoque une règle « de récusation automatique » faisant « interdiction de siéger aux avocats ou leurs associés constitués dans les dossiers pénaux ou civils sous-jacents à la mesure disciplinaire », principes appliqués par le CSM en ce qui concerne un de ses membres.

Sur ce, la cause a été gardée à juger.

II. EN DROIT

1. La décision du CSM est datée du 15 décembre 2008, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur (le 1^{er} janvier 2009) de la loi du 18 septembre 2008 instaurant la CAM. Cependant, dans la mesure où c'est la loi sur la procédure administrative (LPA) qui s'applique, le délai de recours est de trente jours (art. 63, al. 1, let. a LPA) et arrive à échéance après l'entrée en vigueur de la loi instaurant la CAM. De fait, le recours a été déposé le 14 janvier 2009. Dans ces conditions, même si la CAM n'était pas encore constituée le 1^{er} janvier 2009, le justiciable ne devait pas en pâtir et pouvait la saisir. Cela est d'ailleurs confirmé par l'art. 162, al. 3 LOJ qui précise que les juridictions administratives visées par la modification du 18 septembre 2008 connaissent de tous les recours entrant dans leurs attributions déposés postérieurement à l'entrée en vigueur de la modification du 18 septembre 2008.

Le recours est donc recevable.

2. La demande de récusation, elle aussi, est recevable, ayant été proposée conformément à l'art. 96 LOJ.
3. L'indépendance et l'absence de prévention du juge garantissent qu'aucune circonstance étrangère au procès n'exercera une influence en faveur ou en défaveur d'une partie sur le jugement ; il faut empêcher qu'une personne fonctionne comme juge alors qu'elle est sujette à de telles influences et ne peut dès lors plus être un « véritable médiateur ». Il suffit que l'on soit en présence de circonstances qui, considérées objectivement, sont propres à fonder l'apparence d'une prévention. De pareilles circonstances peuvent résulter d'une attitude déterminée du juge en cause, de sa situation ou de données externes de nature fonctionnelle ou organisationnelle (ATF 124 I 121 cons. 3a =JdT 1999 I 159ss not. 161, ATF 128 V 82, not.84, ATF 131 I 24ss, ATF 133 I 1ss = JdT 2008 1 339ss). Seules les circonstances objectivement constatées doivent être prises en compte. Selon le Tribunal fédéral « *[]le plaideur est fondé à mettre en doute l'impartialité d'un juge lorsque celui-ci révèle par des déclarations avant ou pendant le procès, une opinion qu'il a déjà acquise sur l'issue à donner au litige. (...) il est inadmissible que le même juge cumule plusieurs fonctions et soit amené, aux stades successifs d'un procès, à se prononcer sur des questions de fait ou de droit étroitement liées. On peut craindre, en effet, que ce juge ne projette dans*

la procédure en cours les opinions qu'il a déjà émises à propos de l'affaire, à un stade antérieur, qu'il ne résolve les questions à trancher selon ces opinions, et surtout, qu'il ne discerne pas les questions que se poserait un juge non prévenu (arrêts cités) (128 V 85). Et le Tribunal fédéral de préciser que « la jurisprudence considère (...) que certains liens, peuvent constituer un motif de récusation. Il en va ainsi, par exemple, d'un juge suppléant appelé à statuer dans une affaire soulevant les mêmes questions juridiques qu'une autre cause pendante qu'il plaide comme avocat » (ATF 128 V 82, 85). La crainte exprimée peut être comprise comme celle que le juge saisi ne projette dans la procédure des idées exprimées antérieurement ou une opinion influencées par sa propre situation, et puisse ainsi juger le plaideur différemment qu'un autre, non prévenu, (en d'autres termes, qu'il soit « plausible que le [juge] puisse avoir, de par une confusion d'intérêts, une idée préconçue - il n'est pas nécessaire de prouver qu'il en a effectivement une (...), des opinions précédemment exprimées peuvent suffire (...) » (Pierre Moor, Droit administratif, ad ch. 2.2.5.2 lit. b, p. 240 et ad ch. 5.3.4.3 lit. b, p. 552), les impressions purement individuelles n'étant pas décisives (ATF 134 I 20ss).

4. Il convient d'examiner les arguments soulevés par le recourant à la lumière de ces principes, en relevant que, s'agissant de la présence de l'avocat I _____, associé de Me J _____, dans les procédures instruites par le juge A _____, il résulte d'une pièce déposée par ce dernier que Me I _____ a participé en tout cas à la procédure P/ _____ (cf. annexe 3 - réponse du juge A _____ sur récusation).

4.1 Pour ce qui est de l'application de l'article 91, lit. i LOJ, soit le fait de témoigner haine ou faveur pour l'une des parties, le recourant s'en rapporte à justice tout en soulignant des circonstances qui pourraient faire douter de l'impartialité de Me J _____.

4.1.1 Le recourant soutient qu'un associé de Me J _____, Me I _____, qui a participé à la procédure P/ _____, l'aurait menacé lors d'une affaire pénale en disant au magistrat que « l'on se retrouverait ».

Il importe tout d'abord de relever que le recourant ne se souvient ni de la procédure lors de laquelle cet incident se serait produit, ni de l'époque des faits, ce qui ne contribue guère à éclairer le sens de cette phrase, qui est suffisamment vague pour qu'elle puisse être interprétée de diverses manières, sans qu'on y voie une menace précise.

Ensuite, il est constant que le recourant ne s'est pas plaint de l'attitude de Me I _____ auprès des instances compétentes, ce qui tend à prouver qu'il ne l'a pas sentie à ce point menaçante qu'elle justifiait, exceptionnellement, une dénonciation, contrairement à la règle qu'il s'est imposée de ne pas y recourir.

Enfin, et surtout, le fait de Me I _____, associé de Me J _____ aurait tenu des propos intimidants vis-à-vis du recourant, ne démontre en aucune façon que Me J _____ aurait témoigné une animosité vis-à-vis dudit recourant, au point de faire douter de son impartialité.

4.1.2 Le recourant relève le rôle de Me J _____ lors d'élections judiciaires partielles au printemps 2003, et plus particulièrement à l'occasion de son élection à la Cour de justice, étant précisé qu'à l'époque Me J _____ présidait la commission judiciaire interpartis qui sélectionne les candidats, et qu'il a en fin de compte soutenu le candidat de son propre parti à l'encontre du recourant, ce qu'on ne saurait lui reprocher. Le recourant fait état de démarches - pour ne pas dire de marchandages - politiques, qui précèdent souvent une élection judiciaire dans le canton de Genève, mais on ne saurait y voir un témoignage de haine de la part de Me J _____, ce d'autant moins que, dans le cas d'espèce, la commission interpartis n'a exprimé aucun préavis avant l'élection devant le Grand Conseil.

4.2 En fin de compte, le recourant invoque l'application des autres causes « assez graves pour motiver la récusation » (art. 92 LOJ), et la règle selon laquelle un juge qui a connaissance d'une cause de récusation en sa personne est tenu de la déclarer (art. 94 LOJ).

La question posée est la suivante :

Si l'on sait - que Me J_____, avocat, est un associé de Me I_____ qui a participé à une procédure - pénale - instruite par le recourant,

- que Me J_____ siège comme juge dans une autre procédure - disciplinaire - diligentée contre le recourant pour s'être exprimé au sujet d'une décision prise par un autre magistrat dans le cadre de la procédure pénale susmentionnée,

- que Me J_____ peut être appelé à examiner dans le cadre du recours notamment un motif de nullité formelle qui repose sur le lien existant entre le juge et un avocat qui a participé à la procédure et les conséquences juridiques résultant de ce lien au regard d'une éventuelle pratique et de diverses dispositions légales, questions et dispositions légales qui sont précisément celles qui fondent la requête le concernant,

Est-ce que Me J_____ est dans une situation telle que sa situation personnelle puisse exercer une influence injustifiée de sorte qu'il soit plausible que l'on puisse douter de son impartialité, de son indépendance et de son absence d'idée préconçue à l'égard du recourant ou au sujet des questions qui fondent le recours dans la procédure disciplinaire ?

L'absence d'indépendance et d'impartialité de Me J_____ à l'encontre du recourant - invoquée par ce dernier comme découlant d'une règle non écrite appliquée automatiquement dans différentes juridictions à Genève - proviendrait donc, selon le recourant, du fait que Me J_____ a des liens professionnels étroits avec un avocat qui a participé à une procédure qui est la base indirecte de la décision du CSM dont il est fait recours auprès d'une autorité dont Me J_____ est membre.

Il importe tout d'abord de relever qu'il peut certes arriver que, pour des questions d'opportunité - et sans nécessairement qu'une cause de récusation soit réalisée - un juge se désiste dans une affaire déterminée, mais, présentement, il ne convient pas de savoir s'il serait opportun qu'un juge se récuse, mais bien si les conditions d'une récusation sont réunies.

Il faut donc en revenir aux principes de base rappelés plus haut, c'est-à-dire de savoir si l'on peut retenir une apparence de prévention fondée sur des circonstances objectivement constatées et non pas sur des impressions individuelles. Il convient alors de se demander si la situation personnelle de Me J_____ , à savoir les liens qu'il entretient avec son associé Me I_____ (dont le recourant estime qu'ils devraient fonder sa récusation), et la prise de position de Me J_____ à ce sujet dans le cadre de la présente demande de récusation, sont de nature à influencer la décision qu'il pourrait être appelé à prendre en tant que juge en raison d'un lien entre un membre du CSM avec ce même associé (Me I_____), les problèmes posés étant analogues, ou bien si le recourant a la garantie que la situation personnelle et la prise de position antérieure seront sans influence sur la décision à prendre.

En l'occurrence, force est d'admettre que la prise de position de Me J_____ concernant sa propre récusation est, du point de vue objectif, de nature à laisser subsister une apparence de prévention, de manque d'impartialité ou d'indépendance concernant les décisions à prendre en relation avec d'éventuelles récusations relatives à

la composition du CSM, car il se trouve dans une situation comparable à celle qu'il peut être amené à juger. Il s'ensuit que les conditions objectives d'une apparence de partialité, au sens de la loi, étant réunies, la demande de récusation sera admise, par application de l'art. 92 LOJ.

La Cour d'appel de la magistrature

A la forme

Reçoit le recours interjeté par A_____ contre la décision du Conseil supérieur de la magistrature du 15 décembre 2008.

Reçoit la requête en récusation de A_____ à l'encontre du juge J_____.

Au fond

Admet la requête en récusation.

Cela fait

Ajourne la cause à une audience ultérieure pour connaître du fond du recours.

Informe les parties qu'elles peuvent recourir auprès du Tribunal fédéral conformément à l'art. 92 LTF.

Alexandra FAVRE
Greffière

Pierre-Yves DEMEULE
Président