

Etude de M^e Jean-Bernard WAEBER
Avocats au Barreau de Genève

1, rue d'Aoste - Case postale 3647 - 1211 Genève 3 - Tél. (41 22) 312 35 55 - Fax (41 22) 312 35 58

Jean-Bernard WAEBER
Avocat

Christian BRUCHEZ
Avocat

Ingrid UNTERLERCHNER
Avocate-stagiaire

**COMMUNAUTE GENEVOISE D'ACTION
SYNDICALE**
Rue des Terreaux-du-Temple 6
1201 GENEVE

Genève, le 13 août 2001

AVIS DE DROIT

sur

les règles concernant la composition et la
récusation dans les commissions officielles

Sommaire

I.	Règles relatives à la compétence et à la composition des autorités.....	3
II.	Indépendance et impartialité de l'autorité.....	5
	A. Composition paritaire des autorités.....	6
	B. Récusation.....	7
	a) Généralités.....	7
	b) Intérêt personnel dans l'affaire ou lien avec une partie.....	8
	c) Prévention de l'autorité.....	10
	d) Législation genevoise.....	11
	e) Application des principes relatifs à la récusation dans le cas de la CRP.....	13
III.	Conclusions.....	15

Mesdames, Messieurs,

Lors de la séance de la commission de réinsertion professionnelle qui devait donner son préavis sur l'attribution des programmes d'emploi temporaires pour les chômeurs, il a été demandé à Monsieur Alfiero NICOLINI de se récuser, motif pris que l'ASPE, dont la CGAS est membre, avait présenté des offres. Cette demande a suscité des questions de votre part sur le fonctionnement des commissions tripartites à l'avenir.

Nous vous communiquons, par la présente, notre avis de droit, relatif aux règles concernant la composition et la récusation dans les commissions officielles.

I. REGLES RELATIVES A LA COMPETENCE ET A LA COMPOSITION DES AUTORITES

1. La loi régit la compétence et la composition des autorités, appelées à statuer d'office, sur requête d'administrés ou encore sur recours. Les administrés sont en droit d'attendre que leurs requêtes soient examinées par les autorités compétentes et l'autorité saisie doit examiner d'office sa compétence (à Genève, art. 11 LPA, E 5 10). Lorsqu'une autorité incompétente a statué sur le fond de l'affaire, sa décision n'est en principe pas nulle, mais seulement annulable sur recours. La nullité n'est admise que lorsqu'aucune voie de recours n'existe contre la décision de la première autorité (Benoît BOVAY, *Procédure administrative*, Berne, 2000, p. 92 et 128).
2. Le Tribunal fédéral a déduit la garantie d'une composition régulière de l'autorité administrative de l'article 4 aCst féd (pour les tribunaux : art. 58 aCst féd.). Cette garantie découle maintenant de l'article 29 Cst féd. qui prévoit que toute personne a droit, dans une procédure administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement. Dans le cas d'autorités collégiales, les administrés ont droit à ce que celles-ci siègent dans la composition prévue par la loi qui les institue ou au moins avec l'effectif minimum, si la possibilité en a été créée par la loi (Pierre MOOR, *Droit administratif*, T. II, Berne, 1991, N. 2.2.5.3, p.

159). L'article 17 du règlement pour le Conseil d'Etat (B 1 15.03) prévoit, par exemple, que le Conseil d'Etat ne peut délibérer valablement que lorsque trois membres au moins, et le président ou son remplaçant sont présents à la séance, soit un quorum de quatre membres (voir cas d'application ATF 108 la 188). Une décision ou un jugement rendu par une autorité dont la composition est irrégulière ou incomplète doit être annulé, sur recours, pour violation du droit des parties à la composition correcte de l'autorité (BOVAY, op. cit., p. 128). Le Tribunal fédéral des assurances a ainsi annulé une décision de la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-chômage du canton de Thurgovie car le secrétaire de la commission n'avait pas participé aux délibérations de la décision, alors que la procédure administrative thurgovienne imposait sa présence avec voix consultative (ATF 125 V 499). Si aucune voie de recours n'est prévue par la législation, la nullité de la décision doit, à notre sens, être retenue, comme cela est le cas en cas d'incompétence de l'autorité.

3. La loi prévoit fréquemment une procédure de préavis : la loi oblige l'autorité à solliciter le préavis d'autres services avant de prendre une décision. L'absence ou le non respect de cette procédure de préavis invalide la décision. Le préavis lui-même n'ayant en principe pas de conséquence juridique directe sur la situation des tiers, il ne constitue donc pas en soi une décision ; sauf disposition contraire de la loi, il n'est dès lors pas susceptible en tant que tel de recours, mais son contenu peut être contesté dans un recours dirigé contre la décision rendue par l'autorité administrative à l'issue de la procédure de préavis (MOOR, op. cit., N.2.2.5.4, p. 161). A notre sens, la décision finale peut également être attaquée si la composition de l'autorité de préavis est incorrecte ou incomplète.
4. Dans le cas qui nous occupe, l'article 16 al. 1 lit. d de la loi sur le service de l'emploi et l'article 24 du règlement d'application prévoient que le Conseil d'Etat nomme une commission de réinsertion professionnelle (ci-après CRP). Cette commission est soumise à la loi concernant les membres des commissions officielles (A 2 20). Elle est chargée de donner des préavis dans le cadre des mesures qui concourent à la réinsertion des demandeurs d'emploi par des programmes de formation, de perfectionnement, de recyclage et d'emploi temporaire. Elle se prononce en particulier sur les cours offerts aux demandeurs d'emploi en fonction de l'évolution du marché de l'emploi et sur les programmes collectifs d'emploi temporaire (art. 24 al. 2 et 3

du règlement). Cette commission comprend un représentant du département de l'économie, deux représentants de l'office cantonal de l'emploi, un représentant du service d'orientation et quatre représentants des milieux professionnels et économiques (2 employeurs et 2 travailleurs), nommés sur proposition des associations d'employeurs et de travailleurs représentatives au sens de l'article 12 al. 2 lit. e de la loi. La loi sur le service de l'emploi ou son règlement d'application ne prévoient pas la possibilité pour la CRP de statuer dans une composition réduite ; la loi sur les commissions officielles et la loi sur la procédure administrative ne prévoient pas non plus cette possibilité.

5. En vertu du droit à la composition régulière de l'autorité, les associations qui ont présenté des offres pour des programmes d'emploi temporaire pouvaient exiger que la CRP, qui devait donner son préavis, soit composée selon les exigences légales. Or, il ressort des faits que vous nous avez communiqués que la CRP a rendu ses préavis dans une composition qui n'était pas conforme à la loi, puisque les deux représentants des travailleurs n'étaient pas présents (l'un pour cause d'absence, l'autre pour cause de récusation). La décision de l'OCE, fondée sur le préavis de la CRP, était dès lors soit annulable sur recours, soit nulle, en cas d'absence de voie de recours.

II. INDEPENDANCE ET IMPARTIALITE DE L'AUTORITE

6. Les administrés et les justiciables doivent pouvoir compter sur des autorités administratives et judiciaires impartiales et indépendantes. La garantie d'indépendance et d'impartialité trouve son fondement dans la Constitution fédérale : l'article 29 Cst féd (qui reprend les garanties procédurales déduites par le Tribunal fédéral de l'ancien article 4 Cst féd.), 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 ; l'article 30 Cst féd., qui ne s'applique qu'aux procédures judiciaires (et qui reprend l'ancien article 58 Cst féd.) prévoit que toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial. Ces exigences s'appliquent également aux greffiers (ATF 124 I 225), aux experts

(ATF 120 V 357 ; 122 II 541) et aux autorités qui sont appelées à préparer une décision administrative ou à donner un préavis (ATF 97 I 91 ; JAAC 2000 no 2, consid. 6.3). Ces dispositions constitutionnelles imposent des garanties minimales auxquelles les cantons ne peuvent pas déroger même dans leur domaine de compétence exclusive ; les cantons peuvent en revanche prévoir, dans leur constitution ou dans leur législation, une réglementation plus détaillée qui étend les garanties de la Constitution fédérale en faveur des administrés et des justiciables (BOVAY, op. cit- p. 102 et ss). La portée de ces règles concerne principalement la question de la récusation.

Il y a lieu maintenant d'examiner la portée des règles constitutionnelles et légales précitées sur la composition paritaire des autorités (A) et sur les règles de récusation (B).

A. COMPOSITION PARITAIRE DES AUTORITES

7. La législation prévoit fréquemment la représentation paritaire d'autorités administratives ou judiciaires. A Genève, une telle représentation existe dans de nombreux domaines : tribunaux des baux et loyers (locataires et propriétaires), tribunaux des prud'hommes (travailleurs et employeurs), octroi de permis de travail (commission tripartites),.... Etant donné que les représentants des différents milieux concernés défendent des intérêts de groupes déterminés de la population, il y a lieu d'examiner la compatibilité d'un tel système avec les exigences constitutionnelles.
8. Dans leur jurisprudence, le Tribunal fédéral et la Cour européenne des droits de l'homme ont toujours admis que la composition paritaire d'un Tribunal ne violait pas les règles de la Constitution fédérale et de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans un arrêt très récent, relatif à la Juridiction vaudoise des baux et loyers, le Tribunal fédéral a indiqué que la composition paritaire (in casu un président professionnel et deux assesseurs dont l'un représente les milieux de propriétaires et l'autre les organisations de locataires) avait l'avantage d'associer à la délibération des personnes qui se sont spécialisées dans le domaine juridique en cause et qui ont une connaissance directe des problèmes pratiques et des préoccupations propres à chacun des milieux en litige. Il a relevé qu'on pouvait certes redouter que le juge issu d'un groupement d'intérêts ne fasse pas preuve de l'impartialité

qu'exige sa fonction judiciaire, mais que c'était le tribunal dans son ensemble qui devait présenter la garantie requise d'impartialité et non chacun de ses membres pris individuellement. Pour que le Tribunal respecte cette garantie d'impartialité, il faut toutefois que sa composition, dans son ensemble, soit équilibrée (ATF 126 I 235). En revanche, dans le cas très particulier où les associations de propriétaires et celles de locataires avaient un intérêt commun qui s'opposait à celui du justiciable, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas admis un tribunal des locations paritaire (arrêt Langborger du 22 juin 1989, Série A, vol. 155 par. 35).

9. En conséquence, la composition paritaire d'une autorité judiciaire ou administrative, considérée sous un angle objectif et organique, est conforme à la Constitution fédérale dans la mesure où elle est équilibrée. Comme une telle composition est admissible, il faut en accepter les conséquences, à savoir, notamment, le droit des représentants des milieux professionnels de défendre en leur sein les intérêts généraux de leurs membres. Il n'existe dès lors aucun obstacle juridique de principe au tripartisme.

10. Dans le cas qui nous occupe, la composition de la CRP prévue par la loi est équilibrée. En revanche, si la récusation d'un des représentants des travailleurs au sein de la CRP est demandée ou si un représentant des travailleurs est absent sans être remplacé, la composition de la CRP devient déséquilibrée et l'autorité ne remplit plus les exigences d'indépendance et d'impartialité requises par la constitution ; la décision rendue par l'OCE à l'issue de la procédure de préavis est dès lors annulable sur recours ou nulle (en cas d'absence de voie de recours) pour ce motif également.

B. RECUSATION

a) Généralités

11. Pour que les administrés aient confiance dans les décisions des autorités, celles-ci doivent être impartiales. Il ne faut dès lors pas que les décisions qu'elles préavisent ou qu'elles rendent puissent paraître avoir été influencées par des éléments personnels tenant à leur auteur. Aussi, la loi et la jurisprudence ont-elles posé des règles qui limitent l'intervention de l'autorité

dès le moment où celle-ci ou, dans le cas d'une autorité collégiale, un de ses membres peut être suspecté de dépendance ou de prévention à l'égard d'une partie.

12. Pour les autorités administratives non judiciaires, les règles relatives à la récusation découlent de l'article 29 Cst féd. (auparavant de l'article 4 aCst féd.). Ces dispositions constituent une garantie minimale que les cantons sont tenus de respecter ; ils peuvent évidemment être plus stricts dans leurs lois de procédure en étendant les causes de récusation.
13. Il existe deux modes de récusation : on parle de récusation obligatoire lorsque la loi impose à l'autorité de se récuser si une des conditions prévues par la loi ou la jurisprudence est remplie ; on parle de récusation facultative lorsque la loi permet au juge de se récuser ou donne la possibilité aux parties de demander la récusation lorsqu'une condition prévue par la loi ou la jurisprudence est remplie.
14. Il existe deux types de motifs de récusation : il y a premièrement motif à récusation lorsque le membre de l'autorité n'est pas indépendant, car il a un intérêt personnel dans l'affaire, est parent ou allié avec une partie, voire a représenté la partie ou a agi dans la même affaire pour celle-ci. Il y a également motif à récusation lorsque le membre de l'autorité donne l'impression qu'il a une opinion préconçue dans l'affaire.
15. Une partie à la procédure peut contester le refus d'un membre de l'autorité administrative ou judiciaire de se récuser. Si le membre de l'autorité administrative ou judiciaire se récuse, les parties à la procédure ne peuvent en revanche pas contester cette décision (BOVAY, op. cit, p. 105) ; comme nous l'avons vu, elle peuvent cependant exiger que l'autorité soit, dans son ensemble, impartiale (supra II/A) et que sa composition soit conforme aux exigences de la loi (supra I).

b) Intérêt personnel dans l'affaire ou lien avec une partie

16. Les critères relatifs aux rapports de parenté avec une partie sont en principe faciles à appliquer, car les cas sont réglés de manière précise dans la législation (voir art. 10 al. 1 lit. b PA, art. 15 al. 2 lit. b LPA-GE). Les autres critères sont plus délicats à apprécier puisqu'ils sont plus subjectifs. Le fait pour un membre d'une autorité de traiter une affaire concernant une personne morale dont il fait partie n'est ainsi pas un motif absolu de récusation ; la loi de procédure judiciaire fédérale ne le prévoit en effet qu'à titre de motif facultatif de récusation (art. 23 lit. a LOJ) et les lois de procédure administrative ne font pas référence à ce cas précis de récusation. Dans un tel cas, le seul critère déterminant pour la récusation dans une procédure administrative est l'existence d'un intérêt personnel dans l'affaire : il s'agit donc de déterminer s'il existe entre le membre de l'autorité et l'une des parties ou son avocat un rapport de dépendance, voire des liens particuliers qui en raison de leur intensité fondent un soupçon de partialité ; il n'est en revanche pas nécessaire de démontrer que le juge est effectivement prévenu (BOVAY, op. cit. p. 106).
17. Il y a toujours un intérêt personnel lorsque la procédure a pour objet des droits et obligations qui affectent *directement* la situation juridique du membre de l'autorité administrative. Lorsque les intérêts personnels du membre de l'autorité ne sont atteints qu'*indirectement* par l'issue de la procédure, il n'y a un motif de récusation que si la procédure touche de manière *sensible* la sphère d'intérêt du membre de la commission. Ceci est notamment le cas lorsque le membre de la commission participe en qualité d'organe d'une personne juridique qui est elle-même *directement* intéressée à l'issue de la procédure (JAAC 2000 No 2, consid. 6.1.3 ; Pra 81 Nr. 129).
18. L'exemple suivant tiré de la jurisprudence du Conseil fédéral illustre ces principes : la Centrale d'information routière, qui est une société simple (c'est-à-dire une structure sans personnalité juridique) entre le TCS, l'ACS et la SSR idée suisse et qui collabore avec la conférence des chefs des polices cantonales, avait réclamé des subventions du Fonds de la sécurité routière. La commission administrative du Fonds, qui est l'autorité compétente en matière d'attribution de subventions, contenait en son sein un représentant du

TCS et un représentant de l'ACS. Lorsque la commission a refusé la demande de subvention de la Centrale d'information routière, les représentants du TCS et de l'ACS avaient été écartés du vote. L'ACS et la SSR avaient fait recours au Conseil fédéral contre cette décision. Dans sa décision sur recours, le Conseil fédéral a relevé que la récusation s'imposait puisque le représentant de l'ACS ne défendait que l'intérêt de l'ACS en cherchant à obtenir la subvention la plus élevée pour sa participation à la Centrale d'information routière, ce que l'ACS avait d'ailleurs ouvertement admis dans son recours. Dans ces circonstances, le représentant de l'ACS ne pouvait pas sérieusement être qualifié d'impartial. Si sa voix (comme celle du TCS) avait été prise en compte, la décision aurait été invalidée, voire déclarée nulle (JAAC 2000 No 2 consid. 6.2).

19. Etant donné qu'il existe une casuistique abondante à ce sujet, il est également utile de citer quelques autres exemples :
- Un juge assesseur employé de l'ASLOCA siégeant au Tribunal des baux ne doit pas se récuser du seul fait qu'un autre employé de cette association assiste l'une des parties à la cause. La situation serait différente dans l'hypothèse où l'ASLOCA aurait elle-même un intérêt *direct* à l'issue du litige, de telle sorte que le juge assesseur puisse redouter des représailles de la part de son employeur (ATF 126 I 235).
 - Il n'y a pas motif à récusation lorsqu'il existe un lien de filiation entre le juge et un associé de l'avocat de l'une des parties, en particulier lorsque ce dernier n'occupe plus, en raison de son âge, qu'une fonction honorifique dans l'étude (SJ 1997 p. 626).

c) Prévention de l'autorité

20. Il y a prévention lorsque certaines circonstances sont de nature à faire naître le doute sur l'impartialité du membre de l'autorité ou du juge. Ces circonstances peuvent consister en un comportement subjectif déterminé de celui-ci ou en certains faits objectifs de fonctionnement ou d'organisation. Dans les deux cas, une apparence de prévention ou de partialité suffit, mais il

faut que le doute sur l'impartialité du membre de l'autorité ou du juge apparaisse objectivement fondé (BOVAY, op. cit. p. 109).

21. Pour ce motif de récusation, qu'il est parfois difficile de distinguer du premier cas (en particulier lorsqu'il existe des liens personnels indirects), il est également intéressant de citer quelques exemples tirés de la jurisprudence :
- Un expert de la Commission fédérale des médicaments, appelée à émettre un préavis sur la radiation d'un médicament, doit se récuser si son fils dirige un laboratoire de recherches d'une entreprise concurrente de la société concernée par la procédure de radiation (ATF 119 V 456).
 - Un fonctionnaire doit se récuser s'il est appelé à se prononcer sur une demande déposée par une association dont les intérêts s'étaient opposés à ceux de l'association dans laquelle il était très engagé aussi bien dans le cadre d'une fonction officielle que privée (JAAC 1995 No 84).
 - Un examinateur à un examen professionnel d'expert fiscal ne doit pas se récuser en cas de relations professionnelles passées consistant en un seul entretien de deux heures trois ans auparavant (JAAC 1997 No 33, p. 339).
 - Un conseiller d'Etat, appelé à statuer sur l'approbation des plans d'un projet de route cantonale, n'est pas récusable au seul motif qu'il a déjà pris position, en faveur de ce projet, devant le Parlement et dans la campagne précédant la votation populaire, car cette situation est inhérente à la réglementation légale des compétences (arrêt du TF 14 mars 1996 dans la cause Verkehrs-Club der Schweiz, cité in ATF 125 I 119).
 - Un conseiller d'Etat n'est pas récusable, dans la cause d'une société anonyme, au seul motif qu'il appartient au conseil d'administration de cette société à titre de représentant de la collectivité publique (ATF 107 la 135).

d) Législation genevoise

22. Dans le canton de Genève, l'article 15 de la loi de procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA ; E 5 10) prévoit que les membres des autorités administratives appelés à rendre ou à préparer une décision doivent se récuser (a) s'ils ont un intérêt personnel dans l'affaire, (b) s'ils sont parents ou alliés d'une partie en ligne directe ou jusqu'au quatrième degré inclusivement, en ligne collatérale ou s'ils sont unis par mariage, fiançailles, adoption ou liens nourriciers, (c) s'ils représentent une partie ou ont agi pour une partie dans la même affaire, (d) s'il existe des circonstances de nature à faire suspecter leur impartialité. Cette disposition, reprise en grande partie de la loi fédérale de procédure administrative, rappelle les deux types de cas de récusation, à savoir la prévention de non-indépendance (lit. a, b, et c) et la prévention de non-impartialité (lit. d) découlant de la Constitution ; elle doit dès lors être interprétée conformément aux principes dégagés par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Selon l'article 15 al. 4 LPA, la décision sur récusation d'un membre d'une autorité collégiale est prise par cette autorité en l'absence de ce membre.
23. L'article 3 al. 3 de la loi sur les membres des commissions officielles, disposition modifiée le 16 septembre 1977, prévoit que les membres des commissions doivent se récuser dans tous les cas où leurs intérêts, ou ceux des personnes qu'ils représentent sont en cause. La formulation de cette disposition est très générale et pourrait, selon l'interprétation donnée à la notion de «cas où leurs intérêts ou ceux des personnes qu'ils représentent », conduire à des récusations très fréquentes. A titre d'exemple, le représentant d'une organisation syndicale devrait se récuser chaque fois que les intérêts des travailleurs syndiqués auprès d'elle sont en cause. Une telle interprétation de la loi est à l'évidence incompatible avec le fonctionnement d'une commission paritaire, dont le but est précisément de prendre en considération les différents intérêts en cause.
24. Dans la mesure où les commissions officielles exercent des tâches relevant de la procédure administrative (donner des préavis, prendre des décisions), leurs membres sont soumis aux règles constitutionnelles relatives à la récusation. Il ne se justifie en revanche aucunement de fixer, pour les

commissions officielles, des règles de récusation plus strictes que pour les autres autorités administratives. Le Conseil d'Etat l'a d'ailleurs reconnu dans son courrier à la CGAS du 17 janvier 2001 en indiquant que le principe de récusation prévu par cette loi ne faisait référence qu'à des intérêts particuliers et qu'il ne saurait être question d'en étendre l'application aux intérêts défendus globalement par les organisations syndicales. Malgré les assurances données par le Conseil d'Etat, il se justifie, pour garantir la sécurité du droit et éviter à l'avenir d'inutiles questions relatives à l'interprétation à donner à l'article 3 al. 3 de la loi sur les commissions officielles, d'abroger cette disposition ainsi que l'article 4, applicable aux seules commissions exerçant un pouvoir juridictionnel, et de les remplacer par un nouvel article 4 renvoyant à l'article 15 de la loi de procédure administrative, relatif à la récusation des juridictions administratives (al. 1) et des autorités administratives (al. 2 à 5). La teneur du nouvel article 4 pourrait être la suivante :

« La récusation des membres des commissions officielles est régie par l'article 15 de la loi sur la procédure administrative ».

Cette modification législative aurait le mérite de clarifier la situation et de garantir une application uniforme des principes relatifs à la récusation.

e) Application des principes relatifs à la récusation dans le cas de la CRP

25. Dans le cas de la procédure de préavis pour l'attribution des programmes d'emploi temporaires aux chômeurs, la CRP a décidé la récusation de Monsieur NICOLINI, représentant du milieu professionnel des travailleurs en son sein, parce que certaines offres ont été déposées par l'ASPE qui est une émanation de la CGAS.
26. Savoir si Monsieur NICOLINI devait se récuser ou non dans ce cas précis est une délicate question d'appréciation : l'ASPE étant partie à la procédure, il fallait en effet déterminer si Monsieur NICOLINI était dépendant de cette association au point de considérer qu'il avait un intérêt personnel dans l'affaire et qu'il ne pouvait pas se prononcer librement sur l'adjudication des programmes d'emploi temporaire.

27. Monsieur NICOLINI est salarié de la FTMH, il n'est en revanche ni salarié, ni membre d'un organe de l'ASPE. L'ASPE est une personne juridique indépendante de la CGAS et de FTMH ; ces deux dernières associations sont uniquement des membres de l'ASPE. Ni la CGAS, ni la FTMH ne sont ainsi directement concernées par l'attribution des programmes d'emploi temporaire aux chômeurs. La CGAS est une association regroupant actuellement la totalité des organisations professionnelles représentant et défendant les intérêts des travailleurs dans le canton.

Au sein de la CRP, Monsieur NICOLINI est l'un des deux représentants du milieu professionnel des travailleurs et non pas, formellement, de la CGAS elle-même (ni a fortiori de l'ASPE). Il est proposé par la CGAS, en tant qu'association professionnelle représentative des travailleurs, mais c'est le Conseil d'Etat qui est l'autorité de nomination ; le mandat est en outre d'une durée de quatre ans (art. 22 et 24 du règlement). Pour l'exercice de son mandat à la CRP, il n'existe pas de lien de dépendance entre Monsieur NICOLINI et la CGAS. Il s'agit donc d'un cas très différent du cas précité du vote des représentants du TCS et de l'ACS lors de la décision de la commission administrative du Fonds de la sécurité routière quant à l'octroi de subventions à la Centrale d'information routière ; en effet cette centrale est une société simple (sans personnalité morale) à laquelle participaient directement le TCS et l'ACS, les représentants de ces mêmes associations au sein de la Commission qui devait se prononcer avaient dès lors un intérêt direct à l'octroi de subventions à cette centrale, ce qui devait obligatoirement conduire à leur récusation.

28. Cela étant, en tant que salarié et responsable à Genève de la FTMH, qui est un des membres de l'ASPE, Monsieur NICOLINI est, de fait, proche de l'ASPE et il est, non pas personnellement mais de par sa fonction à la FTMH, concerné, bien qu'indirectement, par l'attribution ou non de programmes d'emploi temporaire à l'ASPE. Il était dès lors admissible – quoique discutable - de considérer que Monsieur NICOLINI ne disposait pas d'une indépendance totale à l'égard de l'ASPE. Il aurait été compréhensible, par exemple, qu'un soumissionnaire concurrent de l'ASPE, n'admette pas sa participation à la procédure de préavis en raison de son lien indirect avec l'ASPE. En se tenant à une application stricte des principes relatifs à la récusation, il n'apparaît dès lors pas arbitraire de considérer que la récusation de Monsieur NICOLINI pouvait être demandée dans ce cas déterminé.

29. De toute façon, dans une autorité collégiale, la décision sur récusation est prise par l'autorité en l'absence du membre concerné (art. 15 al. 4 LPA). Si l'autorité admet la récusation, ni le membre récusé, ni les parties à la procédure ne peuvent contester la décision. Toutefois, comme nous l'avons vu, les parties à la procédure ont en revanche le droit d'exiger que la composition de l'autorité soit conforme à la loi et aux exigences d'indépendance et d'impartialité ; tel n'est pas le cas, si le représentant du milieu des travailleurs qui a été récusé n'est pas remplacé par un suppléant représentant ce milieu.
30. Cette analyse de la décision de la CRP du 18 décembre 2000 met en évidence que, contrairement à ce qui ressort du procès-verbal de cette séance (p.v. du 2 janvier 2001), ce n'est pas en raison de la qualité de « représentant de la CGAS » que la récusation de Monsieur NICOLINI devait être abordée, mais uniquement parce qu'il est salarié et responsable de la FTMH et en raison du lien de cette organisation avec l'ASPE. La motivation de cette décision était donc erronée. Comme déjà dit, Monsieur NICOLINI n'est pas formellement le représentant de la CGAS. Le serait-il qu'il ne serait pas récusable pour ce motif, puisque cette association réunit l'ensemble des organisations professionnelles de salariés du canton. On peut dès lors affirmer, en raison de la vocation de la CGAS à représenter les travailleurs du canton, qu'une récusation d'un membre d'une commission officielle pour la seule raison de son appartenance à une association membre de la CGAS n'est pas concevable, si la composition de cette commission doit être paritaire ou tripartite.
31. L'événement constitué par la récusation litigieuse de Monsieur NICOLINI met en évidence la nécessité d'une clarification du fonctionnement du tripartisme, ce qui dépasse sans doute les limites assignées au présent avis de droit.

Signalons toutefois que le cadre législatif général, dans lequel s'insèrent et interviennent plusieurs commissions tripartites, a changé. Ainsi, au plan fédéral, ont été adoptées la loi fédérale sur les marchés publics (LMP), du 16 décembre 1994 et la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) du 6 octobre 1995.

Sur le plan cantonal mentionnons l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP) entré en vigueur pour le canton de

Genève le 9 décembre 1997, ainsi que les diverses lois cantonales d'exécution, à savoir la loi autorisant le Conseil d'Etat à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 12 juin 1997, le règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997, ainsi que le règlement sur la passation des marchés publics en matière de fournitures et de services du 23 août 1999.

Tous ces textes imposent à l'Etat et aux commissions tripartites, en particulier pour toutes les adjudications, dans lesquelles des intérêts financiers sont directement en jeu, des obligations de fonctionnement plus rigoureuses et, pour les particuliers, des moyens de recours plus importants.

Les règles relatives à la composition des diverses autorités et commissions tripartites et à la récusation éventuelle de leurs membres doivent dès lors ne souffrir d'aucune incertitude. C'est la raison pour laquelle la modification législative indiquée plus haut, à notre sens, se justifie pleinement. Il serait bon, en outre, que la réflexion soit approfondie dans le sens indiqué par le Conseil d'Etat dans sa lettre du 17 janvier 2001 à la CGAS, afin que la vocation de cette dernière à représenter les salariés dans le cadre du tripartisme soit clairement établie et qu'une appartenance à une association membre de la CGAS ne puisse plus à l'avenir motiver une récusation comme ce fut le cas pour Monsieur NICOLINI.

III. CONCLUSIONS

Au vu des développements contenus dans le présent avis de droit, il y a lieu de tirer les conclusions suivantes :

- Les parties à une procédure administrative ont le droit d'exiger que les autorités qui donnent un préavis ou qui statuent dans une affaire soient compétentes, composées conformément aux exigences de la loi, indépendantes et impartiales ;
- La composition paritaire des autorités administratives ou judiciaires est en principe conforme à la garantie constitutionnelle d'indépendance et

d'impartialité, dans la mesure où cette composition est, dans son ensemble, équilibrée ; il y a dès lors lieu d'accepter les conséquences inhérentes à un tel système, à savoir le droit des représentants des milieux professionnels de défendre les intérêts généraux de leurs membres ;

- Le droit à la composition régulière de l'autorité a été violé lors de la procédure de préavis sur l'adjudication des programmes d'emploi temporaire pour les chômeurs étant donné que les deux représentants du milieu des travailleurs au sein de la CRP n'étaient pas présents ; la décision rendue par l'OCE à l'issue de cette procédure de préavis était donc annulable sur recours ou nulle ;
- Le droit à une autorité indépendante et impartiale a été violé lors de la procédure de préavis sur l'adjudication des programmes d'emploi temporaire pour les chômeurs car la composition de la CRP n'était plus équilibrée en raison de l'absence des deux représentants du milieu des travailleurs au sein de la CRP n'étaient pas présents ; la décision rendue par l'OCE à l'issue de cette procédure de préavis était donc annulable sur recours ou nulle pour ce motif également ;
- La récusation d'un membre d'une autorité administrative peut être décidée lorsque celui-ci a un intérêt personnel dans l'affaire ou lorsqu'il donne l'impression d'avoir une opinion préconçue dans l'affaire ;
- Le membre récusé d'une autorité collégiale et les parties à la procédure n'ont pas la possibilité de contester la décision admettant la récusation ; les parties à la procédure peuvent, en revanche, contester la décision refusant une demande de récusation ;
- Il n'apparaît pas arbitraire de considérer que la récusation de Monsieur NICOLINI pouvait être demandée pour la procédure de préavis de la CRP relative à l'attribution des subventions pour les programmes d'emploi temporaire pour les chômeurs, en raison du lien indirect de Monsieur NICOLINI avec l'ASPE (lien de la FTMH, employeur de Monsieur NICOLINI, avec l'ASPE) ;

- La formulation de l'article 3 al. 3 de la loi sur les commissions officielles, par son caractère général, prête à confusion ; il se justifie d'abroger cette disposition ainsi que l'article 4, relatif aux commissions officielles exerçant un pouvoir juridictionnel, et de les remplacer par un renvoi à l'article 15 de la loi de procédure administrative ; la teneur du nouvel article 4 pourrait être la suivante : «*La récusation des membres des commissions officielles est régie par l'article 15 de la loi sur la procédure administrative* » ;
- La récusation d'un représentant du milieu professionnel des travailleurs, en raison de sa seule appartenance à une association membre de la CGAS, ne paraît pas concevable dans les commissions officielles à composition paritaire ou tripartite.

Cette dernière conclusion devrait faire l'objet d'un échange de vue avec le Département de l'économie, de l'emploi et des affaires extérieures, le Département de l'instruction publique, le Département de l'aménagement, de l'équipement et du logement ainsi qu'avec l'Union des associations patronales genevoises (UAPG), puis d'une prise de position du Conseil d'Etat ;

En espérant avoir répondu à votre demande et en restant à votre disposition pour tout renseignement complémentaire, nous vous prions de croire, Mesdames, Messieurs, à l'expression de nos sentiments distingués.


Christian BRUCHEZ


Jean-Bernard WAEBER