

ATF 147 I 1 | TF, 16.07.2020, 1C\_295/2019, 1C\_357/2019\*

*L'élection de juges cantonaux par le parlement cantonal est une décision rendue dans une cause de droit public au sens de l'art. 82 let. a LTF, lorsque le recourant fait valoir qu'elle porte atteinte à ses droits fondamentaux ou à d'autres intérêts qui nécessitent une protection juridique. Il s'agit par ailleurs d'une décision à caractère politique prépondérant selon l'art. 86 al. 3 LTF. Sur le fond, exclure la réélection des juges cantonaux qui ont 65 ans révolus au début de la nouvelle période de fonction n'est pas une discrimination inadmissible (art. 8 al. 2 Cst.). En revanche, cette pratique peut conduire à des différences de traitement injustifiées au sens de l'art. 8 al. 1 Cst. entre les juges qui atteignent 65 ans peu avant le début de la nouvelle période de fonction et ceux qui les atteignent peu après.*

#### Faits

Un juge du Tribunal administratif du canton de Zurich, né en 1952, se présente à sa réélection pour la période de fonction 2019-2025, en précisant à la conférence inter-groupes chargée de préparer l'élection qu'il entend exercer seulement jusqu'à ses 70 ans. En raison d'une décision qu'elle a prise en 2010 de ne pas proposer au Grand Conseil la réélection des juges des tribunaux cantonaux supérieurs qui ont déjà 65 ans révolus au début de la nouvelle période de fonction, la conférence ne propose pas sa réélection. Le juge concerné forme alors un premier recours au Tribunal fédéral pour déni de justice, demandant à ce qu'il soit ordonné à la conférence de proposer sa réélection au Grand Conseil.

A la suite de la proposition de la conférence inter-groupes, le Grand Conseil élit à la place du juge deux nouveaux juges à temps partiel (et confirme la réélection des autres membres du tribunal). Le juge non réélu forme par conséquent un second recours au Tribunal fédéral, concluant à l'annulation de l'élection des deux nouveaux juges et à ce que le Tribunal fédéral le déclare réélu ou ordonne au Grand Conseil de le réélire. Subsidiairement, il demande que le Tribunal fédéral constate que sa non-réélection repose sur une pratique discriminatoire.

Ces deux recours conduisent le Tribunal fédéral à examiner si les actes attaqués forment des objets de recours recevables au sens de l'art. 82 LTF et si la pratique consistant à

refuser de proposer la réélection de juges ayant atteint 65 ans est conforme aux principes de la légalité (art. 5 al. 1 Cst.), de l'interdiction et de la discrimination (art. 8 al. 2 Cst.) et de l'égalité de traitement en général (art. 8 al. 1 Cst.).

## Droit

A titre préliminaire, le Tribunal fédéral indique que, contrairement à ce que soutient le recourant, son premier recours ne peut être traité comme un recours pour déni de justice au sens de l'art. 94 LTF. En effet, il n'est pas dirigé contre un refus de rendre une décision attaquant, mais contre la proposition d'élection de la conférence inter-groupes. Or, cet acte ne remplit pas les exigences d'une décision rendue dans une cause de droit public au sens de l'art. 82 let. a LTF. Il s'agit d'une proposition juridiquement non contraignante à l'attention du Grand Conseil et non d'une décision. Par conséquent, le premier recours est irrecevable à raison de son objet.

S'agissant du second recours, le Tribunal fédéral rappelle qu'il ne peut pas s'agir d'un recours en matière de droits politiques (art. 82 let. c LTF), car seules les élections populaires entrent dans la notion de droits politiques. Il convient donc d'examiner si l'élection des juges par le Grand Conseil est une décision au sens de l'art. 82 let. a LTF. La nature juridique de cet acte n'est pas limpide. La littérature le qualifie parfois d'acte d'application du droit individuel et concret, parfois l'attribue à l'activité gouvernementale qui n'est ni de l'adoption, ni de l'application du droit. Aux yeux du Tribunal fédéral, cette question souffre de demeurer ouverte. En effet, le critère déterminant pour le caractère attaquant d'un acte au sens de l'art. 82 let. a LTF est son aptitude à violer des droits fondamentaux ou d'autres besoins de protection juridique.

En l'occurrence, le recours soulève la question de savoir si l'acte attaqué a discriminé le recourant en raison de son âge au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. Peu importe la nature de l'acte d'élection, cela justifie déjà de considérer celui-ci comme un acte attaquant.

Il reste encore à examiner si l'élection est directement attaquant devant le Tribunal fédéral ou si elle aurait dû au préalable faire l'objet d'un recours au niveau cantonal. En principe, les cantons doivent prévoir des tribunaux supérieurs qui statuent avant le Tribunal fédéral

(art. 86 al. 2 LTF). L'art. 86 al. 3 LTF prévoit néanmoins une exception pour les décisions à caractère politique prépondérant. C'est exclusivement dans ce sens conforme au droit fédéral qu'il convient d'interpréter le § 42 let. b *Verwaltungsrechtspflegegesetz* du canton de Zurich, qui exclut en principe le recours au Tribunal administratif contre des actes du Grand Conseil et de ses organes. Pour déterminer s'il était admissible de ne pas recourir au préalable auprès du Tribunal administratif, il faut donc apprécier si l'élection des juges cantonaux par le parlement revêt un caractère politique prépondérant.

A ce sujet, le Tribunal fédéral commence par rappeler que la notion de décision à caractère politique prépondérant s'interprète de façon restrictive. Le caractère politique de l'affaire doit être manifeste et prévaloir sans discussion, de sorte qu'il relègue à l'arrière-plan les intérêts privés en jeu. Selon la doctrine, il en va ainsi des élections politiques de membres d'autorités par le peuple, le parlement cantonal, l'exécutif cantonal ou les autorités communales. Les élections des juges sont parfois expressément mentionnées. Il est alors précisé que les élections politiques se distinguent d'élections d'agents de la fonction publique (*dienstrechtliche Wahlen*) par le rôle prépondérant de la représentativité.

Au vu de ces caractéristiques, le Tribunal fédéral estime qu'une élection de juges par le parlement cantonal comme celle attaquée dans le présent cas revêt la qualité d'une décision à caractère politique prépondérant au sens de l'art. 86 al. 3 LTF. En effet, le système d'élection des juges en Suisse est fortement imprégné par la politique. Premièrement, ce sont des autorités politiques qui procèdent aux élections. Deuxièmement, afin d'assurer une représentation équilibrée des forces politiques et sociales, ces autorités prennent particulièrement en compte l'appartenance à un parti politique et l'équilibre entre les partis. Troisièmement, les élections et réélections ont pour but de légitimer démocratiquement les juges. Lorsqu'elles concernent les membres de tribunaux cantonaux supérieurs, elles touchent en outre à l'équilibre et à la séparation entre les différentes puissances étatiques. Le Tribunal fédéral précise encore que, en raison de la nature politique du système, tout acte d'élection de ce type revêt un caractère politique prépondérant, même s'il s'agit d'une non-réélection pour des motifs autres que politiques, par exemple l'incompétence professionnelle ou une limite d'âge.

Au vu de ce qui précède, l'exclusion du recours préalable auprès du Tribunal administratif est conforme au droit fédéral et le recours au Tribunal fédéral est directement recevable.

Sur le fond, le Tribunal fédéral examine en premier lieu le grief de violation du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst.). Il concède au recourant que ni l'art. 40 al. 1 Cst.-ZH, ni la législation ne posent d'autre condition au droit d'éligibilité au Tribunal administratif que la titularité des droits politiques au niveau cantonal. Néanmoins, il appartient aux acteurs qui participent au processus d'élection de prendre soin de ne présenter, élire et réélire que des candidates et candidats qualifiés. Ni la conférence inter-groupes, ni le Grand Conseil ne sont empêchés de fixer et appliquer des critères pour la sélection, l'élection et la réélection dans le but de garantir la compétence des juges au sein des tribunaux supérieurs. Sur le principe, un tel processus est compatible avec le principe de la légalité.

Cela étant, il est vrai que la condition négative de ne pas avoir 65 ans révolus au début de la nouvelle période de fonction soulève à première vue des questions, dès lors que le droit cantonal renonce sciemment à fixer une limite d'âge ou un âge de retraite. Pour le Tribunal fédéral, il convient toutefois de tenir compte du fait qu'une période de fonction fixe de 6 ans fait suite à l'élection, que les juges peuvent se représenter à volonté et qu'il n'existe aucune procédure de destitution. Il n'est donc pas possible d'empêcher la conférence et le Grand Conseil de prendre des mesures pour s'assurer que les tribunaux supérieurs ne soient pas composés de juges inaptes à la fonction pour des motifs liés à l'âge. Dans ce contexte, un certain schématisme est inévitable en raison de la durée de la période de fonction. C'est la raison pour laquelle, en dépit de l'absence de règle de droit cantonal à ce propos, une prise en compte de l'âge au début de la nouvelle période de fonction est compatible avec le principe de la légalité, pour autant qu'elle soit justifiée par des motifs raisonnables. Comme le Tribunal fédéral l'expose lors de l'examen du deuxième grief, tel est le cas.

En deuxième lieu, le Tribunal fédéral se demande si la pratique refusant l'élection des personnes ayant atteint leur 65<sup>e</sup> année au début de la période de fonction viole l'interdiction de la discrimination (art. 8 al. 2 Cst.). Il rappelle à cet égard qu'un traitement différencié fondé sur une caractéristique protégée, dont l'âge fait expressément partie, n'est pas absolument exclu, mais entraîne une présomption de traitement inadmissible. Il est possible

de renverser celle-ci par une justification qualifiée. Le degré de justification exigé varie en fonction de la caractéristique en cause. Dans ce contexte, le critère de l'âge est particulier, car il ne se rattache pas à un groupe historiquement maltraité ou politiquement marginal. L'application du principe de non-discrimination en lien avec ce critère se rapproche ainsi du principe général d'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.). Il en résulte que l'exigence de motifs justificatifs ne va pas au-delà de ce qui est exigé par l'art. 8 al. 1 Cst. Un traitement différencié doit donc se justifier par un motif raisonnable au vu des circonstances de fait. En revanche, il convient d'appliquer un critère plus strict pour examiner la proportionnalité.

En ce qui concerne le cas présent, le Tribunal fédéral estime qu'il est généralement reconnu que les capacités physiques, intellectuelles et de concentration faiblissent avec l'âge. Une importante expérience de la fonction ne peut que partiellement compenser cette situation. En prenant pour critère l'âge usuel de la retraite chez les hommes, la pratique d'élection contestée tient compte de cette évolution dans l'intérêt légitime d'une composition appropriée des tribunaux supérieurs. Elle se fonde donc sur des motifs raisonnables. A nouveau, un certain schématisme est inévitable, d'autant plus que l'élection tous les 6 ans est la seule occasion de prendre en considération ce processus de vieillissement. Enfin, cette pratique est proportionnée, puisqu'elle permet effectivement d'assurer la composition souhaitée des tribunaux supérieurs, qu'il n'existe pas d'alternative praticable moins incisive et que, les juges concernés pouvant rester en fonction au minimum jusqu'à 65 ans, ils ne sont pas excessivement touchés. Par conséquent, la pratique d'élection n'est pas contraire à l'interdiction de la discrimination selon l'art. 8 al. 2 Cst.

En troisième et dernier lieu, le Tribunal fédéral examine le grief selon lequel la pratique d'élection irait à l'encontre du principe général de l'égalité (art. 8 al. 1 Cst.), au motif que les juges atteignant 65 ans peu de temps après le début de la nouvelle période de fonction peuvent exercer pendant encore une période complète, soit jusqu'à presque 71 ans, tandis que les juges qui viennent d'atteindre 65 ans sont exclus. Sur le principe, il donne raison au recourant. Le fait que cette situation résulte de la période de fonction fixée par la loi dans l'intérêt de l'indépendance judiciaire ne justifie pas des différences de traitement de presque 6 ans dans la durée d'exercice de la fonction en raison de la prise en compte de l'âge non prévue par la loi. Un tel traitement différencié ne résiste pas à l'examen sous

l'angle de l'égalité de traitement.

Dans le cas d'espèce toutefois, l'élection, respectivement la non-réélection, ne conduisent pas à une inégalité de traitement inconstitutionnelle du recourant. En effet, celui-ci était déjà âgé de 67 ans au moment du début de la nouvelle période de fonction et a d'emblée annoncé qu'il se retirerait à 70 ans. La pratique n'a donc pas comme effet concret de permettre à des juges seulement un peu plus jeunes d'exercer leur fonction jusqu'à 6 ans de plus que lui. En l'absence d'inégalité de traitement le concernant personnellement, son grief est donc mal fondé.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal fédéral rejette le recours dirigé contre les élections. Dans son ultime considérant, il enjoint néanmoins au Grand Conseil d'éliminer de sa pratique les nettes différences de traitement entre magistrats qui atteignent 65 ans peu de temps avant ou après le début de la nouvelle période de fonction.

Note

Cet arrêt est l'occasion pour le Tribunal fédéral de réaffirmer que le critère déterminant pour apprécier le caractère attaquant des « décisions rendues dans des causes de droit public » (art. 82 let. a LTF) n'est pas la qualification matérielle comme décision administrative, mais le besoin de protection juridique. S'il est vrai que la jurisprudence a déjà posé ce principe dans des arrêts antérieurs (voir les réf. qu'il indique : ATF 145 I 121, JdT 2019 I 139, c. 1.1.2 ; 138 I 6, JdT 2012 I 71, c. 1.2), cet arrêt a ceci de particulier qu'il concerne formellement une élection. Or, un tel acte n'est pas comparable à un acte interne ou à un acte matériel, qui sont les objets de recours ayant typiquement contribué à forger la jurisprudence. En effet, une élection est certes une mesure qui applique du droit, dans le sens où elle revient à appliquer les règles de procédure sur l'élection, mais, contrairement aux autres actes mentionnés, elle n'a pas d'objet matériel. Elle ne revient qu'à désigner des personnes, en l'espèce hors de toute procédure concrète.

En outre, comme le Tribunal fédéral le souligne lui-même, il n'existe en l'occurrence pas de droit à la réélection. C'est la raison pour laquelle seul le processus et non le résultat en tant que tel de l'élection peut en principe faire l'objet d'une contestation. En l'occurrence, le

grief de discrimination et d'inégalité (art. 8 al. 1 et 2 Cst.) concerne les critères de choix des candidates et candidats. Or, aucune règle n'impose au Grand Conseil de choisir un candidat plutôt qu'une autre. Même s'il avait admis que le grief était fondé, le Tribunal fédéral n'aurait pu ni déclarer lui-même le candidat élu, ni enjoindre au Grand Conseil de l'élire. La justiciabilité de la contestation vient du fait que, bien que le recours soit formellement dirigé contre une élection, le véritable objet de la contestation n'est pas la non-réélection, mais la façon dont les autorités font usage de leur pouvoir d'appréciation pour appliquer la réglementation sur les élections, c'est-à-dire leur pratique concernant le processus de sélection et d'élection (sur la qualification de la pratique : Aurélie Gavillet, *La pratique administrative dans l'ordre juridique suisse*, Berne 2018, n° 348). L'élection ne devient un objet de recours que parce qu'elle incorpore la pratique qui consiste à faire dépendre la sélection et l'élection d'un critère lié à l'âge (sur le contrôle indirect de la pratique administrative : Gavillet, *op. cit.*, n° 864).

Plus pragmatiquement, on relèvera que si, en l'espèce, l'acte attaqué revêt la qualité de décision à caractère politique prépondérant au sens de l'art. 86 al. 3 LTF, tel n'est pas le cas de la majorité des actes étatiques à l'encontre desquels il est possible de faire valoir un besoin de protection juridique. Les cantons ont donc l'obligation de prévoir une voie de droit contre tous les actes qui revêtent la qualité de « décisions » au sens de l'art. 82 let. a LTF (art. 86 al. 2 LTF). Pour les recourants, il en résulte une obligation d'épuiser la voie de droit cantonale - même si elle n'est pas expressément prévue par le droit cantonal - avant de former un recours devant le Tribunal fédéral (cpr p. ex. ATF 145 I 121, JdT 2019 I 139, c. 1.3). En cas de doute sur le caractère politique prépondérant, on veillera donc à former en parallèle un recours au Tribunal fédéral et un recours au niveau cantonal.

Proposition de citation : CAMILLA JACQUEMOUD, La contestation de la non-réélection d'un juge cantonal en raison de son âge, in: <https://lawinside.ch/967/>