



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2294/2020-RECUS

ATA/1221/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 1^{er} décembre 2020

en section

dans la cause

Madame A _____, Monsieur B _____ et Monsieur C _____
représentés par Me Didier Bottge, avocat

contre

Monsieur D _____

et

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE

E _____ SA
représentée par Me Romain Canonica, avocat

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
4 septembre 2020 (JTAPI/749/2020)**

EN FAIT

- 1) Par décision publiée dans la Feuille d'avis officielle (ci-après : FAO) le 13 mars 2020, le département du territoire (ci-après : DT) a délivré à E_____ SA une autorisation de construire (DD 1 _____) portant sur la réalisation d'un habitat groupé (47,2 % THPE), un garage souterrain et l'abattage d'arbres au _____, chemin F_____ à G_____.
- 2) Par acte du 12 mai 2020, Madame A_____, Messieurs B_____ et C_____ (ci-après : les requérants) ont recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre cette autorisation concluant à sa nullité, subsidiairement son annulation. Ils ont indiqué comme parties intimées le DT, E_____ SA (ci-après : E_____) et la commune de G_____.

La procédure, enregistrée sous le numéro 2_____, a été attribuée à la 1^{ère} chambre du TAPI, présidée par Monsieur D_____.

- 3) Le TAPI a transmis le recours au DT ainsi qu'à E_____, et fait publier dans la Feuille d'avis officielle l'avis du recours, mentionnant que les tiers disposaient d'un délai de trente jours pour intervenir dans la procédure et que, s'ils s'en abstenaient, ils n'auraient plus la possibilité de recourir contre le jugement à venir, ni de participer aux procédures ultérieures.
- 4) Les requérants ont sollicité que le TAPI transmette une copie du recours à la commune.
- 5) Le 3 juin 2020, le président de la 1^{ère} chambre du TAPI leur a répondu qu'il se limitait à son obligation de publier le recours dans la FAO.
- 6) Les requérants ont persisté dans leur requête en précisant que si la transmission du recours à la commune devait être refusée, ils sollicitaient une décision motivée avec indication des voies de recours.
- 7) Le 24 juin 2020, M. D_____ a invité les requérants à préciser la base légale sur laquelle se fondait leur requête.
- 8) Le 1^{er} juillet 2020, les requérants ont répondu que la qualité de partie de la commune pouvait s'examiner à l'aune des critères des art. 7 et 60 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA- E 5 10) et qu'une collectivité publique, lorsqu'elle disposait d'un intérêt public propre digne de protection à l'annulation ou à la modification de l'acte attaqué ou lorsqu'elle était atteinte de la même manière qu'un particulier, pouvait revêtir la qualité de partie. Vu la participation de la commune à l'opération immobilière contestée, soit en particulier les droits dont elle entendait être gratifiée en contrepartie du préavis favorable délivré au projet de construction, elle n'intervenait plus comme autorité

libre et indépendante, mais comme partie prenante à la décision querellée, de sorte qu'elle disposait d'un intérêt digne de protection.

- 9) Par courrier du 6 juillet 2020, demeuré sans réponse, et relance du 27 juillet 2020, le président de la 1^{ère} chambre du TAPI a imparti un délai à la commune pour indiquer si elle souhaitait participer à la procédure.
- 10) Le 22 juillet 2020, le TAPI a transmis aux requérants les réponses au recours du département et de E_____ et leur a imparti un délai pour répliquer.
- 11) Par courrier du 28 juillet 2020, la commune a indiqué qu'elle ne souhaitait pas intervenir dans la procédure et qu'elle s'en rapportait à justice.
- 12) Le 29 juillet 2020, les requérants ont formé une demande de récusation à l'encontre de M. D_____, invoquant que celui-ci aurait fait obstruction à leur volonté que la commune soit partie intimée à la procédure, de sorte qu'il avait non seulement préjugé de la décision à rendre sur le fond, protégeant d'une manière injustifiée les intérêts d'une partie, mais déjà tranché l'affaire sous l'angle de la nullité de l'autorisation de construire.
- 13) Le 6 août 2020, les requérants ont complété leur demande de récusation. Ils n'avaient en aucun cas sollicité l'intervention de la commune dans la procédure, mais l'avaient visée en qualité de partie intimée.

En questionnant la commune sur le point de savoir si elle souhaitait participer à la procédure, le juge devait s'attendre à ce qu'elle réponde par la négative. Il était singulier de donner l'impression à une partie qu'elle aurait le choix d'être partie à une procédure dirigée, notamment, à son encontre.

Le procédé employé par le juge renforçait la conviction qu'il agissait sous le coup d'un parti pris, ce alors qu'il était requis de statuer, par une décision motivée en fait et en droit, sur la qualité de partie intimée de la commune.

- 14) Invité à se déterminer sur la demande de récusation, le juge a conclu à son rejet.

Il appartenait au TAPI et non aux parties de décider qui étaient les parties à la procédure, question qui se tranchait sur la base des art. 7, 60 et 71 LPA, voire de dispositions spéciales (par exemple art. 145 et 147 al. 2 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 - LCI - L 5 05). C'était ainsi dans le cadre d'une décision incidente rendue à ce sujet ou dans le cadre de la décision au fond qu'était délimité le cercle des personnes et autorités ayant la qualité de partie. Il incombait au juge d'examiner s'il se justifiait que la commune participe à la procédure. Il avait donc invité les requérants à préciser la base légale légitimant, selon eux, la participation de celle-ci à la procédure.

La détermination de la commune du 28 juillet 2020 aurait amené le TAPI à rendre une décision incidente sur la qualité de partie de celle-ci, si la demande de récusation n'était pas intervenue entretemps. Or, à supposer que cette décision eût été contraire à la position défendue par les requérants, cela aurait constitué pour eux un éventuel motif de recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : chambre administrative), mais non un motif de récusation.

Enfin, il n'y avait pas de lien entre l'éventuel refus de faire participer la commune à la procédure et l'issue de cette dernière. Les éventuels vices dont l'autorisation de construire pourrait être affectée étaient déterminés par le contenu de cette décision et par la manière dont elle avait été instruite, ce qui incluait le rôle joué par la commune. Le fait que cette dernière participe à la procédure contentieuse ne déterminait pas la légalité ou l'illégalité de l'autorisation de construire, voire sa nullité. Lorsqu'elle ne participait pas à la procédure judiciaire, la commune pouvait être appelée à fournir des renseignements au TAPI, de même que certains de ses membres pouvaient, si nécessaire, être appelés à témoigner.

15) E_____ a conclu au rejet de la requête de récusation.

La manière dont le juge avait décidé de traiter le recours constituait une mesure inhérente à l'exercice normal de sa charge, qui ne permettait pas de suspecter un quelconque parti pris. Il appartenait au TAPI – et non aux parties – de décider des parties à la procédure, dans le cadre d'une décision incidente ou au fond.

Comme l'indiquait le juge dans ses observations, une décision incidente aurait été rendue au sujet de la qualité de partie de la commune si la demande de récusation n'était pas intervenue entre-temps. Les requérants auraient dû attendre une décision – incidente ou sur le fond – à cet égard, puis introduire un éventuel recours et non une demande de récusation.

Les requérants préféraient initier des procédures dans un but purement dilatoire, comme l'avait déjà fait M. B_____ en contestant l'autorisation de démolir, dont les recours avaient tous été déclarés irrecevables. En tout état et quand bien même une erreur procédurale pourrait, par pure hypothèse, être reprochée au magistrat, celle-ci ne saurait être qualifiée de grave.

On comprenait mal en quoi la participation de la commune à la procédure pouvait avoir un impact sur la validité de l'autorisation de construire, ce que les requérants ne démontraient d'ailleurs pas. La requête en récusation consistait exclusivement en une critique – de principe – de la manière dont le juge conduisait la procédure. Il n'existait aucun motif susceptible de fonder un soupçon de partialité à son égard, a fortiori la commission d'erreurs procédurales et/ou d'appréciation particulièrement lourdes ou répétées par le magistrat.

L'argumentation à caractère appellatoire ne traduisait pas la moindre prévention du magistrat et portait une grave atteinte au fonctionnement de la justice, l'instrument de la récusation étant utilisé à des fins détournées, de façon téméraire, justifiant, outre son rejet, le prononcé d'une amende au sens des art. 128 al. 3 du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272).

- 16) Le département s'en est rapporté à justice.
- 17) Les requérants ont répliqué en persistant dans leur requête de récusation.
- 18) Par décision du 4 septembre 2020, notifiée le 11 septembre 2020, la délégation du TAPI a rejeté la requête de récusation.

En tant que les requérants reprochaient au juge dont ils demandaient la récusation de ne pas avoir, sans autre acte de procédure, donné une suite favorable à leur volonté que la commune soit partie intimée à la procédure, puis d'avoir invité la commune à se déterminer sur sa participation à la procédure, ils critiquaient un acte de procédure inhérent à l'exercice de la charge du juge. Or, il n'appartenait pas à la délégation du TAPI d'examiner la conduite du procès à la façon d'un organe de surveillance. En cas de désaccord avec une décision prononcée par le juge en charge du dossier, les requérants avaient la possibilité de la contester par la voie d'un recours.

Concernant l'argument des requérants selon lequel le juge protégerait les intérêts de la commune, laquelle selon les termes de leur recours se serait vu octroyer des droits (servitude de passage) en échange de son préavis favorable, la délégation du TAPI peinait à comprendre le lien qu'ils faisaient entre l'éventuel refus de faire participer la commune à la procédure – question qui n'avait pas encore été tranchée – et l'issue du recours. Les requérants n'alléguaient ni ne prouvaient que par son attitude et ses déclarations précédentes, le magistrat aurait laissé paraître une apparence de prévention, et l'intention qu'ils lui prêtaient ne reposait sur aucun élément concret.

- 19) Par acte expédié le 12 octobre 2020 à la chambre administrative, Mme A_____, MM. C_____ et B_____ ont recouru contre cette décision, dont ils ont demandé l'annulation. Ils ont conclu, principalement, à la récusation de M. D_____ et à la suspension de la procédure 2_____ jusqu'à droit jugé sur la procédure de récusation. Subsidièrement, ils ont demandé le renvoi de la cause à la délégation du TAPI pour nouvelle décision.

Ils avaient attiré la commune à la procédure. Celle-ci n'avait pas rendu ses préavis au projet de construction de manière indépendante, dès lors qu'en contrepartie de ceux-ci, elle s'était assurée une servitude de passage en sa faveur. Le juge avait instruit le recours en fixant des délais au département et à E_____, alors que la qualité de partie de la commune n'avait pas encore été déterminée. Ce

faisant, il avait préjugé de l'issue du litige, qui portait sur la nullité de la décision contestée du fait que la commune avait rendu un préavis alors qu'elle aurait dû se récuser. Le magistrat n'avait toujours pas rendu de décision sur la qualité de partie de la commune, malgré leurs demandes répétées à ce sujet.

20) Le juge a conclu au rejet du recours.

Il lui appartenait de déterminer les parties à la procédure. Afin de respecter le droit d'être entendu de la commune, il l'avait invitée à s'exprimer à ce sujet, avant qu'il tranche la question.

21) Le DT s'en est rapporté à justice.

22) E_____ a conclu au rejet du recours.

Les recourants ne développaient aucune critique de la décision attaquée, se bornant à répéter leurs arguments, de sorte que l'intimée ne pouvait que reprendre les motifs déjà exposés devant conduire au rejet de la requête de récusation.

23) La délégation du TAPI n'a pas formulé d'observations.

24) Dans leur réplique, les recourants ont relevé que la commune avait préavisé le projet dont elle retirerait directement une contrepartie et se verrait ainsi assurer un droit qu'elle n'aurait pas pu obtenir autrement. Elle était ainsi devenue partie prenante à l'opération immobilière et, donc, à l'autorisation de construire. En se plaçant sur un plan purement procédural, le magistrat avait préjugé du jugement à rendre sur le fond. L'absence de décision relative à la participation de la commune à la procédure revenait à valider le préavis municipal et, par conséquent, à rejeter les conclusions des recourants. En outre, la participation de la commune aurait un impact sur les frais de la procédure.

Par ailleurs, les recourants avaient sollicité « à maintes reprises » que le juge rende une décision relative à la participation de la commune à la procédure. Or, celui-ci n'avait rendu aucune décision et choisi d'avancer dans la procédure, ce qui laissait paraître « un profond soupçon de prévention ».

25) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

- 2) Les recourants concluent à la suspension de la cause 2_____ dans l'attente de l'issue de la présente procédure.

Ce chef de conclusions vise à obtenir la suspension d'une autre procédure que la présente cause relative à la récusation. La chambre de céans n'étant pas saisie de la cause 2_____, elle n'est pas compétente pour se prononcer sur celle-ci. La demande de suspension est donc irrecevable.

- 3) Les recourants font valoir que par sa manière d'instruire la cause, le magistrat a fait montre d'un parti pris et préjugé de l'issue de la procédure.

a. L'obligation d'impartialité de l'autorité découlant de l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) permet – indépendamment du droit cantonal – d'exiger la récusation des membres d'une autorité administrative dont la situation ou le comportement est de nature à faire naître un doute sur leur impartialité. Cette protection tend notamment à éviter que des circonstances extérieures à l'affaire ne puissent influencer une décision en faveur ou au détriment de la personne concernée. Elle n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective du membre de l'autorité est établie, car une disposition interne de sa part ne peut guère être prouvée. Il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle. Cependant, seules des circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération ; les impressions purement individuelles des personnes impliquées ne sont pas décisives (ATF 143 IV 69 consid. 3.2 ; 142 III 521 consid. 3.1.1 ; 131 I 24 consid. 1.1 ; 127 I 196 consid. 2b).

b. Selon l'art. 15A al. 1 LPA, les juges se récusent s'ils ont un intérêt personnel dans la cause (let. a), s'ils ont agi dans la même cause à un autre titre (let. b), s'ils se trouvent apparentés ou alliés d'une partie ou d'un représentant de partie (let. c à e) ou s'ils pourraient être prévenus de toute autre manière (let. f). Cette dernière disposition a la portée d'une clause générale recouvrant tous les motifs de récusation non expressément prévus aux lettres précédentes.

Les art. 15 et 15A LPA sont calqués sur les art. 47 ss du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC - RS 272), respectivement les art. 34 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), si bien que la jurisprudence rendue à leur sujet vaut en principe de manière analogique (arrêt du Tribunal fédéral 6B_621/2011 du 19 décembre 2011 consid. 2.2).

c. Des décisions ou des actes de procédure viciés, voire arbitraires, ne fondent pas en soi une apparence objective de prévention. En raison de son activité, le juge est contraint de se prononcer sur des questions contestées et délicates ; même si elles se révèlent par la suite erronées, des mesures inhérentes à l'exercice normal de sa charge ne permettent pas encore de le suspecter de parti pris ; en décider autrement reviendrait à dire que tout jugement inexact, voire arbitraire,

serait le fruit de la partialité du juge, ce qui est inadmissible. Seules des erreurs particulièrement lourdes ou répétées, constitutives de violations graves des devoirs du magistrat, peuvent ainsi justifier une suspicion de partialité, pour autant que les circonstances corroborent objectivement l'apparence de prévention (ATF 138 IV 142 consid. 2.3 ; 125 I 119 consid. 3e; ATF 116 Ia 135 consid. 3a).

Il appartient aux juridictions de recours compétentes de constater et de redresser les erreurs éventuellement commises dans ce cadre. La procédure de récusation n'a donc pas pour objet de permettre aux parties de contester la manière dont est menée l'instruction et de remettre en cause les différentes décisions incidentes prises (ATF 143 IV 69 consid. 3.2 et les références citées).

d. En l'espèce, il est exact que le juge dont la récusation est demandée a procédé à l'échange d'écritures et poursuivi l'instruction de la cause sans y associer la commune, alors que les recourants ont expressément demandé que tel soit le cas. Il a, parallèlement à l'échange d'écritures ordonné, invité les recourants à préciser les motifs pour lesquels la commune revêtait selon eux la qualité de partie et invité celle-ci à se prononcer sur cette question. Le magistrat a exposé, dans ses déterminations sur la requête de récusation devant la délégation du TAPI, qu'il entendait ensuite rendre une décision relative à la qualité de partie de la commune ; la demande en récusation avait retardé cette décision.

Les recourants, bien qu'ils critiquent la manière de conduire la procédure, ne soutiennent pas que celle-ci serait contraire à une disposition légale ou constitutionnelle. En outre, quand bien même tel serait le cas, l'erreur de procédure ne constituerait en tant que telle une cause de récusation que si elle était particulièrement grave, ce que les recourants ne font toutefois, à juste titre, pas valoir. En effet, il n'apparaît pas que le fait d'instruire sous forme d'incident la qualité de partie de la commune, tout en instruisant, en parallèle, le fond de la cause sans que celle-ci n'y participe, contrevienne de manière flagrante à une disposition légale ou un droit constitutionnel, qui laisserait suspecter une partialité du juge.

Contrairement à ce qu'allèguent les recourants, l'instruction menée par le président de la 1^{ère} chambre du TAPI ne dénote pas de parti pris en leur défaveur. Ils n'exposent d'ailleurs pas en quoi le fait de ne pas associer, dès le début de la procédure, la commune à l'échange d'écritures et de traiter la qualité de partie de celle-ci comme un incident de procédure serait susceptible d'être interprété comme une prévention en faveur ou défaveur d'une partie. En particulier, l'admission ou l'exclusion de la commune en qualité de partie n'est pas de nature à fournir des indications sur les intentions du juge d'admettre ou de rejeter le recours. Les recourants n'expliquent, au demeurant, pas quel serait le lien entre un éventuel refus de reconnaître la qualité de partie à la commune et l'issue de la procédure.

Enfin, les recourants ne sauraient tirer argument du fait que le juge ne s'est pas encore prononcé sur la qualité de partie de la commune, dès lors qu'ils ont formé la requête en récusation le lendemain de la détermination de la commune à ce sujet. La récusation étant précisément fondée sur la problématique de la qualité de partie de la commune, le magistrat, qui a indiqué qu'il s'apprêtait à statuer sur ce point, se devait d'attendre l'issue de la procédure de récusation. Il ne pouvait, en effet, se prononcer sur cette question, alors que son impartialité était contestée.

En conclusion, en l'absence d'éléments objectifs susceptibles de créer l'apparence d'une prévention, la requête de récusation est infondée. Le recours sera ainsi rejeté.

- 4) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 800.- sera mis à la charge des recourants (art. 87 al. 1 LPA), qui s'acquitteront d'une indemnité de procédure de CHF 800.- en faveur de l'intimée, qui y a conclu (art. 87 al. 2 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à l'autorité intimée, qui s'en est rapportée à justice.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 12 octobre 2020 par Madame A_____, Monsieur B_____ et Monsieur C_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 4 septembre 2020 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 800.- à la charge solidaire de Madame A_____ et Messieurs B_____ et C_____ ;

dit qu'une indemnité de procédure de CHF 800.- est allouée à E_____ SA, à la charge solidaire de Madame A_____ et Messieurs B_____ et C_____ ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux

conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Didier Bottge, avocat des recourants, à Monsieur D_____, juge au Tribunal administratif de première instance, à Me François Canonica, avocat de E_____ SA, au département du territoire ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mmes Krauskopf et Lauber, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

F. Cichocki

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :