

MICHAËL FLAKS

Titulaire du Brevet d'Avocat

Anc. Directeur général de l'Intérieur

Anc. Juge suppléant au Tribunal de Première instance

Monsieur Jean-Michel Karr
Conseiller administratif délégué
Commune de Chêne-Bougeries
Route de Chêne 136
1224 Chêne-Bougeries

Genève, le 8 novembre 2021

Concerne : obligation de récusation d'un membre du Conseil municipal lorsqu'une planification directrice communale, tel qu'un PDCom est l'objet traité

Monsieur le Conseiller administratif,

Vous m'avez demandé de vous apporter mon éclairage portant sur la question de l'obligation de récusation de membres du Conseil municipal tant au niveau des débats et votes en commission que lors des votes en séance du Conseil municipal lorsqu'une planification directrice communale, tel qu'un Plan Directeur Communal (PDCom) est l'objet traité.

1. L'obligation d'abstention en général

L'obligation de s'abstenir se rapporte à la garantie constitutionnelle d'impartialité d'une autorité administrative appelée à prendre une décision et consacrée sur le plan fédéral par les articles 29 et 30 alinéa 1 de la Constitution fédérale, du 18 avril 1999 (ci-après : Cst). Elle est concrétisée notamment par les règles de récusation inscrites dans la loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968, (ci après : PA), la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 1968 (ci-après : LTF) et les lois cantonales de procédure administrative et pour Genève, la loi sur la procédure administrative (ci-après : LPA - E 5 10).¹

¹ Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, 2^{ème} éditions, Schulthess 2018, pp. 515 et 516

Les principes qui en découlent permettent la récusation d'un membre d'une autorité dont la situation ou le comportement est de nature à faire naître un doute sur son impartialité.²

2. L'obligation d'abstention en matière communale

Dès lors que les autorités communales, les services et les institutions qui en dépendent sont des autorités administratives au sens des articles 5 PA et 5 lettre f LPA, les exigences d'impartialité qui gouvernent la procédure administrative en matière de décision leur sont applicables.

Par exemple, un membre du conseil municipal, riverain ou propriétaire d'une parcelle visée par un plan localisé de quartier comprenant un programme de construction dans sa commune pourrait-il participer et voter dans le cadre des débats en séance de commission ou en séance plénière portant sur l'adoption de ce même plan ? Cette question souligne la notion du devoir de récusation d'un membre d'une autorité administrative afin de garantir l'impartialité de celle-ci lorsqu'elle est appelée à prendre une décision sur un objet pouvant avoir des conséquences directes sur l'un de ses membres.³

Ces exigences ne s'appliquent toutefois à une autorité que lorsque celle-ci rend une décision. En matière communale, les délibérations prises par les conseils municipaux ne constituent pas toutes des décisions au sens de l'article 4 alinéa 1 LPA. Notamment, les actes généraux et abstraits tels que des règlements ou des arrêtés sont donc d'emblée exclus du champ d'application de la loi sur la procédure administrative.⁴

Diverses dispositions traitent en droit genevois de la question de la récusation, plus précisément de l'abstention obligatoire lors des débats en commission ou en séance plénière du Grand Conseil ou des communes, lorsqu'un élu aurait un intérêt personnel direct à l'objet débattu.

L'article 23 de la loi sur l'administration des communes, du 13 avril 1984 (ci-après LAC ; RSG B 6 05) prescrit l'obligation de s'abstenir des membres des autorités municipales (Exécutif ou Conseil municipal) qui ont un intérêt

² ATF 125 I 122

³ Bulletin du service de surveillance des communes - Info communes - n° 1 avril 2017

⁴ Idem

personnel direct à l'objet soumis à la délibération et ne peuvent dès lors intervenir dans la discussion ni voter.⁵

L'article 53 du règlement du Conseil municipal de la Commune de Chêne-Bougeries, du 11 mai 2017 (ci-après Règlement ; LC 12 111) est semblable à celle de la LAC.⁶

De son côté, l'article 24 de la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève, du 13 septembre 1985 (ci-après LRG ; B 1 01) décrit les conditions selon lesquelles un membre du Parlement cantonal a l'obligation de s'abstenir.⁷

A une nuance près, qui sera examinée plus loin, cette norme est très similaire dans son fondement à celles précitées.

En matière communale, l'obligation d'abstention des articles 23 LAC et 53 du Règlement comprend trois conditions cumulatives :

- 1) la personne concernée doit revêtir les fonctions de conseiller administratif, de maire, d'adjoint ou de conseiller municipal et
- 2) elle doit avoir un intérêt personnel direct pour elle-même, ses ascendants, frères, sœurs, conjoints, partenaire enregistré, ou alliés au même degré et

⁵ **Art. 23 Obligation de s'abstenir**

Dans les séances du conseil municipal et des commissions, les conseillers administratifs, les maires, les adjoints et les conseillers municipaux qui, pour eux-mêmes, leurs ascendants, descendants, frères, sœurs, conjoint, partenaire enregistré, ou alliés au même degré, ont un intérêt personnel direct à l'objet soumis à la délibération, ne peuvent intervenir dans la discussion ni voter.

⁶ **Art. 53 Abstention obligatoire**

Dans les séances du Conseil municipal et des commissions, les membres du Conseil administratif et les membres du Conseil municipal qui, pour eux-mêmes, leurs ascendants, descendants, frères, sœurs, conjoint, partenaire enregistré ou alliés au même degré, ont un intérêt personnel direct à l'objet soumis à la délibération, ne peuvent intervenir dans la discussion ni voter.

⁷ **Art. 24 Obligation de s'abstenir**

¹ Dans les séances du Grand Conseil et des commissions, les députés qui, pour eux-mêmes, leurs ascendants, descendants, frères, sœurs, conjoint, partenaire enregistré, ou alliés au même degré, ont un intérêt personnel direct à l'objet soumis à la discussion, ne peuvent intervenir ni voter, à l'exception du budget et des comptes rendus pris dans leur ensemble.

² Il en va de même lorsqu'ils ont collaboré à l'élaboration de la proposition ou de la position du Conseil d'Etat en qualité de membre de l'administration cantonale.⁽¹¹³⁾

³ Par intérêt personnel direct, on entend un intérêt matériel ou financier. Ne sont pas comprises les normes générales et abstraites.

- 3) cet intérêt personnel direct doit concerner l'objet soumis à la délibération.⁸

La première condition est claire. Elle concerne les personnes membres de l'exécutif ou du conseil municipal en fonction au moment du traitement de l'objet.

La seconde condition est plus complexe dans son interprétation et nécessite une brève casuistique.

Tanquerel souligne que les membres des autorités administratives appelés à rendre une décision doivent se récuser, s'ils ont un intérêt personnel dans l'affaire ou s'ils ont des liens de parenté jusqu'à un certain degré avec une partie, s'ils représentent une partie ou ont agi pour une partie dans la même affaire ou si, pour d'autres raisons, ils pourraient avoir une opinion préconçue dans l'affaire, en d'autres termes si leur impartialité pourrait être suspectée.

La suspicion de partialité peut résulter de circonstances propres à une personne ou de l'organisation même du système de décision. La Constitution n'impose ainsi pas l'indépendance et l'impartialité comme maxime d'organisation d'autorités gouvernementales, administratives ou de gestion. Ces autorités ne sauraient, par exemple, être récusables au seul motif qu'elles ont déjà pris position sur une question devant le parlement ou lors d'une campagne référendaire.

Une appréciation spécifique est nécessaire dans chaque situation particulière.⁹

Dans cette mesure, l'obligation de s'abstenir prévue à l'article 23 LAC et partant de l'article 53 du Règlement nécessite l'examen de chaque situation particulière faisant l'objet de la délibération.

La doctrine et la jurisprudence qui sont rares en la matière ont toutefois relevé qu'une application stricte des règles de récusation à l'égard des membres d'autorités législatives démocratiquement élues peut entrer en conflit avec la nature de la démocratie représentative.

En effet, ces membres ont été élus afin de représenter la volonté et les intérêts de leurs électeurs, qui peuvent aussi provenir de divers milieux professionnels, associatifs ou privé ; ils doivent pouvoir exprimer ceux-ci de manière

⁸ Bulletin du service de surveillance des communes - Info communes - n° 1 avril 2017

⁹ Tanquerel, op.cit. pp. 516 et 517 et jurisprudences citées.

régulière par leur vote au sein des parlements et ne pas faire ainsi l'objet d'un devoir trop large de récusation.

Le lien entre ses propres intérêts et l'objet soumis doit être particulièrement évident et direct afin que les motifs de récusation ne soient pas trop sévères.

La notion de récusation doit donc être interprétée de manière restrictive. Elle doit être l'exception, la règle étant la liberté d'intervention.

- Par exemple, le lien sera direct et évident s'agissant d'un président de tennis-club en faveur duquel le conseil municipal doit décider d'autoriser la commune à cautionner la construction de nouvelles infrastructures. Ce sera également le cas d'un membre du conseil, vendeur de sa parcelle, et qui a par conséquent un intérêt à ce que le prix de vente soit le plus élevé possible, ce qui est contraire à l'intérêt de la commune d'acquérir ce terrain au prix le plus intéressant possible.
- Un conseiller municipal dont l'étude d'avocats est mandatée par la commune dans le cadre d'un projet de construction doit se récuser à chaque fois que ce sujet sera porté à l'ordre du jour.
- Le conjoint d'un notaire mandaté par la commune pour établir un acte notarié sur la vente d'un immeuble doit se récuser.
- Le membre du conseil, locataire dans un bâtiment dont le conseil doit décider de la vente doit se récuser.
- Un membre actionnaire de l'un des conseils de la commune et administrateur d'une société immobilière dont la commune possède des parts doit se récuser dans le cadre d'un préavis municipal portant sur la vente d'actions de cette société.
- On peut encore mentionner le cas d'un membre du conseil, directeur d'un établissement financier auprès duquel la commune doit contracter un emprunt. Il devra s'abstenir.
- Un membre du conseil municipal ne doit pas forcément se récuser en raison de sa qualité de membre d'une association qui a formé opposition à un projet communal mis à l'enquête publique et qui doit faire l'objet d'un vote au conseil municipal. Il s'agit dans ce cas de bien faire la différence entre un intérêt personnel qui entraînerait la récusation (par exemple si le conseiller municipal est propriétaire d'une parcelle touchée par le projet) et un intérêt collectif qu'un élu membre d'une association se doit de porter

publiquement (intérêt à conserver le patrimoine architectural de la commune par exemple), y compris devant le conseil, librement et sans devoir se récuser

Le Tribunal fédéral a souligné également qu'un devoir de récusation dans un processus de décision démocratique - cela vise notamment les votes au sein d'un parlement élu par le peuple - ne pouvait s'appliquer en principe qu'aux membres de l'autorité qui ont un intérêt personnel particulier au résultat du vote et que de façon générale, un tel intérêt personnel particulier devait être nié par exemple en présence d'arrêtés ou de décisions sur le statut du personnel.¹⁰

La troisième condition est claire. Elle est relative à un intérêt personnel direct qui doit avoir trait à un objet soumis à délibération. Dès lors, seules les délibérations énumérées exhaustivement à l'article 30 LAC sont visées par les articles 23 LAC et 53 du Règlement, à l'exclusion des objets relatifs à la fonction consultative du Conseil municipal découlant de l'article 30A LAC qui s'exprime dans tel cas par voie de résolution.

Contrairement aux communes, tel n'est pas le cas pour les membres du Grand Conseil qui ont une obligation d'abstention générale en cas d'intérêt personnel direct à l'objet soumis à la discussion au sens de l'article 24 LRGC, sans aucune distinction selon l'objet traité ou la nature de celle-ci.

A noter que la Chambre administrative de la Cour de Justice a toutefois rejeté un recours portant sur l'élection par le Grand Conseil du Procureur général, suite à la démission en cours de mandat du titulaire de la fonction. L'un des membres du Parlement a voté pour lui-même et a été élu à une voix près, la sienne.¹¹

3. Obligation d'abstention dans le cadre du processus d'adoption d'un Plan Directeur Communal (PDCom)

Pour mémoire, le plan directeur communal (PDCom) est un instrument de planification qui fixe les orientations stratégiques de développement territorial de la commune, à moyen terme (10 à 15 ans).¹²

¹⁰ Bulletin du service de surveillance des communes, op.cit. et jurisprudences citées ; JdT 1999 I p. 206, 208 ; JdT 1999 I 208 ; JdT 1987 I 541.

¹¹ ATA /769/2011

¹² Directives pour l'élaboration des plans directeurs communaux de 2^e génération, mars 2016

Il détermine les buts à atteindre, exprimés sous la forme d'objectifs et il trace une voie pour y parvenir, exprimés sous la forme de principes et mesures d'aménagement. Le PDCom développe la vision territoriale des autorités communales et s'inscrit dans le cadre fixé par le plan directeur cantonal (PDCn) et par les documents de planification à l'échelle régionale et/ou intercommunale, dont il précise le contenu à l'échelle locale.

Instrument de concertation et de négociation, le PDCom est l'outil privilégié de dialogue entre canton et commune et avec la population. Il constitue une planification contractuelle qui lie les autorités cantonale et communale entre elles et a force obligatoire pour celles-ci. Une fois adopté par le Conseil d'État sous forme d'arrêté, il n'est pas publié dans la FAO, mais simplement communiqué à l'exécutif communal puis publié sur le site internet de l'État de Genève.

L'article 10 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, du 4 juin 1987 (ci-après : LALAT ; L 1 30) décrit le processus d'adoption d'un Plan directeur localisé. L'article 10 alinéa 7 dispose que le conseil municipal adopte le plan sous forme de résolution. Au sens de l'article 10 alinéa 8 LALAT, il ne produit aucun effet juridique à l'égard des particuliers, lesquels ne peuvent former aucun recours à son encontre, ni à titre principal, ni à titre préjudiciel.

Dans le cas précis du PDCom de Chêne-Bougeries, on constate que le processus tel que décrit ci-dessus a été suivi scrupuleusement par la Commune, et notamment en concertation étroite avec le département du territoire.

4. Conclusion

En réponse à votre question, et dès lors que, comme examiné ci-dessus, un PDCom est adopté par le conseil municipal sous forme de résolution au sens de l'article 10 alinéa 7 LALAT, soit dans le cadre de ses fonctions consultatives au sens de l'article 30A LAC, une éventuelle obligation d'abstention d'un membre de votre Conseil municipal en raison d'un possible intérêt personnel direct à l'objet lors des travaux en commission ou en séance plénière relatifs au PDCom de la Commune n'est pas requise selon les articles 23 LAC et 53 du Règlement. En effet ces dispositions prescrivent qu'une telle obligation d'abstention est cas échéant examinée dans le cadre des fonctions délibératives du Conseil municipal énumérées exhaustivement à l'article 30 LAC.

Comme évoqué ci-dessus, une appréciation spécifique est nécessaire dans chaque situation particulière.

En cas de doute, et dans ces circonstances, le service de surveillance des communes (SSCO) a recommandé en 2017 que le bureau du Conseil municipal examine à titre préjudiciel une éventuelle obligation de s'abstenir dans le cadre des discussions ou votations relatives à un objet soumis à délibération. Ceci fait, le bureau effectuerait ensuite une pesée des intérêts de la situation, en tenant compte des critères évoqués ci-dessus, le président du Conseil municipal informant alors l'intéressé de la position adoptée par le bureau.¹³

J'espère avoir répondu à vos questions et je demeure bien entendu à votre entière disposition pour toute autre précision que vous pourriez souhaiter.

Je vous prie de recevoir, Monsieur le Conseiller administratif, l'assurance de ma haute considération.



Michaël Flaks

¹³ Bulletin du service de surveillance des communes - Info communes - n° 1 avril 2017