

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1482/2006-DCTI

ATA/215/2007

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 8 mai 2007

dans la cause

COMMUNE DE COLOGNY

représentée par Me François Bellanger, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DES CONSTRUCTIONS ET DES TECHNOLOGIES DE
L'INFORMATION**

et

**COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIÈRE DE
CONSTRUCTIONS**

et

Monsieur Jean-Éric FREUDIGER

Madame Véronique FROIDEVAUX

Madame Sybille HAUSSER

Monsieur Claude LECLERC

Madame Patricia Michèle MAÎTRE GIACOMETTI

représentés par Me Olivier Wehrli, avocat

EN FAIT

1. La commune de Cologny (ci-après : la commune) est propriétaire de la parcelle n° 392 feuille 30 de la commune de Cologny, à l'adresse 11, chemin des Pêcheurs.

Cette parcelle, classée en 5^{ème} zone de construction au sens de l'article 19 alinéa 3 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1987 (LaLAT - L 1 30) est située au débouché sur le lac, du chemin des Pêcheurs au lieu-dit La Belotte. Elle est également incluse dans le périmètre à protéger défini dans la loi sur la protection générale des rives du lac du 4 décembre 1992 (LPGRL - L 4 10).

Elle comporte un bâtiment exploité sous forme d'un hôtel-restaurant à l'enseigne café-restaurant de La Belotte (ci-après : le restaurant). En limite de propriété avec la parcelle n° 393 se trouve trois hangars.

2. Monsieur Jean-Eric Freudiger et Madame Patricia Maître Giacometti sont copropriétaires de la parcelle n° 409 à l'adresse 19, route de Thonon. Monsieur Claude Leclerc et Madame Véronique Froidevaux sont deux des trois copropriétaires de la parcelle n° 390 à l'adresse 9, chemin des Pêcheurs. Madame Sybille Hausser est propriétaire de la parcelle n° 1763 à l'adresse 17bis, chemin des Pêcheurs (ci-après : les voisins ou les intimes).
3. Le 21 décembre 2004, la commune a déposé auprès du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement, devenu depuis lors le département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : le département) une demande en autorisation de construire ayant pour objet la rénovation du restaurant et l'agrandissement de la cuisine, sous forme d'une annexe de 74,17 m² accolée à la façade nord du bâtiment existant. Cette demande a été enregistrée sous n° DD 99621-3.
4. Le même jour, la commune a déposé auprès du département une autorisation de démolir les trois hangars, enregistrée sous le n° M 5511-3.
5. Les préavis recueillis par le département dans le cadre de l'instruction de la demande en autorisation de construire ont été les suivants :
 - Après s'être rendue sur place, la sous-commission monuments et architecture (SCMA) de la commission des monuments de la nature et des sites (CMNS) du département a déclaré n'avoir pas d'objection au principe de l'intervention projetée qui tendait vers une mise en valeur du bâtiment et de son environnement proche. Toutefois, elle demandait un projet modifié qui maintienne intégralement le mur de refend adjacent à

l'escalier existant au niveau du rez-de-chaussée. Elle demandait également un complément d'information relatif au choix des matériaux et précisait que le service cantonal d'archéologie devrait être contacté avant le début des travaux (préavis du 23 mars 2005).

La commune a présenté un projet modifié le 5 avril 2005.

- La sous-commission nature et sites (SCNS) de la CMNS s'est déclarée favorable, retenant que, eu égard à la LPGRL, elle n'avait pas d'objection à formuler. Elle n'était pas opposée aux dérogations prévues à l'article 15 de la loi sur les eaux du 5 juillet 1961 (LE - L 2 05), considérant l'implantation de l'annexe nécessaire à la rénovation du bâtiment (préavis du 4 mai 2005).
 - Le service des monuments et des sites de la direction du patrimoine et des sites a déclaré n'avoir pas d'objection compte tenu notamment de ce que le dossier n° 3 du 5 avril 2005 avait été modifié dans le sens du préavis du 23 mars 2005 de la SCMA, sous réserve de recevoir un descriptif détaillé des travaux, que les structures du bâtiment existant soient conservées et que le service cantonal d'archéologie soit contacté avant le démarrage des travaux (préavis du 6 mai 2005).
 - Tous les autres préavis ont été favorables, celui de la nature et des paysages du département de l'intérieur de l'agriculture et de l'environnement émettant une réserve portant sur la conservation du platane sur le parking (préavis du 26 janvier 2005).
 - Le domaine de l'eau a également préavisé favorablement. Une partie de la construction projetée se trouvait à moins de 30 mètres du lac, soit en zone inconstructible au sens de l'article 15 alinéa 1 LE. Toutefois, les travaux projetés s'inscrivaient dans le cadre de l'article 15 alinéa 6 LE (préavis du 4 mai 2006).
 - Dans sa décision du 14 juin 2005, l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail a approuvé le plan d'aménagement, sous réserve que les dispositions de la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (LPE - RS 814.01) soient respectées, l'établissement ne devant pas provoquer de gêne olfactive dans le voisinage au sens de l'ordonnance sur la protection de l'air du 16 décembre 1985 (OPAIR - RS 814.318.142) ni de gêne sonore au sens de l'ordonnance sur la protection contre le bruit du 15 décembre 1986 (OPB - RS 814.41).
6. Les préavis recueillis dans le cadre de l'instruction de la demande en autorisation de démolir ont tous été favorables.
7. Les voisins ont présenté leurs observations au département.

En substance, ils ont relevé l'augmentation importante de la capacité du restaurant en même temps qu'une diminution drastique des places de parking. L'exploitation de l'établissement était déjà source de nuisances importantes pour les riverains. En été, la circulation sur le chemin des Pêcheurs - voie privée - était impossible. Le projet générerait une augmentation des nuisances sonores, de circulation et des problèmes de parking.

8. Par décisions du 14 juin 2005, le département a délivré les autorisations sollicitées, toutes deux publiées dans la Feuille d'Avis Officielle le 17 juin 2005.
9. Les voisins ont saisi la commission de recours en matière de constructions (ci-après : la commission) d'un recours contre l'autorisation de construire par acte du 12 juillet 2005.

Ils ont repris les griefs soulevés dans le cadre de leur opposition et ont réclamé que la commune verse aux débats une étude qu'elle avait commandée à Trafitec.

L'autorisation accordée violait les articles 22 alinéa 2 lettre a et 23 de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT - RS 700) ainsi que les articles 19 alinéa 3 et 26 de la LaLAT. S'agissant d'une construction en zone villa, une dérogation n'était concevable qu'après une pesée des intérêts que le département n'avait pas faite. Or, les conditions de dérogation cumulatives de l'article 19 alinéa 3 LaLAT n'étaient pas réalisées. Les inconvénients graves qui résulteraient pour le voisinage de l'exploitation de l'établissement s'opposaient à l'octroi d'une dérogation en application de l'article 26 LaLAT. Certes, l'établissement existait, mais le projet avait pour conséquence d'accroître de façon spectaculaire sa capacité (290 %), alors que dans le même temps le nombre de places de parc étaient réduites de manière drastique (51 %). L'autorisation violait également l'article 19 de la loi fédérale sur la protection des eaux du 24 janvier 1991 (LFEaux - RS 814.20) ainsi que l'article 15 LE, le projet ne constituant pas un agrandissement mesuré. La construction de l'annexe n'était ni nécessaire, ni indispensable, rien n'empêchant le maintien des cuisines dans le bâtiment actuel. Enfin, s'agissant de constructions nouvelles, les conditions des articles 16 et 17 OPAIR et 16 et 18 LPE n'étaient pas réalisées.

10. La commune a versé aux débats le rapport Trafitec établi en novembre 2003 dans le cadre d'un projet de parking souterrain lié à l'aménagement du restaurant.
11. Par décision du 17 février 2006, notifiée le 21 mars 2006, la commission a admis le recours et annulé l'autorisation de construire querellée. Se fondant sur les chiffres retenus par l'étude Trafitec susmentionnée, la commission a retenu que l'extension du restaurant sans création d'un parking proportionné serait la cause de nuisances graves pour les voisins. Il s'agissait d'inconvénients incompatibles avec la zone résidentielle, d'autant plus que le trafic serait beaucoup plus

important. En ce sens, l'article 26 LaLAT avait été violé. La commune ne saurait invoquer avec succès l'ancienneté du restaurant en zone résidentielle puisque l'importance des inconvénients ne serait plus du tout proportionnelle à celle qui existait actuellement. Elle en avait d'ailleurs parfaitement conscience puisqu'elle avait fait établir une étude en vue de créer un parking souterrain, projet qu'elle avait abandonné.

12. La commune a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée par acte du 24 avril 2006.

La commission avait retenu des faits erronés en se fondant notamment sur l'étude Trafitec réalisée dans le cadre d'un autre projet de construction, de beaucoup plus grande envergure, abandonné depuis lors. Dans le projet discuté, la capacité du restaurant serait de 78 couverts en salle et 80 en terrasse, soit moins que les 220 places actuelles. Une salle de banquet au 1^{er} étage pourrait recevoir 80 personnes au maximum. Le parking actuellement désordonné serait facilité par la création de 23 vraies places de stationnement.

La rénovation du restaurant ne créerait pas de nouvelles graves nuisances pour le voisinage comme l'affirmait à tort la commission, dès lors qu'il ne s'agissait pas d'une nouvelle activité mais uniquement de rénover et de transformer le restaurant existant. Les travaux permettraient une amélioration de la situation actuelle, notamment au niveau du parking. A cet égard, la commune relevait le préavis positif de l'OTC.

Compte tenu de ces éléments, c'était à juste titre que le département avait accordé la dérogation prévue à l'article 26 LaLAT et délivré l'autorisation sollicitée.

Elle conclut à l'annulation de la décision de la commission et à la confirmation de l'autorisation de construire du 14 juin 2005, avec suite de frais et dépens.

13. Dans leur réponse du 30 mai 2006, les voisins se sont opposés au recours. Ils ont persisté dans leur précédente argumentation, en ajoutant qu'une première demande d'agrandissement du restaurant avait été refusée par le Tribunal administratif par arrêt du 25 juin 1986.

14. Le 26 mai 2006, la commune a sollicité la suspension de la procédure en raison de pourparlers qu'elle menait avec le département.

Par courrier du 15 août 2006, la commune a informé le Tribunal administratif que les négociations susmentionnées n'avaient pas abouti.

15. Le département a présenté ses observations le 15 septembre 2006.

L'étude Trafitec sur laquelle s'était basée la commission ne concernait pas le projet en cours.

Les circonstances du cas d'espèce justifiaient que la dérogation prévue par l'article 26 alinéa 1 LaLAT soit accordée. Le restaurant existait depuis de nombreuses années déjà et le projet consistait principalement en une rénovation du bâtiment existant, avec une légère extension des surfaces visant à permettre la réalisation d'une cuisine moderne.

16. Par courrier du 22 septembre 2006, les voisins ont sollicité du tribunal un transport sur place afin que celui-ci puisse se rendre compte de visu de la situation.
17. Le 2 novembre 2006, le juge délégué à l'instruction de la cause a procédé à un transport sur place.

Les constatations suivantes ont été faites :

- La terrasse sud est une esplanade recouverte de gravier, arborisée. C'est là où se trouve le platane qui doit être protégé. La partie de la terrasse qui jouxte directement le bâtiment sera réservée au restaurant (10 tables de 4 personnes). Le projet vise à supprimer le parking sauvage qui se fait actuellement à cet endroit. 23 places de parking seront aménagées dont 17 en limite Est de la propriété, en lieu et place des hangars qui seront démolis, et 6 en épi en bordure de cette terrasse.

Le jardin côté lac est également recouvert de gravier, bordé de platanes et fait face au lac. Selon la commune, il n'est pas prévu d'affecter cet espace à l'usage de la terrasse pour le restaurant, encore que cela ne soit pas totalement exclu selon la saison, l'objectif poursuivi n'étant pas de multiplier les terrasses ni d'augmenter la capacité de l'établissement mais bien au contraire de privilégier la qualité de la restauration et de l'accueil.

- Le terre-plein nord est un espace bétonné sur lequel est prévue la construction de la nouvelle partie qui abritera la cuisine.
- A l'intérieur du bâtiment, le juge délégué a constaté l'existence de trois salles à manger. La première s'ouvre sur le lac et la terrasse sud. Les deux autres, qui communiquent entre elles, donnent sur cette dernière.
- La cuisine qui se trouve à l'arrière du bâtiment deviendra l'entrée de l'établissement avec un bar comportant 6 sièges, les locaux sanitaires, l'ascenseur et l'escalier d'accès au premier étage.

- Le sous-sol abrite des caves et n'est pas accessible au public. Le projet prévoit la création d'un carnotzet de 18 places dans lequel ne seront servies que des boissons à l'exclusion de nourriture.
- Les intimés ont confirmé qu'ils s'opposaient à tout agrandissement, car ils ne voulaient pas d'augmentation de la capacité d'accueil du restaurant.

La commune a affirmé que la structure interne du bâtiment ne serait pas touchée. L'établissement ne serait plus exploité comme hôtel et les chambres remplacées par une grande salle, utilisée comme salle de réunion/fumoir mais pas comme restaurant. L'utilisation simultanée de la salle du haut et de la salle du restaurant n'était pas exclue tout en étant précisé que les utilisateurs de celle-là ne pourraient pas y manger. La commune s'est référée à des situations de ce type existant déjà au Lion d'Or à Cologny et à La Chaumière à Troinex.

La commune a pris l'engagement que le nouvel établissement n'excéderait pas 80 places, extérieur et intérieur compris. Cette affirmation a été contestée par les intimés pour lesquels le but de la commune était d'augmenter la capacité du restaurant, preuve en était l'intitulé de la demande : « agrandissement du restaurant ».

La commune a encore précisé que le projet était devisé à CHF 3'100'000.- mais qu'elle avait l'intention de le réduire à CHF 2'200'000.- voire CHF 2'300'000.-. Pour ce faire, elle envisageait la suppression de l'escalier extérieur, une réduction de l'agrandissement de la cuisine, voire la suppression de l'ascenseur intérieur, entre autres.

18. Le 6 novembre 2006, le département a confirmé au Tribunal administratif que le bâtiment n'était pas inscrit à l'inventaire.
19. A la demande du Tribunal administratif, la commune a pris les engagements suivants par courrier du 11 janvier 2007 :
 - Le nouvel établissement sera destiné à accueillir 80 couverts au maximum, que ce soit à l'extérieur ou à l'intérieur.
 - La salle du premier étage ne sera pas utilisée comme salle de restaurant. Elle aura une affectation de salle de réunion ou de fumoir. A ce titre, elle pourra être utilisée simultanément avec la salle du restaurant. Toutefois, aucun plat ne sera servi. Les couverts mentionnés au point précédent correspondent à des places se trouvant au rez-de-chaussée du bâtiment ou sur la terrasse.
 - Le parking du restaurant sera clairement signalé comme étant réservé aux seuls utilisateurs du restaurant. Le futur exploitant, avec l'appui de

la commune, veillera au respect de cette réglementation. Si nécessaire, l'installation d'une barrière ou d'un autre dispositif approprié permettant de réserver l'accès au parking aux seuls clients du restaurant sera envisagé.

20. Les intimés se sont déterminés le 30 janvier 2007.

- Contrairement à ce que la commune tentait de plaider devant le Tribunal administratif, le projet litigieux était bel et bien un projet d'agrandissement et d'extension tel que mentionné dans l'autorisation de construire. La capacité d'hébergement de l'établissement public sera très largement supérieur à sa capacité actuelle alors que le nombre de places de parking sera simultanément réduit.
- Il ressortait des procès-verbaux des séances des 22 juin et 2 novembre 2006 du Conseil Municipal que l'exploitation du restaurant fera l'objet d'un bail à ferme qui devra comprendre un fermage minimum garanti. En d'autres termes, la commune était soucieuse d'obtenir un retour sur investissement estimé à CHF 3'100'000.- avec pour corollaire, que l'exploitant devra logiquement exploiter les locaux donnés à ferme au maximum de leur capacité. Dans ce contexte, les déclarations contenues dans le courrier du 11 janvier 2007 de la commune étaient dépourvues de toute valeur, l'exploitation étant déléguée à un tiers.
- Le procès-verbal de la séance du 22 juin 2006 du Conseil Municipal était révélateur des véritables intentions de la commune. Dans le cadre des négociations entreprises entre la commune et les opposants, une limitation de la capacité maximale du restaurant à 130, respectivement 110 personnes avait été discutée, tout comme une limitation de la sonorisation de la salle du premier étage. Ces propositions avaient été écartées tant par le Conseil Administratif que par le Conseil Municipal. Dans ces conditions, comment pouvait-on accorder le moindre crédit aux déclarations de la commune qui prétendait vouloir limiter la capacité à 80 personnes ?
- Quant au problème du parking, il ressortait notamment du rapport Trafitec que ce n'était pas tant les usagers du port qui squattaient le parking du restaurant mais bien plutôt les usagers du restaurant qui stationnaient de façon illicite dans le chemin des Pêcheurs.
- Enfin, il était douteux que la commune ait encore un intérêt au recours, si tant est qu'elle avait déposé une nouvelle demande d'autorisation de construire prudemment baptisée « rénovation du restaurant et aménagement du parking » publiée dans la Feuille d'Avis Officielle du 26 janvier 2007.

21. Le 27 février 2007, le département a précisé qu'il n'avait pas d'observation particulière à formuler au sujet du courrier du 11 janvier 2007 de la commune. Il relevait néanmoins que le nombre de couverts prévu par le projet était très nettement inférieur à ce qui prévalait actuellement, de sorte que la transformation projetée ne saurait être la cause d'inconvénients graves pour le voisinage.

22. Le juge délégué à l'instruction de la cause a ordonné l'apport du dossier DD 101034/1 faisant l'objet de la demande définitive d'autorisation de construire déposée par la commune le 12 décembre 2006.

Cette demande porte sur un projet qui ne prévoit pas la construction de l'annexe destinée à la cuisine.

23. Interpellée à ce sujet, la commune s'est déterminée le 16 mars 2007.

Si le projet susmentionné confirmait sa volonté d'exploiter un restaurant aux dimensions réduites, elle n'était pas certaine de pouvoir le réaliser. L'instruction de la demande était en cours et l'autorisation ne devrait pas intervenir avant plusieurs semaines, voire plusieurs mois. Il était par ailleurs vraisemblable que l'autorisation serait contestée par les voisins.

Dans ces conditions, elle entendait bénéficier de l'autorisation faisant l'objet de la procédure pendante devant le Tribunal administratif, étant précisé que cette autorisation ne serait utilisée que dans la mesure nécessaire à l'exploitation du restaurant selon la forme réduite choisie par la commune. En cas de confirmation de l'autorisation par le Tribunal administratif, la procédure d'autorisation DD 101034/1 deviendrait alors vraisemblablement sans objet.

24. Nantis de ces informations, les intimés ont relevé que la position de la commune confirmait le double langage pratiqué dans cette affaire. La commune entendait obtenir une autorisation de construire impliquant un agrandissement massif de la capacité du restaurant, tout en prétendant ne pas vouloir l'utiliser. En tout état, les deux projets étaient extrêmement différents et il était exclu qu'une autorisation puisse valoir pour un autre projet.

25. Du dossier l'on retiendra le rapport Trafitec du 11 novembre 2003.

Cette étude prenait en considération la demande de stationnement pour le restaurant et le port, tout en relevant que les caractéristiques du site ne rendraient vraisemblablement pas possible de satisfaire l'ensemble de la demande de stationnement durant les périodes de pointe.

Elle était effectuée sur la base de deux projets de rénovation du restaurant. Le premier prévoyait 200 places assises à l'intérieur et 200 places en terrasse, Trafitec estimant le nombre de couverts maximum en été à 300 et en hiver à 200.

Le second comportait 113 places assises à l'intérieur et 116 en terrasse, Trafitec estimant le nombre de couverts maximum en été à 184 et en hiver à 136.

En l'état actuel, le nombre de places de stationnement était une case pour 2.1 couverts et à l'état futur une case de stationnement pour 2.5 couverts. La norme VSS retenait une case de stationnement pour 3 couverts.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. a. Selon l'article 60 lettre b LPA, ont qualité pour recourir toutes les personnes qui sont touchées directement par une décision et ont un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée.

En matière de police des constructions, les voisins dont les intérêts sont lésés de façon directe et spéciale peuvent recourir (ATA/23/2007 du 23 janvier 2007 et les références citées).

En l'espèce, les intimés sont propriétaires de parcelles jouxtant immédiatement la parcelle litigieuse. En tant que voisins directs de la parcelle en cause, leur qualité pour agir ne prête pas à discussion.

3. a. Une autorisation de construire ne peut être délivrée que si la construction ou l'installation est conforme à l'affectation de la zone (art. 22 al. 2 LAT).
- b. Selon l'article 19 alinéa 3 de la LaLAT, la cinquième zone est une zone résidentielle destinée aux villas.
- c. Lorsque les circonstances le justifient et s'il n'en résulte pas d'inconvénients graves pour le voisinage, le département peut déroger aux dispositions des articles 18 et 19 quant à la nature des constructions (art. 26 al. 1 LaLAT).
4. L'autorité administrative jouit d'un large pouvoir d'appréciation dans l'octroi de dérogations. Cependant, celles-ci ne peuvent être accordées ni refusées d'une manière arbitraire. Quant aux autorités de recours, elles doivent examiner avec retenue les décisions par lesquelles l'administration accorde ou refuse une dérogation et sont tenues de contrôler si une situation exceptionnelle justifie l'octroi de ladite dérogation, notamment si celle-ci répond aux buts généraux poursuivis par la loi, qu'elle est commandée par l'intérêt public ou d'autres intérêts privés prépondérants ou encore lorsqu'elle est exigée par le principe de

l'égalité de traitement, sans être contraire à un intérêt public (ATF 117 IA 146-147 consid. 4 et 117 a b 134, consid. 6 d ; ATA/792/2004 du 19 octobre 2004 et les références citées ; P. MOOR, Droit administratif, 2^{ème} éd., vol. I n° 4.3.2.3, pp. 376 et 379).

5. Selon la jurisprudence, il convient d'adopter une interprétation restrictive de l'article 26 alinéa 1 LaLAT, en tout cas lorsque l'on entend appliquer cette disposition à la cinquième zone. En effet, la condition de l'absence d'inconvénients graves pour le voisinage est identique à celle qui est posée pour la tolérance d'activités professionnelles dans une partie d'une habitation (art. 19 al. 3 2ème phrase LaLAT). Seule la condition de « circonstances qui le justifient » distingue donc la tolérance conforme à l'affectation de la zone et la réelle dérogation. Cette condition doit, par conséquent, avoir une consistance certaine, sauf à vider de son sens, par le biais des dérogations, la réglementation expressément voulue par le législateur (ATA/389/1998 du 23 juin 1998).
6. Les circonstances visées à l'article 26 alinéa 1 LaLAT doivent donc être à la fois particulières, en ce sens que la situation considérée doit être réellement exceptionnelle dans le cadre de la zone, et suffisamment importantes pour justifier que l'intérêt public au respect de l'affectation de la zone, consacré par le législateur, cède face à un intérêt public ou privé prépondérant (ATA/255/1997 du 22 avril 1997).
7. La notion de circonstances particulières de cette disposition est un concept juridique indéterminé laissant une certaine latitude à l'autorité administrative. Mais une dérogation ne peut être ni accordée, ni refusée de manière arbitraire (SJ 1987 397-398 ; ATA/255/1997 précité). Tel est le cas lorsque la décision repose sur une appréciation insoutenable des circonstances et inconciliable avec les règles du droit et de l'équité et se fonde sur des éléments dépourvus de pertinence ou néglige des facteurs décisifs (ATA/554/2006 du 17 octobre 2006 et les références citées).
8. Dans l'appréciation des circonstances justifiant une dérogation, il convient aussi de prendre en considération le caractère ou l'évolution d'un quartier, le genre et la destination du projet qui, sans être immédiatement compatible avec les normes de la zone, se révèle admissible compte tenu des circonstances (ATA/554/2006 précité).

Le tribunal de céans a notamment jugé que l'antériorité d'une installation pouvait constituer un motif justifiant l'octroi d'une dérogation (ATA/649/2004 du 24 août 2004 ; ATA/757/1994 du 22 novembre 1994).

9. En l'espèce, le restaurant est exploité depuis des décennies. Certes, dans son arrêt du 25 janvier 1986, le tribunal de céans avait dénié à cet immeuble la « Besitzstandsgarantie » au motif que les travaux alors projetés constituaient des

constructions nouvelles. Le projet actuellement discuté est beaucoup plus modeste puisqu'il ne porte que sur la construction d'une annexe d'une surface inférieure à 75 m² et l'aménagement d'un parking. Ainsi que l'a relevé la SCNS dans son préavis du 4 mai 2005, la construction de ce nouveau corps de bâtiment est indispensable à une exploitation rationnelle et moderne de l'établissement. Malgré le lac qui borde le canton, Genève compte très peu de restaurants au ras de l'eau et le fait de conserver un endroit agréable, d'une capacité d'accueil raisonnable, en effectuant si nécessaire les aménagements permettant d'honorer ces critères de qualité constituent autant de raisons particulières justifiant une dérogation. Sur ce point, la commune a pris l'engagement devant le tribunal de céans de limiter la capacité du restaurant à 80 couverts, de ne pas utiliser la salle du premier étage comme salle de restaurant mais uniquement pour des réunions et enfin de prendre les mesures nécessaires pour que l'utilisation du parking soit réservée à sa seule clientèle. Le tribunal de céans considérera ces engagements comme étant des conditions dont doit être assortie l'autorisation de construire et à ce titre, ils seront intégrés au dispositif du présent arrêt pour acquérir force obligatoire. Il s'ensuit que la première des conditions de l'article 26 alinéa 1 LaLAT est réalisée.

10. Reste à examiner si le département a exercé son pouvoir d'appréciation à bon escient eu égard à la seconde condition de l'article 26 alinéa 1 LaLAT, à savoir l'absence d'inconvénients graves pour le voisinage.

11. Les opposants invoquent des difficultés de circulation et plus particulièrement des problèmes de parking.

a. Le département peut refuser les autorisations prévues à l'article 1 LCI lorsqu'une construction ou une installation peut créer, par le trafic que provoque sa destination ou son exploitation, une gêne durable pour la circulation (art. 14 al. 1 let. e LCI). Contrairement aux dispositions cantonales concernant la limitation quantitative des nuisances, l'article 14 alinéa 1 lettre e LCI, qui tend à lutter contre un type de nuisances secondaires, conserve une portée propre (ATF 118 Ia 112 p. 114-115 ; ATA/889/2004 du 16 novembre 2004 ; ATA/5/2001 du 9 janvier 2001).

Selon la jurisprudence du Tribunal administratif, l'accroissement du trafic routier, s'il est raisonnable, ne crée pas une gêne durable, au sens de l'article 14 LCI (ATA/232/2006 du 2 mai 2006).

b. S'agissant du parking plus précisément, cette installation doit être examinée tout d'abord au regard du droit fédéral sur la protection de l'environnement (ATA/757/1994 précité) qui règle, depuis l'entrée en vigueur de la LPE la protection des personnes contre les atteintes nuisibles ou incommodes tel que le bruit (art. 1 LPE). Ce n'est qu'après avoir constaté la conformité de l'installation aux prescriptions fédérales que l'on peut déterminer si le droit cantonal fait obstacle au projet.

En effet, les dispositions cantonales qui n'ont pas pour seul but la limitation quantitative des nuisances conservent une portée propre (ATF 117 Ib 156 ; ATF 116 Ib 179 ss. ; ATF 114 Ib 214 ss.). De même, les règles cantonales d'affectation du sol destinées à définir les caractéristiques d'une zone, d'un quartier où son ambiance subsistent (ATF 117 Ib 156), tout comme celles régissant les effets indirects d'une installation ou les autres inconvénients pour les habitants des quartiers voisins (ATF 116 Ib 184 ; ATF 114 Ib 222 ; ATA du 7 juin 1994 en la cause D.).

Il convient tout d'abord de relever que l'installation projetée compte moins de 23 places. L'annexe 1 de l'ordonnance relative à l'étude d'impact sur l'environnement du 19 octobre 1988 (OEIE - RS 814.011) dispose que les parcs de stationnement pour plus de 300 voitures sont soumis à une étude d'impact au sens de l'article 4 de ladite ordonnance. En l'espèce, il n'y a donc pas lieu d'ordonner une étude d'impact (ATA/575/1994 du 22 novembre 1994).

Il résulte du dossier que l'OTC a donné un préavis favorable au projet.

c. Chaque fois que l'autorité administrative suit les préavis des commissions consultatives, l'autorité de recours doit s'imposer une certaine retenue, fonction de son aptitude à trancher le litige (ATA/129/2003 du 11 mars 2003 ; T. TANQUEREL, La pesée des intérêts vue par le juge administratif in C. A. MORAND, La pesée globale des intérêts, Droit de l'environnement et aménagement du territoire, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996, p. 201). Les autorités de recours se limitent à examiner si le département ne s'écarte pas sans motif prépondérant et dûment établi du préavis de l'autorité technique consultative, composée de spécialistes capables d'émettre un jugement dépourvu de subjectivisme et de considérations étrangères aux buts de protection fixés par la loi (ATA/646/1997 du 23 octobre 1997). S'agissant de la commission de recours en matière de constructions, celle-ci se compose de personnes ayant des compétences spéciales en matière de construction, d'urbanisme et d'hygiène publique (art. 143 al. 1 et 4 LCD). Formée pour partie de spécialistes, la commission peut ainsi exercer un contrôle plus technique que le Tribunal administratif (ATA/51/2006 du 31 janvier 2006 ; ATA/609/2004 du 5 août 2004 consid. 5b).

d. Lorsque la commission de recours s'écarte des préavis, le Tribunal administratif peut revoir librement l'interprétation des notions juridiques indéterminées et contrôler sous l'angle de l'excès et de l'abus de pouvoir, l'exercice de la liberté d'appréciation (ATA/51/2006 du 31 janvier 2006 ; ATA/609/2004 du 5 août 2004 ; ATA/177/1998 du 31 mars 1998 ; ATA/255/1996 du 7 mai 1996), et cela d'autant plus lorsque, comme en l'espèce, il a procédé à un transport sur place (ATA/648/2006 du 5 décembre 2006 et les références citées).

La commission s'est écartée sans aucune motivation du préavis de l'OTC au profit du rapport Trafitec. Or, ce document est étranger au projet actuellement discuté. Cela étant, il n'est pas inintéressant de relever la référence à la norme VSS qui retient une case de stationnement pour trois couverts. La capacité d'accueil du futur restaurant étant limitée à 80 couverts, le nombre de places de parc devrait être de 26.6. Sur la base de cet élément, l'on ne peut pas affirmer, comme le fait la commission, que la création d'un parking de 23 places est disproportionnée. Les quelque trois places manquantes restent dans une limite tout à fait acceptable.

Le Tribunal administratif retient pour sa part que les travaux auront pour conséquence la création d'un vrai parking à l'usage exclusif du restaurant ce qui devrait diminuer les nuisances liées à l'exploitation du restaurant sur le chemin des Pêcheurs.

12. S'agissant des éventuelles nuisances acoustiques et atmosphériques redoutées par les voisins, le Tribunal administratif ne peut que relever que l'OCIRT a rendu une décision favorable dont aucun élément du dossier ne permet de s'écarter sauf à faire un procès d'intention à la commune. En tout état, aussi bien l'OPB que l'OPAIR contiennent des dispositions dont il conviendra, cas échéant, de faire application.
13. Reste encore à examiner la compatibilité du projet avec l'article 15 alinéa 6 LE, selon lequel, les constructions et installations existantes dûment autorisées, qui peuvent être utilisées conformément à leur destination mais qui ne sont pas conformes à l'affectation de la zone, bénéficient en principe de la garantie de la situation acquise. Le département compétent peut autoriser la rénovation de telles constructions et installations, leur transformation partielle, leurs agrandissements mesurés ou leur reconstruction.

La LE constitue la loi d'application de la loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (LFE – RS 814.20) et de la loi fédérale sur l'aménagement des cours d'eau du 21 juin 1991 (LFACE – RS 721.100) notamment (art. 1 al. 2 LE).

La LFE ne contient pas de normes ayant directement trait aux limites entre les constructions et les cours d'eau. Les restrictions sont de droit cantonal et prévues respectivement par l'article 26 a LE, devenu l'actuel article 15 LE (ATA/792/2004 du 19 octobre 2004 et les références citées).

En l'espèce, l'annexe projetée ne respecte pas la limite des 30 mètres de l'article 15 alinéa 1 LE. Cela étant, la nouvelle construction d'une surface inférieure à 75 m² doit être considérée comme un agrandissement mesuré. Le département concerné a émis un préavis favorable à la dérogation prévue à l'alinéa 6 de cette même disposition légale. Au vu de la réserve que doit observer le tribunal de céans

face au préavis, il n'y a pas lieu de reprocher au département d'avoir abusé de son pouvoir d'appréciation en se fondant sur le préavis du service concerné, ce d'autant que les griefs des recourants relèvent à ce niveau d'une pure pétition de principe.

14. Au vu de ce qui précède, il faut admettre que les travaux projetés ne généreront pas d'inconvénients graves pour le voisinage. Le recours sera donc admis, la décision de la commission annulée et l'autorisation de construire DD 99621-3 rétablie et complétée comme énoncé ci-avant.

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge des intimés pris conjointement et solidairement et une indemnité de CHF 2'500.- sera allouée à la commune de Cologny, à la charge des intimés pris conjointement et solidairement (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 24 avril 2006 par la commune de Cologny contre la décision de la commission cantonale de recours en matière de constructions du 17 février 2006 ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision du 17 février 2006 de la commission cantonale de recours en matière de constructions ;

rétablit l'autorisation de construire DD 99621-3 du 14 juin 2005 ;

dit que l'autorisation de construire DD 99621-3 du 14 juin 2005 est assortie des conditions suivantes :

- La capacité d'accueil de l'établissement sera limitée à 80 couverts, intérieur et extérieur compris.
- La salle du premier étage ne sera pas utilisée comme salle de restaurant mais affectée à un usage de salle de réunion ou de fumoir. Aucun plat n'y sera servi.

- L'usage du parking sera réservé exclusivement à la clientèle du restaurant, toute mesure étant prise pour assurer le respect de cette utilisation exclusive.

met à la charge de Monsieur Jean-Eric Freudiger, de Mesdames Véronique Froidevaux et Sybille Hausser, de Monsieur Claude Leclerc et de Madame Patricia Michèle Maître Giacometti pris conjointement et solidairement un émolument de CHF 1'500.- ;

alloue à la commune de Cologny une indemnité de procédure de CHF 2'500.- à la charges de Monsieur Jean-Eric Freudiger, de Mesdames Véronique Froidevaux et Sybille Hausser, de Monsieur Claude Leclerc et de Madame Patricia Michèle Maître Giacometti pris conjointement et solidairement.

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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'article 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 François Bellanger, avocat de la recourante, au département des constructions et des technologies de l'information, à la commission cantonale de recours en matière de constructions, ainsi qu'à Me Olivier Wehrli, avocat de Monsieur Jean-Eric Freudiger, de Mesdames Véronique Froidevaux et Sybille Hausser, de Monsieur Claude Leclerc et de Madame Patricia Michèle Maître Giacometti.

Siégeants : M. Paychère, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del Gaudio-Siegrist

le président :

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :