

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1490/2010-DELIB

ATA/838/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 30 novembre 2010

dans la cause

Madame et Monsieur A_____

Madame et Monsieur B_____

Monsieur C_____

Monsieur D_____

Monsieur E_____

tous représentés par Me Jacques-Alain Bron, avocat

contre

CONSEIL D'ÉTAT

et

COMMUNE D'ONEX

EN FAIT

1. Le propriétaire de la parcelle n° S_____, feuille _____ de la commune d'Onex en zone 5, sise à l'adresse _____, a déposé une demande d'autorisation de construire (T_____) publiée dans la Feuille d'Avis Officielle (ci-après : FAO) du 23 mai 2008, pour un immeuble d'une surface brute de plancher (ci-après : SBP) correspondant à 44 % de la surface du terrain.

Par délibération n° U_____, le Conseil municipal de la commune d'Onex (ci-après : le Conseil municipal) a refusé d'accorder la dérogation de densité relative à ce projet, lors de sa séance du 9 décembre 2008. Le projet a en outre été refusé par le département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : DCTI).

2. Dans le courant de l'année 2009, un nouveau projet de construction sur la même parcelle a fait l'objet d'une demande d'autorisation de construire (V_____). Il portait sur la construction de quatre villas contiguës avec une SBP de 39,60 % de la surface du terrain et limitait les droits à bâtir sur les parcelles desservies par le chemin portant le numéro dp _____, à une densité de 0,25, respectivement 0,275, en cas de projet dit de haut standard énergétique (ci-après : HSE).

3. Selon le point 9 de l'ordre du jour de sa séance du 8 décembre 2009, le Conseil municipal devait se prononcer sur un projet de délibération présenté par le Conseil administratif relatif à une dérogation au rapport de surface avec un indice d'utilisation du sol de 39,60 % dans le cadre du projet de construction précité. Le projet de délibération n° W_____ (ci-après : délibération 1) était libellé comme suit :

"Le Conseil municipal sur proposition du Conseil administratif décide :

1) de refuser un indice d'utilisation du sol de 39,60 % pour le projet V_____ dans le cadre du projet de construction de quatre villas contiguës avec couverts à voiture et parking, sur la parcelle n° S_____ sise en 5^{ème} zone.

2) De limiter les droits à bâtir sur les parcelles desservies par le chemin situé sur le domaine public communal portant le numéro dp 1750 à une densité maximale de 0,25, respectivement 0,275 en cas de projets dits de haut standard énergétique. "

4. Au moment de l'examen du point 9 de l'ordre du jour, les débats ont été ouverts par la présentation du rapporteur du projet. Ensuite de nombreux conseillers municipaux et administratifs se sont exprimés sur ce sujet. Il ressortait

de ces interventions régulièrement inscrites au procès-verbal que les avis étaient très partagés sur la nécessité de densifier cette parcelle.

5. Un premier amendement proposé par un conseiller municipal a été soumis au vote, afin de supprimer le chiffre 2) du dispositif de la délibération 1. Il a été accepté par le Conseil municipal par 13 oui, 10 non et 1 abstention.
6. Un deuxième amendement a été proposé, puis soumis au vote, demandant la modification du libellé du chiffre 1) de la délibération 1. En effet, en cas de refus par le Conseil municipal du libellé proposé, aucun texte ne serait valablement adopté. Il convenait donc de remplacer « de refuser un indice d'utilisation du sol de 39,60 % » par « d'accepter un indice d'utilisation du sol de 39,60 % ». Cet amendement a été accepté par 13 oui, 11 non et 1 abstention.

A ce moment précis, un problème technique a empêché l'enregistrement de la séance. La partie manquante a été reconstituée et le texte du procès-verbal a été validé par le Conseil municipal lors d'une séance ultérieure
7. Le président a soumis le projet de la délibération 1 ainsi amendé au vote du Conseil municipal. Ce projet a recueilli 12 voix pour et 12 voix contre. L'art. 11 du règlement du Conseil municipal de la commune d'Onex disposant que le président ne prenait part au vote que pour départager en cas d'égalité des voix, il a voté non. Le projet de délibération 1, comportant l'acceptation de la dérogation, a ainsi été refusé.
8. Un nouveau débat s'est alors ouvert au Conseil municipal portant sur le même sujet. Selon un conseiller administratif, il ressortait du procès-verbal que le Conseil municipal devait accepter ou refuser d'accorder la dérogation requise. En votant non à la délibération 1, le conseil municipal avait refusé d'accepter l'indice d'utilisation du sol de 39,60%, mais techniquement, il n'avait pas adopté de texte disant qu'il refusait la dérogation alors qu'il devait se prononcer sur son octroi ou son refus.
9. L'un des conseillers municipaux a alors déposé immédiatement un nouveau projet de délibération, identique au projet n° W_____, qui demandait à nouveau de refuser la dérogation.
10. Un autre conseiller municipal a proposé un amendement à ce nouveau projet demandant de remplacer le terme "de refuser" par celui "d'accepter" expliquant qu'un membre de son groupe n'avait pas compris le sens du vote précédent. Une certaine confusion s'en est suivie, certains conseillers municipaux ne comprenant pas si on votait un amendement, le président faisant remarquer qu'ils refaisaient un vote qui avait déjà eu lieu.
11. A l'issue de ce débat, alors que l'enregistrement de la séance avait repris normalement, le Conseil administratif a demandé que la délibération refusant

« d'accepter un indice d'utilisation du sol de 39,60 % » soit soumise à nouveau au vote du Conseil municipal.

12. Le président du Conseil municipal a mis aux voix un vote de principe portant sur l'acceptation ou le refus de la dérogation au rapport de surfaces avec un indice d'utilisation du sol de 39,60 % dans le cadre du projet de construction précité. Le principe de la dérogation a été approuvé par 13 oui, 11 non et 1 abstention.

13. Un nouveau projet de délibération n° X_____ (ci-après : délibération 2) a été mis au vote, comprenant dans son dispositif "l'acceptation de la dérogation au rapport de surface avec un indice d'utilisation du sol de 39,60 % dans le cadre du projet de construction V_____".

14. Cette délibération 2 a été approuvée par 13 oui, 11 non et 1 abstention. Son texte était le suivant :

"le Conseil municipal sur proposition du Conseil administratif et par 13 oui, 11 non et une abstention, décide :

1) D'accepter un indice d'utilisation du sol de 39,60% pour le projet V_____ dans le cadre du projet de construction de quatre villas contiguës avec couverts à voiture et parking, sur la parcelle n° S_____ sise en 5^e zone.

2) De donner son accord à la dérogation prévue par la loi."

Dans son dispositif, la délibération 2 ne comportait aucune annulation de la délibération 1.

15. En date du 17 décembre 2009, Madame et Monsieur A_____, Madame et Monsieur B_____, Monsieur C_____, Monsieur D_____ et Monsieur E_____ ont déposé une plainte au Conseil d'Etat contre la délibération du Conseil municipal du 8 décembre 2009.

Le premier vote, aboutissant au refus de la dérogation, s'était déroulé de manière régulière conformément à la loi sur l'administration des communes du 13 avril 1984 (LAC - B 6 05) et au règlement du Conseil municipal. La volonté de ce dernier de refuser l'octroi de la dérogation avait ainsi été valablement exprimée. Dans ces conditions, le second vote n'aurait pas dû avoir lieu. Il n'était pas nécessaire de voter deux fois sur un objet soumis à délibération si le projet, tel qu'il était rédigé, était refusé. En conséquence, le Conseil d'Etat devait annuler la délibération 2 et constater la validité de la première délibération refusant la dérogation au rapport de surfaces avec un indice d'utilisation du sol de 39,60 % dans le cadre du projet de construction V_____.

Les époux A_____, les époux B_____, M. C_____ et M. D_____ étaient propriétaires de parcelles voisines de celle pour laquelle la dérogation avait été sollicitée, soit les parcelles n^{os} F_____, G_____, H_____ et I_____. M. E_____ était conseiller municipal de la ville d'Onex et avait participé à la séance du 8 décembre 2009.

16. Par acte du 18 décembre 2009, les personnes précitées ont interjeté recours par devant le Tribunal administratif en concluant à l'annulation de la délibération 2.

17. Le 4 janvier 2010, le Tribunal administratif a transmis le recours au Conseil d'Etat en lui impartissant un délai pour lui faire savoir s'il entendait annuler l'acte attaqué en application de l'art. 86 al. 1 LAC.

18. Interpellé par le Conseil d'Etat, le Conseil administratif de la ville d'Onex a pris position le 16 février 2010.

Lors de la délibération, les conseillers administratifs avaient considéré de bonne foi qu'une délibération devait être adoptée, qu'elle exprime une position positive ou négative sur la demande de dérogation. Ceci avait conduit le Conseil municipal à se prononcer une deuxième fois sur le même sujet dans la mesure où la première délibération n'avait pas été adoptée. L'absence de décision devait être comblée et la procédure lui paraissait correcte.

19. Egalement invité à se déterminer, le Conseil municipal a rappelé le déroulement de la séance et expliqué par courrier du 19 février 2010 qu'il considérait avoir agi correctement au vu du contexte.

Cependant, suite à la plainte et au recours des riverains, il lui semblait qu'il y avait un flou juridique, raison pour laquelle il s'en remettait à la décision du Conseil d'Etat et du Tribunal administratif.

20. Par arrêté du 24 mars 2010, le Conseil d'Etat, statuant en sa qualité d'autorité de surveillance des communes, a annulé les délibérations 1 et 2. En effet, la réelle volonté du Conseil municipal ne pouvait pas être établie, dans la mesure où elle ne ressortait pas clairement des débats du 8 décembre 2009, au cours desquels celui-ci avait valablement adopté deux délibérations contradictoires, la seconde n'annulant pas formellement la première. Il chargeait le Conseil administratif de présenter au Conseil municipal pour la prochaine séance utile une nouvelle délibération portant sur la dérogation au rapport de surfaces.

Cette décision a été communiquée au département de l'intérieur et de la mobilité (ci-après : DIM), à la commune d'Onex, à l'avocat des plaignants et recourants ainsi qu'au Tribunal administratif.

21. Par décision du 26 mars 2010, le Tribunal administratif a rayé la cause du rôle au motif que le recours était devenu sans objet, une indemnité de procédure de CHF 750.- étant allouée aux recourants, à charge de la commune d'Onex. Cette dernière a saisi le Tribunal administratif d'une réclamation sur indemnité qui a été rejetée par décision du 6 juillet 2010 (ATA/475/2010).

22. Par acte daté du 26 avril 2010, les mêmes recourants ont formé recours contre l'arrêté du Conseil d'Etat auprès du Tribunal administratif.

Le recours était recevable puisque l'arrêté constituait une décision au sens de l'art. 4 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). Par ailleurs, ils avaient qualité pour recourir, aussi bien comme voisins de la parcelle concernée qu'en leur qualité de citoyens.

L'arrêté n'était attaqué qu'en tant qu'il annulait la première délibération refusant la dérogation au rapport de surfaces alors que cette dernière avait été valablement adoptée. La seconde délibération, qui n'aurait jamais dû avoir lieu et qui accordait la dérogation, avait en revanche été annulée à juste titre par l'arrêté du Conseil d'Etat.

23. Dans ses observations du 27 mai 2010, le Conseil d'Etat a conclu à l'irrecevabilité du recours et, subsidiairement, à son rejet.

L'arrêté du Conseil d'Etat avait été rendu suite à la requête du Tribunal administratif du 4 janvier 2010, en application de l'art. 86 LAC. Le seul destinataire de cette décision était la commune d'Onex, soit pour elle son Conseil administratif. Les recourants n'étaient que les destinataires d'un courrier du 25 mars 2010 les informant de l'arrêté du Conseil d'Etat. Les intérêts des recourants n'étaient pas touchés par l'arrêté. En effet en leur qualité de voisins, ils avaient toujours la possibilité de recourir contre le projet de construction en vertu de l'art. 145 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05). Leurs droits politiques n'étaient pas davantage violés dans la mesure où le Conseil d'Etat, dans son arrêté, avait intimé à la commune de présenter un nouveau projet de délibération soumis à référendum.

Pour le surplus le Conseil municipal devait se prononcer favorablement ou défavorablement sur la dérogation au rapport de surfaces. Le refus d'un projet de délibération approuvant un indice d'utilisation du sol était une délibération refusant une dérogation à l'art. 59 al. 4 let. b LCI. Elle devait être affichée et soumise au référendum facultatif. Lors de sa séance du 8 décembre 2009, le Conseil municipal avait adopté valablement deux délibérations contradictoires, la deuxième n'annulant pas la première. Le Conseil d'Etat avait annulé les deux délibérations dans la mesure où la volonté du Conseil municipal ne ressortait pas clairement des débats.

24. Par pli du 15 juin 2010, la commune d'Onex a indiqué qu'elle ne se considérait pas partie à la procédure. Si le Tribunal administratif estimait que tel était néanmoins le cas, elle s'en remettait à justice tant sur la recevabilité du recours que sur le fond du litige.
25. Par pli du 23 juin 2010, le président du Conseil municipal a expliqué que le premier vote qui avait rejeté le projet de délibération s'était déroulé conformément au règlement du Conseil municipal. En revanche, la poursuite des débats sur le même sujet ainsi que le deuxième vote n'avaient pas respecté l'art. 65 du règlement du Conseil municipal prévoyant que le débat prenait fin par l'acceptation, le rejet ou l'ajournement du projet.
- Pour le surplus, il s'en remettait à justice.
26. Le 4 novembre 2010, le tribunal de céans a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ce point de vue (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. a LPA).
2. Le Conseil d'Etat conclut à l'irrecevabilité du recours, les recourants ne disposant pas de la qualité pour recourir.
- A l'exception de M. E_____, conseiller municipal au moment du vote, les recourants sont des voisins directs de la parcelle qui fait l'objet de la dérogation au rapport de surfaces.
- Dans le cas d'espèce, les recourants font valoir que l'annulation de la délibération les touche dans leurs droits et obligations en ce qu'elle permet un nouveau vote portant sur l'accord de la commune de densifier la parcelle voisine par le biais de la réalisation d'une SBP excédant 25%, dans le cadre d'un projet de construction.
- Selon le Conseil d'Etat *in casu* les voisins n'ont pas d'intérêt digne de protection puisqu'une voie de recours leur sera ouverte en application de l'art. 145 LCI dans le cadre de la procédure en autorisation de construire.
3. a. A teneur de l'art. 60 let. a et b LPA, les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée et toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, sont titulaires de la qualité pour recourir (ATA/77/2009 du 17 février 2009 et références citées). Le Tribunal administratif a déjà jugé que les lettres a et b de la

disposition précitée doivent se lire en parallèle : ainsi, le particulier qui ne peut faire valoir un intérêt digne de protection ne saurait être admis comme partie recourante, même s'il était partie à la procédure de première instance (ATA/5/2009 du 13 janvier 2009 et les références citées).

b. Cette notion de l'intérêt digne de protection est identique à celle qui a été développée par le Tribunal fédéral sur la base de l'art. 103 let. a de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 et qui était, jusqu'à son abrogation le 1^{er} janvier 2007, applicable aux juridictions administratives des cantons, conformément à l'art. 98a de la même loi (ATA/399/2009 du 25 août 2009 consid. 2a ; ATA/207/2009 du 28 avril 2009 consid. 3a et les arrêts cités). Elle correspond aux critères exposés à l'art. 89 al. 1 let. c de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007 (LTF - RS 173.110) que les cantons sont tenus de respecter, en application de la règle d'unité de la procédure qui figure à l'art. 111 al. 1 LTF (Arrêts du Tribunal fédéral 1C.76/2007 du 20 juin 2007 consid. 3 et 1C.69/2007 du 11 juin 2007 consid. 2.2 ; Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, FF 2001 pp. 4126 ss et 4146 ss).

c. Selon la jurisprudence, le recourant doit être touché dans une mesure et une intensité plus grande que la généralité des administrés, et l'intérêt invoqué – qui n'est pas nécessairement un intérêt juridiquement protégé, mais qui peut être un intérêt de fait – doit se trouver, avec l'objet de la contestation, dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération. En application de ces principes, le recours d'un particulier ou d'une association, formé dans l'intérêt de la loi ou d'un tiers, est irrecevable (ATF 134 II 120 consid. 2 p. 122 ; ATF 131 II 587 consid. 2.1 p. 588 s. ; 131 II 361 consid. 1.2 p. 365 ; 120 Ib 48 consid. 1 p. 49 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1A.133/2006 du 4 octobre 2006 consid. 2.1 ; ATA/402/2009 du 25 août 2009 ; ATA/399/2009 du 25 août 2009 ; ATA/13/2009 du 13 janvier 2009 et les arrêts cités). Ces exigences ont été posées de manière à empêcher l'action populaire. Il faut donc que le recourant ait un intérêt pratique à l'admission du recours, soit que cette admission soit propre à lui procurer un avantage de nature économique, matérielle ou idéale (ATF 134 II 120 consid. 2 p. 122 ; ATA/365/2009 du 28 juillet 2009 consid. 3b ; ATA/207/2009 du 28 avril 2009 consid. 3 et références citées). Un intérêt purement théorique à la solution d'un problème est de même insuffisant. Tel est le cas notamment si le recours vise les motifs de la décision et que, même admis, il n'y aurait pas lieu d'en modifier le dispositif (Arrêt du Tribunal fédéral I.239/05 du 22 mars 2007, consid. 4.2 ; ATA/207/2009 du 28 avril 2009 consid. 3 ; ATA/5/2009 du 13 janvier 2009 consid. 3 ; P. MOOR, Droit administratif, vol. 2, 2^{ème} éd., Berne 2002, p. 626-627, n. 5.6.2.1).

En l'espèce l'arrêté du Conseil d'Etat annule les deux délibérations du Conseil municipal d'Onex du 8 décembre 2009 et invite le Conseil administratif à

présenter au Conseil municipal une nouvelle délibération portant sur le même objet afin qu'il soit voté une nouvelle fois sur la dérogation au rapport de surfaces.

Les recourants soutiennent que la première délibération du 8 décembre 2009 a été adoptée valablement, le résultat du vote étant acquis alors que la seconde délibération et le second vote ne devaient pas avoir lieu. A fortiori, aucune nouvelle délibération ne devrait avoir lieu ultérieurement sur le même objet.

En tant que conseiller municipal ayant participé et voté lors de la séance du Conseil municipal du 8 décembre 2009, M. E_____ est touché dans l'exercice de ses droits politiques et il dispose d'un intérêt digne de protection à l'annulation de la décision attaquée.

La qualité pour recourir ayant été reconnue à M. E_____, elle souffre de rester indéfinie pour les autres recourants, voisins du projet litigieux.

4. La commune d'Onex considère qu'elle n'est pas partie à la présente procédure. Ce faisant elle perd de vue qu'elle est la destinataire de l'arrêté du Conseil d'Etat annulant les deux délibérations de son Conseil municipal du 8 décembre 2009 et invitant le Conseil administratif à présenter au Conseil municipal une nouvelle délibération portant sur le même objet.

Ainsi qu'il a déjà été rappelé ci-dessus, à teneur de l'art. 60 let. a et b LPA, les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée et toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, sont titulaires de la qualité pour recourir.

Selon la doctrine, les parties "automatiques" sont les destinataires de la décision ou du jugement faisant l'objet du recours. Elles sont donc déterminées en fonction de la décision ou du jugement en cause. Si la décision a été prise à l'issue d'une procédure non contentieuse, les parties "automatiques" sont les destinataires de la décision prise par l'autorité administrative ainsi que cette autorité. En cas de recours contre cette décision par un de ses destinataires ou par un tiers, les destinataires, le tiers éventuel et l'autorité qui est l'auteur de la décision sont automatiquement parties à la procédure de recours. Si la décision ou le jugement a été adopté à l'issue d'une procédure de recours, le cercle des parties automatiques est similaire (F.BELLANGER, La qualité de partie à la procédure administrative, in Les tiers dans la procédure administrative, Genève 2004, p. 42).

Destinataire de l'arrêté du Conseil d'Etat, la commune d'Onex est bien partie à la présente procédure.

5. Selon les recourants, seule la deuxième délibération du Conseil municipal devait être annulée, la première ayant été prise valablement, conformément au règlement du Conseil municipal d'Onex (ci-après : le règlement).

a. A teneur de l'art. 59 al.4 let. b LCI, lorsque les circonstances le justifient et que cette mesure est compatible avec le caractère, l'harmonie et l'aménagement du quartier, le département peut autoriser exceptionnellement, avec l'accord de la commune, exprimé sous la forme d'une délibération municipale, et après consultation de la commission d'architecture, un projet de construction en ordre contigu ou sous forme d'habitat groupé dont la surface de plancher habitable n'excède pas 40% de la surface du terrain [...]

b. En vertu de l'art. 67 LAC, le Conseil d'Etat annule toute délibération du conseil municipal prise en dehors des séances légalement convoquées (let. a) ou en violation des lois et règlements en vigueur (let. b). Les délibérations visées par cette disposition incluent toutes les décisions prises par le Conseil municipal dans l'exercice de ses fonctions délibératives, dont la liste figure à l'art. 30 LAC. Entrent dans cette catégorie les décisions portant sur l'accord à donner lors d'une autorisation pour un projet de construction en ordre contigu en cinquième zone dont la surface de plancher habitable excède 25% de la surface du terrain (art. 30 al.1^{er} let. s LAC).

En l'occurrence, conformément à l'art. 19 let. f du règlement, le projet de texte portant sur la dérogation figurait au point 9 de l'ordre du jour. Le débat s'est ouvert par l'audition du rapporteur puis s'est poursuivi par l'audition des conseillers municipaux et des conseillers administratifs qui en ont fait la demande conformément à l'art. 61 du règlement. Les amendements proposés ont été mis aux voix ainsi que le stipulaient les art. 68 à 70 du règlement.

Il résulte du procès-verbal de la séance que ce projet a fait l'objet de longs débats et que l'opinion des conseillers municipaux était très partagée à ce sujet, laissant présager que l'écart de voix serait minime au moment du vote.

Or, la délibération 1 a été rejetée par 13 voix contre 12, le président ayant dû se prononcer pour départager les votants. Le Conseil municipal a ainsi refusé d'accepter la dérogation de l'art. 59 al. 4 let. b LCI.

6. L'article 65 let. a du règlement stipule que le débat prend fin par l'acceptation, le rejet ou l'ajournement du projet.

Cet article a pour but d'éviter les votes contradictoires, risque qui existe dès qu'on vote deux fois sur le même objet, à fortiori lorsque le Conseil municipal est très partagé, comme dans le cas d'espèce.

En conséquence, le deuxième débat n'avait pas lieu d'être. Un deuxième vote pas davantage.

Au vu de ce qui précède, seule a été adoptée valablement la première délibération.

7. Selon l'art. 33 du règlement, le projet de délibération doit être adressé à la mairie quinze jours au moins avant la séance au cours de laquelle il sera présenté. La mairie, doit à son tour, le faire parvenir à chaque conseiller une semaine au moins avant la séance.

Là encore, la procédure prescrite par le règlement a été suivie valablement uniquement pour la première délibération, le projet de la seconde délibération n'ayant pas été adressé à la mairie à l'avance ni communiqué à chaque conseiller une semaine au moins avant la séance.

Ainsi, seule la première délibération et le premier vote ont eu lieu conformément au règlement.

8. L'arrêté du Conseil d'Etat repose sur les prémisses que les deux délibérations ont été adoptées valablement et que celles-ci étant contradictoires, la volonté du Conseil municipal n'a pas pu être établie.

Tout d'abord, si la première délibération a bien été adoptée valablement, tel n'est pas le cas pour la seconde.

Enfin, pour asseoir son raisonnement, le Conseil d'Etat se réfère à deux arrêts (ATA/41/2008 du 5 février 2008 ; ATA/595/1998 du 22 septembre 1998) rendus en matière de droits politiques dans lesquels il fallait déterminer si l'opération électorale incriminée était l'expression fidèle et sûre de la volonté des électeurs. Il s'agissait de savoir si le résultat de la votation devait être annulé parce que le processus électoral avait été vicié. Dans le premier cas il fallait déterminer si le corps électoral était composé de manière correcte, seuls les citoyens ayant l'exercice des droits politiques pouvant prendre part aux votations, alors que des tiers avaient utilisé le matériel de vote d'autres citoyens. Dans le second cas la question litigieuse était de savoir si la volonté du corps électoral avait été faussée par la notice explicative des autorités.

La présente cause est différente. Les débats précédant le premier vote se sont déroulés conformément au règlement. Il ressort du procès-verbal que l'opinion du Conseil municipal était très partagée. Elle s'est exprimée une première fois avec une majorité d'une voix pour le refus de la dérogation (13 non et 12 oui). Le fait de voter une seconde fois, ce qui n'est pas prévu par le règlement, a donné tout loisir à deux personnes de changer d'opinion et d'inverser le résultat du vote (13 oui, 11 non et une abstention). Certes, lors du deuxième débat qui a précédé le second vote, l'un des conseillers municipaux a fait valoir qu'un des membres de son parti n'avait pas compris le sens du premier vote. Toutefois, à la lecture du procès-verbal, rien ne permet d'inférer que tel ait été le cas, les enjeux du premier vote ayant par ailleurs été clairement expliqués.

L'objection selon laquelle le refus de la délibération 1 avait pour effet qu'aucun texte n'avait été adopté ne saurait être suivie. Le principe du refus de la dérogation, acquis lors du premier vote, ne pouvait être remis en cause en revotant le même texte. Le Conseil d'Etat a erré en annulant le vote concernant la première délibération refusant d'accepter la dérogation au rapport de surface et en invitant le Conseil municipal à se prononcer à nouveau sur cette question. En revanche il a annulé à juste titre la délibération 2 qui acceptait d'accorder la dérogation.

9. Au vu de ce qui précède le recours sera admis. Les chiffres 1 et 3 de l'arrêté du Conseil d'Etat du 24 mars 2010 seront annulés, mais ledit arrêté sera confirmé pour le surplus. Vu l'issue du litige un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la commune d'Onex ainsi qu'un émolument de CHF 1'000.- à la charge de l'Etat de Genève. Une indemnité de CHF 2'000.- sera allouée aux recourants, à raison de CHF 1'000.- à charge de la commune d'Onex et de CHF 1'000.- à charge de l'Etat de Genève (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

admet le recours interjeté le 26 avril 2010 par Madame et Monsieur A_____, Madame et Monsieur B_____, Monsieur C_____, Monsieur D_____ et Monsieur E_____ contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 24 mars 2010, en tant qu'il est recevable;

annule les chiffres 1 et 3 de l'arrêté du Conseil d'Etat du 24 mars 2010 ;

confirme ledit arrêté pour le surplus ;

met à la charge de la commune d'Onex un émolument de CHF 1'000.- ;

met à la charge du Conseil d'Etat un émolument de CHF 1'000.- ;

alloue aux recourants une indemnité de CHF 1'000.- à charge de la commune d'Onex ;

alloue aux recourants une indemnité de CHF 1'000.- à charge de l'Etat de Genève ;

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 Jacques-Alain Bron, avocat des recourants ainsi qu'à la commune d'Onex et au Conseil d'Etat de Genève.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Thélin, Mmes Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

M. Tonossi

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :