RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2369/2003-TPE **ATA/614/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 5 août 2004

dans la cause

Madame H_____
représentée par Me Daniel Peregrina, avocat

contre

DEPARTEMENT DE L'AMENAGEMENT, DE L'EQUIPEMENT ET DU LOGEMENT

EN FAIT

1. Madame H_____ est propriétaire de la parcelle 3596, feuille 63 du cadastre de Genève-cité, à l'adresse rue _____. Cette parcelle abrite un immeuble d'habitation avec des commerces au rez-de-chaussée, appartenant à un ensemble protégé de la fin du XIXème siècle, au sens de l'article 89 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05). La parcelle est située en deuxième zone de construction.

   Au rez-de-chaussée de l'immeuble se trouve un établissement public à l'enseigne « X_____» exploité par H_____.

2. Lors d'un constat effectué sur place le 18 septembre 2003, un inspecteur de la police des constructions du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement (ci-après : le département) a constaté que les travaux exécutés ne correspondaient pas aux plans autorisés dans l'autorisation de construire APA 21119 délivrée le 23 juin 2003, à savoir :

   - Pose d'un plancher en bois et de garde-corps (non conforme à l'article 50 du règlement d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses du 27 février 1978 - RALCI - L 5 05 01) sur cour ;

   - Création d'une mezzanine au dessus de l'espace office au rez ;

   - Modification des sanitaires au sous-sol et suppression des vestiaires pour le personnel ;

   L'enquêteur notait au surplus que le département ne connaissait pas l'affectation future des locaux au premier étage (rapport d'enquête du 22 septembre 2003).

3. Par décision du 1er octobre 2003, le département a imparti à Mme H_____ un délai de trente jours pour déposer une autorisation complémentaire à l'APA 21119 et préciser l'affectation exacte des locaux du rez-de-chaussée, du premier étage, du sous-sol et de la terrasse. Dans l'intervalle, interdiction était faite à Mme H_____ d'utiliser la mezzanine et la cour. Un délai de cinq jours lui était imparti pour faire parvenir ses observations.

   La décision indiquait les voie et délai de recours à la commission cantonale de recours en matière de constructions (ci-après : la commission).

4. Mme H_____ s'est déterminée le 10 octobre 2003. S'agissant du premier étage notamment, elle a affirmé qu'il n'y avait pas de changement, les locaux demeuraient commerciaux tels qu'ils étaient auparavant. La terrasse du premier étage

existait depuis toujours ainsi que la porte vitrée donnant sur la terrasse. Par mesure de sécurité, elle avait seulement fait installer un garde-corps qu'elle avait d'ailleurs rendu conforme suite à la visite sur place de l'inspecteur de la police des constructions. Le plancher en bois n'était pas fixé au sol, mais uniquement posé et il remplaçait l'ancienne moquette verdâtre qui sentait le moisi.

Mme H_____ a également donné au département les explications concernant les autres points demandés.

5. Par décision du 5 novembre 2003, le département a donné l'ordre à Mme H_____ de remettre immédiatement la terrasse dans son état initial selon la coupe B-B du 20 novembre 2002 en supprimant les gardes-corps sur tout le pourtour et le plancher en bois.

La décision indiquait la voie et le délai de recours au Tribunal administratif.

6. Le 5 novembre 2003, Mme H_____ a saisi la commission d'un recours contre la décision du 1er octobre 2003. Suite au retrait du recours, la cause a été rayée du rôle le 12 mars 2004.

7. Le même jour, Mme H_____ a déposé une APA complémentaire ayant pour objet les modifications au sous-sol et la création d'une mezzanine.

8. Mme H_____. a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision du 5 novembre 2003 par acte du 10 décembre 2003.

L'affectation de la terrasse du premier étage sur cour n'avait jamais été modifiée. Aucun changement d'affectation ne saurait justifier l'exigence d'une autorisation de construire au sens de l'article 1 alinéa 1 lettre b LCI. Le département se référait à un plan coupe B-B du 20 novembre 2002 sur lequel apparaîtrait un garde-corps posé à environ un mètre de la fenêtre. En réalité, ce trait représentait vraisemblablement un simple poteau ou une évacuation d'air qui devait exister auparavant.

S'agissant de la pose du revêtement en bois, respectivement d'un garde-corps, ces travaux n'étaient pas soumis à autorisation. Référence était faite à la jurisprudence du Tribunal administratif en la matière. Il s'agissait de travaux d'entretien courant et d'importance mineure. En particulier, le garde-corps n'était pas une construction au sens de l'article 1 LCI. Il avait été réalisé exclusivement en vue de respecter les exigences de sécurité prévues aux articles 120 et suivants LCI. La réalisation du plancher en bois n'était soumise à aucune autorisation et parfaitement en accord avec l'affectation de la terrasse.

Elle a conclu à l'annulation de la décision querellée avec suite de frais et dépens.

9. Dans sa réponse du 27 janvier 2004, le département s'est opposé au recours.

Les travaux effectués sur la terrasse étaient non seulement non autorisés mais au surplus non autorisables. Mme H_____ avait aménagé la terrasse de façon à la rendre utilisable en tant que telle et, dans cette mesure, les travaux effectués devaient être assimilés à un changement d'affectation.

L'ordre de remise en état était fondé dans son principe et respectait le principe de proportionnalité.

10. Le 25 février 2004, la juge déléguée à l'instruction de la cause a procédé à un transport sur place.

Elle a pu constater que l'on accédait à la terrasse du premier étage par une porte-fenêtre. La terrasse était recouverte d'un plancher. Elle constituait le toit d'un atelier situé au rez-de-chaussée et éclairé par sept lucarnes à même le sol de la terrasse. La terrasse était entourée d'un garde-corps sur tout le pourtour. La hauteur sur cour était d'environ six mètres et la hauteur côté lac d'environ un mètre.

En regardant la façade de l'immeuble, la juge déléguée a pu constater une trace sur le mur en limite de propriété, côté gare de Cornavin.

Monsieur Patrice H_____, représentant son épouse, a expliqué que cette dernière avait acheté l'immeuble deux ans auparavant. La terrasse n'était pas munie de barrières. Il y avait trois grands arbres dans la cour qui faisaient office de haie et qui avaient été abattus suite à des travaux d'écoulement d'eau. Une moquette, posée à même le sol, avait été enlevée car elle sentait mauvais. Le plancher était amovible, simplement fixé sur des lattes transversales.

La trace sur le mur en limite de propriété correspondait sans doute à un bâtiment qui se trouvait là autrefois, avant que l'immeuble voisin ne soit construit.

M. H_____ a encore expliqué que lorsque le représentant du département était venu sur place, il avait noté que la barrière « échelle » n'était pas suffisante, raison pour laquelle elle avait été doublée avec du grillage à poules.

Le département a campé sur ses positions.

11. Dans son audience du 5 mai 2004, en présence des parties, le Tribunal administratif a entendu des témoins.

a. M. A_____, membre de l'hoirie A_____, a précisé que celle-ci avait été propriétaire de l'immeuble jusqu'à la vente à Mme H_____. Il avait travaillé 33 ans dans ces locaux qu'il connaissait donc bien. S'agissant du premier étage, trois bureaux situés à l'arrière de l'immeuble et donnant sur le lac s'ouvraient sur une terrasse, à laquelle on accédait par une porte-fenêtre. Il avait toujours vu cette

porte-fenêtre et la terrasse. Cette dernière était garnie de bacs à fleurs lorsque la saison le permettait. Il est possible que les secrétaires y aient bu un café mais elle n'était pas aménagée pour ce faire. Le sol était en herbe et gravier, laissé tel quel pour protéger la couverture de la terrasse. Il n'avait jamais vu de barrière en deça de la porte-fenêtre qui aurait empêché l'accès à la terrasse. De même, il n'en avait jamais vu autour de la terrasse. Dans la cour, sur le côté gauche de la terrasse, s'élevait un arbre imposant dont les branches débordaient sur cette dernière.

b. M. AH_____, employé de l'entreprise A_____, entre les années 1998-1999 et 2002, a déclaré avoir constaté au premier étage l'existence d'une terrasse à laquelle on accédait par une porte-fenêtre de l'un des bureaux. Il n'avait pas constaté qu'il y avait une barrière au-delà de ladite porte-fenêtre qui aurait empêché l'accès à la terrasse. Le sol était recouvert d'un tapis, qui était peut-être de couleur verte. Il y avait également du gravier. Il ne se souvenait pas s'il y avait une barrière autour de la terrasse, mais à la réflexion, il semblait que non. Il avait connaissance que des employés de l'entreprise se rendaient sur cette terasse pour fumer ou boire quelque chose. Il y avait un robinet d'eau sur cette terrasse utilisé pour la nettoyer. Personnellement, il lui était arrivé de se rendre sur cette terrasse pour fumer une cigarette ou boire un café, mais il n'y avait pas d'installation idoine.

12. Les parties se sont exprimées suite à l'instruction menée par le Tribunal administratif.

a. Le 10 mai 2004, le département, faisant fond sur le plan du 20 novembre 2002 cote B-B, a confirmé que l'affectation originaire de la construction litigieuse n'était manifestement pas une terrasse, de sorte que les installations incriminées destinées à permettre l'usage de cette partie de l'immeuble en tant que terrasse devaient être supprimées.

b. Mme H_____ s'est déterminée le 28 mai 2004.

Lors du transport sur place, le Tribunal administratif avait pu constater l'absence de toute barrière ainsi que toute trace de barrière sur la terrasse litigieuse. Il avait également pu constater la présence d'une porte-fenêtre d'origine.

L'ensemble des témoins avait confirmé la réalité des éléments ci-dessus, tout en précisant que la terrasse était épisodiquement utilisée en bonne saison par les occupants du premier étage pour boire un café ou fumer une cigarette. Elle était par ailleurs décorée de fleurs, et équipée d'une amenée d'eau pour en permettre l'arrosage.

Mme H_____ a confirmé qu'elle n'entendait aucunement modifier l'affectation de la terrasse par rapport à l'usage décrit ci-dessus. Il s'agissait simplement d'autoriser et de permettre aux occupants du premier étage d'y accéder pendant la bonne saison pour fumer ou s'aérer et, respectivement se désaltérer. Il n'y

avait pas à craindre que la terrasse soit fréquentée par les clients du café du rez-de-chaussée, les locaux du premier étage n'étant pas asscessibles au public.

La pose d'un garde-corps était devenue nécessaire suite à l'abattage du grand arbre qui se trouvait dans la cour et qui servait de barrière naturelle à la terrasse. Le garde-corps avait été doublé avec du grillage à poules afin de répondre aux exigences légales pour ce type de construction ainsi que l'avait indiqué le représentant du département venu sur place.

Enfin, les enquêtes avaient démontré que l'usage en tant que terrasse occasionnelle à la bonne saison remontait à plus de 30 ans et à ce titre Mme H_____ devait être mise au bénéfice d'une situation acquise.

Quant aux arguments du département fondés sur les articles 25, 47 et 48 LCI, ils ne résistaient pas à l'analyse : L'installation d'un plancher amovible n'affectait en rien le champ visuel d'une baie au sens de l'article 48 LCI, définissant le calcul des vues droites. Par ailleurs, l'article 25 LCI, régissant les distances aux limites de propriété, réservait explicitement les constructions sur cour (art. 42 et 43 LCI).

A ses conclusions initiales en annulation de la décision querellée, Mme H_____ a ajouté des conclusions subsidiaires. Si le tribunal devait considérer que la barrière et le plancher amovible étaient des constructions au sens de la LCI, elle sollicitait un délai pour déposer une requête en autorisation. En effet, l'ordre de remise en état, alors que la construction était autorisable, était manifestement disproportionné.

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. Le département soutient que la terrasse sur cour n'a jamais été accessible, se référant sur ce point à un plan du 20 novembre 2002 duquel il déduit qu'un garde-corps était posé à environ un mètre de la porte fenêtre.

Partant, le département exige la remise en état initiale de la terrasse par la suppression des gardes-corps sur tout le pourtour et le plancher en bois.

3. a. Selon l'article 1er lettre b LCI, nul ne peut, sans y avoir été autorisé, modifier même partiellement la distribution ou la destination d'une construction ou d'une installation.

b. En l'espèce, il résulte des plans versés au dossier que la terrasse, qui constitue le toit de l'atelier sis au rez-de-chaussée, a toujours existé comme telle. Contrairement à ce qu'affirme l'autorité intimée, le plan du 20 novembre 2002 n'établit nullement qu'il existât une barrière à environ un mètre de la porte-fenêtre. Au demeurant, outre que cette supposition ne résulte pas expressément des pièces, elle est formellement démentie par l'un des membres de l'hoirie A_____, précédent propriétaire de l'immeuble, ainsi qu'un employé ayant fréquenté l'immeuble pendant plusieurs années.

Il résulte également de l'instruction menée par le tribunal de céans que cet espace était utilisé comme terrasse bien avant que la recourante n'acquiert l'immeuble. Selon les déclarations du témoin A_____ – au demeurant non contestées par l'autorité intimée – la terrasse, accessible par la porte-fenêtre de l'un des bureaux du premier étage, était utilisée occasionnellement par le personnel et cela depuis plus de 30 ans.

A cet égard, c'est à juste titre que la recourante se prévaut de l'écoulement du temps avec pour conséquence le bénéfice de la situation acquise, telle qu'elle découle notamment de l'article 26 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Const. féd. - RS 101 ; cf. dans ce sens ATA/463/2002 du 27 août 2002 et ATA/629/2003 du 26 août 2003).

4. Reste à déterminer si l'usage projeté de la terrasse par la recourante équivaut à une changement de destination de celle-ci.

Ni la LCI, ni son règlement définissent ce qu'il faut entendre par « modification d'une installation ». La jurisprudence à la question particulière de l'usage de la terrasse d'un immeuble est inexistante. En l'espèce, la recourante précise qu'il ne s'agit pas d'ouvrir cet espace au public fréquentant le café du rez-de-chaussée mais simplement d'autoriser et de permettre aux occupants des locaux du premier étage de s'y reposer et de se désaltérer lorsque le temps le permet. En d'autres termes, l'usage préconisé par la recourante est sensiblement identique à celui qui prévalait du temps des propriétaires précédents, à savoir une utilisation privée et purement occasionnelle de cet espace, réservé exclusivement aux personnes qui travaillent dans les bureaux du premier étage. Dans la mesure où ladite terrasse reste un lieu de détente et de repos, ce qui est par excellence l'utilisation d'une terrasse, il faut admettre qu'il n'y a pas de changement d'affectation qui devrait être autorisé par le département.

5. La décision entreprise comportant un ordre de démolition au sens de l'article 129 lettre e LCI, il convient d'examiner la constitutionnalité et la légalité de cette décision.

Pour être valable, l'ordre de mise en conformité, qui comporte celui de démanteler les installations existantes, doit respecter les conditions suivantes, en

application des principes de la proportionnalité et de la bonne foi (ATF non publié du 21 décembre 1993 en la cause L.; ATF 111 Ib 221, consid. 6 et la jurisprudence citée):

a. L'ordre doit être dirigé contre le perturbateur (ATF non publié du 1er juin 1993 en la cause A.; ATF 114 Ib 47-48; 107 Ia 23).

b. Les installations en cause ne doivent pas avoir été autorisables en vertu du droit en vigueur au moment de leur réalisation (ATF 104 Ib 304; ATF non publié du 15 octobre 1986 en la cause Desjacques; ATA C. du 25 août 1992).

c. Un délai de plus de trente ans ne doit pas s'être écoulé depuis l'exécution des travaux litigieux (ATF 107 Ia 121 = JdT 1983 I 299).

d. L'autorité ne doit pas avoir créé chez l'administré concerné - par des promesses, des informations, des assurances ou un comportement - des expectatives, dans des conditions telles qu'elle serait liée par le principe de la bonne foi (ATF du 21 décembre 1993 en la cause précitée; ATF 117 Ia 287, consid. 2b et la jurisprudence citée).

En particulier, les installations litigieuses ne doivent pas avoir été tolérées par l'autorité d'une façon qui serait constitutive d'une autorisation tacite ou d'une renonciation à faire respecter les dispositions transgressées (RDAF 1982 p. 450; ATA L. du 23 février 1993).

e. L'intérêt public au rétablissement d'une situation conforme au droit doit l'emporter sur l'intérêt privé de l'intéressé au maintien des installations litigieuses.

6. a. En l'espèce, les travaux auxquels a procédé la recourante – perturbatrice au sens de la LCI (ATA/644/2002 du 5 novembre 2002) – ne sont pas soumis à autorisation, si tant est qu'ils n'apportent à l'immeuble aucune modification au sens de l'article 1 alinéa 1 lettre b LCI.

Le garde-corps est une mesure de sécurité au sens des articles 121 LCI et 50 RALCI, constitué de deux filins et d'un grillage à poules, dont on ne saurait prétendre sérieusement qu'il modifie l'aspect de l'immeuble. Il est au demeurant nécessaire car, comme a pu le constater le tribunal de céans lors du transport sur place auquel il a procédé, la hauteur sur cour est non négligeable puisqu'elle est de l'ordre de six mètres. Précédemment, la question ne se posait pas en ces termes, vu la présence d'un arbre qui constituait une barrière naturelle.

b. Quant à l'argument du département relatif à l'application des articles 25, 47 et 48 LCI, il ne résiste pas à l'analyse, dès lors qu'il est admis qu'il n'y a pas de changement d'affectation.

7. Il résulte de ce qui précède que les travaux effectués par la recourante ne sont

pas soumis à autorisation. Dès lors, l'ordre de remise en état est infondé. Il est par là même superfétatoire d'examiner si ledit ordre respecte le principe de proportionnalité.

8. Le recours sera ainsi admis.

Vu l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument. Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée à la recourante, à la charge de l'Etat de Genève.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 10 décembre 2003 par Madame H_____ contre la décision du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement du 5 novembre 2003;

au fond :

l'admet;

annule la décision du 5 novembre 2003 du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument;

alloue à la recourante une indemnité de procédure de CHF 2'000.-, à la charge de l'Etat de Genève ;

communique le présent arrêt à Me Daniel Peregrina, avocat de la recourante ainsi qu'au département de l'aménagement, de l'équipement et du logement.

Siégeants :

Mme Bovy, présidente, MM. Paychère, Schucani, Thélin, juges, M. Bellanger, juge suppléant.

Au nom du Tribunal Administratif :

la greffière-juriste adj. :	la vice-présidente:
M. Tonossi	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le	la greffière :