RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/373/2000-TPE **ATA/826/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 26 octobre 2004

dans la cause

Monsieur F. M.
représenté par Me Gerson Waechter, avocat

contre

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

et

COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIERE DE CONSTRUCTIONS

EN FAIT

1. L'immeuble sis au numéro 15 de la rue de l'Athénée à Genève fait partie d'un ensemble remarquable construit en 1906 par l'architecte Léon Bovy dans le style architectural dit « Heimatstil ». Il est classé comme ensemble du 19ème et du 20ème siècle, sous le numéro MS-e 38, au répertoire des ensembles du service des monuments et des sites du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement (ci-après : DAEL).

2. Le 3 mars 1998, Monsieur J. S., architecte mandaté par la SI Angle Athénée Genève (ci-après : la SI) a déposé une demande définitive en autorisation de construire relative à l'aménagement des combles de l'immeuble susmentionné, soit la création d'un appartement de 6 pièces (dossier DD 95362).

3. Par décision du 23 juin 1999, le DAEL a refusé à la SI l'autorisation de construire au motif que la Commission d'architecture (ci-après : CA) et la Commission des monuments, de la nature et des sites (ci-après : CMNS) avaient rendu des préavis défavorables parce que le type d'interventions prévues en toiture, soit la création de lucarnes en deuxième registre et la création d'un patio dans le terrasson, dénaturerait et altérerait les qualités et la substance de cette toiture. En outre, le projet constituerait un danger pour la cohérence et la valeur de l'ensemble. La CMNS a également formulé une objection de principe en prétendant que le projet remettrait en question les principes d'intervention dans les surcombles.

4. Le 30 juin 1999, la SI a interjeté recours contre cette décision auprès de la Commission cantonale de recours en matière de construction (ci-après : CCRMC) en invoquant comme principal grief que la CA et la CMNS ne sauraient valablement s'opposer à la création de lucarnes en deuxième registre de toiture, celles-ci étant caractéristiques de l'architecture de type « Heimatstil ».

   La CMNS aurait également qualifié à tort les deux niveaux de toiture de « surcombles », car ils constitueraient en réalité un étage complet (le cinquième étage) et un niveau de combles, les combles étant un espace destiné à être habité, doté en l'espèce d'une pleine hauteur de plafond.

   Enfin, la création du patio serait une intervention relativement mineure qui ne toucherait pas à la charpente et ne serait de surcroît pas visible depuis la rue.

5. Le 3 décembre 1999, la CCRMC a effectué un transport sur place qui a abouti à l'abandon des objections relatives à la construction du patio.

6. Par décision du 25 février 2000, la CCRMC a rejeté le recours au motif que la décision du DAEL échappait aux griefs d'excès ou d'abus de pouvoir d'appréciation. Le département n'avait pas obéi à des impressions subjectives non représentatrices

des conceptions architecturales actuellement reconnues et admises s'agissant de l'application de l'article 12 alinéa 2 lettre c de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1998 (ci-après : LCI – L 5 05).

7. Le 3 avril 2000, la SI et Monsieur F. M. ont formé recours auprès du Tribunal administratif contre la décision de la CCRMC du 25 février 2000 et contre la décision du 23 juin 1999 du DAEL refusant d'aménager un appartement dans les combles du bâtiment sis 15, rue de l'Athénée.

Les recourants reprochent principalement à la CCRMC de ne pas s'être déterminée au sujet du caractère approprié ou non des lucarnes prévues au regard des caractéristiques du Heimatstil et compte tenu des nombreux exemples apportés, ainsi que de n'avoir entendu aucun membre de la CMNS, dont le préavis fut déterminant.

8. En date du 11 mai 2000, le DAEL s'est déterminé en concluant au rejet du recours de la SI et de M. M. et à la confirmation de la décision du 25 février 2000 de la CCRMC et de la décision de refus du département du 23 juin 1999, au motif que l'intervention en toiture, soit la création de lucarnes en deuxième registre, aurait pour effet de dénaturer ladite toiture, d'altérer sa substance et son équilibre et porterait un préjudice inadmissible à un élément particulièrement digne de protection.

9. Le 29 mai 2000, le Tribunal administratif a prononcé la suspension de la procédure sur requête des parties du 26 mai 2000, suspension renouvelée jusqu'à la fin de l'été 2002.

10. Respectivement les 12 et13 novembre 2003, le DAEL et M. M. ont sollicité la reprise de la procédure, la SI ayant été liquidée.

11. Le 23 janvier 2004, M. M. a déposé un mémoire complémentaire en réponse à la reprise au recours du DAEL du 11 mai 2000. M. M. requérait la comparution personnelle de M. S., l'architecte du projet, et l'audition de Mme Leïla El Wakil, historienne de l'art et spécialiste de l'œuvre de Léon Bovy.

12. Le 18 juin 2004, une audience de comparution personnelle et d'enquêtes eut lieu. Le seul point encore litigieux était la question de la création de l'ouverture dans le toit sur le mode du second registre. Toutefois, la CA a déclaré que son avis serait favorable sur le principe si un nouveau projet prévoyait une ouverture sous terrasson moins visible ou invisible.

Convoquée en tant que témoin, Mme El Wakil a déclaré que l'intervention projetée lui paraissait admissible dans la mesure où le mouvement architectural duquel procède l'immeuble litigieux valorisait la toiture comme un élément symbolique et renvoyait à l'image de la haute montagne ; le toit devait donc présenter des ouvertures et d'autres éléments qui donnaient un caractère accidenté. Léon Bovy lui-même serait intervenu sur certains de ses immeubles pour créer des

ouvertures supplémentaires. Une intervention sur ce patrimoine n'aurait donc pas le même impact que pour des immeubles plus anciens de l'époque classique.

Le représentant de la CMNS a rappelé quant à lui que la pratique des commissions est de considérer l'impact sur les éléments visibles, comme la toiture, sans se préoccuper du type de construction.

M. S. a déclaré que le terrasson projeté serait quasiment invisible en raison des dégagements autour de l'immeuble et de la hauteur du toit et qu'il n'apporterait pas de gain nécessaire de lumière. Il permettrait cependant d'améliorer la pénétration de la lumière dans l'appartement, notamment au travers du patio. De surcroît, le terrasson serait de nature à marquer l'intervention, principe qu'il défend.

Il a encore rappelé que le DAEL ne s'était jamais opposé au terrasson au cours de l'instruction et que, lors du transport sur place effectué par la CCRMC, le représentant du DAEL avait exposé que l'émergence de la verrière ne constituait pas une atteinte à l'immeuble.

Enfin, M. S. a expliqué que les fenêtres proposées étaient des ouvertures de regard, la lumière nécessaire pénétrant par le patio. Elles correspondraient à la notion de vue droite et pourraient être réalisées en s'inspirant du toit de la mairie des Eaux-Vives ou des immeubles d'entrée de la rue du même nom. Il s'est montré disposé à prendre contact avec la CA pour discuter du dessin de ces ouvertures.

Un délai supplémentaire a été imparti aux parties afin que la CA prenne connaissance d'une nouvelle variante présentée par M. S..

13. La CA a émis un préavis favorable le 29 juin 2004 s'agissant de la variante qui prévoit des ouvertures en 2ème registre sous forme de chatières réveillonnées. Celles-ci seraient réalisées à l'aide de la tuile semblable à l'ensemble du toit et constitueraient des ouvertures de regard.

14. La sous-commission architecture (ci-après : SCA) de la CMNS a une nouvelle fois rendu un préavis défavorable en date du 13 juillet 2004, s'opposant ainsi à toute intervention sur la toiture susmentionnée.

15. Le 19 octobre 2004, une audience de plaidoirie a eu lieu devant les membres du Tribunal administratif.

L'avocat de M. M. a rappelé qu'il s'agissait d'une affaire ancienne, le premier projet ayant été déposé en 1997. La CMNS avait donné un préavis favorable à la construction du patio prévue par l'architecte S.. Suite à cela, le Service de l'Habitat avait demandé que des regards vers l'extérieur soient ajoutés au projet. Le projet fût modifié en conséquence, en incluant le percement d'ouvertures en deuxième registre qui étaient en adéquation avec le style de l'immeuble, qui comportait déjà plusieurs types de percements, dont certains en deuxième registre. La CMNS opposa un refus

de principe à ce projet et la CA s'éleva contre la construction du patio. Suite à ces avis, le DAEL refusa l'autorisation de construire et cette décision fît l'objet d'un recours à la CCRMC, au motif que l'objection de principe de la CMNS n'était pas fondée.

Après le transport sur place de 1999, le DAEL admit la construction du patio. Cependant, la CCRMC rendit une décision non motivée de refus. Un nouveau projet comprenant des fenêtres dites « paupières » fût proposé, qui était en accord avec le style de la toiture dont la caractéristique est de rechercher le foisonnement des ouvertures. Après réexamen, la CMNS opposa à nouveau un refus de principe au projet, alors que la CA se dit prête à admettre des ouvertures en second registre sous forme de châtières réveillonnées. Finalement, l'avocat conclut à l'admission du recours, principalement au motif que les oppositions de la CMNS seraient des oppositions de principe, doctrinaires et inappropriées en l'espèce, car elles ne tiendraient pas compte des caractéristiques Heimatstil de l'immeuble litigieux.

La représentante du DAEL admit qu'il s'agissait bien d'une intervention dans les combles d'un immeuble Heimatstil protégé par les articles 89 ss LCI, dont l'article 93 prévoit les avis de la CNMS et de la CA. Elle rappela que ces deux commissions avaient rendu des préavis concordants et défavorables et se référa à l'écriture du DAEL du 11 mai 2000. Elle précisa que Mme El Wakil avait été entendue en qualité de témoin, et non dans le cadre d'une expertise. En outre, le Tribunal administratif ne devrait pas se prononcer sur le principe du percement d'ouvertures en deuxième registre, mais sur la question de l'arbitraire de la décision du DAEL. Elle ajouta encore que, si le Tribunal administratif entendait se prononcer sur le nouveau projet, il devait appliquer le nouveau droit qui ne prévoirait que l'avis de la CMNS dans des cas tels que celui-ci.

Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

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).

Le recourant est propriétaire en nom et destinataire des décisions litigieuses et partant, fondé à recourir (art. 60 litt. a LPA) après la liquidation de la SI.

2. S'agissant des décisions rendues par la CCRMC, le Tribunal administratif exerce son pouvoir d'examen avec retenue car celle-ci se compose pour partie de personnes possédant des compétences techniques spécifiques (ATA/51/1998 du 3 février 1998). Il agit de même lorsque la CCRMC a suivi l'opinion des commissions

de préavis, comme la commission cantonale des monuments, de la nature et des sites (ATA/51/1998 précité ; ATA/585/1996 du 15 octobre 1996 et les arrêts cités ; F. PAYCHÈRE, Pouvoir d'examen et pouvoir de décision du Tribunal administratif, RDAF 2000 I 543).

Cependant, selon une jurisprudence constante, le Tribunal administratif se considère libre d'exercer son propre pouvoir d'examen lorsqu'il est confronté à des préavis divergents, et ce d'autant plus qu'il a procédé lui-même à des mesures d'instruction (ATA/89/2000 du 8 février 2000 ; ATA DTP du 19 avril 1989 et K. du 11 janvier 1989, ainsi que les arrêts cités).

En l'espèce, la CA et la CNMS ont émis des préavis divergents. Si la CNMS a toujours rendu des préavis défavorables s'agissant du percement d'ouvertures en second registre, ce n'est pas le cas de la CA. Celle-ci avait d'abord donné un préavis négatif, mais a ensuite changé d'opinion en considérant qu'elle pourrait admettre des ouvertures en 2ème registre sous forme de chatières réveillonnées, comme proposées par l'architecte après l'audition de comparution ordonnée par le tribunal de céans. Un second transport sur place n'a pas été jugé nécessaire, car le Tribunal administratif s'est estimé suffisamment renseigné par le procès-verbal du premier, l'exhaustivité du dossier et des pièces fournies, ainsi que par l'audition des témoins. De surcroît, une audience de plaidoirie a eu lieu, qui a donné aux parties l'occasion de s'exprimer une nouvelle fois.

Compte tenu des opinions divergentes des commissions et des mesures d'instruction susmentionnées, le tribunal de céans entend user librement de son pouvoir d'appréciation dans cette affaire.

3. Le DAEL rappelle que le nouvel article 4 alinéa 1er de la loi sur les commissions d'urbanisme et d'architecture du 24 février 1961 (L 1 55) exclut désormais la double consultation de la CA et de la CMNS, de sorte que la CMNS est aujourd'hui seule compétente pour connaître d'une intervention sur un bâtiment répertorié et protégé au sens de l'article 89 LCI. Le DAEL précise qu'une modification en ce sens de cette dernière loi a également été adoptée par le Conseil d'Etat et sera prochainement soumise au Grand Conseil.

En vertu du principe de la non-rétroactivité des lois, le nouveau droit ne s'applique pas aux faits antérieurs à sa mise en vigueur (P. MOOR, Droit administratif, Vol. I, 2ème édition, Berne, 1994, p. 178, n° 2.5.3. ; B. KNAPP, Précis de droit administratif, 4ème édition, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1991, p. 116). Le nouveau droit ne peut exceptionnellement avoir un effet rétroactif que si la rétroactivité est prévue par la loi, limitée dans le temps, ne conduit pas à des inégalités choquantes, est motivée par des intérêts publics pertinents et ne porte pas atteinte à des droits acquis (P. MOOR, op. cit., p. 179-180 ; B. KNAPP, op. cit., p. 118).

Cependant, en matière de demandes d'autorisation de construire, la jurisprudence et la doctrine admettent que, en l'absence de dispositions légales expresses, l'autorité de recours applique les normes en vigueur au jour où elle statue. L'application immédiate du nouveau droit est en principe justifiée par un intérêt public prépondérant (arrêt du Tribunal fédéral 1P.354/2002 du 31 octobre 2002, consid. 5.2 ; ATF 119 Ib 177; ATA/608/2004 du 5 août 2004; ATA 28/2002 du 15 janvier 2002; P. MOOR, op. cit., p. 174-175; B. KNAPP, op. cit., p. 118).

Dans le cas d'espèce, le nouvel article 4 alinéa 1er de la loi sur les commissions d'urbanisme et d'architecture est entré en vigueur le 15 mai 2004. Cependant, la base légale du refus d'autorisation litigieux demeure l'article 93 LCI et, à ce jour, aucune modification de la LCI n'est encore entrée en vigueur. C'est pourquoi c'est cette disposition qui s'applique en l'état actuel de la législation s'agissant des préavis des commissions.

Le DAEL prétend en outre que, dans ce contexte, le préavis de la CMNS est nécessaire et prépondérant en matière de bâtiment appartenant à un ensemble protégé au sens de l'art. 89 LCI. À ce propos, le tribunal de céans observe que l'article 93 alinéa 1er de la LCI prévoit que les demandes d'autorisation, ainsi que les travaux de réfection de façades et de toitures concernant des immeubles visés à l'article 89 sont soumis aux préavis de la commission d'architecture et de la commission des monuments, de la nature et des sites, sans toutefois stipuler la prépondérance de l'opinion de l'une de ces commissions.

4. À ce stade de la procédure, le seul point encore litigieux est la question d'admettre ou non le percement d'ouvertures en deuxième registre dans le toit de l'immeuble concerné. La CCRMC a en effet constaté au moyen de photographies de l'immeuble et d'un transport sur place que la création d'un patio dans le terrasson ne porterait pas atteinte à des structures dignes de protection de l'immeuble et que la modification de la toiture ne serait pas visible de la rue. En outre, à l'issue du transport sur place, le DAEL avait déclaré renoncer à ses objections au sujet du patio.

Dès lors, il reste au tribunal de céans à se prononcer sur le principe même du percements d'ouvertures en deuxième registre, avec un plein pouvoir d'examen.

5. Le bâtiment litigieux est soumis aux articles 89 et ss LCI. La protection de l'unité architecturale et urbanistique prévue par ces articles n'est pas une protection absolue (cf. ATA/256/1996 du 7 mai 1996, consid. 3). L'article 90 alinéa 1 prévoit en particulier que les ensembles dont l'unité architecturale et urbanistique est complète sont maintenus et qu'en cas de rénovation et de transformation, les structures porteuses, de même que les autres éléments particulièrement dignes de protection doivent en règle générale être sauvegardés. Il prévoit en outre l'application de l'article 12 LCI.

S'agissant de la décision contestée, la CCRMC s'est basée sur l'article 12 alinéa 2 lettre c LCI pour reconnaître au DAEL un pouvoir d'appréciation limité par les seuls excès ou abus du pouvoir d'appréciation. Or, l'article 12 alinéa 2 n'est pas applicable en l'espèce, car il ressort de l'instruction que les combles de l'immeuble litigieux disposent d'une pleine hauteur de plafond et ne nécessitent dès lors pas l'application de la dérogation prévue par l'article 12 alinéa 2. Ainsi, seul l'article 90 LCI est à respecter pour autoriser ou non le percement d'ouvertures en second registre dans la toiture en question.

Il convient donc de déterminer si c'est à tort ou à raison que le DAEL et la CCRMC ont estimé, sur la base des préavis de la CMNS et de la CA qui ne les lient pas (cf. art. 3 al. 3 LCI ; ATA/256/1996 du 7 mai 1996), que le percement d'ouvertures en deuxième registre contreviendrait à l'article 90 alinéa 1 LCI.

6. La complication des toitures et la superposition des percements sont des caractéristiques reconnues du courant architectural dit « Heimatstil ». Léon Bovy lui-même a réalisé des toitures comportant des ouvertures en deuxième registre à la même époque que celle de la construction du bâtiment litigieux. La Mairie des Eaux-Vives et l'immeuble accolé en sont des exemples. En outre, les deux autres immeubles de l'ensemble, aux n^{os} 14 et 16 du boulevard des Tranchées, sont déjà pourvues d'importantes ouvertures de formes diverses qui s'étendent sur les deux niveaux de la toiture.

C'est pourquoi il semble erroné, du point de vue de l'histoire de l'architecture et de l'évolution des styles, d'opposer un refus de principe tant à l'aménagement des combles de l'immeuble en question, qu'à la création de lucarnes au 2ème registre, pour autant que celles-ci soient de dimensions modestes et de forme appropriée.

Or, ce sont bien à des refus de principe que se sont livrés la CMNS et la CA. Elles le reconnaissent elles-mêmes dans la motivation de leurs préavis négatifs. En particulier, la CMNS a admis au cours de l'audience de comparution que la pratique des commissions est de considérer l'impact sur les éléments visibles, comme la toiture, sans se préoccuper du type de construction. On peut se demander si cette pratique est compatible avec l'article 93 alinéa 2 LCI, qui stipule que les commissions formulent leur préavis après s'être renseignées sur les servitudes et les dispositions qui ont régi l'aménagement initial du quartier, de la rue et des constructions au XIXème siècle et au début du XXème siècle. Quoi qu'il en soit, la question est avant tout celle de savoir si ces refus de principe étaient fondés sur des arguments pertinents au regard du cas particulier de l'immeuble concerné.

Selon la CMNS, le type d'intervention projeté remettrait en question les principes d'intervention dans les surcombles des ensembles des 19 et 20ème siècles, défendus de pratique constante tant par elle-même que par la CA, et constituerait à cet égard un grave précédent. La CA se réfère également à la notion de surcombles pour motiver son préavis négatif. Il ressort toutefois de l'instruction que, s'agissant

de l'immeuble en question, il ne s'agit pas de « surcombles », mais de combles. En outre, ces combles offriraient un bel espace tout à fait approprié pour y créer un logement. Dès lors, l'argument de la CMNS et de la CA quant aux surcombles se révèle sans fondement en tant qu'il méconnaît la nature réelle du sixième étage de l'immeuble litigieux.

7. La question se pose de savoir si l'on peut suivre la CMNS lorsqu'elle soutient que « la création de lucarnes en deuxième registre aurait pour effet de dénaturer ladite toiture, d'altérer sa substance et son équilibre, et porterait un préjudice inadmissible à un élément particulièrement digne de protection ».

L'application des règles de l'architecture classique à la transformation des toitures de type « Heimatstil » est totalement inappropriée. Sans autoriser n'importe quelle forme et n'importe quelle quantité de percements dans une toiture de type « alpestre », il convient de tenir compte de la compatibilité avérée de ces toitures avec les émergences de diverses natures que sont les tourelles, les lucarnes, les souches de cheminées, etc.

Dans le cas particulier, les jours demandés côté rue ne sont que de petites dimensions et destinés à procurer des vues plutôt que de la lumière, l'essentiel de l'éclairage de l'appartement à créer dans les combles provenant du patio. Introduire dans le toit de l'immeuble en question quelques ouvertures de faibles dimensions en appoint du jour intérieur provenant du patio ne serait pas de nature à nuire à la composition de l'ensemble. Il n'est donc pas possible de suivre la CMNS qui soutient une position par trop absolue et dont le refus de principe apparaît disproportionné en l'espèce.

Il s'avère ainsi que le projet de percement d'ouvertures en second registre dans la toiture de l'immeuble sis au n° 15 rue de l'Athénée n'affecte en rien le maintien de l'unité architecturale de l'ensemble protégé par l'article 90 LCI. La toiture, en tant qu'élément particulièrement digne de protection en vertu du même article, est sauvegardée, comme le prouvent les nombreuses recherches et documentations produites par le recourant. Enfin, le DAEL n'a apporté aucun élément à l'appui de son refus, que ce soit des exemples concrets ou une position doctrinale en matière d'architecture, qui serait en mesure contredire les pièces produites par le recourant tout au long de la procédure. Partant, le refus d'autorisation du DAEL était mal fondé, en tant qu'il se basait sur des préavis qui ne le liaient pas (art. 3 al. 3 LCI) et qui méconnaissaient le style de l'ensemble à protéger, alors même que l'intervention projetée ne contreviendrait en rien au maintien de l'unité architecturale de l'immeuble litigieux exigé par la loi (art. 90 al. 1 LCI).

8. Vue l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu. Une indemnité de procédure d'un montant de CHF 3'000.- sera allouée au recourant à la charge de l'Etat.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 3 avril 2000 par Monsieur F. M. contre la décision de la commission cantonale de recours en matière de constructions du 25 février 2000 ;

au fond :

l'admet;

annule la décision de la commission cantonale de recours en matière de constructions précitée et celle du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement du 23 juin 1999 ;

ordonne au département de l'aménagement, de l'équipement et du logement de délivrer l'autorisation demandée ;

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

alloue au recourant une indemnité de CHF 3'000.- à la charge de l'Etat ;

communique le présent arrêt à Me Gerson Waechter, avocat du recourant ainsi qu'au département de l'aménagement, de l'équipement et du logement et à la commission cantonale de recours en matière de constructions.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal Administratif :

la greffière-juriste :	la vice-présidente :
C. Del Gaudio-Siegrist	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :