RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4255/2020-LCI **ATA/199/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 22 février 2022

3ème section

dans la cause

Monsieur A_____
Madame B_____
représentés par Me Julien Blanc, avocat

contre

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE-OAC

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 23 septembre 2021 (JTAPI/995/2021)

EN FAIT

1) Madame B_____ et Monsieur A_____ sont copropriétaires, depuis juin 2019, d'un appartement situé au sixième étage de l'immeuble de logements construit sur la parcelle n° 1_____, feuille 2_____, de la commune de Genève, section _____, à l'adresse _____, avenue C_____.

Depuis le 13 octobre 2006, cet immeuble est inscrit à l'inventaire genevois des immeubles dignes d'être protégés (Ms-i VGE 52).

2) Le 30 juillet 2015, le département du territoire (ci-après : le département), faisant suite à la demande d'autorisation de construire déposée le 17 octobre 2014 par les anciens propriétaires de l'appartement, enregistrée sous la référence DD 3_____, a autorisé l'aménagement d'une terrasse en toiture de cet immeuble.

3) Le 20 décembre 2019, par ses architectes, M. A_____ a déposé auprès du département une demande d'autorisation de construire un accès en toiture et d'aménager celle-ci.

4) Dans le cadre de l'instruction de cette demande, enregistrée sous la référence DD 4_____, les préavis usuels ont été requis, dont deux se sont révélés défavorables :

- celui de la commission des monuments, de la nature et des sites (ci-après : CMNS) du 21 janvier 2020, qui a relevé, après analyse des documents, que ce bâtiment d'architecture éclectique, construit par l'architecte-constructeur Firmin ODY entre 1907 et 1908, mêlait des réminiscences italiennes (loggias à balustrade de part et d'autre d'un corps central en saillie sur la façade cour) et des éléments français (toiture de type Mansart et alternance de briques et de pierres pour les arcs des fenêtres). La construction de la terrasse projetée allait à l'encontre de la symétrie régissant la composition des façades de l'immeuble ;

- celui de la Ville de Genève (ci-après : la ville) du 24 février 2020, qui a considéré que ce type d'intervention n'était pas envisageable pour un immeuble inscrit à l'inventaire.

Tous les autres préavis (direction de l'information du territoire, police du feu, office cantonal de l'eau, office de l'urbanisme, office cantonal de l'environnement, office cantonal des transports, service LDTR et office des autorisations de construire – ci-après : OAC) étaient favorables, certains sous conditions.

5) Le 6 février 2020, l'Association Patrimoine Suisse (ci-après : APS) s'est opposée à ce projet, tout comme elle s'était opposée à la demande similaire déposée en 2014 (DD 3_____).

Le bâtiment en question présentait de très grandes qualités architecturales et était apparenté au _____, rue du D_____, aussi porté à l'inventaire. Son vocabulaire architectural, sa division tripartite, ses loggias et avant-corps ainsi que la brique en alternance avec la pierre, relevaient d'une qualité de construction particulièrement soignée. Il en était de même pour sa toiture à la Mansart très raide, couverte d'ardoise qui complétait la composition tout à fait claire du plan. L'adjonction proposée (garde-corps grillagé et végétalisé) en dénaturerait les qualités patrimoniales.

6) Par décision du 11 novembre 2020, le département a refusé de délivrer le permis de construire sollicité, faisant siens les deux préavis défavorables susmentionnés, et a ajouté que l'autorisation précédente, DD 3_____, était caduque et n'octroyait aucun droit acquis. Depuis lors, la composition et la sensibilité de la CMNS avaient évolué, considérant que le projet DD 4_____ rompait de façon conséquente la physionomie de la toiture à la Mansart et ne pouvant être accepté.

7) Par acte du 14 décembre 2020, par l'intermédiaire de leur conseil, Mme B_____ et M. A_____ ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), concluant, principalement, à son annulation et à la délivrance de l'autorisation de construire DD 4_____. Préalablement, ils ont requis l'apport du dossier d'autorisation de construire en procédure accélérée APA 5_____ portant sur une terrasse sur le toit de l'immeuble _____, rue du D_____ du 22 décembre 2020.

Leur appartement bénéficiait d'un droit de jouissance exclusive sur la toiture de l'immeuble. Leur choix d'acquérir ce lot de copropriété avait été grandement dicté par la possibilité d'y installer une terrasse à leur propre usage. En effet, les précédents propriétaires avaient obtenu un permis de construire (DD 3_____) pour l'aménagement d'une terrasse en toiture. Lors de la procédure de délivrance de ce permis en 2014, la CMNS avait émis un préavis favorable, sous conditions liées à la réalisation des garde-corps en retrait de la façade ; elle n'avait relevé aucune entorse à l'art. 9 de la loi sur la protection des monuments, de la nature et des sites du 4 juin 1976 (LPMNS - L 4 05). La ville avait également préavisé la demande favorablement, avec souhaits, reprenant les éléments émis par la CMNS au sujet du garde-corps.

Le 31 octobre 2018, lors du dépôt de la déclaration d'ouverture de chantier, le département avait indiqué que l'autorisation DD 3_____ était caduque et qu'une nouvelle requête devait être déposée. Sans demander la motivation de la caducité et en toute confiance, l'architecte avait déposé une demande

d'autorisation, identique à l'autorisation DD 3_____, hormis la végétalisation des garde-corps de la terrasse.

Le 25 juin 2020, dans le cadre de l'instruction du dossier DD 4_____, l'OAC avait sollicité des adaptations et compléments au projet, tout en communiquant aux architectes les préavis de la CMNS et de la ville qui étaient, pour une raison indéterminée, négatifs. La CMNS relevait que l'immeuble était inscrit à l'inventaire et donnait un motif architectural à son appréciation. Elle préavisait défavorablement un projet qu'elle avait accepté quelques années auparavant, sans changement de circonstances, ni législatif, ni jurisprudentiel, ni architectural, sans donc expliquer sa volte-face. La ville ne motivait en rien son refus du projet. Leur droit d'être entendus avait été violé, vu ces préavis négatifs, en soi très succincts et insuffisants.

Le 30 septembre 2020, ils avaient adressé un courrier à l'OAC pour relever les incongruités des préavis nouvellement émis.

Au _____, rue du D_____, un accès en toiture ainsi que l'agrandissement d'une terrasse avaient été autorisés par décision du 16 octobre 2020 (APA 5_____). À teneur de la détermination d'APS du 6 février 2020, ces deux bâtiments étaient apparentés. Ils étaient du même entrepreneur et avaient été mis à l'inventaire le même jour suite à une intervention de la Société d'art public.

La décision entreprise violait tant la garantie de l'égalité devant la loi que la protection contre l'arbitraire. L'argumentation très succincte de la CMNS, liée à l'harmonie des façades ne résistait pas à l'examen, l'immeuble n'ayant pas subi de travaux depuis 2015.

Enfin, l'autorisation sollicitée était parfaitement conforme aux dispositions applicables à la zone et ne contrevenait à aucune norme.

8) Le 15 février 2021, le département a conclu au rejet du recours.

9) Le 16 mars 2021, dans leur réplique, les requérants ont produit le préavis de la CMNS dans le dossier d'autorisation APA 5_____. L'adaptation du projet avait été faite afin que la terrasse ne soit pas visible depuis la rue. Un traitement équivalent aurait dû s'appliquer.

10) Dans sa duplique du 8 avril 2021, le département a relevé les différences entre les toitures des bâtiments des _____, avenue C_____ et rue du D_____. La première était française et la seconde italienne. Il y avait un avant corps à droite et à gauche du premier immeuble et non du second.

11) Le TAPI a procédé à un transport sur place le 2 juin 2021. Il ressort du procès-verbal dressé à cette occasion que :

a. Selon Madame E_____, historienne de l'art représentant la CMNS, les membres de la CMNS avaient été renouvelés à 75 % en 2018 et qu'ainsi une nouvelle législature avait débuté avec de nouveaux commissaires et de nouvelles sensibilités ; il lui était difficile d'expliquer la raison de cette évolution. Il pouvait arriver que la CMNS change sa pratique et/ou devienne un peu moins souple au fil des ans. À cet égard, la rédaction de cahiers de bonnes pratiques était actuellement en cours, pour pouvoir fixer de manière plus précise les critères utiles.

En l'espèce, l'impact négatif de la construction projetée découlait de la présence d'une toiture à la Mansart, à savoir un toit avec un pan en ardoise, qui formait façade : c'était le pan du toit qui formait visuellement une toiture. Elle n'avait jamais vu de préavis favorable pour une superstructure ou une terrasse sur des toits de ce type-là, ceux-ci étant considérés comme un élément de finition du bâtiment, ce qui n'était pas le cas de toitures plates. Le fait qu'une toiture plate était destinée à recevoir des installations techniques ou d'entretien, alors qu'un terrasson en ferblanterie était un élément terminé, constituait une différence qui avait très probablement été prise en compte, étant relevé que c'était les architectes siégeant à la CMNS qui se prononçaient sur ce point.

S'agissant d'un préavis rendu en janvier 2020, elle ne savait plus ce que lesdits architectes avaient retenu. Un projet réalisé plus en retrait, comme il avait été requis pour le projet _____, rue du D_____, ne changerait pas la position de la CMNS puisque du fait du toit à la Mansart, il y aurait une atteinte à la symétrie du bâtiment, un déséquilibre au niveau de sa composition. À sa connaissance, la CMNS préavisait défavorablement depuis bien longtemps dans de tels cas, avant même le changement de composition.

Le préavis favorable délivré en 2015 pour un projet similaire sur le même bâtiment, sans que l'impact n'ait alors été considéré comme problématique, et l'agrandissement d'une terrasse autorisée en 2020 sur le bâtiment _____, rue du D_____, pouvaient être liés à l'historique des dossiers en cause. À son avis, le préavis de 2015 avait été favorable du fait que la CMNS s'était basée sur le préavis concernant le bâtiment _____, rue du D_____, sans vraiment tenir compte des divergences au niveau de la toiture des deux bâtiments.

En rendant le préavis litigieux, il n'avait pas été tenu compte du préavis de 2015, dont elle n'avait pas connaissance. Le sachant caduc, les commissaires s'étaient tenus à leurs prérogatives de juger la substance et l'impact du projet sur le bâtiment. Lorsqu'ils préavisaient, ils ne recevaient que le dossier concerné avec les plans, à l'exclusion des dossiers d'éventuelles précédentes requêtes. Il appartenait au département, et non à la CMNS, d'effectuer, au besoin, une pesée des intérêts sur la base de l'ensemble des préavis, de l'historique du dossier et des intérêts en présence.

Elle prenait acte que pour rendre le préavis de 2015, les représentants de la CMNS étaient venus sur place, ce qui n'avait pas été le cas pour le second préavis. Elle prenait aussi acte que dans le dossier relatif à l'immeuble _____, rue du D_____, la CMNS avait pris en compte l'historique du dossier et l'existant pour préaviser et qu'un impact sur les bâtiments avait été constaté dans les deux dossiers. Cela étant, le projet litigieux créait une asymétrie, puisqu'un seul côté était aménagé en terrasse sur un bâtiment ayant une symétrie remarquable, formant ainsi un déséquilibre. Il lui serait possible de verser à la procédure la liste des préavis rendus pour des terrasses en toiture à la Mansart sur des bâtiments à l'inventaire.

b. Le TAPI avait noté que les différents niveaux du toit étaient bien visibles. Le bâtiment en cause était entouré d'immeubles, la plupart d'une hauteur légèrement plus élevée et de réalisation plus récente. Un immeuble moderne était en cours de réalisation à proximité immédiate. Il n'y avait, depuis le centre de la toiture, pas de visibilité sur la rue C_____. On voyait en revanche, depuis l'emplacement projeté du garde-corps, l'avenue F_____ ainsi que l'un des trottoirs de la rue C_____.

c. Les copropriétaires avaient montré l'emplacement projeté de la terrasse, à savoir, au sud de l'accès actuel, en forme de « L » inversé, entièrement situé au-dessus de leur appartement. La terrasse, qui prendrait place sur deux niveaux séparés d'environ 80 cm de hauteur, de sorte que trois marches seraient installées, viendrait se poser sur la toiture telle qu'elle était, sans changement de niveau. La largeur de la terrasse correspondrait au décrochement visible sur la partie surélevée, de laquelle se ferait l'accès en toiture. La seule modification serait en lien avec l'accès.

Leur architecte avait fait valoir que tel que prévu dans la précédente autorisation, le garde-corps était visible d'une dizaine de centimètres depuis le trottoir en face de l'immeuble. Sur demande de la CMNS, il avait été reculé dans la nouvelle demande d'autorisation, de sorte qu'on ne le voyait plus depuis la rue C_____. Le garde-corps et la terrasse seraient uniquement visibles depuis certains appartements des immeubles voisins.

d. Mme E_____ avait admis que le retrait en façade correspondait bien à la demande de la CMNS. Toutefois, aménager une terrasse en toiture entraînait aussi l'installation de mobilier, pergola, parasol, etc. La CMNS n'avait aucune prise sur l'impact visuel de ces éléments de mobiliers et infrastructures relevant du domaine privé. La hauteur du mobilier était problématique car elle entraînerait potentiellement sa visibilité depuis la rue. En outre, vu sa forme, il semblait compliqué de mettre du mobilier uniquement au centre de la terrasse. Il fallait se placer dans la perspective du piéton pour mesurer l'impact visuel, cheminant au pied de l'immeuble, mais également aux alentours plus lointains.

e. La représentante du département a ajouté qu'il n'était pas possible d'assortir l'autorisation de construire de conditions strictes en lien avec le mobilier et les aménagements de la terrasse. Leur pose n'était pas soumise à autorisation et l'engagement des propriétaires ne liait que ces derniers, sans garantie qu'il soit repris par un futur acquéreur. Un tel engagement ne pouvait être inscrit ni au registre foncier, ni sur le bail. En outre, un tel agencement serait visible par les habitants des immeubles voisins. Pour les architectes, la toiture était considérée comme la cinquième façade et c'était aussi un élément patrimonial à préserver.

f. Selon l'avocat des requérants, les réponses de Mme E_____ démontraient que la CMNS s'était arrêtée sur une question de pur principe, sans tenir compte de l'entier du dossier. S'il n'était pas contesté que l'on était en présence d'un immeuble à préserver, on voyait toutefois aussi que la partie plate de la toiture était récente, avec une étanchéité bi-couches. Le fait d'y apposer quelque chose n'était pas une altération du bâtiment dans son ensemble. La toiture du bâtiment du _____, rue du D_____ était visible sur les photos satellites et on voyait que les finitions de la toiture étaient différentes.

g. À l'issue du transport sur place, le TAPI avait imparti un délai à la CMNS afin de verser à la procédure la liste des préavis rendus ces dix dernières années pour des terrasses en toiture à la Mansart sur des bâtiments à l'inventaire.

12) Le 30 août 2021, le département a informé le TAPI que la CMNS ne tenait pas des statistiques par thématiques précises et que son registre des préavis ne permettait pas de faire une extraction automatique selon les critères demandés. Il ne pouvait dès lors donner suite à la demande du TAPI.

13) Le 10 septembre 2021, Mme B_____ et M. A_____ ont relevé que la CMNS et le département n'avaient pas été en mesure d'apporter la preuve d'un changement de pratique au sujet des autorisations de construire sur des immeubles avec combles à la Mansart. La preuve d'un changement de sensibilité au sein de la CMNS aurait pu être apportée par d'autres moyens, par exemple par la production d'extraits de procès-verbaux ou de délibérations.

14) Par jugement du 23 septembre 2021, le TAPI a rejeté le recours.

L'apport de l'entier du dossier d'autorisation APA 5_____ n'était pas nécessaire, plusieurs pièces figurant d'ailleurs déjà au dossier, dont le préavis de la CMNS. La décision litigieuse était suffisamment motivée.

Compte tenu de la retenue qu'il se devait d'observer, le TAPI ne saurait s'écarter de l'appréciation faite par les spécialistes en la matière et retenait dès lors que le projet portait atteinte à la toiture de l'immeuble concerné. La construction projetée n'était ainsi pas conforme aux dispositions légales applicables.

Il n'y avait pas d'égalité dans l'illégalité et aucune pratique du département qui aurait été changée n'avait pu être démontrée. Le principe de la bonne foi n'avait pas été violé. L'ancienne autorisation était caduque et n'avait créé aucun droit acquis.

15) Par acte mis à la poste le 3 novembre 2021, Mme B_____ et M. A_____ ont interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant à l'annulation de cette décision ainsi qu'à la délivrance de l'autorisation de construire.

Les principes de la bonne foi et d'égalité devant la loi avaient été violés car la délivrance de la DD 3_____ marquait clairement l'assurance d'une possibilité d'obtenir le droit de construire une terrasse en toiture sur le même immeuble. Une telle autre terrasse avait été autorisée au _____, rue du D_____.

Le seul changement de composition d'une commission, sans autre motif de portée juridique, ne pouvait faire obstacle à la délivrance d'une autorisation de construire. Le changement de pratique n'était pas motivé. Les préavis de la CMNS étaient clairement contradictoires. Les spécificités architecturales du bâtiment n'avaient pas été modifiées.

16) Le 9 décembre 2021, le département a conclu au rejet du recours.

Les attentes des recourants n'avaient jamais été encouragées ou créées. Aucun droit acquis ne pouvait lui être opposé ni un comportement contradictoire reproché.

Les changements de composition de la CMNS suite à la nouvelle législature et la modification de la sensibilité de ses membres justifiaient pleinement que son opinion évolue par rapport à l'appréciation d'un projet de construction. Il ne s'agissait pas d'un changement de pratique.

17) Dans leur réplique du 21 janvier 2022, Mme B_____ et M. A_____ ont relevé que le département, comme le TAPI, limitaient la protection de la bonne foi à l'examen d'un droit acquis. Or, ce principe nécessitait un changement concret de circonstances, des motifs objectifs et sérieux qui s'opposaient à la délivrance de l'autorisation. En outre, tout dans le dossier contredisait un changement de sensibilité. Dans le seul cas comparable, du _____, rue du D_____, une autorisation avait été délivrée.

18) Le 21 janvier 2022, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2) Le litige concerne une décision de refus d'autorisation de construire une terrasse sur le toit d'un bâtiment inscrit à l'inventaire des bâtiments dignes d'intérêt, rendue par le département et faisant siens les préavis négatifs de la commune et de la CMNS. Cette décision de refus a été confirmée par le TAPI dans son jugement du 23 septembre 2021 qui fait l'objet du présent recours.

3) En vertu de l'art. 61 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b al. 1) ; les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (let. b al. 2).

Il y a en particulier abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou lorsqu'elle viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire, l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 143 III 140 consid. 4.1.3).

4) Les recourants invoquent une violation des principes de protection de la bonne foi et de l'égalité de traitement. Le même projet de terrasse avait été autorisé en 2015 et une terrasse avait été autorisée sur le toit d'un immeuble aux caractéristiques similaires.

5) a. La LPMNS a notamment pour but de conserver les monuments de l'histoire, de l'art ou de l'architecture, les antiquités immobilières ou mobilières situés ou trouvés dans le canton ainsi que le patrimoine souterrain hérité des anciennes fortifications de Genève (art. 1 let. a), de préserver l'aspect caractéristique du paysage et des localités, les immeubles et les sites dignes d'intérêt, ainsi que les beautés naturelles (art. 1 let. b), d'assurer la sauvegarde de la nature, en ménageant l'espace vital nécessaire à la flore et à la faune, et en maintenant les milieux naturels (art. 1 let. c), de favoriser l'accès du public à un site ou à son point de vue (art. 1 let. d).

La LPMNS poursuit la protection générale des monuments de l'histoire, de l'art ou de l'architecture et des antiquités immobilières situés ou découverts dans le canton, qui présentent un intérêt archéologique, historique, artistique, scientifique ou éducatif, ainsi que les terrains contenant ces objets et leurs abords (art. 4 let. a LPMNS), et des immeubles et des sites dignes d'intérêt, ainsi que des beautés naturelles (art. 4 let. b LPMNS).

S'agissant des bâtiments, elle prévoit l'établissement d'un inventaire de tous les immeubles dignes d'être protégés au sens de l'art. 4 (art. 7 al. 1 LPMNS), ainsi que la possibilité pour le Conseil d'État d'ordonner la classement d'un monument ou d'une antiquité (art. 10 LPMNS).

L'inscription à l'inventaire a pour effet que les immeubles inscrits doivent être maintenus et leurs éléments dignes d'intérêt préservés (art. 9 al. 1 LPMNS).

b. La CMNS est une commission consultative nommée, au début de chaque législature par le Conseil d'État, composée d'un membre de chaque parti représenté au Grand Conseil et désignée par ce dernier, de trois membres sur proportion de l'association des communes genevoise, dont un désigné par la ville et d'un maximum de onze membres titulaires et trois suppléants, dont une majorité délégués d'associations d'importance cantonale poursuivant les buts énumérés à l'art. 1 LPMNS.

Elle donne son préavis notamment sur tout projet de travaux concernant un immeuble porté à l'inventaire, classé ou situé en zone protégée (art. 47 LPMNS et 5 al. 2 let. c, e, f du règlement d'exécution de la loi sur la protection des monuments, de la nature et des sites du 29 novembre 1976 (RPMNS - L 4 05.01)).

6) a. Sur tout le territoire du canton, nul ne peut, sans y avoir été autorisé, notamment, élever en tout ou partie une construction ou une installation, notamment un bâtiment locatif, industriel ou agricole, une villa, un garage, un hangar, un poulailler, un mur, une clôture ou un portail (art. 1 al. 1 let. a de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 - LCI - L 5 05)). De même, il n'est pas possible de modifier, même partiellement le volume, l'architecture, la couleur, l'implantation, la distribution ou la destination d'une construction ou d'une installation sans autorisation (art. 1 al. 1 let. b LCI).

b. L'art. 15 LCI dispose que le département peut interdire ou n'autoriser que sous réserve de modification toute construction qui, par ses dimensions, sa situation ou son aspect extérieur nuirait au caractère ou à l'intérêt d'un quartier, d'une rue ou d'un chemin, d'un site naturel ou de points de vue accessibles au public (al. 1). La décision du département se fonde notamment sur le préavis de la CA ou, pour les objets qui sont de son ressort, sur celui de la CMNS. Elle tient compte également, le cas échéant, de ceux émis par la commune ou les services compétents du département (al. 2).

La clause d'esthétique de l'art. 15 LCI fait appel à des notions juridiques imprécises ou indéterminées, dont le contenu varie selon les conceptions subjectives de celui qui les interprète et selon les circonstances de chaque cas d'espèce ; ces notions laissent à l'autorité une certaine latitude de jugement. Lorsqu'elle estime que l'autorité inférieure est mieux en mesure d'attribuer à une notion juridique indéterminée un sens approprié au cas à juger, l'autorité de

recours s'impose alors une certaine retenue. Il en va ainsi lorsque l'interprétation de la norme juridique indéterminée fait appel à des connaissances spécialisées ou particulières en matière de comportement, de technique, en matière économique, de subventions et d'utilisation du sol, notamment en ce qui concerne l'esthétique des constructions (ATA/1274/2017 du 12 septembre 2017 consid. 6 et la jurisprudence citée).

L'art. 15 LCI reconnaît au département un large pouvoir d'appréciation. Ce dernier n'est limité que par l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (ATA/1065/2018 du 9 octobre 2018 consid. 3e et la référence citée). Constitue un abus du pouvoir d'appréciation le cas où l'autorité reste dans le cadre fixé par la loi, mais se fonde toutefois sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 précité ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd., 2018, p. 179).

7) Selon une jurisprudence bien établie, chaque fois que l'autorité inférieure suit les préavis requis, la juridiction de recours doit s'imposer une certaine retenue, qui est fonction de son aptitude à trancher le litige (ATA/284/2016 du 5 avril 2016 consid. 7c ; ATA/109/2008 du 11 mars 2008 consid. 4 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 508 et la jurisprudence citée). 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/284/2016 précité consid. 7c ; ATA/51/2013 du 29 janvier 2013 consid. 5d).

8) Le principe de la bonne foi entre administration et administré, exprimé aux art. 9 et 5 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) exige que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale (arrêts du Tribunal fédéral 6B_266/2020 du 27 mai 2020 ; 1C_173/2017 du 31 mars 2017 consid. 2.3 ; Jacques DUBEY, Droits fondamentaux, vol. 2, 2018, p. 642 n. 3454). En particulier, l'administration doit s'abstenir de toute attitude propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 138 I 49 consid. 8.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_227/2015 du 31 mai 2016 consid. 7 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., p. 203 n. 568 ; Jacques DUBEY/Jean-Baptiste ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, p. 254 n. 716 et 717 et p. 256 n. 726).

Découlant directement de l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités lorsqu'il a réglé sa conduite

d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 143 V 95 consid. 3.6.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_104/2019 du 21 avril 2020 consid. 4.1 ; Luc GONIN, Droit constitutionnel suisse, 2021, p. 624 n. 2023). Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que (1) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard d'une personne déterminée, (2) que l'administration ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et (3) que la personne concernée n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore (4) que l'administré se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice et (5) que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 141 V 530 consid. 6.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_617/2019 du 27 mai 2020 consid. 4.1 ; 2D_42/2019 du 25 mars 2020 consid. 5.1 ; Jacques DUBEY, in Vincent MARTENET/Jacques DUBEY [éd.], Commentaire romand de la Constitution fédérale. Préambule - art. 80 Cst, 2021, p. 381 ss n. 81 ss ad art. 9 Cst. ; Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER/Maya HERTIG RANDALL/Alexandre FLÜCKIGER, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, 4ème éd., 2021, p. 645 n. 1297 ss ; Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8ème éd., 2020, p. 143 ss et p. 158 n. 699 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., p. 206).

Ce principe est l'émanation d'un principe plus général, celui de la confiance, lequel suppose que les rapports juridiques se fondent et s'organisent sur une base de loyauté et sur le respect de la parole donnée. Le principe de la loyauté impose aux organes de l'Etat ainsi qu'aux particuliers d'agir conformément aux règles de la bonne foi. Cela implique notamment qu'ils s'abstiennent d'adopter un comportement contradictoire ou abusif (ATF 136 I 254 consid. 5.2).

9) a. L'obligation d'obtenir une autorisation de construire est une restriction de droit public de la propriété dont la base légale a été créée pour l'ensemble de la Suisse par l'art. 22 al. 1 de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT - RS 700). L'intérêt public consiste dans le contrôle de la conformité du projet de construction avec le droit applicable. La proportionnalité résulte du fait que l'on considère un contrôle préalable plus adéquat que la démolition de constructions dont l'illégalité est constatée après coup (Alexander RUCH, in Heinz AEMISEGGER/Pierre MOOR/Alexander RUCH/ Pierre TSCHANNEN [éd.], Commentaire de la LAT, Autorisation de construire, protection juridique et procédure, 2020, n. 29 ad art. 22 LAT p. 95)

Il découle de la nature des autorisations de construire et pour des motifs de stabilisation juridique que les législations prévoient un délai dans lequel le permis de construire doit être utilisé ; il s'agit d'éviter qu'un propriétaire ne puisse

indéfiniment opposer l'autorisation qu'il a reçue à un changement de réglementation (Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2011, p. 102-104). En droit genevois, l'autorisation de construire est caduque si les travaux ne sont pas entrepris dans les deux ans qui suivent sa publication dans la Feuille d'avis officielle. L'autorisation peut être prolongée par le département d'une année et, sous réserve de circonstances exceptionnelles, elle ne peut l'être que deux fois (art. 4 al. 5, 7 et 8 LCI).

Il faut donc retenir qu'une autorisation de construire ne crée pas de droit acquis mais que, lorsqu'elle est utilisée, elle a pour effet durable de légitimer la construction autorisée (Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 761 p. 266 et n. 839 p. 300).

Le Tribunal fédéral a déjà jugé que dans le contexte de la protection de la bonne foi, la délivrance d'une autorisation de construire ne conférait pas à l'administré un droit inconditionnel à l'obtention d'une prolongation de la validité de l'autorisation (arrêt du Tribunal fédéral 1C_307/2019 du 3 avril 2020 consid. 5.2.1). A fortiori, il n'existe pas de droit non plus à se voir délivrer une seconde autorisation de construire, même pour un projet quasi identique, plusieurs années après la fin de la période de validité de la première autorisation, comme en l'espèce.

b. Ainsi, c'est donc à tort que les recourants soutiennent en l'espèce que la délivrance de la DD 3_____ équivalait à une assurance donnée par l'autorité intimée et leur permettait d'obtenir l'autorisation de construire sollicitée.

Ce grief sera écarté sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres conditions d'application de la protection de la bonne foi, celles-ci étant cumulatives.

10) a. Une décision viole le principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 8 Cst. lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment (ATF 145 I 73 consid. 5.1 ; 142 I 195 consid. 6.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_231/2021 du 3 mai 2021 consid. 5.1 ; 2C_538/2020 du 1er décembre 2020 consid. 3.2).

b. Selon la jurisprudence, une ou un justiciable ne saurait en principe se prétendre victime d'une inégalité de traitement lorsque la loi est correctement

appliquée à son cas, alors même que dans d'autres cas, elle aurait reçu une fausse application ou n'aurait pas été appliquée du tout. Cependant, cela présuppose de la part de l'autorité dont la décision est attaquée la volonté d'appliquer correctement, à l'avenir, les dispositions légales en question et de les faire appliquer par les services qui lui sont subordonnés. En revanche, si l'autorité persiste à maintenir une pratique reconnue illégale ou s'il y a de sérieuses raisons de penser qu'elle va persister dans celle-ci, la citoyenne ou le citoyen peut demander que la faveur accordée illégalement à des personnes tierces le soit aussi à elle-même ou lui-même, cette faveur prenant fin lorsque l'autorité modifie sa pratique illégale. Encore faut-il que l'autorité n'ait pas respecté la loi selon une pratique constante, et non pas dans un ou quelques cas isolés, et qu'il n'existe pas un intérêt public prépondérant au respect de la légalité qui conduise à donner la préférence à celle-ci au détriment de l'égalité de traitement, ni d'ailleurs qu'aucun intérêt privé de personnes tierces prépondérant ne s'y oppose (ATF 139 II 49 consid. 7.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_337/2020 du 10 février 2021 consid. 4.2 ; Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, 3ème éd., 2013, p. 500 s. n. 1074 ss ; Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, Droit administratif, vol. 1, 3ème éd., 2012, p. 627 ss n. 4.1.1.4).

De plus, une pratique constante demeurera cependant sans effet si son caractère illégal est identifié pour la première fois à l'occasion d'une procédure judiciaire ; dans ce cas de figure, il est présumé que l'autorité l'adaptera pour se conformer à la loi. Ce n'est que si l'autorité renonce à abandonner une pratique qu'elle sait illégale que le principe de l'égalité de traitement peut avoir le pas sur celui de la légalité. Si l'autorité ne s'exprime pas sur ses intentions futures, l'autorité judiciaire présume que celle-ci se conformera à la loi à l'avenir (ATF 127 I 1 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_436/2014 du 5 janvier 2015 consid. 5.1 ; Pierre TSCHANNEN, Gleichheit im Unrecht : Gerichtsstrafe im Grundrechtskleid in ZBl 112/2011 p. 74).

c. En l'espèce, les recourants fondent leur argumentation sur le fait qu'une terrasse a été autorisée en 2020 sur le bâtiment sis _____, rue du D_____, inscrit à l'inventaire et construit par le même architecte. Le changement de pratique ne serait pas motivé et les préavis de la CMNS clairement contradictoires.

Le préavis de la CMNS dans le dossier de l'APA 5_____ indique que le projet prévoit l'agrandissement d'une terrasse en toiture autorisée le 12 décembre 2007. Il s'agit d'une terrasse commune aux appartements situés au dernier étage de l'immeuble, lesquels disposaient de sorties en toiture autorisées également en 2007.

En outre, la représentante de la CMNS, a exposé, lors du transport sur place du TAPI, les différences existant entre les deux toitures en cause et notamment le

fait que la symétrie du bâtiment serait atteinte par l'édification d'une terrasse sur un côté du toit, créant un déséquilibre au niveau de sa composition. Elle a rappelé à cette occasion, qu'à sa connaissance, la CMNS refusait systématiquement les projets de terrasses sur des toitures à la Mansart qui différaient des toitures plates, telle que celle présentée par le bâtiment _____, rue du D_____ ; dans une toiture à la Mansart, le terrasson en ferblanterie était un élément de finition du bâtiment. Le préavis favorable donné dans le dossier DD 3_____ en 2014 par la CMNS pour le bâtiment objet du présent litige s'expliquait par l'historique des dossiers des deux bâtiments et probablement parce que la CMNS n'avait à l'époque pas tenu compte des divergences au niveau de leur toiture.

Le département a également souligné à cette occasion la différence entre ces deux toitures, celui de l'avenue C_____ étant une variation française et l'autre italienne. L'une présentait un avant-corps, l'autre non.

En conséquence, les recourants échouent à démontrer l'existence d'une pratique durable du département, fondée sur des préavis de la CMNS s'agissant d'autoriser la construction de terrasse sur des toits d'immeubles comportant des toitures à la Mansart, laquelle n'aurait à tort pas été appliquée en l'espèce. Au contraire, les différences entre les deux bâtiments sont établies et, s'agissant des deux préavis de la CMNS portant sur le même bâtiment, une évolution de la sensibilité des commissaires peut l'expliquer.

En particulier, tel qu'exposé par les représentantes de la CMNS et du département lors du transport sur place, même en cas de retrait en façade, l'aménagement d'une terrasse en toiture entraîne aussi l'installation de mobilier visible depuis la rue, non soumise à autorisation. L'impact visuel de ces éléments, par le voisinage comme les piétons, sur l'aspect patrimonial de la toiture doit également être pris en compte dans l'examen de projets touchant un bâtiment inscrit à l'inventaire des bâtiments digne d'intérêt.

En conséquence, il sera retenu que le département n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant l'autorisation querellée.

En tous points infondé, le recours sera rejeté.

11) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge solidaire des recourants qui succombent (art. 87 al. 1 LPA) et il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 3 novembre 2021 par Madame B_____ et Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 23 septembre 2021 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge solidaire de Madame B_____ et Monsieur A_____ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

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 Julien Blanc, avocat des recourants, au département du territoire - oac ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mme Lauber et M. Mascotto, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	la présidente siégeant :
F. Scheffre	F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :