RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/73/2007-DCTI **ATA/147/2007**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 20 mars 2007

dans la cause

Madame Griselda et Monsieur Philippe BAEHLER
Madame Mireille et Monsieur Christian BUNGENER-WEHRLI
Madame Astrid et Monsieur Francesco CASTIGLIONE
Madame Véronique et Monsieur Antoine HADENGUE
Monsieur Frédéric JENNY
Madame Rachel et Monsieur Vincent PEREGO
Madame Cécile et Monsieur Gonzague PILLET
Monsieur David ROYSTON
représentés par Me Philippe Pasquier, avocat

contre

COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIÈRE DE CONSTRUCTIONS

et

DÉPARTEMENT DES CONSTRUCTIONS ET DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION

et

ORANGE COMMUNICATIONS S.A.

EN FAIT

1. Les services industriels de Genève (ci-après : SIG) sont propriétaires de la parcelle n° 3726, feuille 57 de la commune de Veyrier, à l'adresse route de Troinex 46ter, située en 5ème zone de construction au sens de l'article 19 alinéa 3 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1987 (LaLAT - L 1 30).

2. Le 24 mai 2005, Orange Communications S.A. (ci-après : Orange), de siège à Lausanne, a déposé auprès du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement, devenu depuis lors le département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : le département) une demande d'autorisation de construire définitive une installation de téléphonie mobile à ériger sur le faîte d'une station de pompage existante (DD 99943-3).

3. Le 13 juillet 2005, le département a fait paraître dans la Feuille d'Avis Officielle (FAO) la première insertion de la publication de l'enquête publique, ouverte du 13 juillet au 13 août 2005, ordonnée en application des articles 17 alinéa 2 lettre f du règlement d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses du 27 février 1978 (RALCI - L 5 05 01) et 26 LaLAT.

   Aucune observation n'a été adressée au département.

4. Dans le cadre de l'instruction de la demande, le département a recueilli des préavis favorables, à l'exception de celui du domaine de l'eau émis le 30 juin 2005. La construction prévue était à moins de 30 mètres du ruisseau des Marais, soit en zone inconstructible selon l'article 15 alinéa 1 de la loi sur les eaux du 5 juillet 1961 (LEaux - L 2 05). Aucune dérogation ne pouvait être accordée pour ce dossier.

5. Par autorisation du 19 septembre 2005, publiée dans la FAO du 23 septembre 2005, le département a accordé l'autorisation sollicitée. La publication mentionnait la dérogation à l'article 26 LaLAT.

6. L'antenne a été construite et mise en service.

7. Le 29 mai 2006, Madame Rachel et Monsieur Vincent Perego, Madame Astrid et Monsieur Francesco Castiglione, Madame Griselda et Monsieur Philippe Baehler, Madame Véronique et Monsieur Antoine Hadengue, Monsieur David Royston, Madame Sarah Moradi-Talebi, Madame Mireille et Monsieur Christian Bungener-Wehrli, Madame Cécile et Monsieur Gonzague Pillet, Monsieur Frédéric Jenny, Madame et Monsieur Claude Berberat ont saisi la commission de recours en matière de constructions (ci-après :

la commission) d'un recours contre l'autorisation du 19 septembre 2005 avec demande de mesures provisionnelles.

A la fin du mois d'avril 2006, ils avaient appris fortuitement que les constructions à proximité de cours d'eau ou de forêts étaient strictement interdites. Or, la publication de l'autorisation querellée ne faisait pas mention d'autre dérogation que celle de l'article 26 LaLAT. Entachée d'un vice formel, l'autorisation était nulle. Subsidiairement, elle devait être annulée. En effet, la notification était irrégulière, dans la mesure où la publication de l'autorisation ne mentionnait pas les dérogations et cela contrairement à l'article 47 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

8. Après avoir recueilli les observations du département et entendu les parties en audience de comparution personnelle, la commission a déclaré le recours irrecevable par décision du 27 novembre 2006, communiquée le 6 décembre 2006. La publication, respectivement la décision, n'était pas nulle ni annulable, de sorte que le recours interjeté plus de six mois après l'échéance du délai était irrecevable.

9. Madame Griselda et Monsieur Philippe Baehler, Madame Mireille et Monsieur Christian Bungener-Wehrli, Madame Astrid et Monsieur Francesco Castiglione, Madame Véronique et Monsieur Antoine Hadengue, Monsieur Frédéric Jenny, Madame Rachel et Monsieur Vincent Perego, Madame Cécile et Monsieur Gonzague Pillet, Monsieur David Royston (ci-après : les recourants) ont saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée par acte du 8 janvier 2007.

Aucune des publications relatives à l'autorisation DD 99943-3, pas plus que l'autorisation elle-même, ne mentionnaient la dérogation de l'article 11 de la loi sur les forêts du 20 mai 1999 (LForêts - M 5 10) ni celle de l'article 15 LEaux.

Par cette omission, le département avait empêché l'enquête publique de porter sur des points décisifs, privant ainsi les tiers bénéficiant d'un droit de recours de la possibilité de faire valoir leurs droits. Il s'agissait-là d'un vice de procédure particulièrement grave qui devait être sanctionné par la nullité de l'acte vicié. La commission avait erré en estimant que l'indication de l'emplacement projeté suffisait à protéger les droits des tiers intéressés. Ce raisonnement revenait purement et simplement à vider de sa substance le principe de publication des dérogations.

C'était également à tort que la commission avait estimé que la pratique du département consistant à ne publier que certaines dérogations suffisait largement à sauvegarder les droits des divers intéressés. Cet argument était en totale contradiction avec la jurisprudence du Tribunal administratif (ATA/258/2000 du 18 avril 2000).

Non seulement l'autorisation querellée était nulle mais elle était annulable, en ce qu'elle violait l'article 47 LPA. Sur ce point, les recourants ont repris leur précédente argumentation.

Ils concluent préalablement à ce qu'un transport sur place soit ordonné et, sur le fond à l'annulation de la décision de la commission du 27 novembre 2006 et à la constatation de la nullité de l'autorisation de construire DD 99943-3 du 19 septembre 2005 ; subsidiairement, à l'annulation de ladite autorisation ou, subsidiairement encore au renvoi de la cause à la commission pour nouvelle décision.

10. Orange a présenté ses observations le 30 janvier 2007.

La sanction de nullité d'une décision administrative présupposait la réunion de trois éléments cumulatifs à savoir, le vice grave, patent et manifeste et enfin que l'admission de la nullité ne lèse pas gravement la sécurité du droit. En l'espèce, aucun de ces éléments n'était réuni.

Les publications ne mentionnaient pas les dérogations à la LEaux et à la LForêts, mais elles mentionnaient que le projet litigieux était mis à l'enquête publique en application des articles 26 LaLAT et 17 alinéa 2 lettre f RALCI. L'attention du public et du voisinage était dès lors clairement attirée sur le fait qu'il s'agissait d'une installation pouvant potentiellement constituer une gêne pour eux. La bonne foi exigeait de constater que tout tiers intéressé ayant fait preuve de diligence et ayant lu les publications relatives au projet litigieux avait eu l'occasion de prendre connaissance du dossier et d'exprimer des observations faisant valoir par-là son droit à être entendu.

L'installation avait été construite et mise en service en mars 2006, soit près de cinq mois après l'entrée en force de l'autorisation de construire. Or, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les exigences de la sécurité du droit l'emportaient sur l'intérêt à une application correcte du droit objectif si l'administré avait déjà fait usage d'une autorisation obtenue (arrêts du Tribunal fédéral 1A.43/2002, 1A.44/2002, 1A.45/2002 consid. 3.2 du 6 juin 2002).

Les griefs tendant à l'irrégularité relative à la publication n'étaient pas davantage fondés. La seule omission de la mention des dérogations accordées ne saurait entraîner l'application de l'article 47 LPA, dans la mesure où les recourants n'avaient subi aucun préjudice. En effet, ils disposaient de tous les éléments nécessaires à apprécier un éventuel recours contre l'autorisation DD 99943-3 (point de départ du délai, durée du délai de recours, voies de droit, nature du projet et sa localisation).

En tout état, les vices d'annulabilité dont pourrait souffrir l'autorisation querellée pouvaient être réparés par le contrôle exercé par le Tribunal administratif (ATA/17/2006 du 17 janvier 2006).

En effet, les préavis recueillis auprès des différents services et organismes intéressés n'avaient qu'un caractère consultatif et le département pouvait s'en écarter. A l'examen du dossier, il apparaissait que les conditions d'une dérogation à l'article 15 LEaux étaient données. Il en allait de même de celle relative à l'article 11 de la LForêts.

Orange conclut à l'irrecevabilité du recours avec suite de frais et dépens.

11. Dans ses observations du 15 février 2007, le département a conclu à l'irrecevabilité du recours.

L'autorisation de construire querellée avait pour objet une installation de téléphonie mobile, située sur une construction existante autorisée par voie dérogatoire. Elle avait été délivrée en application des dispositions pertinentes en matière d'aménagement du territoire à savoir les articles 26 LaLAT, 15 LEaux et 11 LForêts, après enquête publique.

Les griefs relatifs à la prétendue nullité de ladite autorisation étaient infondés.

Concernant le grief relatif à l'absence de publication de toutes les dérogations, le département a relevé que l'avis publié dans la FAO mentionnait clairement la nature de l'installation de même que la possibilité de consulter les plans y relatifs. Le département n'avait enregistré aucune observation ou opposition, en particulier de la part de l'un ou l'autre des recourants. Eu égard à l'ensemble des circonstances et en particulier sous l'angle du principe de la bonne foi, les recourants ayant eu la possibilité de faire valoir d'éventuels griefs pendant la mise à l'enquête publique et le délai de recours ayant suivi la publication de la décision querellée, le grief tiré de la nullité devait être écarté.

Enfin, la décision querellée avait été publiée avec la mention des voies et des délais de recours conformément à l'article 46 alinéa 1 LPA. Pas plus que les autres, ce grief n'était fondé.

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 LPA).

2. En ce qui concerne les voisins d'une construction ou d'une installation, il résulte de la jurisprudence que seuls ceux dont les intérêts sont lésés de façon directe et spéciale possèdent l'intérêt particulier requis par la loi (ATF 121 II 174 ; ATA/101/2006 du 7 mars 2006, consid. 4b). Cette lésion directe et spéciale suppose l'existence d'une communauté de fait entre les intérêts du destinataire de la décision et ceux des tiers. Les voisins peuvent ainsi recourir en invoquant des règles qui ne leur donnent aucun droit et qui ne sont pas directement destinées à protéger leurs intérêts (ATF 110 Ib 400 consid. 1b ; ATA/23/2007 du 23 janvier 2007, et les références citées).

En l'espèce, il est établi que les recourants sont propriétaires des parcelles voisines de celle sur laquelle s'élève l'antenne litigieuse.

Leur qualité pour agir est ainsi acquise.

3. Tel qu'il est garanti par l'article 29 alinéa 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne pourraient l'amener à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (Arrêts du Tribunal fédéral 2P.142/2006 du 2 novembre 2006, consid. 2.2 ; ATF 131 I 157 consid. 3 ; 130 II 429 consid. 2.1 ; ATA/23/2007 précité et les jurisprudences citées).

En l'espèce, le tribunal de céans considère que le dossier de pièces dont il dispose est composé d'éléments suffisants pour prendre sa décision. Il n'y a ainsi pas lieu d'ordonner des mesures d'instruction complémentaires et la conclusion des recourants tendant à un transport sur place sera rejetée.

4. Les recourants invoquent l'irrégularité de la publication dans la FAO du 23 septembre 2005.

Les articles 3 alinéa 1 et 5 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05) prévoient la publication dans la FAO de toutes les demandes d'autorisation de construire et de toutes les autorisations délivrées. Ces parutions mentionnent cas échéant les dérogations accordées. La loi n'établit aucune distinction entre lesdites dérogations.

Pour justifier la non-publication, fût-ce dans l'autorisation définitive, des dérogations accordées prévues aux articles 15 LEaux, et 11 LForêts, le département se prévaut de sa pratique constante, avalisée par la commission, sans la justifier ni la documenter d'aucune manière. Le serait-elle qu'elle devrait être pour autant portée à la connaissance des administrés, voire des autorités de recours, ce qui n'a à l'évidence pas été le cas.

Comme le Tribunal administratif l'a déjà jugé, le département ne peut pas être suivi sur cette manière de pratiquer (ATA/258/2000 du 18 avril 2000).

Ainsi, à tout le moins, la publication de l'autorisation définitive de construire à laquelle le département a procédé le 23 septembre 2005 est manifestement irrégulière au sens de l'article 47 LPA (ATA/258/2000 du 18 avril 2000).

En revanche, et contrairement à ce qui prévalait dans la cause précitée, le projet de construction du mât a été mis à l'enquête publique au sens des articles 17 alinéa 2 lettre f RALCI et 26 LaLAT. Dite enquête ne portait pas sur la dérogation de l'article 11 LForêts, ni sur celle de l'article 15 LEaux. En ce sens, l'enquête publique à laquelle a procédé le département est manifestement incomplète. Cette informalité n'est toutefois pas de nature à entraîner l'annulation pure et simple de l'autorisation accordée, si tant est que par le seul fait de son existence, l'enquête publique a donné aux recourants les moyens de se déterminer sur la construction projetée. Or, force est de constater qu'ils n'ont alors réagi en aucune manière.

Dans ces conditions, il serait contraire à la sécurité du droit d'admettre en l'espèce les griefs tirés de la violation de l'article 47 LPA.

5. Aucune construction ou installation ne peut être créée ou transformée sans autorisation de l'autorité compétente (art. 1 al. 1 let. a LCI et art. 22 al. 1 de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT - RS 700)).

6. La 5ème zone est une zone résidentielle (art. 19 al. 3 LaLAT). En zone à bâtir, des autorisations peuvent être accordées par voie dérogatoire au sens de l'article 26 alinéa 1 LaLAT, soit lorsque les circonstances le justifient et s'il ne résulte pas d'inconvénients graves pour le voisinage.

En l'espèce, et comme vu ci-avant, le projet de construction de l'antenne de téléphonie mobile a été mis à l'enquête publique, laquelle n'a suscité aucune observation, notamment de la part des recourants.

7. a. L'autorité administrative jouit d'un large pouvoir d'appréciation dans l'octroi de dérogations. Cependant, celles-ci ne peuvent être accordées ni refusées d'une manière arbitraire. Quant aux autorités de recours, elles doivent examiner avec retenue les décisions par lesquelles l'administration accorde ou refuse une dérogation et sont tenues de contrôler si une situation exceptionnelle justifie

l'octroi de ladite dérogation, notamment si celle-ci répond aux buts généraux poursuivis par la loi, qu'elle est commandée par l'intérêt public ou d'autres intérêts privés prépondérants ou encore lorsqu'elle est exigée par le principe de l'égalité de traitement, sans être contraire à un intérêt public (ATA/792/2004 du 19 octobre 2004 et les références citées ; ATF 117 IA 146-147 consid. 4 et 117 a. b. 134, consid. 6 d ; P. MOOR ; Droit administratif, vol. I n° 4323, pp. 376 et 379).

b. L'interprétation des dispositions exceptionnelles ne doit pas être résolue dans l'abstrait, une fois pour toutes, mais de cas en cas, à l'aide des méthodes d'interprétation proprement dites, qui valent pour des dispositions exceptionnelles comme pour les autres règles (A. GRISEL, Traité de droit administratif, 1984, p. 139 ; ATA H. du 11 mars 1987 ; DTP c/ M. du 28 septembre 1988 ; N. du 18 octobre 1989).

Même expressément habilitée à le faire, l'autorité n'est pas tenue d'accorder une dérogation (ATF 99 Ia 471 consid. 3a) et peut interpréter restrictivement une norme dérogatoire (RDAF 1981 p.424). Ce principe n'a toutefois pas une portée absolue dans la mesure où les normes dérogatoires s'interprètent soit restrictivement, soit selon le sens et le but de la disposition dérogatoire elle-même (R. RHINOW/B. KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungband, 1990, no 37 B II). Plus récemment, la jurisprudence a encore précisé que la dérogation servait fondamentalement à éviter des hypothèses difficiles dans des cas limites, en permettant de prendre en considération des situations exceptionnelles à propos d'un cas d'espèce. La plupart du temps, toutefois, des considérations d'ordre économique ne permettent pas de justifier une dérogation qui ne peut en tout cas pas être accordée pour fournir « une solution idéale » au maître de l'ouvrage (ATF 107 Ia 216, ainsi que la doctrine et la jurisprudence citées ; ATA C. du 21 mai 1986 ; H. du 19 août 1988 ; B. du 7 décembre 1993).

c. De jurisprudence constante, les préavis n'ont qu'un caractère consultatif. Un préavis est en principe sans caractère contraignant pour l'autorité administrative; s'il va de soi que cette dernière ne saurait faire abstraction des préavis exprimés dans des conditions prévues par la loi, l'autorité de décision reste libre de s'en écarter pour des motifs pertinents et en raison d'un intérêt public supérieur (ATA/1142/2004 du 5 avril 2005 ; RDAF 1983, p. 344). De plus, la loi ne prévoit aucune hiérarchie entre les préavis requis.

En l'espèce, l'installation querellée se situe sur une construction existante, elle-même autorisée par voie dérogatoire. Dans ce contexte, le département, usant de la faculté d'appréciation que lui confère l'article 15 LEaux, s'est écarté du préavis du service concerné. Il a en effet estimé que l'installation projetée ne portait pas atteinte aux fonctions écologiques du cours d'eau et des rives ou à la sécurité des personnes et des biens, retenant au surplus l'intérêt général de

l'ouvrage projeté. Les recourants n'opposent aucun argument de fond à l'appréciation du département, de sorte que la décision attaquée qui échappe à tout grief ne peut être que confirmée.

8. Il en résulte de ce qui précède que la décision attaquée échappe à tout grief et elle ne peut être que confirmée. Le recours sera donc rejeté et un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge conjointe et solidaire des recourants qui succombent (art. 87 LPA).

Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à Orange qui a pris des conclusions dans ce sens, à charge conjointe et solidaire des recourants.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 8 janvier 2007 par Madame Griselda et Monsieur Philippe Baehler, Madame Mireille et Monsieur Christian Bungener-Wehrli, Madame Astrid et Monsieur Francesco Castiglione, Madame Véronique et Monsieur Antoine Hadengue, Monsieur Frédéric Jenny, Madame Rachel et Monsieur Vincent Perego, Madame Cécile et Monsieur Gonzague Pillet, Monsieur David Royston contre la décision de la commission cantonale de recours en matière de constructions du 27 novembre 2006 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge conjointe et solidaire des recourants un émolument de CHF 1'500.- ;

alloue une indemnité de CHF 1'500.- à Orange Communications S.A. à charge conjointe et solidaire des recourants ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en

possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Philippe Pasquier, avocat des recourants, à Orange Communications S.A., à la commission cantonale de recours en matière de constructions ainsi qu'au département des constructions et des technologies de l'information.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, MM. Paychère et Thélin, Mme Junod, juges,
M. Bellanger, juge suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. a.i. :	la vice-présidente :
P. Pensa	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le	la greffière :