RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/828/2003-TPE **ATA/683/2004**
A/956/2002-TPE **ATA/697/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 31 août 2004

dans la cause

Madame J._____
représentée par Me Marie-Flore Dessimoz, avocate

contre

COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIERE DE CONSTRUCTIONS

et

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

EN FAIT

1. Madame J._____ est propriétaire de la parcelle no _____, feuille _____ de la commune de Choulex, située au _____ à Choulex, d'une surface de 1'108 m2.

Bien qu'elle soit située en zone agricole, une autorisation d'y construire un chalet de week-end a été délivrée en 1978, puis celle d'y implanter une maison d'habitation en 1981.

Mme J._____ y habite.

2. Lors d'un constat effectué le 21 mars 2002, la police des constructions du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement (ci-après : le département) a constaté que Mme J._____ avait construit un mur en maçonnerie implanté à l'angle nord-ouest de la parcelle. A cette occasion, Mme J._____ a déclaré qu'elle ne savait pas que la construction d'un tel mur était soumise à autorisation, pas plus d'ailleurs que l'entreprise X._____ qui avait été chargée de le réaliser.

L'ouvrage mesure 6m d'un côté et 12m de l'autre, avec une hauteur de 1,35m.

La parcelle voisine est elle aussi située en zone agricole. Elle porte le no _____ et est constituée d'un grand champ, d'une surface de 7'569m2, dépourvue de toute construction.

3. Par décision du 8 mai 2002, le département a ordonné la démolition du mur.

Aucun recours n'a été interjeté contre cette décision.

Cependant, Mme J._____ a écrit au département le 23 mai 2002, expliquant qu'elle avait agi de bonne foi, dans l'ignorance qu'une autorisation était nécessaire pour construire son mur. Elle a fourni au département un jeu de quatre photos où l'on observait l'envahissement par les hautes herbes de la parcelle voisine dont elle s'estimait victime. Estimant que l'ouvrage était parfaitement intégré, et qu'il serait prochainement recouvert de végétation, elle a demandé au département de reconsidérer la situation et de lui proposer une solution moins négative qu'une démolition.

Aussi, le département a suspendu l'ordre de démolition dès le 4 juin 2002, dans l'attente du dépôt d'une requête en autorisation définitive de construire portant sur l'édification du mur.

4. Lors de l'instruction de la requête précitée, la commission d'architecture a délivré un préavis défavorable le 6 août 2002, fondé sur un reportage photographique. Le préavis du service de l'agriculture, du département de l'intérieur, de l'agriculture et de l'environnement du 22 juillet 2002 était lui aussi défavorable, le projet ne répondant à aucune justification du point de vue de l'exploitation agricole des terres, Mme J._____ n'étant au surplus pas agricultrice à titre principal. Le préavis de la commune de Choulex était favorable.

5. Par décision du 23 septembre 2002, le département a refusé l'autorisation de construire, au motif que le mur n'était pas conforme à l'affectation de la zone, que son implantation n'était pas imposée par sa destination et qu'il ne s'intégrait pas dans le site.

6. Par courrier du même jour, le département a confirmé l'ordre de démolition notifié le 8 mai précédent, et il a infligé à Mme J._____ une amende de CHF 2'000.-.

Mme J._____ a recouru auprès du Tribunal administratif par acte du 16 octobre 2002 contre l'amende infligée (cause A/956/2002).

Elle a également recouru contre la décision de refus auprès de la commission cantonale de recours en matière de constructions (ci-après : la commission de recours).

7. Par décision du 14 avril 2003, celle-ci a rejeté le recours et confirmé la décision de refus pour les mêmes motifs que le département. En outre, les conditions d'octroi d'une dérogation n'étaient pas réalisées.

8. Mme J._____ a recouru auprès du Tribunal administratif contre cette décision par acte du 13 mai 2003 (cause A/828/2003). Bien que située en zone agricole, sa parcelle avait perdu toute vocation agricole. Le quartier tout entier était largement bâti et le déclassement de la zone était envisageable. Les conditions d'une dérogation étaient remplies, en ce sens que le mur était imposé par sa destination. Il était entièrement construit à l'intérieur de sa parcelle et il avait été édifié pour la protéger des nuisances provenant du champ voisin, en particulier des hautes herbes, des ronces et des orties qui avaient tendance à envahir son jardin. De plus, aucun intérêt prépondérant ne s'y opposait et l'ouvrage était compatible avec les exigences majeures de l'aménagement du territoire. Enfin, il était d'une importance modeste qui ne modifiait en rien l'identité de la construction principale et ne compromettait nullement le mode d'utilisation de la parcelle, son équipement et l'environnement. Aussi le projet devait-il être qualifié de transformation partielle ou d'agrandissement au sens de l'aménagement du territoire.

9. Le département s'est opposé au recours. Les conditions d'une dérogation n'étaient pas remplies. En outre, la création d'un mur d'angle ne répondait pas à la

définition d'une transformation ou d'une modification. Il s'agissait d'une construction nouvelle, raison pour laquelle les récentes modifications législatives sur l'aménagement du territoire ne s'appliquaient pas. Enfin, le mur en question était inesthétique.

10. Le juge délégué a organisé un transport sur place le 19 décembre 2003. Mme J._____ a fait observer aux participants que le mur litigieux était prolongé par des haies de végétation, lesquelles étaient elles-même implantées en deçà d'un grillage posé en limite de propriété. Ces installations n'empêchaient pas les chevaux de manège qui fréquentaient la parcelle voisine de venir manger ces haies, selon Mme J._____.

Lors de la visite des lieux, la recourante s'est plainte d'une violation de l'égalité de traitement. Le département avait en effet autorisé l'édification d'un mur non loin de chez elle, le long de la propriété de Monsieur P._____, au no _____. Les personnes présentes se sont transportées jusqu'à ce lieu et elles ont constaté qu'en effet, un mur existait le long de la route. Aussi le département a-t-il été invité à se prononcer sur ce grief.

Sur le chemin du retour, le mur de la recourante, visible depuis le chemin de _____ était à peine recouvert de végétation et il était de couleur blanche. Esthétiquement, il tranchait avec l'environnement agricole immédiat.

11. Après avoir entrepris les recherches d'usage, le département s'est prononcé sur le grief d'inégalité de traitement. Il a relevé que le mur de la propriété occupé par M.P._____. était implanté en bordure de route et il s'intégrait dans un complexe de plusieurs bâtiments. Pour ce seul motif, les situations de fait n'étaient pas comparables. D'ailleurs le mur en question figurait déjà sur les plans de nombreuses autorisations ayant concerné cette parcelle, dont certaines remontaient à plus de vingt ans. En outre, la commission des monuments, de la nature et des sites avait été sur le point de classer l'ensemble, situé sur un site appelé « Le Château », en 1980.

12. La recourante a rétorqué que selon elle, il n'y avait eu qu'une haie longeant la propriété de M. P._____. Elle a demandé à pouvoir s'exprimer sur les pièces nouvelles que le département avait fournies.

C'est ainsi que dans une écriture du 24 mars 2004, elle a pu renouveler les arguments développés auparavant. Elle ne s'est toutefois pas exprimée sur les propos du département relatifs au mur de M. P._____.

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).

2. Le recours dirigé contre le refus d'autorisation de construire le mur et celui visant l'ordre de démolition et l'amende se rapportant à une situation identique, ils seront joints en une seule procédure, celle inscrite sous no A/956/2002 (art. 70 al. 1 LPA).

3. Le tribunal relève à titre liminaire que l'ordre de démolition notifié à la recourante le 8 mai 2002 n'est pas devenu définitif. Mme J._____ a écrit une lettre circonstanciée le 23 mai suivant, dans laquelle elle a protesté vivement contre l'ordre de démolition. Elle a invité le département à reconsidérer la situation. Or, celui-ci, à réception de cette lettre, a indiqué qu'il mettait en suspens l'ordre de démolition et que l'intéressée était invitée à déposer une requête en autorisation. Ou bien le département aurait dû statuer sur la demande de reconsidération, ce qu'il n'a jamais fait, ouvrant par là les voies de recours usuelles. Ou bien aurait-il dû considérer la demande comme un recours et transmettre celui-ci au Tribunal administratif pour raison de compétence, en application de l'article 64 alinéa 2 LPA.

4. a. Une autorisation de construire ne peut être délivrée que si la construction ou l'installation est conforme à l'affectation de la zone (art. 22 al. 2 let. a de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin l979 - LAT - RS 700).

   b. En dérogation à la disposition précitée, des autorisations peuvent être délivrées pour de nouvelles constructions ou installations ou pour tout changement d'affectation si l'implantation de ces constructions ou installations hors de la zone à bâtir est imposée par leur destination et si aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose (art. 24 LAT).

5. En l'espèce, la parcelle de la recourante est située en zone agricole. L'édification d'un mur en limite de propriété, qui n'est pas en soi directement utile à l'agriculture et qui n'est pas nécessaire à l'exploitation agricole ou à l'horticulture, n'est pas conforme à la zone agricole (art. 16 a LAT).

   Il est donc nécessaire d'examiner cet ouvrage en regard du régime dérogatoire prévu à l'article 24 LAT.

a. L'implantation d'un mur n'est à l'évidence pas une construction ou installation imposée par sa destination hors de la zone à bâtir. Elle n'est destinée qu'à l'agrément de l'utilisateur des lieux, qui souhaite se protéger de l'envahissement des mauvaises herbes de la parcelle voisine, et de diverses nuisances. Une telle construction n'est dictée par aucune nécessité technique, économique ou inhérente à la nature du sol propre à justifier une dérogation (ATA/175/2004 du 2 mars 2004 et jurisprudence citée ; ATF 119 I 222).

b. Dans ces circonstances, c'est à juste titre que le département a considéré que le mur litigieux n'était pas conforme à la zone.

6. a. En vertu de l'article 24c alinéa 2 LAT, l'autorité compétente peut autoriser la rénovation, la transformation partielle, l'agrandissement mesuré ou la reconstruction de constructions ou d'installations sises hors de la zone à bâtir pouvant être utilisées conformément à leur destination, pour autant que les bâtiments aient été érigés ou transformés légalement. Dans tous les cas, les exigences majeures de l'aménagement du territoire doivent être satisfaites. L'article 42 alinéa 3 de l'ordonnance sur l'aménagement du territoire du 28 juin 2000 (OAT - RS 700.1.) introduit une double limite quantitative aux agrandissements. En premier lieu, l'agrandissement de la surface utilisée pour un usage non conforme à l'affectation de la zone doit être inférieur à 30 %, les agrandissements effectués à l'intérieur du volume bâti ne comptant que pour moitié (let. a). En deuxième ligne, la surface employée pour un usage non conforme à l'affectation de la zone ne doit pas dépasser 100 m2 (let. b).

b. La question est de savoir si le mur litigieux constitue une rénovation, une transformation partielle, un agrandissement mesuré ou la reconstruction d'une installation ou d'une construction.

A rigueur de texte, il ne s'agit ni d'une rénovation, ni d'une reconstruction. A tout le moins pourrait-il s'agir d'une transformation partielle ou d'un agrandissement mesuré. L'agrandissement mesuré est une notion nouvelle introduite en 1998. C'est pourquoi, le Conseil Fédéral a édicté l'article 42 OAT cité précédemment. Mesurant 18m sur 1m35, soit quelque 25m2, l'ouvrage répond à ces critères quantitatifs.

Cependant, cet aspect n'est pas seul déterminant : les modifications doivent être appréciées en fonction de l'ensemble des circonstances (art. 43 al. 3 1ère phrase OAT). Selon la doctrine, tout agrandissement de l'enveloppe d'un bâtiment doit être lié d'un point de vue architectural, au bâtiment existant. Il doit exister en principe un lien corporel entre le projet de construction et la substance de la construction existante. Ce n'est que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, par exemple lorsque la topographie du terrain ou la forme de la parcelle ne permettent pas d'accoler l'annexe au bâtiment principal, qu'on autorisera la construction d'une dépendance séparée (P.-M. ZEN-RUFFINEN et C. GUY-ECABERT, Aménagement du territoire, construction, expropriation, p. 283-284). Les auteurs précités citent le

cas de l'aménagement d'une piscine gonflable et celui de boxes de garages non matériellement liés à l'ouvrage principal qui doivent être refusés.

Séparé du bâtiment principal, isolé dans un coin du jardin, le mur litigieux doit être considéré comme une nouvelle construction. Il échappe donc à l'application de l'article 24 c LAT. Et c'est à juste titre que le département, puis la commission de recours, ont refusé l'autorisation sollicitée, même si ni l'un ni l'autre n'ont examiné la requête sous l'angle des nouvelles dispositions de la LAT entrées en vigueur le 1er septembre 2000.

c. En outre, le droit cantonal ne peut pas prévoir des dérogations pour d'autres motifs, ou à des conditions moins restrictives, que ceux que prévoient les articles 24 ss LAT, notamment l'article 24 c LAT (ATF Ia.105/200 du 19 mars 2003).

7. L'ordre de démolition n'étant pas devenu définitif, le tribunal de céans doit en examiner la légalité.

a. La démolition ou l'évacuation de constructions ou d'installations érigées sans droit ne peut être ordonnée lorsque le recourant pouvait admettre de bonne foi qu'il était en droit de procéder à la construction ou d'exploiter les installations litigieuses, à moins qu'un intérêt public prépondérant ne s'oppose au maintien de la situation irrégulière (ATF 111 Ib 221 consid. 6, 108 Ia 217 consid. 4, 104 Ib 303 consid. 5b). En outre, le principe de la proportionnalité exige un rapport raisonnable entre la décision de l'autorité et le but recherché. Lorsque le constructeur ou l'exploitant a agi de mauvaise foi, l'autorité peut ordonner la démolition ou l'évacuation en accordant une importance accrue au rétablissement de la situation conforme au droit, sans prendre en considération ou seulement dans une mesure restreinte, les inconvénients qui en résulteraient pour le recourant. Si une mesure moins grave ne permet pas d'atteindre l'objectif recherché, l'ordre de démolition ou d'évacuation est conforme au principe de la proportionnalité, à moins qu'on ne soit en présence d'une violation mineure du droit et que le dommage qui résulterait d'une démolition ou d'une évacuation ne soit manifestement excessif par rapport à l'importance de l'intérêt public à sauvegarder (ATF Ia.180/2002 ; ATF 111 Ib 294 consid. 6b, 108 Ia 218 consid. 4b, ATF du 21 décembre 1993 1A.83/1993, consid. 2b).

b. En l'espèce, si l'on peut admettre que la recourante était de bonne foi lorsqu'elle a entrepris l'édification de son mur, ayant agi sans le concours d'un architecte ou d'un mandataire professionnellement qualifié, cette situation ne suffit pas pour l'autoriser à maintenir cet ouvrage. L'intérêt qu'elle a de disposer d'un mur à cet endroit est de pure convenance personnelle. Il n'existe aucun motif objectivement fondé qui puisse justifier la présence de ce mur, lequel représente, au surplus, une barrière inesthétique, dans un environnement qui demeure agricole, en dehors de la présence de quelques bâtiments, quoi qu'en dise la recourante. Le juge délégué a constaté lui-même que cet ouvrage heurtait violemment le sens de l'esthétique. Face à l'intérêt de conserver à la zone les caractéristiques qui lui sont

propres, l'intérêt de la recourante doit s'effacer devant celui public, que constitue une situation qui soit conforme au droit.

Il en découle que le tribunal confirmera l'ordre de démolition.

8. Dans la mesure où ils sont autorisés, les murs en bordure d'une voie publique ou privée, ou entre deux propriétés, ne peuvent excéder une hauteur de 2m (art. 112 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 - LCI - L 5 05). Le département se prévaut toutefois de l'article 15 de la même loi, laquelle contient une clause d'esthétique. Celle-ci constitue une notion juridique indéterminée, laissant un certain pouvoir d'appréciation à l'administration (art. 61 al. 2 LPA ; ATA/56/2004 du 20 janvier 2003). C'est à juste titre que le département s'est fondé sur cette disposition. Le juge délégué a pu constater lui-même que le mur était inesthétique vu depuis le chemin de Miolan. Il était à peine recouvert de végétation et sa couleur blanche tranchait désagréablement avec les environs. Cependant, le tribunal a jugé à maintes reprises qu'un mur pourvu d'une couverture végétale appropriée était de nature à corriger l'absence d'esthétique (ATA/473/2004 du 25 mai 2004). Aussi, le Tribunal administratif enjoindra le département de veiller à ce que la recourante recouvre son ouvrage de végétation.

9. a. Est passible d'une amende administrative de CHF 100.- à CHF 60'000.- tout contrevenant à la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L/5/1), ainsi que tout contrevenant aux ordres donnés par le département (art. 137 al. 1 LCI). Le montant de l'amende est de CHF 60'000.- au plus si les travaux n'étaient pas autorisables comme en l'espèce.

La récidive constitue une circonstance aggravante (art. 137 al. 3 LCI).

b. Les amendes administratives sont de nature pénale, car aucun critère ne permet de les distinguer clairement des amendes ordinaires pour lesquelles la compétence administrative de première instance peut au demeurant aussi exister (ATA/131/1997 du 18 février 1997 en la cause U.; P. MOOR, Droit administratif, les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, Berne 1991, ch. 1.4.5.5, pp. 95-96; P. NOLL et S. TRECHSEL, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, AT I. 5ème éd.; Zurich 1998, p. 40).

c. Enfin, l'administration doit faire preuve de sévérité afin de "détourner le contrevenant et stimuler le respect de la loi dans l'intérêt de la collectivité" (A. GRISEL, op. cité, p. 339; J. GAUTHIER, Droit administratif et droit pénal, Rapport à la société suisse des juristes, l971, p. 348; RDAF l975 p.267; RDAF 1979 p. 336, 337; ATA du 30 avril 1980 en la cause C; RDAF 1987 p. 214: ATA du 5 avril 1989 en la cause M. et C.; du 9 novembre 1988 en la cause S.T. SA; du 12 octobre 1988 en la cause A. et S.I. C.F. SA et du 28 septembre 1988 en la cause S.I. L. B., H. et S.; ATA du 10 janvier 1990 en la cause MARTIGNOLI c/ DTP; ATA du 24 janvier

1990 en la cause DUGERDIL C/ DTP; ATA du 23 octobre l991 en la cause Steimer et SI carrefour de Rive; ATA du 27 novembre l991 en la cause Harder).

d. En ayant fixé à CHF 2'000.- le montant de l'amende, le département a largement tenu compte des circonstances, notamment de la bonne foi de la recourante et de l'absence d'antécédent. Le montant de CHF 2'000.- n'est pas excessif et sera confirmé.

10. Le recours sera ainsi rejeté. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

préalablement :

Ordonne la jonction des causes A/956/2002-TPE et A/828/2003-TPE ;

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 16 octobre 2002 par Madame J._____ contre la décision du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement du 23 septembre 2002 et le recours interjeté le 13 mai 2003 contre la décision de la commission cantonale de recours en matière de constructions du 14 avril 2003;

au fond :

le rejette ;

confirme l'ordre de démolition ;

confirme le principe et le montant de l'amende ;

met à la charge de Madame J._____ un émolument de CHF 1'500.- ;

dit que, conformément aux articles 97 et suivants de la loi fédérale d'organisation judiciaire, le présent arrêt peut être porté, par voie de recours de droit administratif, dans les trente jours dès sa notification, par devant le Tribunal fédéral; 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 en trois exemplaires au moins au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14; le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyen de preuve, doivent être joints à l'envoi;

communique le présent arrêt à Me Marie-Flore Dessimoz, avocate de la recourante, à la commission cantonale de recours en matière de constructions, au département de l'aménagement, de l'équipement et du logement, ainsi qu'à l'office fédéral du développement territorial.

Siégeants :

Mme Bovy, présidente, M. Paychère, M. Schucani, Mme Hurni, M. Thélin, 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 :