RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/856/2004-CE **ATA/52/2005**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 1er février 2005

dans la cause

Madame Danielle et Monsieur Ludovic DICZI-DUBI

contre

CONSEIL D'ETAT

EN FAIT

1. Madame et Monsieur Danielle et Ludovic Diczi sont propriétaires des parcelles 2915 et 2916, feuille 32, de la commune de Vernier, à l'adresse 21, chemin de la Source-Saint-Jean.

2. Situées en 5ème zone de construction, ces parcelles recouvertes partiellement de forêt, sont en partie comprises dans le périmètre de protection des rives du Rhône défini par les plans annexés à la loi sur la protection générale des rives du Rhône, du 27 janvier 1989 (LPGR - L 4 13).

3. Le 14 décembre 1999, un inspecteur du service de l'inspection de la construction du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement (ci-après le département) a constaté que des travaux de construction et de transformation avaient été effectués sans autorisation sur les parcelles précitées, soit un chalet en bois, une cabane de jardin, un local adjacent à un garage existant et un mur, aucune de ces constructions n'étant sise à l'intérieur du périmètre de protection des rives du Rhône.

4. Le département a ordonné le dépôt d'une requête en autorisation de construire portant sur l'ensemble des constructions précitées.

5. La susdite requête a été déposée et, par décision du 15 décembre 2000, le département a refusé l'autorisation sollicitée. Le même jour, le conseiller d'Etat en charge du département a ordonné la démolition des constructions en cause.

6. Les époux Diczi ont recouru contre les deux décisions, la procédure de recours trouvant son terme devant le Tribunal fédéral qui, le 25 avril 2003, a confirmé la décision du Tribunal administratif donnant gain de cause au département.

7. Le 3 juin 2003, les époux Diczi ont sollicité du Conseil d'Etat l'autorisation de maintenir à titre précaire le chalet, la cabane de jardin et le bâtiment adjacent au garage, s'engageant à démolir le mur en cas de réponse favorable.

8. Par arrêté du 31 mars 2004, le Conseil d'Etat a refusé l'autorisation sollicitée.

   En matière d'autorisation de maintien à titre précaire, le Conseil d'Etat disposait d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de prendre en considération l'ensemble des circonstances. Une telle autorisation ne pouvait être accordée qu'à titre tout à fait exceptionnel et cette faculté ne pouvait en aucun cas être retenue pour valider des situations d'infraction portant sur des constructions réalisées pour

des motifs de convenance personnelle. Dans le cas particulier, il estimait que les conditions nécessaires au maintien à titre précaire n'étaient pas remplies.

9. Par acte du 26 avril 2004, les époux Diczi ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif.

Le chalet d'agrément et le local de rangement ne causaient pas d'inconvénients graves pour les usagers, le voisinage ou le public. Ils remplissaient les conditions de sécurité et de salubrité qu'exigeait leur situation et, sous l'angle esthétique, ne nuisaient en aucune manière au caractère ni a l'intérêt du bien.

Quant à la cabane de jardin, en raison de ses dimensions, elle devait être considérée comme construction de très peu d'importance, non soumise à autorisation de construire. Elle était donc légale.

Le mur enfin, allait être démonté pour être remplacé par une haie, après examen du sol par le service de toxicologie.

Le refus de l'autorisation de maintien à titre précaire était disproportionné par rapport à l'emplacement de la propriété et à son environnement, soit une zone industrielle, une station d'épuration et des dépôts de matériaux. Ils sollicitaient un transport sur place afin que le tribunal de céans puisse juger de visu la situation réelle.

10. Le 25 mai 2004, le département, en tant que rapporteur au Conseil d'Etat, s'est opposé au recours.

Par nature, l'autorisation de maintien à titre précaire d'une construction non conforme était exceptionnelle, discrétionnaire dans les seules limites de l'interdiction de l'arbitraire et les conditions légales qui lui était applicable devait s'interpréter restrictivement.

L'ordre de démolition des constructions litigieuses étant en force, tout argument relatif à son bien fondé, tel le prétendu non-assujettissement à autorisation de la cabane de jardin, était irrelevant car tardif.

Ladite cabane comme le chalet en bois ne respectaient pas la distance minimum par rapport à la forêt, ce qui posait d'évidents problèmes de sécurité et nuisait à l'esthétisme du site. Quant au bâtiment prolongeant le garage, il ne respectait pas les normes sur les limites de propriété. Enfin, les constructions en cause avaient été réalisées uniquement pour des raisons de convenance personnelle objectif qui, n'étant doté d'aucun caractère exceptionnel, devait manifestement s'incliner au vu des intérêts publics en jeu.

11. Lors d'un second échange d'écritures, les époux Diczi ont persisté dans leur argumentation et ajouté aussi le sentiment d'être victime d'une inégalité de traitement eu égard aux autorisations délivrées par le département pour des constructions semblables aux leurs dans le secteur, sans toutefois vouloir les mentionner. Le département a également persisté dans ses conclusions.

12. Le 3 septembre 2004, les époux Diczi ont transmis spontanément au tribunal de céans une autorisation de construire délivrée par le département le 28 juillet 1998 et portant sur un bâtiment local de rangement accolé au garage. Ils avaient récemment retrouvé ce document dans leurs dossiers.

13. Invité à se déterminer sur cette pièce, le département a, par courrier du 22 septembre 2004, indiqué que l'autorisation en question concernait un dépôt de $17m^2$ non visé dans la présente procédure. Le local de rangement concerné par l'arrêté querellé avait quant à lui fait l'objet d'une décision de refus le 17 octobre 1990.

14. La cause a été gardée à juger le 24 septembre 2004.

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. a. Tel que garanti par l'article 29 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst RS 101), le droit d'être entendu comprend pour l'intéressé le droit 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 (ATA/879/2003 du 2 décembre 2003).

   b. 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 (ATA/172/2004 du 2 mars 2004 ; ATA/38/2004 du 13 janvier 2004).

   Dans le cas d'espèce, eu égard aux principes susénoncés, le tribunal de céans a renoncé au transport sur place sollicité par les recourants dans leurs écritures du 26 avril 2004, dès lors que les dossiers des causes A/26/2001 et

A/1209/2001 relatives aux décisions aujourd'hui définitives, rendues par le département le 15 décembre 2000, ainsi que les éléments ressortant de la présente procédure, sont suffisants pour établir les faits pertinents et permettre de trancher les griefs soulevés.

3. La jurisprudence a également déduit du droit d'être entendu l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision, afin que son destinataire puisse la comprendre, l'attaquer utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. Ces exigences sont respectées si l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Il y a cependant violation du droit d'être entendu si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner et traiter les problèmes pertinents (ATF 122 IV 8 et les références citées) .

4. a. Selon l'article 139 alinéa 1 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05), lorsqu'une construction ou une installation entreprise sans autorisation n'est pas conforme aux prescriptions légales, le Conseil d'Etat peut la laisser subsister, à titre précaire, si elle ne nuit pas à la sécurité, à la salubrité ni à l'esthétique, moyennant le paiement, en plus de l'amende, d'une redevance annuelle dont il fixe le montant et la durée selon la gravité de l'infraction.

b. Le maintien à titre précaire d'une installation ou d'une construction non conforme constitue une autorisation exceptionnelle. L'autorité saisie d'une telle demande devra statuer selon sa libre appréciation. De telles autorisations, qui dérogent au régime généralement applicable, sont de nature discrétionnaire et les conditions légales qui leur sont applicables s'interprètent restrictivement (ATA/292/2004 du 6 avril 2004 et les références citées).

5. Dans une espèce récente, le Tribunal fédéral a été amené à examiner la régularité d'une autorisation de maintien à titre précaire d'installations érigées sans autorisation hors de la zone à bâtir. Il a estimé que lorsque l'autorité octroyait une telle autorisation selon l'article 139 alinéa 1 LCI, sa décision avait pratiquement pour effet d'accorder une dérogation hors de la zone à bâtir selon les articles 24 ss de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin l979 (LAT - RS 700). Dans le cas qui lui était soumis, le Tribunal fédéral a examiné si les conditions d'une dérogation étaient remplies, et il a conclu par la négative. En admettant le contraire, le Tribunal administratif avait donné à l'article 139 alinéa 1 LCI une portée autonome, incompatible avec le droit fédéral (ATA S. du 19 novembre 2002 - 1A.180/2002 = SJ 2003 p. 271) et précisément avec la LAT.

a. Le cas d'espèce est cependant différent de l'affaire tranchée ci-dessus, car les immeubles des recourants sont situés en zone à bâtir.

b. Tandis que l'article 24 LAT règle les exceptions prévues hors de la zone à bâtir et que dans ce domaine, les dispositions cantonales n'ont plus de portée propre, les exceptions prévues à l'intérieur de la zone à bâtir sont l'affaire des cantons (art. 23 LAT). Or, tout ce qui touche aux règles sur les constructions, soit sur leur emplacement, leurs dimensions, leur sécurité, leur style, etc ... relève du droit cantonal autonome (A. GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel, 1984, p. 684). Il en va de même des principe gouvernant l'utilisation du sol et les changements d'affectation des locaux, pour autant que ceux-ci se situent à l'intérieur d'une zone à bâtir.

c. Ainsi, dans la mesure où il ne porte pas sur des restrictions apportées au droit de propriété, sur des constructions hors des zones à bâtir ou sur des demandes de dérogation prévues aux articles 24 à 24d LAT (art. 34 al. 1 LAT), l'article 139 LCI possède une portée propre et s'applique au cas d'espèce.

6. En l'espèce, le Tribunal administratif a déjà constaté l'illégalité des quatre constructions érigées par les recourants, décision confirmée par le Tribunal fédéral et sur laquelle il n'y a pas lieu de revenir. C'est ainsi en vain que les recourants tentent de remettre en cause l'assujettissement de la cabane de jardin à la LCI ou encore le fait que le chalet d'agrément sis à moins de 30 mètres de la lisière de la forêt ne peut fait l'objet d'aucune dérogation à la législation sur les forêts.

7. S'agissant de cette dernière construction, eu égard au fait que la législation cantonale est une norme d'application de droit fédéral concernant la police des forêts et que les principes régissant la distance des constructions par rapport à la forêt sont fixés par l'article 17 de la loi fédérale sur les forêts du 4 octobre 1991 (LFo - RS 921.0), le raisonnement tenu par le Tribunal fédéral sur la relation entre l'article 24 LAT et l'article 139 al. 1 LCI peut être repris, de sorte qu'il y a lieu de retenir que cette dernière disposition n'a pas de portée autonome dans le domaine de la législation sur les forêts. Ainsi n'y a-t-il pas de place pour un maintien à titre précaire du chalet construit en violation de la distance à la lisière de la forêt.

8. Les autres constructions litigieuses rentrent dans la sphère d'autonomie de l'article 139 alinéa 1 LCI.

Dans un arrêt ancien, rendu en application de l'ancien article 298 LCI - devenu depuis lors l'article 139 LCI -, le Tribunal fédéral a jugé que cette disposition légale doit permettre d'assouplir les exigences de la loi lorsque, dans un cas particulier, son application stricte se révélerait contraire à l'intérêt public, ou porterait une atteinte excessive aux intérêts d'un propriétaire, sans que l'intérêt public ou l'intérêt des voisins le justifie. Cette disposition donne ainsi à l'autorité exécutive la latitude de s'incliner devant le fait accompli et d'accorder par un acte de souveraineté une dérogation générale quant à la nature des constructions, sans passer par l'enquête publique, comme le prévoit l'article 16 LCI. À cette occasion, le Conseil d'Etat genevois doit examiner la question de savoir si la construction ne

nuit pas à la sécurité, à la salubrité ou à l'esthétique. Il est donc tenu d'appliquer une notion juridique imprécise à une situation concrète dépendant, dans une large mesure, des circonstances locales. En pareil cas, le Tribunal fédéral n'intervient qu'avec réserve et ne casse une décision que si l'autorité cantonale a manifestement abusé de son pouvoir d'appréciation (ATF 100 Ia 340, 99 Ia 149/150 consid. 4; ATF D. et F. du 24 janvier 1979).

Le Tribunal fédéral a de plus relevé le pouvoir discrétionnaire qui compète à l'autorité exécutive en application de cette disposition légale. A ce sujet, le Tribunal fédéral a rappelé : "Lorsqu'un texte utilise le mot "peut" - comme en l'espèce -, il s'agit fréquemment d'une "Kannvorschrift" qui implique la faculté d'opter entre deux ou plusieurs solutions, c'est à dire une véritable liberté d'appréciation (A. GRISEL, Droit administratif suisse, p. 169 ; IMBODEN-RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, no 66 IV p. 409/410) ; mais cette liberté n'est jamais absolue et, lorsqu'il dépasse certaines bornes, son exercice est contraire à l'ordre juridique (RDAF 1974 p. 197 ; GRISEL, op. cit., p. 171 let. c ; IMBODEN-RHINOW, op. cit., no 66 II d p. 406; no 67 II p. 417)" (ATF D. et F. du 24 janvier 1979).

9. Dans le cas d'espèce, le Conseil d'Etat n'a pas procédé à l'examen des conditions de l'article 139 LCI mais il a fait une référence générale au caractère exceptionnel de l'autorisation de maintien à titre précaire et indiqué qu'elle ne pouvait être utilisée pour valider des situations d'infraction portant sur des constructions réalisées pour des motifs de convenance personnelle.

Il résulte du texte même de l'article 139 alinéa 1 LCI qu'il ne s'agit pas tant de déterminer si la construction litigieuse peut être admise ou non en fonction des motifs à l'origine de sa réalisation que de savoir si elle peut être maintenue à titre précaire. La réponse à cette question se déduit de la disposition légale précitée à teneur de laquelle la construction peut subsister pour autant qu'elle ne nuise pas à la sécurité, à la salubrité ou à l'esthétique. Force est de constater que la décision querellée ne comporte aucune motivation à cet égard pour aucune des constructions en cause**,** et que les écritures du département dans la présente cause ne permettent pas de pallier ce défaut de motivation.

10. Le pouvoir de cognition du Tribunal administratif est certes le même que celui du Conseil d'Etat, de sorte qu'il pourrait lui-même procéder à l'examen des conditions de la disposition légale pertinente. Toutefois, dans le cas d'espèce, cela reviendrait à priver les recourants d'un degré de juridiction, l'absence d'instruction de l'autorité intimée – qui n'a d'ailleurs pas statué sur le mur – sur la nuisance de chacune des trois constructions en cause à la sécurité, la salubrité et l'esthétique.

11. Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis et le dossier retourné au Conseil d'Etat pour nouvelle décision. Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge des recourants. Aucune indemnité ne leur sera allouée, n'en ayant pas demandée.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 26 avril 2004 par Madame Danielle et Monsieur Ludovic Diczi-Dubi contre la décision du Conseil d'Etat du 31 mars 2004;

au fond :

l'admet partiellement ;

confirme le refus d'autoriser le maintien à titre précaire du chalet d'agrément ;

annule la décision attaquée en tant qu'elle refuse d'autoriser la cabane de jardin et le local de rangement ;

renvoie la cause au Conseil d'Etat pour nouvelle décision dans le sens des considérants ;

met à la charge des recourants un émolument de CHF 1'000.- ;

communique le présent arrêt à Madame Danielle et Monsieur Ludovic Diczi-Dubi ainsi qu'au Conseil d'Etat.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la secrétaire-juriste :	la vice-présidente :
M. Vuataz-Staquet	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux partie.

Genève, le la greffière :