

du 1er avril 2003

dans la cause

CONSTRUCTIONS H. S.A.

représentée par Me Geneviève Carron, avocate

contre

COMMUNE DE THONEX

représentée par Me François Bellanger, avocat

A/900/2002-CM

EN FAIT

1. La commune de Thônex (ci-après : la commune) est propriétaire de la parcelle 5804 (feuille n° 15 de la commune de Thônex) séparant l'avenue de Thônex du chemin du Curé-Desclouds. Cette parcelle fait partie du domaine public communal et est cadastrée comme telle. Elle est issue d'un remaniement parcellaire opéré lors du réaménagement du quartier suite à l'adoption par le Conseil d'Etat, le 31 janvier 1996, du plan localisé de quartier (ci-après : PLQ) N° 28706 A.

Un ensemble résidentiel, dit "complexe des Verchères" comprenant trois immeubles en PPE (59 logements) et treize immeubles locatifs (400 logements) est érigé en marge de ce terrain, sur les parcelles n° 5031, 5634 et 5635 (feuille n° 15 de la commune de Thônex).

2. Dans le cadre de cet important projet, s'est très tôt posé le problème de l'accès extérieur, lequel a fait l'objet de deux requêtes en autorisation de construire : principale (DD 94282) le 26 juin 1996 et, complémentaire (DD 94282/4) le 6 février 1998. Ces requêtes ont été admises respectivement les 21 octobre 1997 et 11 mai 1998, selon les modalités suivantes :

- Le 26 juin 1996, dans le cadre de la requête en autorisation de construire du "complexe des Verchères" (DD 94282), la commune a émis un préavis favorable à l'intention du DAEL quant au raccordement direct du chemin du Curé-Desclouds sur l'avenue de Thônex, par la parcelle n° 5804. Une modification du PLQ dans ce sens était envisageable.

- A l'occasion d'une séance, réunissant les parties au présent litige, le 14 novembre 1996, un conseiller administratif de la commune a par ailleurs rappelé sa conviction qu'il était préférable de voir réaliser un accès direct de la rue résidentielle sur l'avenue de Thônex.

- Le 26 août 1997, la commune est cependant revenue sur sa position, en préavisant défavorablement la sortie directe sur l'avenue de Thônex et la suppression du chemin en direction de la place du cimetière. Elle rappelait pour le surplus qu'une étude était en cours à ce sujet.

- Le 21 octobre 1997, le Conseiller d'Etat chargé du DAEL a informé la commune que Constructions H. S.A. (ci-après : H.) avait retiré de sa demande la partie préavisée

défavorablement par celle-ci. Pour le surplus, l'autorisation de construire définitive lui était délivrée.

- Par courrier du 17 décembre 1997 adressé à la commune, H. lui a confirmé ce retrait, à titre provisoire, dans l'attente des conclusions de l'étude qu'elle avait diligentée.

- Le 6 février 1998, H. a déposé auprès du DAEL une demande d'autorisation complémentaire de construire (DD 94282/4) visant à la réalisation d'un accès direct du site depuis l'avenue de Thônex et le chemin des Cyprès, ainsi qu'à déplacer la rampe d'accès du garage des immeubles A et B.

- Cette demande a été préavisée favorablement par la commune, le 17 mars 1998. Cette dernière réservait toutefois le déplacement de la rampe d'accès, située sur le domaine public, à la décision du Conseil municipal de rétrocéder la surface nécessaire à sa réalisation.

- Le 11 mai 1998, l'autorisation complémentaire (DD 94282/4) a été accordée "ne varietur", par le DAEL pour les deux objets sollicités à savoir : l'accès direct du site depuis l'avenue de Thônex et le chemin des Cyprès et le déplacement de la rampe d'accès du garage des immeubles A et B. Afin de tenir compte des réserves émises par la commune, cette dernière modification était toutefois subordonnée à la décision du Conseil municipal lequel devait encore délibérer au sujet de la rétrocession de la surface nécessaire à la réalisation de la rampe d'accès.

3. Par acte notarié du 15 octobre 1997, la commune a accordé un droit d'empiètement sur la parcelle 5804, afin de permettre la réalisation de la rampe d'accès au parking des immeubles "A-B" ainsi qu'un droit d'usage sur cette même parcelle, durant toute la durée du chantier.

4. Le 13 octobre 1998, la commune s'est adressée au DAEL afin que soient trouvées rapidement des solutions satisfaisantes pour accéder au quartier "Les Verchères", étant rappelé que les premiers logements du "complexe des Verchères" seraient mis sur le marché au printemps 1999.

5. Par courrier du 9 novembre 1998, le conseiller d'Etat chargé du DAEL a informé la commune qu'il donnait mandat au service des études de transport et d'infrastructures (ci-après : le service), d'organiser une étude pour l'aménagement de l'avenue de Thônex.

En mars 1999, un groupement de bureaux ..., ... et ... (ci-après : les mandataires) a été mandaté à cet effet.

6. Le 12 mai 1999, une séance réunissant notamment les représentants de la commune, d'H., du DAEL et les mandataires, s'est tenue afin de coordonner les aménagements prévus pour l'avenue de Thônex avec ceux de la nouvelle desserte du quartier des Verchères, le chemin du Curé-Desclouds.

A cette occasion, la commune a présenté un plan d'aménagement, lequel prévoyait la réalisation d'un giratoire sur l'avenue de Thônex (dit giratoire des Verchères), dont l'une des artères constituait une sortie directe de l'avenue de Thônex sur la desserte du quartier des Verchères.

Ces divers aménagements, prévus pour la fin du mois d'août 1999, devaient être financés, s'agissant du giratoire, par la commune et le DAEL. L'intervention des promoteurs, dont H., devait se limiter à l'aménagement de la sortie directe sur l'avenue de Thônex depuis la desserte du quartier des Verchères jusqu'à la parcelle 5804, propriété de la commune.

7. Dans le courant de l'été 1999, H., d'entente avec la commune, a aménagé la sortie sur l'avenue de Thônex, en conformité avec l'autorisation de construire du 11 mai 1998 (DD 94282/4).

8. Les experts mandatés par la commune et le DAEL ont rendu leur rapport en date du 29 février 2000. Ce dernier relevait le caractère dangereux (pour les poids lourds) de la liaison directe entre l'avenue de Thônex et le chemin du Curé-Desclouds pendant le chantier mais également la visibilité insuffisante du carrefour du Bois-des-Arts. Il évoquait la possibilité de réaliser un accès direct entre ces deux artères, mais précisait que cela dépendait du choix définitif de l'aménagement routier retenu pour l'avenue de Thônex, et en particulier, du déplacement éventuel de l'assiette de l'avenue de Thônex.

9. Dans le cadre de sa séance du 18 mai 2000, le conseil administratif de la commune a approuvé, à la majorité, les projets d'aménagements routiers pour le tronçon compris entre la route de Sous-Moulin et le chemin du Bois-des-Arts, proposés par le DAEL. Il a par ailleurs exprimé sa volonté d'initier des démarches en vue du déplacement de l'assiette de l'avenue de Thônex.

10. Le 20 juin 2000, la commune a adressé un courrier au DAEL dans lequel elle invoquait notamment la nécessité d'aménager à court terme, pour des raisons de sécurité routière, le raccordement direct du quartier des Verchères à l'avenue de Thônex. Il s'agissait, selon elle, d'une modification mineure du PLQ, d'ailleurs recommandée dans l'étude d'impact d'août 1996. Elle rappelait pour le surplus que : "cette dernière situation est préférée par la commune, tant pour assurer la sécurité générale des nombreux mouvements que pour son effet modérateur sur la vitesse du trafic de l'avenue de Thônex".
11. Le 25 juillet 2000, le DAEL a déclaré, s'agissant du raccordement du secteur sud du quartier des Verchères à l'avenue de Thônex, que la réalisation de la sortie directe sur l'avenue de Thônex ne saurait être considérée comme une modification mineure. Il recommandait de s'en tenir au plan localisé de quartier.
12. Le 22 octobre 2001, la commune a interpellé le DAEL. Les conclusions du rapport final des experts préconisaient un raccord direct du nouveau quartier sur l'avenue de Thônex. Cette solution n'avait pas été retenue par le DAEL qui recommandait de s'en tenir au PLQ. Or, aujourd'hui, la réalisation du quartier du chemin du Curé-Desclouds arrivait à son terme et la sortie directe sur l'avenue de Thônex, réalisée dans le cadre du chantier, avait été aménagée définitivement bien que sans autorisation. Aussi, elle priait le département de bien vouloir intervenir auprès des promoteurs afin de faire modifier ces aménagements, dans le respect du PLQ et des autorisations de construire.
13. Interrogée à ce sujet par le DAEL, H. a précisé, le 28 novembre 2001, que l'accès direct sur l'avenue de Thônex était conforme à l'autorisation DD 94282/4.
14. Par courrier du 4 janvier 2002, le DAEL a informé la commune qu'il n'avait pas de motif pour intervenir, l'aménagement en cause étant conforme à l'autorisation de construire. En effet, l'accès direct sur la route de Thônex avait été autorisé, le 11 mai 1998, en tenant compte notamment de l'avis favorable de la commune.
15. Le même jour, le mandataire de la commune s'est adressé à H. lui précisant que l'accès direct du site depuis l'avenue de Thônex, tel qu'autorisé par le département, était expressément subordonné, selon son chiffre 5, à la décision du Conseil municipal de la commune qui devait

délibérer au sujet de la rétrocession depuis le domaine public de la surface nécessaire à la réalisation de la rampe. Il s'agissait là d'une condition suspensive, dont l'absence de réalisation excluait que l'autorisation déploie ses effets. Or, la commune n'avait toujours pas délibéré sur ce point. De même, aucune requête visant à obtenir l'autorisation de réaliser sur une partie du domaine public l'accès direct du site sur l'avenue de Thônex, ne lui avait été adressée.

16. Le 12 février 2000, dans un courrier adressé à la commune, H. a rappelé qu'elle était au bénéfice d'un droit d'empiètement pour la rampe d'accès, remplissant ainsi la condition n° 5 de l'autorisation de construire. Enfin, s'agissant de l'accès du site sur l'avenue de Thônex, la commune s'était, de tout temps, montrée favorable à sa réalisation.
17. Divers échanges de correspondances ont suivi entre les parties, aux termes desquels toutes deux ont campé sur leur position.
18. Par décision du 29 août 2002, le Conseil administratif de la commune de Thônex a ordonné la suppression, par H., à ses frais, de l'accès direct à l'avenue de Thônex aménagé sur la parcelle N° 5804 ainsi que la remise en état de cette dernière.
19. Le 26 septembre 2002, H. a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision susmentionnée et conclu à son annulation, au motif qu'elle contrevenait au principe de la bonne foi. Elle demandait par ailleurs un délai pour compléter ses écritures.
20. Par courrier du 4 octobre 2002, adressé au greffe du tribunal de céans, la commune a conclu à l'irrecevabilité du recours. Subsidiairement, elle s'est opposée à l'octroi d'un délai supplémentaire à H., pour compléter son recours.
21. Persistant dans les conclusions prises en tête de son recours du 26 septembre 2002, H. a déposé un mémoire complémentaire le 17 octobre 2002.

La décision litigieuse était contraire au principe de la bonne foi dès lors que par son comportement, la commune avait toujours laissé entendre qu'elle autoriserait l'installation d'un accès sur la parcelle 5804. Par ailleurs, en tant qu'elle ordonnait la suppression de l'accès direct ainsi que la remise en état de la parcelle

aux frais de H., cette décision était totalement disproportionnée.

22. Le 21 novembre, la commune a conclu au rejet du recours et à la confirmation de sa décision du 29 août 2002.

L'aménagement réalisé par H. avait été effectué sans autorisation d'utilisation du domaine public. A cet égard, la commune n'avait jamais donné la moindre assurance quant à l'aménagement du giratoire, mais au contraire, toujours exprimé des réserves à ce sujet, en raison des études en cours. Une fois le chantier terminé, elle avait d'ailleurs interpellé le DAEL et engagé la procédure ayant abouti à la décision litigieuse. Enfin, il existait un intérêt public majeur à une application correcte de la législation sur le domaine public et exiger la suppression de l'état de fait illicite et la remise en état des lieux étaient tout à fait proportionnés.

23. Le 5 mars 2003, sur demande du juge délégué, le DAEL a versé à la procédure l'intégralité du dossier DD 94282/4.

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 titre préalable, l'on rappellera que sur demande motivée du recourant, dont le recours répond aux exigences des alinéas 1 et 2 de l'article 65 LPA, la juridiction saisie peut l'autoriser à compléter l'acte de recours et lui impartir à cet effet un délai supplémentaire convenable (art. 65 al. 3 LPA). En l'espèce, les conditions susmentionnées étant remplies, c'est à bon droit que le juge rapporteur a autorisé la recourante à compléter ses écritures. Partant, le grief soulevé par l'intimée, dans son courrier du 4 octobre 2002, sera écarté.
3. a. En vertu de l'article 7 de la loi sur les routes du 28 avril 1967 (L 1 10; ci-après : la LR), le département assume la surveillance générale de toutes les voies du canton ouvertes au public (alinéa 1). A ce titre, il statue sur les projets de création ou de modification de voies publiques cantonales et communales ainsi que des voies privées, y compris leurs dépendances avant leur exécution.

L'autorisation de construire délivrée par le département est indépendante de la nécessité éventuelle d'obtenir une permission ou une concession pour une utilisation du domaine public en vertu de l'article 56 LR (alinéa 2).

Par l'adoption de ce deuxième alinéa, le législateur a voulu rappeler qu'il ne fallait pas confondre l'approbation qu'il est nécessaire d'obtenir du département quant à l'exécution de travaux et la permission ou la concession qui doit être sollicitée en vertu de l'article 56 LR. Il s'agit là de deux objets bien distincts (Mémorial du Grand Conseil, 1987/IV, p. 5802).

b. Selon cette dernière disposition, toute utilisation des voies publiques qui excède l'usage commun est soumise à l'obtention préalable d'une permission conformément aux dispositions de la LR et de la loi sur le domaine public du 24 juin 1961 (L 1 05; ci-après : la LDP).

c. En l'espèce, une autorisation de construire portant sur la réalisation d'un accès direct du site sur l'avenue de Thônex ayant d'ores et déjà été délivrée par le DAEL (DD 94282/4), seule se pose la question de l'utilisation de la parcelle communale par les recourants. La LR n'est cependant pas applicable dans la présente cause dès lors que le terrain litigieux ne constitue pas une voie publique au sens des articles 2 et 56 LR, quand bien même il appartient au domaine public. Partant, le Tribunal administratif n'examinera la question du raccordement litigieux que sous l'angle de la LDP.

4. a. A teneur de l'article 13 alinéa 1 LDP : "l'établissement de constructions ou d'installations permanentes sur le domaine public, son utilisation à des fins industrielles ou commerciales ou toute autre utilisation de celui-ci excédant l'usage commun sont subordonnées à une permission".

b. L'article 15 LDP attribue la compétence d'octroyer les permissions visées par les lois précitées à l'autorité cantonale ou communale qui administre le domaine public.

5. En l'espèce, il n'est pas contesté que la parcelle n° 5804 fait partie du domaine public de la commune de Thônex. C'est donc elle qui est compétente pour délivrer une permission d'utilisation du domaine public excédant l'usage commun (art. 1 al. 1 du règlement concernant l'utilisation du domaine public du 21 décembre 1988 (ci-après : le règlement; L 1 10.12).

6. A cet égard, la recourante se prévaut de l'acte notarié du 15 octobre 1997 à teneur duquel elle pourrait disposer de la parcelle n° 5804, soit, à tout le moins, aurait reçu des assurances dans ce sens, assimilables à une permission, au sens de l'article 13 alinéa 1 LDP.

Le tribunal de céans ne saurait suivre le raisonnement de la recourante. En effet, quand bien même cet acte accorde à cette dernière un droit d'empiétement sur la parcelle litigieuse et énumère les aménagements autorisés il reste muet sur la question de l'accès direct. De même, il limite à la fin du chantier mais au maximum à une durée de cinq ans le droit d'usage sur la parcelle n° 5804 en faveur des promoteurs. Enfin, la servitude de passage à laquelle se réfère la recourante ne concerne pas la parcelle litigieuse.

7. Cela étant, il ressort des pièces versées à la procédure que courant 1999, d'entente avec la commune, la recourante a aménagé la sortie sur l'avenue de Thônex, en conformité avec l'autorisation de construire (DD 94282/4) du 8 mai 1998. Durant plus de trois ans, cet accès a été autorisé et utilisé par le public. Aussi, quand bien même aucune permission formelle n'a été délivrée par la commune, l'on doit se demander si la recourante n'aurait pas un droit à l'utilisation de la parcelle n° 5804, telle que tolérée jusqu'à présent.

8. Comme le tribunal de céans a déjà eu l'occasion de le relever, le règlement a été modifié en 1999, en ce sens que la précarité de la permission d'utiliser le domaine public, qui était la règle sous l'ancien texte, a été abandonnée (ATA Z. du 26 mars 2002; S. du 7 août 2001).

Dorénavant, en effet, "dans les limites de la loi et du respect des conditions liées à l'octroi de la permission, les particuliers disposent d'un droit à l'utilisation du domaine public excédant l'usage commun lorsqu'aucun intérêt prépondérant ne s'y oppose".

9. a. Dans la gestion de son patrimoine, la collectivité dispose d'une grande liberté d'appréciation. C'est seulement ainsi qu'une balance des intérêts optimale, tenant compte à chaque fois des circonstances concrètes, pourra avoir lieu. Lorsqu'elle attribue un emplacement, l'autorité doit respecter les principes habituels en matière de droit administratif : interdiction de l'arbitraire, égalité de traitement, pesée des intérêts et proportionnalité (JdT 1997 p. 271; voir aussi P. MOOR, Droit administratif, vol. II, Berne,

1994, p. 376 ss).

b. Lors de la pesée des intérêts à laquelle l'autorité doit se livrer, il a été établi que l'intérêt public prévaut sur une liberté individuelle notamment lorsqu'il s'agit de maintenir l'usage commun normal pour les autres usagers ou plusieurs usages accrus de même nature (ATA S. du 7 août 2001). Ainsi, l'autorisation d'installer une terrasse peut être autorisée si l'espace laissé aux piétons est suffisant (ATA D. du 28 juillet 1998; E. du 10 décembre 1996; B. du 28 novembre 1995). Le souci de la protection des usages communs sert également l'intérêt public, comme par exemple le poids accordé à la sécurité de la circulation des automobilistes qui peut être compromise par des usages accrus. D'autres motifs d'intérêt public peuvent légitimer un refus, tel que la conservation du domaine, ou l'ordre public, lequel comprend la sécurité des autres usagers ou encore l'utilisation rationnelle du domaine public.

c. Face aux motifs de refus se trouvent les principes qui limitent la liberté d'appréciation de l'autorité, telles que l'interdiction de l'arbitraire et la prohibition de l'inégalité de traitement. L'espace du domaine public étant limité, l'autorité doit faire des choix et utiliser des critères judiciaires d'attribution. A cet égard, une limitation objective du nombre des détenteurs autorisés à utiliser les emplacements est admissible (JdT 1974 p. 194; P. MOOR, op. cit. p. 462).

d. Dans un arrêt récent, le Tribunal administratif a ainsi considéré que, quand bien même le recourant n'avait pas un droit au renouvellement de son autorisation, les motifs invoqués par l'autorité compétente pour lui refuser la délivrance d'une permission violaient la liberté économique de ce dernier auquel elle devait par conséquent délivrer l'autorisation sollicitée (ATA Z. précité confirmé par ATF n.p du 28 octobre 2002 dans la cause 2P.107/2002).

10. Par décision du 29 août 2002, la commune a exigé la remise en état de la parcelle 5804, dès lors qu'aucune permission d'usage accru de cette dernière n'avait été donnée à la recourante. A l'appui de sa décision, elle invoque des motifs d'intérêt public tels que la sécurité routière et le changement important des flux de circulation avec éventuellement des conséquences environnementales.

S'il ressort en effet du rapport final d'étude du 29 février 2000, que la liaison directe entre l'avenue de Thônex et le chemin du Curé-Desclouds avait un caractère

dangereux (pour les poids lourds) pendant la durée du chantier, les experts ont toutefois retenu que la réalisation d'un accès direct entre ces deux artères était possible. Cette solution était d'ailleurs également celle souhaitée par la commune, notamment dans son courrier au DAEL du 20 juin 2000, tant pour assurer la sécurité générale des nombreux mouvements que pour son effet modérateur sur la vitesse du trafic de l'avenue de Thônex. Enfin, en octroyant l'autorisation de construire DD 94882/4, le DAEL a expressément pris en compte les exigences techniques et l'impact sur l'environnement et le trafic d'un tel accès. A cet égard, ce département est bien mal venu aujourd'hui de remettre en question le raccordement des Verchères à l'avenue de Thônex qu'il a lui même autorisé, sans aucune réserve, en date du 11 mai 1998.

Partant, les arguments qu'invoque aujourd'hui l'intimée, qui ne sont corroborés par aucune pièce, ni étude scientifique, tombent à faux.

Ainsi, force est de constater que, malgré la grande liberté d'appréciation qui est la sienne, la commune a néanmoins excédé son pouvoir. En effet l'on ne voit pas quel intérêt public l'intimée entend protéger en exigeant la suppression de l'aménagement litigieux. Utilisé depuis plus de trois ans, l'accès direct sur l'avenue de Thônex profite à toute personne voulant accéder au complexe des "Verchères" soit en particulier aux habitants de ce dernier. La sécurité de la circulation des automobilistes comme des piétons n'est aucunement remise en question par le rapport d'experts du 25 février 2000. Aucun intérêt prépondérant ne s'oppose dès lors à l'octroi d'une permission d'usage accru du terrain communal. Aussi, le Tribunal administratif considère qu'eu égard à la situation et en l'absence d'affectation précise de la parcelle n° 5804, l'accès direct entre le chemin Curé-Desclouds et l'avenue de Thônex devra y être maintenu.

11. Le recours sera ainsi admis. Il ne sera pas perçu d'émolument. Une indemnité de procédure de CHF 2'500.- sera allouée à la recourante, à la charge de la commune de Thônex (art. 87 LPA).

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 26 septembre 20002 par la société Constructions

H. S.A. contre la décision du Conseil administratif de la commune de Thônex du 29 août 2002;

au fond :

l'admet ;

met à néant la décision du Conseil administratif de la commune de Thônex du 29 août 2002;

invite le Conseil administratif de la commune de Thônex à délivrer à Constructions H. S.A. la permission d'utiliser la parcelle n° 5804;

l'y condamne en tant que de besoin;

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

alloue une indemnité de procédure de CHF 2'500.- à Constructions H. S.A. à charge de la commune de Thônex;

communiqua le présent arrêt à Me Geneviève Carron, avocate de la recourante, ainsi qu'à Me François Bellanger, avocat de l'intimée.

Siégeants : M. Paychère, président, MM. Thélin, Schucani, Mmes Bonnefemme-Hurni, Bovy, juges.

Au nom du Tribunal administratif :
la greffière-juriste adj. : le vice-président :

M. Tonossi

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :
Mme N. Mega