REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2185/2022 LCI JTAPI/271/2023

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 9 mars 2023

dans la cause

COMMUNE DE A_____, représentée par Me Jean-Pierre CARERA, avocat, avec élection de domicile

contre

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE-OAC

B_____ SA

EN FAIT

1. La commune de A_____ (ci-après: la commune) est propriétaire de la parcelle n° 1_____ sise sur son territoire, en 5ème zone de construction.

2. Le 27 février 2019, B_____ SA (ci-après: B_____) a sollicité la délivrance d'une autorisation de construire portant sur la modification d'une installation de téléphonie mobile existante/GMAL, située sur la parcelle susmentionnée. Cette requête, signée par la requérante ainsi que par la commune, a été enregistrée sous la référence DD 2_____ par le département du territoire (ci-après : département) et a été publiée dans la Feuille d'avis officielle (ci-après: FAO) du 18 septembre 2019.

3. Du 22 mars au 22 avril 2019, une enquête publique a eu lieu selon une publication dans la FAO du 29 mars 2019.

4. Dans le cadre de l'instruction de la demande, les instances de préavis se sont prononcées, avec ou sans condition, en faveur du projet à l'exception de la commune, laquelle s'est déclarée défavorable le 26 avril 2019. Celle-ci, dans l'attente de la publication des résultats de l'étude de l'office fédéral de l'environnement (ci-après: OFEV), entendait appliquer le principe de précaution pour l'installation d'antennes 5G sur son territoire.

5. Par décision du 23 octobre 2020, le département a refusé l'autorisation de construire DD 2_____. Les enquêtes et investigations de l'OFEV devant permettre de lever les incertitudes concernant les effets de la 5G n'avaient pas encore abouti et un moratoire avait été décidé par le Conseil d'État le 16 octobre 2019.

6. Dans le cadre du recours formé le 18 novembre 2020 par B_____ contre cette décision, le Tribunal administratif de première instance (ci-après: le tribunal) a suspendu la cause d'entente entre les parties par décision du 15 avril 2021 (DITAI/3_____).

7. Le 28 avril 2021, le Conseil d'État a levé le moratoire sur le développement de la 5G.

8. Le 7 juin 2021, le département a informé le tribunal qu'il reconsidérait sa décision du 23 octobre 2020 et reprenait l'instruction de la requête DD 2_____.

9. Par jugement du 8 septembre 2021 (JTAPI/4_____), le tribunal a déclaré le recours de B_____ dans la procédure A/5_____ sans objet et a rayé la cause du rôle.

10. Dans le cadre de la reprise de l'instruction, le SABRA a délivré, le 23 février 2022, un préavis favorable sous conditions.

11. Le 3 juin 2022, le département a délivré l'autorisation de construire sollicitée, laquelle a été publiée dans la FAO du même jour.

12. Le même jour, il a informé la commune qu'il délivrait l'autorisation de construire malgré son préavis défavorable.

13. Par acte du 4 juillet 2022, sous la plume de son conseil, la commune a interjeté recours auprès du tribunal contre la décision précitée, concluant à son annulation, sous suite de frais et dépens.

    En sa qualité de commune du lieu de situation, elle disposait de la qualité pour recourir.

    Elle avait rendu un préavis défavorable en avril 2019, lequel laissait entendre qu'elle souhaitait être consultée si la situation devait évoluer. Or, le département après avoir suspendu l'instruction de la requête puis refusé l'autorisation sollicitée avait reconsidéré sa décision initiale, l'avait annulée puis repris l'instruction du dossier près de deux ans après le dépôt de la requête, au motif que la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (ci-après: la chambre constitutionnelle) avait rendu un arrêt important sur la question et que le Conseil Fédéral avait publié une aide à l'exécution de l'ordonnance sur la protection contre le rayonnement non ionisant du 23 décembre 1999 (ORNI - RS 814.710), laquelle faisait notamment suite aux travaux des experts scientifiques. Ces éléments constituaient des faits nouveaux importants pour l'instruction de la demande qui auraient nécessité de solliciter un nouveau préavis de la commune. Il en allait de même des autres instances de préavis sollicitées, hormis le SABRA. Partant le département avait violé l'art. 3 al. 3 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05).

    Si la commune avait bien signé le formulaire de demande d'autorisation de construire en novembre 2018, elle avait, au vu des incertitudes scientifiques et des dangers potentiels pour sa population, décidé d'appliquer strictement le principe de précaution concernant l'installation d'antennes 5G sur son territoire. Elle s'opposerait ainsi fermement à la mise en œuvre de l'autorisation querellée, même si par impossible le présent recours devait être rejeté. Dès lors, la situation était la même que si le formulaire de demande d'autorisation n'avait pas été signé par le propriétaire de la parcelle.

    Malgré les études récentes et le respect des valeurs limites fixées par l'ORNI, il n'était pas possible d'affirmer que l'installation ne constituait pas un danger pour la population. Même si la jurisprudence de la chambre constitutionnelle retenait que la fixation des valeurs relevait du droit fédéral, le département disposait d'une

marge de manœuvre lui permettant de refuser le projet en question en se basant sur le principe de précaution, celui-ci ne se limitant pas au respect des valeurs limites de l'ORNI. Les enjeux de protection de la santé de la population étaient nettement plus importants que celui de la mise en place d'un réseau de communication moderne et efficace. Partant, en ne faisant pas usage de son pouvoir d'appréciation, le département avait violé l'art. 11 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (loi sur la protection de l'environnement, LPE - RS 814.01).

Enfin, la technologie 5G était susceptible de causer des inconvénients graves pour le voisinage ou le public, notamment de porter atteinte à la santé des populations à proximité des antennes, en violation de l'art. 14 LCI.

14. En date du 31 août 2022, B_____ s'est déterminée sur le recours, concluant à son rejet, sous suite de frais et dépens.

La recourante qui avait signé la demande de permis n'avait pas demandé le retrait du projet. Dès lors la requête respectait l'art. 11 al. 4 du règlement d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses du 27 février 1978 (RCI – L 5 05.01), et c'était à juste titre que l'OAC avait délivré l'autorisation litigieuse.

Aucune nouvelle étude scientifique ne remettait en question les valeurs fixées par l'ORNI. Enfin, l'art. 14 LCI n'était pas violé.

15. Le 5 septembre 2022, le département a transmis son dossier au tribunal ainsi que sa réponse au recours. Il a conclu à son rejet.

Aucune modification relative au projet ne pouvait être qualifiée d'essentielle. La recourante ne démontrait pas le contraire, se contentant de relever que les circonstances avaient évolué de manière significative. Il n'était ainsi pas nécessaire de requérir un nouveau préavis de la commune, alors que le SABRA s'était prononcé favorablement. Au demeurant, une éventuelle violation du droit d'être entendu de la commune pourrait être réparée par le tribunal.

La requête en autorisation de construire déposée le 27 février 2019 avait été signée et datée le 29 novembres 2018 par la commune. Le préavis de cette dernière ne mentionnait pas non plus qu'elle était opposée au projet querellé en raison d'une absence d'accord. Au surplus, la mise à disposition d'un espace sur la parcelle de la commune avait certainement dû faire l'objet d'un contrat de droit privé, raison pour laquelle la possibilité de réaliser ou non les travaux dépassait l'objet du litige et le droit public de police des constructions. En effet, il ressortait des plans que la requérante se qualifiait de « propriétaire du site » ce qui laissait transparaître que l'autorisation de construire pourrait être mise en œuvre.

En soutenant que le principe de précaution n'avait pas été respecté, la recourante se bornait à invoquer une prétendue inopportunité de la décision. L'autorisation litigieuse se basait sur l'examen minutieux opéré par le SABRA, lequel s'était fondé sur les valeurs indiquées dans la fiche de données spécifique au site du 20 septembre 2021 pour rendre son préavis favorable sous conditions, jugeant que les valeurs limites de l'ORNI et du règlement cantonal topique étaient respectées.

Enfin, dans la mesure où, comme en l'espèce, la LPE et l'ORNI étaient respectées, le projet litigieux ne pouvait être source d'inconvénients graves pour le voisinage.

16. En date du 5 octobre 2022, la recourante a répliqué persistant dans son argumentation. En sa qualité de propriétaire du site, elle s'opposait aux travaux, de sorte que le recours devait être assimilé à une absence de signature de la requête d'autorisation de construire.

17. En date du 18 octobre 2022, B_____ a indiqué qu'elle renonçait à dupliquer.

18. Le 28 octobre 2022, le département a transmis sa duplique au tribunal. Il y sera revenu en tant que de besoin dans la partie en droit.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif de première instance connaît des recours dirigés, comme en l'espèce, contre les décisions prises par le département en application de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05) (art. 115 al. 2 et 116 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 143 et 145 al. 1 LCI).

2. Interjeté en temps utile et dans les formes prescrites devant la juridiction compétente, le recours est recevable au sens des art. 145 al. 2 LCI et 60 ss de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

3. Selon l'art. 1 al. 1 LCI, 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 (let. a), ainsi que modifier, même partiellement, le volume, l'architecture, la couleur, l'implantation, la distribution ou la destination d'une construction ou d'une installation (let. b).

4. L'art. 2 al. 2 LCI délègue au Conseil d'État, par le biais du règlement d'application que ce dernier doit édicter, le soin de déterminer les pièces qui doivent être déposées par les personnes demandant une autorisation de construire.

5. En application de cette disposition, cette autorité a prévu que toutes les demandes d'autorisation de construire devaient être datées et signées par le propriétaire de

l'immeuble intéressé, ainsi que par le requérant ou l'éventuel mandataire professionnellement qualifié (art. 11 al. 4 RCI).

6. Une requête déposée en vue de la délivrance d'une autorisation de construire doit en effet émaner - ou du moins avoir l'assentiment et sans équivoque - du propriétaire de la parcelle concernée. Il ne s'agit pas d'une simple prescription de forme, car elle permet de s'assurer que les travaux prévus ne sont pas d'emblée exclus et que le propriétaire qui n'entend pas réaliser lui-même l'ouvrage y donne à tout le moins son assentiment de principe (cf. ATA/1459/2019 du 1er octobre 2019 consid. 2 ; ATA/1157/2018 du 30 octobre 2018 consid. 5g et l'arrêt cité ; ATA/321/2018 du 10 avril 2018 consid. 3b ; ATA/500/2011 du 27 juillet 2011 ; cf. aussi arrêts du Tribunal fédéral 1C_846/2013 du 24 juin 2014 consid. 7.2 ; 1C_7/2009 du 20 août 2009 consid. 5.2). Ainsi, la signature du propriétaire du fonds a également pour but d'obtenir l'assurance que celui qui a la maîtrise juridique du fonds consent aux travaux et à tous les effets de droit public qui en découlent (arrêt du Tribunal fédéral 1C_7/2009 du 20 août 2009 consid. 5.2 ; ATA/461/2020 du 7 mai 2020 consid. 5c, faisant l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, cause 1C_341/2020).

7. Les conditions nécessaires à la délivrance d'une autorisation de construire doivent être réalisées non seulement lors du dépôt de la demande et de la délivrance de l'autorisation, mais aussi pendant la durée des éventuelles procédures de recours. Ultérieurement, la modification de certaines des exigences - notamment législative - peut fonder la révocation de l'autorisation en question (ATA/1006/2015 du 29 septembre 2015 consid. 4 et les arrêts cités).

8. En l'espèce, la commune a signé la requête d'autorisation de construire en 2018 puis elle s'est déclarée défavorable au projet dans l'attente d'un rapport de l'OFEV. Mais surtout, il ressort explicitement de son recours qu'elle s'oppose désormais fermement au projet, manifestant par là qu'elle retire son accord. En conséquence, l'une des conditions nécessaires au dépôt de la requête en autorisation de construire n'est plus remplie, ce qui interdit le maintien de cette autorisation.

9. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et l'autorisation de construire litigieuse sera annulée.

10. Vu cette issue, l'avance de frais versée par la recourante lui sera restituée. Un émolument de CHF 700.- sera mis à la charge de B_____.

    Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à la recourante dès lors qu'elle compte plus de dix mille habitants. Celle-ci est en effet réputée disposer de son propre service juridique et ne pas avoir à recourir pour le présent type de procédure, au service d'un mandataire extérieur (art. 87 al. 2 LPA; ATA/1104/2020 du 3 novembre 2020 consid. 5 et jurisprudence citée).

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

1. déclare recevable le recours interjeté le 4 juillet 2022 par la Commune de A_____ contre la décision du département du territoire du 3 juin 2022 ;

2. l'admet ;

3. met à la charge de B_____ SA, un émolument de CHF 700.-;

4. ordonne la restitution à la recourante de l'avance de frais de CHF 900.- ;

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

6. dit que, conformément aux art. 132 LOJ, 62 al. 1 let. a et 65 LPA, le présent jugement est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (10 rue de Saint-Léger, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les trente jours à compter de sa notification. L'acte de recours doit être dûment motivé et contenir, sous peine d'irrecevabilité, la désignation du jugement attaqué et les conclusions du recourant. Il doit être accompagné du présent jugement et des autres pièces dont dispose le recourant.

Siégeant : Caroline DEL GAUDIO-SIEGRIST, présidente, Isabelle KOECHLIN-NIKLAUS et Julien PACOT, juges asesseeurs.

Au nom du Tribunal :

La présidente

Caroline DEL GAUDIO-SIEGRIST

Copie conforme de ce jugement est communiquée aux parties, ainsi qu'à l'office fédéral de l'environnement.

Genève, le La greffière