RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/641/2023 LCI JTAPI/1245/2023

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 9 novembre 2023

dans la cause

M. A_____ et Mme B_____, représentés par Me Philippe PROST, avocat, avec élection de domicile

contre

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE-OAC

EN FAIT

1. Monsieur A_____ et Madame B_____ sont copropriétaires d'un appartement situé au 8ème étage en attique de l'immeuble sis sur la parcelle n° 1_____ de la commune C_____ (ci-après: la commune), en zone de développement 3, à l'adresse _____, avenue de D_____.

2. Le 31 janvier 2022, le département du territoire (ci-après: le département) a reçu une dénonciation relative à l'installation d'une pergola bioclimatique érigée sans autorisation de construire sur la terrasse de l'appartement de M. A_____ et Mme B_____.

3. Le 4 février 2022, le chef de l'inspection de la construction et des chantiers, Monsieur E_____, a contacté M. A_____ et Mme B_____ par téléphone afin de lui faire part de la dénonciation et de lui exposer les démarches administratives à entreprendre pour résoudre la situation.

4. Par courriel du même jour, M. A_____ et Mme B_____ ont demandé à M. E_____ de lui confirmer par écrit la teneur de leur entretien téléphonique et les options qui avaient été abordées afin de régler la situation.

5. Par retour de courriel du 7 février 2022, M. E_____ a informé M. A_____ et Mme B_____ que sa démarche visait à simplifier la suite de la procédure, en se limitant à en discuter oralement, et que s'il voulait que les démarches lui soient précisées par écrit, il le ferait par le biais d'un dossier formel.

6. Par courrier du 9 février 2022, M. A_____ et Mme B_____ ont transmis un avis d'ouverture de chantier pour travaux non soumis à autorisation de construire pour l'installation d'une pergola bioclimatique sur leur terrasse située en attique.

7. Le 4 mars 2022, le département a imparti un délai de dix jours à M. A_____ et Mme B_____ pour lui faire part de leurs éventuelles explications et/ou observations sur la construction de la pergola sans autorisation de construire.

8. Par courrier du 14 mars 2022, M. A_____ et Mme B_____ ont contesté la soumission de la pergola concernée à autorisation de construire et demandaient à avoir accès à la dénonciation.

9. Par décision du 1er avril 2022, le département a accusé réception des observations de M. A_____ et Mme B_____ et leur a confirmé la nécessité, dans le cas d'espèce, d'obtenir une autorisation de construire. Il a également précisé que la dénonciation était un document confidentiel et, de ce fait, indisponible à la consultation. Cette décision ordonnait le dépôt d'une demande d'autorisation de construire dans un délai de 30 jours afin de tenter de régulariser la situation. Si une telle régularisation n'était pas souhaitée, il leur était loisible de procéder à la

remise en état dans le même délai. Une éventuelle sanction administrative était réservée.

10. Le 2 mai 2022, par le biais de leur mandataire F_____ SA, M. A_____ et Mme B_____ ont déposé une demande d'autorisation de construire visant la régularisation de la pergola sur leur terrasse (I-2_____), laquelle a été enregistrée sous la référence DD 3_____.

11. Lors de l'instruction de cette demande, plusieurs instances de préavis ont été sollicitées, dont notamment :

    - le 19 septembre 2022, suite à un premier préavis défavorable du 15 mai 2022, la direction des autorisations de construire (ci-après: DAC) a requis la production d'un extrait cadastral signé par un géomètre officiel accompagné de coupes d'études du gabarit afin de vérifier que la pergola s'inscrivait dans le gabarit légal ;

    - le 29 septembre 2022, réitérant son préavis défavorable du 9 juin 2022, la commune a émis un préavis défavorable, estimant que le projet était de nature à défigurer le gabarit et l'harmonie de la façade de l'immeuble ;

    - le 3 octobre 2022, maintenant les termes de son précédent préavis défavorable, à teneur duquel il était relevé que l'installation venait péjorer la silhouette du bâtiment, la commission d'architecture (ci-après: la CA) a rendu un préavis défavorable, précisant que, contrairement aux explications des recourants, une toile de tente n'avait pas le même impact que la pergola, puisqu'elle était mobile.

12. Par décision du 19 janvier 2023, le département a refusé de délivrer l'autorisation de construire sollicitée sur la base des art. 15 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05) et 9 du règlement d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses du 27 février 1978 (RCI – L 5 05.01).

    Faisant siens les préavis de la CA et de la commune, il précisait que malgré les demandes répétées de la DAC, l'extrait du plan cadastral n'avait pas été fourni, au motif que la pergola concernée ne créait pas un volume fermé et que dès lors, l'établissement d'une coupe de gabarit n'apportait aucune information pertinente.

13. Le 19 janvier 2023, un bordereau d'émolument, émis le 5 janvier 2023 au sujet de la taxe d'enregistrement pour la DD 3_____ a été envoyée à F_____ SA en tant que requérante de l'autorisation de construire.

14. Par décision du 3 février 2023, le département a ordonné à M. A_____ et Mme B_____ la suppression de la pergola érigée sans autorisation, laquelle devait être évacuée d'ici au 31 mars 2023. Un reportage photographique attestant de la remise

en état devait être fourni dans le même délai. En outre, une amende administrative de CHF 1'000.- a été infligée à leur encontre.

15. Par acte du 17 février 2023, M. A_____ et Mme B_____ (ci-après: les recourants), sous la plume de leur conseil, ont formé recours contre la décision du 1er avril 2022 ordonnant le dépôt d'une autorisation de construire, la décision du 19 janvier 2023 refusant la régularisation de la pergola ainsi que le bordereau d'émolument émis le 5 janvier 2023 et celle du 3 février 2023 ordonnant la remise en état auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après: le tribunal). À titre préalable, ils concluaient à ce que le tribunal ordonne au département de produire la dénonciation ayant conduit à l'ouverture de la procédure I-2_____ ainsi que tous les documents, notamment toutes les autorisations de construire, le cas échéant délivrées, en lien avec des pergolas bioclimatiques édifiées à partir du 10 mars 2017. À titre principal, ils concluaient à l'annulation des décisions précitées et à ce que le tribunal constate que la procédure d'infraction I-2_____ était sans fondement et qu'aucune sanction ou mesure administrative ne devait être ordonnée à leur encontre et, subsidiairement, à ce que le tribunal ordonne au département de délivrer l'autorisation de construire DD 3_____, le tout sous suite de frais et dépens.

    La décision du 1er avril 2022 était certes une décision incidente, mais puisqu'elle était à la base de la décision du 19 janvier 2023, elle devait pouvoir être examinée à titre préjudiciel et annulée par le tribunal. En effet, ils en contestaient le fondement et considéraient qu'elle n'aurait jamais dû être rendue, faute de justification légale et pratique.

    Ils avaient été informés par M. E_____ qu'une dénonciation avait été adressée au département et sur la base de laquelle une procédure d'infraction avait été ouverte. Ils étaient dès lors fondés à demander et à obtenir ladite dénonciation et aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y opposait, l'autorité n'ayant avancé aucun autre argument que celui de la confidentialité du document.

    Dans la mesure où le département considérait que la construction de pergolas bioclimatiques était soumise à l'obtention préalable d'une autorisation de construire, ils solliciaient la production de tous documents en sa possession concernant de tels ouvrages à partir du 10 mars 2017, soit la date d'entrée en vigueur de la 5ème version de la directive LCI n° 024 sur les constructions de peu d'importance (ci-après: directive CDPI), sur la base de leur droit à l'égalité de traitement.

    Aucune autorisation de construire n'était nécessaire pour la construction d'une pergola bioclimatique, ce que l'administrateur de la PPE avait vérifié auprès de sociétés de paysagisme installant ce type d'ouvrage ainsi que dans la LCI, ce d'autant plus que cette construction ne serait pas couverte, mais avec des lamelles orientables. Ils avaient également vérifié cette information avec le directeur de

l'office des autorisations de construire (ci-après: OAC). De plus, selon la directive CDPI, les pergolas n'étaient pas prises en compte à ce titre et ce document officiel confirmait également l'absence de nécessité d'une telle autorisation. En outre, plusieurs pergolas bioclimatiques avaient été construites dans le canton sans autorisation de construire. Ils avaient débuté les démarches en vue de la réalisation de ce projet une fois l'accord de la copropriété obtenu. Ce n'était que la veille de la pose de leur pergola, soit le 9 mars 2021, que le département avait modifié la directive CDPI, publiée le premier jour des travaux. Ainsi, sur la base de la 5ème version de la directive CDPI et des renseignements obtenus, ils n'avaient pas déposé d'autorisation de construire.

L'autorité intimée avait constaté les faits de manière lacunaire en ne prenant pas en compte les éléments précités. En outre, le département n'avait également pas pris en considération qu'une visite sur place aurait permis de constater que l'ouvrage correspondait à la définition de construction de très peu d'importance. Il n'avait également pas pris en compte le principe de non-rétroactivité dans la mesure où la 7ème version de la directive CDPI n'avait pas été publiée avant le début des travaux. De plus, il leur était impossible de vivre dans leur appartement en l'absence de cette pergola. Cette situation les obligerait à fermer complètement leur store et à vivre dans l'obscurité ou d'éclairer artificiellement leur appartement en plein jour. Par ailleurs, la pergola en question ne créait pas de volume fermé et dans le cadre de la DP 4_____ relative à l'immeuble, la CA avait accordé un gabarit asymétrique. Dans le cadre de l'instruction de la DD 5_____, aucune interdiction d'installation de pergola non couverte ou autre système de protection solaire sur les terrasses du 8ème étage n'avait été mentionnée. Ces considérations pouvaient être reprises au sujet de la décision du 19 janvier 2023.

Leur droit d'être entendu avait été violé. Dans sa décision du 19 janvier 2023, le déparement s'était limité a rappelé le premier préavis de la CA et avait cité son second préavis du 3 octobre 2022, au sujet duquel ils n'avaient pas pu se prononcer. L'autorité en avait fait de même avec les préavis de la commune. Elle avait aussi uniquement mentionné que l'extrait de plan cadastral n'avait pas été fourni.

En obligeant les recourants à requérir une autorisation de construire pour la pergola, la décision violait le principe de légalité. Dans le cadre de l'instruction de la DP 4_____ et de la DD 5_____ concernant l'immeuble, en suivant le préavis de la CA, le gabarit tracé en jaune incluait tous les éléments de la pergola bioclimatique. Cet ouvrage n'entrainait pas un usage accru en termes de fond dominant et ne modifiait pas le calcul du gabarit de l'immeuble. Ni n'augmentait les distances et vue droite.

Plusieurs pergolas similaires à la leur avaient été érigées dans le canton, sans autorisation de construire, à l'aune de la 7ème version de la directive CDPI. En particulier, s'agissant de l'une de celles installées à l'adresse _____, chemin de

G_____ à H_____, le directeur de l'OAC avait spécifié que ce type de construction n'était pas soumise à autorisation de construire.

S'il fallait considérer que la 7ème version de la directive CDPI était applicable, dans le sens où l'édification de pergolas n'était désormais possible que dans les jardins, il convenait de prendre en compte le principe de non-rétroactivité du droit. En effet, cette version de la directive CDPI n'avait été publiée que le 10 mars 2021, alors que les travaux avaient déjà été commandés le 17 décembre 2020. Le montage de la pergola avait eu lieu du 10 au 12 mars 2021.

Sur la base des renseignements obtenus de M. E_____, selon lequel ils devaient lui transmettre un avis d'ouverture de chantier pour travaux non soumis à autorisation de construire, ils avaient retourné un tel avis le 9 février 2022, dûment complété, daté du 8 février 2021 et signé par l'entreprise F_____ SA, que cette dernière avait omis d'envoyer. Dans la mesure où l'ouvrage avait été construit sur la base des renseignements donnés par le département, il ne pouvait leur être imposé de le démolir.

Le refus était basé sur les préavis défavorables de la CA et de la commune, lesquels étaient fondés uniquement sur des motivations d'ordre esthétique, purement subjectifs et discutables. Concernant la demande de compléments de la DAC, le département n'avait pas pris en compte l'absence de nécessité de l'établissement d'un plan cadastral, puisque la pergola, non couverte, ne créait pas de volume fermé.

L'ordre de remise en état était disproportionné dans la mesure où aucun intérêt public prépondérant ne le justifiait, par rapport à la finalité de l'ouvrage, lequel permettait d'assurer un caractère viable à leur logement.

16. Le 28 avril 2023, le département a transmis ses observations, concluant au rejet du recours. Il a produit son dossier.

Le recours était irrecevable à l'encontre de la facture du 5 janvier 2023, celle-ci étant adressée à F_____ SA.

La dénonciation n'était pas anonyme. L'accès à ce document n'était pas pertinent pour résoudre le litige et les recourants n'exposaient pas en quoi cela leur serait d'une quelconque utilité. On ne discernait pas quel intérêt ils retireraient à connaître l'identité du dénonciateur ou le contenu exact de la dénonciation, ce d'autant qu'ils ne contestaient pas l'installation de la pergola en question. Les intérêts du dénonciateur à ne pas voir son identité dévoilée et les intérêts publics de l'État permettant l'accomplissement de ses tâches publiques primaient l'intérêt privé des recourants.

Concernant la production de toutes les autorisations de construire délivrées pour des pergolas bioclimatiques à partir du 10 mars 2017, l'utilité de cette mesure

n'était pas compréhensible, ce d'autant que le fardeau de la preuve incombait à celui qui entendait se prévaloir de ce droit.

Ne constituaient des pergolas, en tant que constructions de très peu d'importance, que celles qui étaient projetées en rez, sur une terrasse ou dans un jardin, au regard du peu d'impact que de telles isntallations engendraient dans cette configuration. La 5ème version de la directive CDPI le corroborait dans la mesure où les photographies figurant à la page 5 montraient des pergolas situées dans des jardins au rez-de-chaussée. La 7ème version précisait cet élément, étant relevé que la 6ème version n'avait pas été publiée. Les installations projetées en attique ou en toiture n'étaient pas des pergolas au sens de l'art. 1 al. 5 LCI et devaient faire l'objet d'une autorisation de construire, au vu de leur impact potentiel sur le gabarit de l'immeuble et de l'impact visuel et architectural potentiellement important. Les photographies produites par les recourants démontraient d'ailleurs l'impact de telles constructions sur leur environnement spatial. En tout état, la décision contestée ayant été rendue le 19 janvier 2023, soit après la publication de la 7ème version de la directive CDPI, celle-ci devait donc être prise en compte.

L'ensemble des éléments invoqués par les recourants avait été pris en considération par le département, mais celui-ci avait estimé qu'ils n'étaient pas de nature à modifier la décision incidente du 1er avril 2022. Les considérations des recourants relatives à la création d'un volume fermé et au gabarit autorisé dans le cadre des autorisations de construire au sujet de l'immeuble n'étaient d'aucun secours aux recourants. Les documents complémentaires demandés par la DAC constituaient l'un des motifs de refus mais était aussi nécessaire à la vérification que l'installation s'inscrivait bien dans le gabarit légal autorisé. En prétendant que l'ouvrage n'était pas de nature à péjorer la silhouette du bâtiment, les recourants présentaient leur propre appréciation subjective, alors que les photographies produites démontraient le contraire, s'agissant de l'impact sur l'immeuble et l'harmonie du quartier. Il convenait de prendre en considération que le département s'était fondé sur le préavis de la CA, ce que la loi l'obligeait à faire. La commune s'était également opposée au projet. Les prétendus renseignements obtenus auprès du directeur de l'OAC ou le fait que la copropriété ait donné son accord n'avaient aucune influence sur la décision.

Le refus d'autorisation de construire était motivé et le département n'avait pas à se déterminer sur l'ensemble des éléments apportés par les recourants dans le cadre de l'instruction de la requête. De plus, il n'existait pas de droit à ce que les recourants fussent interpellés sur tous les préavis rendus dans le cadre de l'instruction, et encore moins quand les seconds préavis l'avaient été pour faire suite aux explications avancées par les recourants à la suite des premiers préavis. En outre, l'ensemble du dossier était consultable sur la plateforme AC-DEMAT, de sorte que les recourants étaient libre de faire valoir spontanément leurs observations. Ils avaient ainsi pu se déterminer en toute connaissance de cause.

Quoi qu'il en fût, une éventuelle violation de leur droit d'être entendu pouvait de toute façon être réparée.

Sous l'angle de la légalité, il avait déjà été démontré que l'installation litigieuse était soumise à autorisation de construire. S'agissant de l'argument relatif à l'art. 11 al. 5 LCI et sur le gabarit asymétrique du bâtiment, on peinait à saisir en quoi ces arguments démontreraient une violation du principe de légalité dans la mesure où ils n'étaient pas pertinents, étant rappelé que l'exigence de production de plans supplémentaires de la DAC devait permettre de vérifier que le gabarit était respecté.

S'agissant du principe de non-rétroactivité, outre le fait que la 5ème et la 7ème version de la directive CDPI n'étaient pas différentes sur le fond, ces documents n'avaient pas force de loi, étant précisé qu'il convenait d'appliquer le droit en vigueur au moment où l'autorité statuait sur la requête en cause.

Les conditions pour se prévaloir du principe de la bonne foi n'étaient pas remplies. M. E_____ niait formellement avoir indiqué aux recourants qu'un avis d'ouverture de chantier règlerait la situation, et donc, implicitement, que la pergola en question n'était pas soumise à autorisation de construire. Cet élément ne ressortait d'ailleurs pas du courriel que M. E_____ avait adressé aux recourants le 7 février 2022. Au contraire, il les invitait à déposer un dossier formel. De plus, dans la mesure où les recourants avaient déjà installé la pergola avant que M. E_____ ne les eut contactés, ils ne s'étaient manifestement pas fondés sur ses prétendues déclarations. Ils ne pouvaient ainsi pas avoir subi de dommage en raison de ces faits. Par ailleurs, les recourants n'avaient pas consulté l'OAC au sujet de leur projet avant de le réaliser. Concernant la directive CDPI, il ne s'agissait pas d'une promesse émise à l'égard d'une personne déterminée.

Le département ne s'était pas fondé sur des considérations qui manquaient de pertinence et il n'avait commis aucun abus ou excès de son pouvoir d'appréciation en suivant les préavis de la CA, de la commune et de la DAC, au regard de l'impact de la pergola sur le quartier, du fait que trois instances sur quatre y étaient défavorables ou demandaient des compléments, lesquels n'avaient pas été apportés, et au vu de la jurisprudence relative à l'importance du préavis de la CA.

Les conditions nécessaires au prononcé d'un ordre de remise en état étaient remplies. Sous l'angle de la proportionnalité, l'installation concernée ne pouvait être régularisée, de sorte que sa démolition était le seul moyen de rétablir une situation conforme au droit, aucune mesure moins incisive n'étant envisageable. Les recourants ne se prévalaient que d'un intérêt de confort, ce d'autant que d'autres moyens existaient pour se protéger de la chaleur ambiante et que les autres personnes vivant en attique parvenaient pleinement à s'accommoder de l'absence de pergola. En outre, ils avaient placé le département devant le fait accompli. S'agissant des coûts engendrés par la démolition de la pergola, y donné

de l'importance reviendrait à protéger davantage les graves violations et mènerait à une relativisation inadmissible du droit de la construction. Dès lors il n'était habituellement pas accordé de poids particulier à l'aspect financier de la remise en état.

17. Le 7 juin 2023, les recourants ont répliqué, persistant dans leurs conclusions et leur argumentation.

Le recours contre la décision du 5 janvier 2023 était recevable, quand bien même celle-ci était adressée à une entreprise, dès lors que l'émolument serait payé par eux.

Leur intérêt à avoir accès à la dénonciation ne faisait aucun doute. Ce document était à l'origine de toutes les procédures ouvertes et conduites par le département, lesquelles leur avaient engendré des frais importants. Il était ainsi légitime qu'ils pussent avoir accès au document ainsi que de connaître l'identité du dénonciateur, afin de faire valoir ultérieurement, le cas échéant, tous droits légitimes. En outre, il était vraisemblable que la dénonciation fut le fruit d'une personne ayant voté favorablement [sic] à la construction de la pergola durant l'assemblée générale de la copropriété, ce qui constituerait un fort indice que l'auteur aurait agi par malveillance dans le seul but de nuire à leurs intérêts.

S'agissant des autres pergolas bioclimatiques construites à Genève, si l'autorité intimée ne produisait aucune pièce à ce sujet, cela résultait du fait qu'elle n'avait justement délivré aucune autorisation de construire, vu que cela n'était pas nécessaire aux termes de la 5ème version de la directive CDPI. Exiger des recourants qu'ils en apportent la preuve venait à leur demander de démontrer un fait négatif.

L'affirmation du département selon laquelle les pergolas visées par la directive CDPI seraient celles projetées en rez, sur une terrasse ou dans un jardin, ne ressortait d'aucun document, telles que la loi ou une directive. Les photographies des directives CDPI ne pouvaient également pas corroborer cette information, ce d'autant qu'elles n'étaient que de simples exemples non exhaustif. S'il avait été nécessaire d'ajouter la précision « dans un jardin », cela indiquait que la teneur de la directive précédente n'était pas aussi claire que le prétendait le département.

La pergola avait été érigée alors que la teneur de la 5ème version de la directive CDPI était applicable. Retenir le contraire, comme le prétendait l'autorité intimée, reviendrait à lui permettre de choisir de statuer à sa guise et au moment où elle le souhaitait sur des ouvrages, afin d'y appliquer les considérations qui l'arrangeaient. À cela s'ajoutait que la 7ème version de la directive CDPI n'avait été assortie d'aucune disposition transitoire et qu'aucune publication officielle n'avait eu lieu.

Il convenait par ailleurs de garder à l'esprit que si les recourants avaient malgré tout déposer une requête d'autorisation de construire, c'était parce que ce dépôt permettait d'ouvrir la voie d'un recours en cas de décision de refus, comme c'était le cas en l'espèce.

L'autorité intimée n'exposait pas en quoi elle avait pris en compte l'ensemble des éléments pertinents.

Le département n'avait rien dit au sujet du grief de la violation de l'égalité de traitement, alors qu'il était établi que nombreuses pergolas avaient été construites sans autorisation de construire.

Avant de réaliser leur pergola, les recourants s'étaient renseignés auprès du directeur de l'OAC, Monsieur I_____, ainsi qu'auprès de l'administrateur de la PPE et d'entreprises spécialisées dans le domaine. Tous avaient confirmé qu'aucune autorisation de construire n'était nécessaire.

Avant la mise en place de la pergola, un store banne était fixé au paravent, mais il était inefficace compte tenu des fortes chaleurs et en cas de temps venteux. C'était pour cette raison que leurs voisins ne pouvaient pas utiliser leur terrasse et vivaient reclus dans leur appartement en été.

18. Le 5 juillet 2023, le département a dupliqué, maintenant ses conclusions et son argumentation.

La dénonciation était l'œuvre d'un tiers ayant questionné le département sur la légalité d'une installation, ce qui l'avait mené à instruire le dossier et à constater, par lui-même, une illégalité. Il ne percevait toujours pas l'intérêt des recourants à connaitre l'identité de la personne qui les avait dénoncés, si ce n'était de pouvoir exercer des représailles à son encontre.

Il n'y avait pas d'intérêt à apporter la preuve que d'autres pergolas en toiture auraient fait l'objet d'une autorisation de construire, la question étant uniquement de déterminer si de telles installations étaient soumises à autorisation de construire ou non. Si d'autres pergolas en toiture existaient, cela était probablement également en infraction.

Vu sa structure importante et l'impact conséquent tant sur l'immeuble que sur le quartier, les recourants ne pouvait pas prétendre que la construction concernée n'était pas soumise à autorisation de construire. De plus, vu les cloisonnements latéraux, une fois fermée, cette pergola apparaissait comme une avancée de façade totalement close.

L'ajout de la précision « dans un jardin » démontrait que les pergolas situées en toiture/hauteur étaient déjà soumises à autorisation de construire. Si la pratique du département avait changé, cette modification aurait été expliquée.

S'agissant de la consultation de M. I_____, ce dernier n'en avait pas souvenir. Il lui était toutefois impensable qu'il avait pu, ces dernières années, soutenir qu'une telle installation n'était pas soumise à autorisation de construire. Par ailleurs, la consultation dont se prévalait les recourants n'était pas l'objet de la présente procédure et celle de la PPE et des entreprises spécialisées ne liait pas le département. Les recourants n'apportaient aucun élément probant démontrant qu'une assurance relative au fait que leur installation n'était pas soumise à autorisation de construire leur avait été donnée.

Enfin, d'autres solutions ayant moins d'impact tant sur le bâtiment que sur le quartier étaient possibles. Le fait que le voisinage se contentait de stores bannes démontrait au demeurant qu'un tel système semblait adapté.

19. Le 12 juillet 2023, les recourants ont transmis leurs observations spontanées.

La pergola des recourants ne comportait aucun cloisonnement latéral, celles-ci étant ouvertes. Par conséquent, la pergola ne pouvait pas être fermée et n'apparaissait pas comme une avancée de façade totalement close comme le prétendait le département.

20. Le détail des écritures et des pièces produites sera repris dans la partie « En droit » en tant que de besoin.

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. En préambule, le tribunal relève que le recours porte sur quatre décisions distinctes, soit l'ordre de déposer une autorisation de construire du 1er avril 2022, le refus de régularisation du 19 janvier 2023, le bordereau d'émolument généré le 5 janvier 2023 ainsi que l'ordre de remise en état du 3 février 2023. Il convient dès lors d'examiner la recevabilité du recours à l'encontre de celles-ci de manière indépendante et leur validité matérielle en fonction des griefs qui les concernent.

3. Selon l'art. 57 LPA, sont susceptibles d'un recours : a) les décisions finales ; b) les décisions par lesquelles l'autorité admet ou décline sa compétence ; c) les décisions incidentes, si elles peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse ; d) les lois constitutionnelles, les lois et les règlements du Conseil d'État.

4. En droit genevois, la notion de décision est calquée sur le droit fédéral, ce qui est également valable pour les cas limites, ou plus exactement pour les actes dont l'adoption n'ouvre pas de voie de recours. De manière générale, les communications, opinions, recommandations et renseignements ne déploient aucun effet juridique et ne sont pas assimilables à des décisions (arrêts du Tribunal fédéral 1C_593/2016 du 11 septembre 2017 consid. 2.2 ; 8C_220/2011 du 2 mars 2012 consid. 4.1.2 ; ATA/1024/2020 du 13 octobre 2020 consid. 3c).

5. Constitue une décision finale celle qui met un terme à l'instance engagée (ATA/261/2009 du 19 mai 2009 ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3ème éd., 2011, n° 2.2.4.2, p. 256).

   Sont des décisions incidentes celles prises pendant le cours de la procédure, qui ne représentent qu'une étape vers la décision finale (Pierre MOOR/Etienne POLTIER, op. cit., p. 225, n. 2.2.4.2).

6. Ne peut ainsi être considérée comme finale une décision qui ordonne de déposer une requête d'autorisation de construire relative à des travaux non autorisés constatés par le département. Celui-ci, suite au constat fait, ouvre une procédure administrative qui prendra fin par une décision qui pourra soit constater, sur la base du dossier complet, que les travaux ne sont pas soumis à une autorisation, soit dire que ceux-ci sont soumis à autorisation et accorder ou refuser cette autorisation. La décision du 1er avril 2022 ne met donc pas fin à la procédure mais constitue une simple étape dans le cours de celle-ci (arrêt du Tribunal fédéral 1C_278/2017 du 10 octobre 2017 consid. 2.2 ; ATA/1548/2017 précité).

7. À teneur de l'art. 57 let. c LPA, sont susceptibles d'un recours les décisions incidentes, si elles peuvent causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse.

8. Cette disposition a la même teneur que l'art. 93 al. 1 let. a de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), de sorte qu'elle peut être interprétée selon les principes dégagés par la jurisprudence fédérale au sujet de l'art. 93 LTF (arrêt du Tribunal fédéral 1C_278/ 2017 précité consid. 2.3.1 ; ATA/360/2017 du 28 mars 2017 consid. 9b).

9. Conformément à l'art. 93 al. 3 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), une décision incidente peut être contestée par un recours contre la décision finale dans la mesure où elle influe sur le contenu de celui-ci.

10. En l'espèce, la nature incidente de la décision du 1er avril 2022 n'est pas remise en question par les parties. La recourante conteste en revanche le bien-fondé de cet ordre à l'occasion de la décision de refus d'autorisation de construire du 19 janvier

2023. À cet égard, le fait que la décision du 1er avril 2022 n'ait pas été contestée influe uniquement sur la possibilité de la contester indépendamment de la décision finale, mais ne saurait remettre en cause sa contestation à l'occasion du recours contre la décision finale, soit celle du 19 janvier 2023, conformément à l'art. 93 al. 3 LTF. En outre, il parait évident que la question de la nécessité du dépôt d'une autorisation de construire est susceptible d'influer sur la décision de refus d'autorisation de construire, sur le bordereau d'émolument et sur l'ordre de remise en état, dans la mesure où en l'absence d'une telle nécessité, ces trois décisions n'ont aucune raison d'être prononcées.

Ceci étant dit, force est de constater que la décision incidente du 1er avril 2022 n'a pas été contestée dans le délai de dix jours imparti par la LPA, de sorte qu'elle ne peut plus aujourd'hui être contestée pour elle-même, ce d'autant que les recourants s'y sont conformés et qu'ils ont formé recours contre la décision finale de refus d'autorisation de régularisation. Partant, en tant qu'il concerne la décision du 1er avril 2022, le recours sera déclaré irrecevable.

11. Aucune des parties ne conteste, à juste titre, que le recours est recevable contre la décision de refus d'autorisation de construire et contre l'ordre de remise en état, de sorte que le tribunal n'y reviendra pas.

12. Toutefois, le département prétend que le recours interjeté contre le bordereau d'émolument serait irrecevable dans la mesure où ce dernier ne serait pas adressé aux recourants.

13. En l'espèce, le bordereau litigieux a certes été formellement adressé à la société F_____ SA, en tant que requérante de l'autorisation de construire, mais il ne faut pas perdre de vue qu'en définitive, ce sont les recourants qui restent concrètement débiteurs du montant de l'émolument, de sorte qu'ils doivent, à tout le moins, être considéré comme des tiers touchés par cette décision au sens de l'art. 60 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). Ils disposent donc manifestement d'un intérêt digne de protection à la contestation de cette décision.

14. Par conséquent, interjeté en temps utile et dans les formes prescrites devant la juridiction compétente, le recours, en tant qu'il concerne le refus d'autorisation de construire du 19 janvier 2023, le bordereau d'émolument, émis le 5 janvier 2023 mais envoyés à F_____ SA le 19 janvier 2023, ainsi que l'ordre de remise en état du 3 février 2023, est recevable au sens des art. 60 et 62 à 65 LPA.

15. À titre préalable, les recourants sollicitent des mesures d'instruction complémentaires. Ils demandent en particulier à ce que la dénonciation leur soit communiquée et à ce que l'ensemble des autorisations de construire délivrées dans le canton pour des pergolas en toiture ou en attique soient produites.

16. Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) comprend notamment le droit, pour l'intéressé, d'avoir accès au dossier, de produire des preuves pertinentes, 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. Toutefois, le juge peut renoncer à l'administration de certaines preuves offertes, lorsque le fait dont les parties veulent rapporter l'authenticité n'est pas important pour la solution du cas, lorsque les preuves résultent déjà de constatations versées au dossier ou lorsqu'il parvient à la conclusion qu'elles ne sont pas décisives pour la solution du litige ou qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; 140 I 285 consid. 6.3.1 et les arrêts cités ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_576/2021 du 1er avril 2021 consid. 3.1 ; 2C_946/2020 du 18 février 2021 consid. 3.1).

17. Selon le principe de la maxime d'office prévu par l'art. 19 LPA, l'autorité établit les faits d'office sans être limitée par les allégués ou les offres de preuves des parties. Elle réunit les renseignements et procède aux enquêtes nécessaires pour fonder sa décision. Elle apprécie les moyens de preuve des parties (art. 20 LPA). Le principe de l'instruction d'office est toutefois contrebalancé par le devoir de collaboration des parties (art. 22 LPA), qui sont tenues de collaborer à la constatation des faits dans les procédures qu'elles introduisent elles-mêmes, dans celles où elles prennent des conclusions indépendantes, ainsi que dans les autres cas prévus par la loi. Si l'administré a fait les efforts nécessaires pour collaborer à l'établissement des faits, l'autorité doit entreprendre les recherches que l'on peut raisonnablement exiger d'elle pour élucider la situation de fait. Cela étant, lorsque les preuves font défaut, ou si l'on ne peut exiger de l'autorité qu'elle les receuille, la règle de l'art. 8 CC est applicable : celui qui prétend titrer un droit de l'existence d'un fait, subit les conséquences de l'absence de preuve à cet égard (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2018, n. 1559 ss, p. 527 s. et les références citées).

18. S'agissant de la demande d'accès à la dénonciation, il n'existe pas en la matière de norme spécifique et concrète garantissant l'anonymat, et seule est interdite l'instruction d'une dénonciation anonyme (art. 10A LPA). Le Tribunal fédéral a précisé que l'intérêt de la personne dénoncée à connaître l'identité de ses dénonciateurs peut se voir limité par les intérêts publics de l'État ou les intérêts légitimes du tiers dénonciateur. Toutefois, il ne peut être accepté un intérêt général pour garantir la confidentialité de tout informateur ; il convient de se déterminer par une pesée des intérêts en examinant les intérêts du dénoncé et du dénonciateur (ATF 129 I 249 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_609/2015 du 5 novembre 2015 consid. 4.1 ; ATA/1828/2019 du 17 décembre 2019 ; Stéphane GRODECKI /Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, LPA/GE et lois spéciales, 2017, p. 149 n. 567).

19. L'art. 45 LPA prévoit que l'autorité peut interdire la consultation du dossier si l'intérêt public ou des intérêts privés prépondérants l'exigent (al. 1). Le refus d'autoriser la consultation des pièces ne peut s'étendre qu'à celles qu'il y a lieu de garder secrètes et ne peut concerner les propres mémoires des parties, les documents qu'elles ont produits comme moyens de preuves, les décisions qui leur ont été notifiées et les procès-verbaux relatifs aux déclarations qu'elles ont faites (al. 2). Une pièce dont la consultation est refusée à une partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué par écrit le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de proposer les contre-preuves (al. 3).

20. En l'espèce, il ressort des explications du département qu'une personne identifiée lui a dénoncé la situation des recourants. Cette saisie ne pose en soi aucun problème, laquelle est d'ailleurs prévue par la loi (art. 10A LPA).

Dans la mesure où cette dénonciation a seulement incité le département à ouvrir une procédure et a constaté par lui-même l'infraction, et que seules l'instruction de la demande de régularisation ainsi que les explications des recourants ont été retenues pour motiver la décision de refus, puis celle de remise en état, l'autorité intimée était fondée à ne pas permettre la consultation d'autres éléments. Les recourants, assistés d'un avocat, ont par ailleurs parfaitement identifié les éléments mis à leur charge par le département. Ils ont pu se prononcer avant toute prise de décision et se déterminer sur les griefs formulés à leur encontre puis recourir devant le tribunal de céans en toute connaissance de cause.

Enfin, si les informations figurant dans la dénonciation avaient été utilisées directement dans les décisions litigieuses, tant l'intérêt privé du tiers dénonciateur que l'intérêt public de l'autorité s'opposaient à l'intérêt privé des recourants à la consultation de ce document. Le département a correctement procédé à la pesée des intérêts en refusant l'accès à cette pièce. L'intérêt privé du tiers dénonciateur prime l'intérêt des recourants à cette divulgation dès lors que son contenu n'a pas servi à fonder la demande de mise en conformité précitée. En outre, les recourants n'ont pas démontré quel était leur intérêt à obtenir copie de la dénonciation ni que celui-ci primerait tant l'intérêt public que l'intérêt privé du dénonciateur, hormis le fait qu'ils pourraient éventuellement se baser sur cet élément pour intenter des procédures judiciaires à son encontre. Le tribunal de céans ne considère pas que celui-là soit déterminant, la dénonciation n'ayant eu pour effet que d'entraîner l'ouverture d'une procédure administrative. En tout état, dès lors que les recourants ne contestent pas les faits qui leur sont reprochés, soit d'avoir installé une pergola sans autorisation de construire, on peine à entrevoir l'utilité de la communication de la dénonciation pour la résolution du présent litige. Il ne sera ainsi pas fait droit à cette demande d'instruction.

S'agissant de la demande de production de l'ensemble des autorisations de construire délivrées au sujet de pergolas en toiture ou en attique après le 10 mars

2017, cette demande vise à permettre aux recourants de démontrer l'absence de nécessité d'une autorisation de construire pour une pergola en attique ou en toiture. À cet égard, outre le fait que la demande des recourants apparait être manifestement disproportionnée, vu le travail de recherche qu'elle impliquerait pour le département, il ne faut pas perdre de vue que les recourants supportent le fardeau de la preuve et qu'ils ont déjà produit un certain nombre d'exemples en ce sens dans leur chargé de pièces, ce qui tend à démontrer que leur demande de production de pièces complémentaires n'est pas nécessaire pour résoudre le présent litige. Leur demande sera également écartée.

Partant, les mesures d'instruction sollicitées ne seront pas prononcées.

21. Selon l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA), non réalisée en l'espèce.

Il y a en particulier abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou lorsqu'elle viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 143 III 140 consid. 4.1.3 ; 140 I 257 consid. 6.3.1 ; 137 V 71 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_763/2017 du 30 octobre 2018 consid. 4.2 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 515 p. 179).

22. Saisi d'un recours, le tribunal applique le droit d'office. Il ne peut pas aller au-delà des conclusions des parties, mais n'est lié ni par les motifs invoqués par celles-ci (art. 69 al. 1 LPA), ni par leur argumentation juridique (cf. ATA/386/2018 du 24 avril 2018 consid. 1b ; ATA/117/2016 du 9 février 2016 consid. 2 ; ATA/723/2015 du 14 juillet 2015 consid. 4a).

23. Au fond, s'agissant de la décision de refus du 19 janvier 2023, les recourants contestent que l'installation d'une pergola en toiture serait soumise à autorisation de construire.

24. La LCI actuelle, adoptée le 14 avril 1988, prévoit à son art. 1 al. 1 que 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), 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), démolir, supprimer ou rebâtir une

construction ou une installation (let. c), modifier la configuration du terrain (let. d).

La notion de construction ou installation est indéterminée, laissant ainsi à la jurisprudence le soin de la définir. Sont considérés comme des constructions ou installations au sens de l'art. 22 al. 1 LAT tous les aménagements durables et fixes créés par la main de l'homme, exerçant une incidence sur l'affectation du sol, soit parce qu'ils modifient sensiblement l'espace extérieur, soit parce qu'ils chargent l'infrastructure d'équipement ou soit encore parce qu'ils sont susceptibles de porter atteinte à l'environnement (ATF 140 II 473 consid. 3.4.1 ; 123 II 256 consid. 3 ; 119 Ib 222 consid. 3a). Une autorisation est ainsi nécessaire non seulement pour les constructions proprement dites, mais aussi pour les simples modifications du terrain, si elles sont importantes.

Selon le Tribunal fédéral, la procédure d'autorisation de construire doit permettre à l'autorité de contrôler, avant la réalisation du projet, sa conformité aux plans d'affectation et aux réglementations applicables. Pour déterminer si l'aménagement prévu est soumis à cette procédure, il faut évaluer si, en général, d'après le cours ordinaire des choses, il entraînera des conséquences telles qu'il existe un intérêt de la collectivité ou des voisins à un contrôle préalable (ATF 139 II 134 consid. 5.2 ; ATF 123 II 256 consid. 3 ; ATF 120 Ib 379 consid. 3c, ATF 119 Ib 222 consid. 3a ; arrêt 1C_107/2011 du 5 septembre 2011 consid. 3.2).

25. Aux termes de l'art. 1 al. 4 LCI, en zone à bâtir, l'édification de constructions de très peu d'importance telles que définies par l'alinéa 5 du même article n'est pas soumise à autorisation de construire. Demeurent réservées les dispositions relatives à la protection du patrimoine.

26. Selon l'art. 1 al. 5 LCI, sont réputées constructions de très peu d'importance :

a) les cabanes amovibles de dimension modeste, soit de l'ordre de 5 m^2 au sol et 2 m de hauteur;

b) les pergolas non couvertes;

c) les antennes paraboliques dont le diamètre n'excède pas 90 cm pour les installations individuelles et 130 cm pour les installations collectives;

d) en cinquième zone, la création de jours inclinés en toiture d'une surface totale inférieure à 1 m^2.

27. Sont réputées CDPI, à la condition qu'elles ne servent ni à l'habitation, ni à l'exercice d'une activité commerciale, industrielle ou artisanale, les constructions dont la surface n'excède pas 50 m² et qui s'inscrivent dans un gabarit limité. Dans le cadre d'un projet de construction en ordre contigu ou sous forme d'habitat groupé, et afin d'améliorer l'insertion dans le site et pour autant qu'il n'en résulte

pas de gêne pour le voisinage, le département peut autoriser, après consultation de la CA, des CDPI groupées d'une surface de plus de 50 m2 au total. Dans tous les cas, la surface totale des constructions de peu d'importance ne doit pas excéder 8 % de la surface de la parcelle et au maximum 100 m² (art. 3 al. 3 RCI ; ATA/318/2017 du 21 mars 2017 ; ATA/284/2016 du 5 avril 2016 ; ATA/1345/2015 du 15 décembre 2015), ces seuils constituant des conditions cumulatives (arrêt du Tribunal fédéral 1C_641/2012 du 30 avril 2013 consid. 3.3).

28. D'après la jurisprudence, afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, l'administration peut expliciter l'interprétation qu'elle leur donne dans des directives. Celles-ci n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Elles ne dispensent pas cette dernière de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce (ATF 145 II 2 consid. 4.3). Par ailleurs, elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 141 II 338 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_522/2012 du 28 décembre 2012 consid. 2.3 ; ATA/639/2020 du 30 juin 2020 consid. 8d ; ATA/829/2019 du 25 avril 2019 consid. 6a).

29. Les CDPI font l'objet d'une directive du département du 3 février 2014, modifiée d'abord le 10 mars 2017 sous le numéro 024-v5 (5ème version), puis le 9 mars 2021 sous le numéro 024-v7 (7ème version) (ci-après : la directive CDPI). Cette dernière version comporte quelques ajouts issus de la jurisprudence (ATA/805/2020 du 25 août 2020 ; ATA/1300/2019 du 27 août 2019 consid. 4e et les arrêts cités : pour le calcul relatif aux balcons/terrasses), mais ne change pas le contenu de la version antérieure.

30. S'agissant des types de construction considérée comme CDPI, la directive, dans sa teneur actuelle, cite les garages, ateliers non professionnel, couverts à voitures, couverts de plaisance, couverts à bois, abris ou cabanes de jardin, pool-house. Elle précise également que les constructions de très peu d'importance au sens de l'art. 1 al. 4 LCI ne sont pas à prendre en compte au titre de CDPI, ainsi que les jardins d'hiver au sens de l'art. 59 al. 3 LCI et les pergolas (p.1). S'agissant de ce dernier objet, une note de bas de page précise (p. 5) qu'une pergola est « une construction légère dans un jardin, servant de support à des plantes grimpantes. Ce type de construction ci-dessous (lamelles orientables) est considéré comme une pergola et non comme un couvert. (Décision CD du 12.05.16) ». Cette mention est accompagnée de deux photographies d'installations comprenant des lamelles orientables, avec la précision que ce type de construction est considéré comme une pergola et non comme un couvert. Dans sa précédente version, la directive indiquait dans sa note relative aux pergolas, que « ce type de constructions (ci-

dessous) est considéré comme une pergola et non comme un couvert. (Décision CD du 12.05.16) ».

31. En l'espèce, il ressort de ce qui précède que la note de bas de page de la directive CDPI concernant les pergolas n'a en substance pas changé entre sa 5ème et sa 7ème version, celle-ci étant toujours fondée sur la même décision du 12 mai 2016. Ainsi, puisque la base de la réflexion n'a pas changé, il peut raisonnablement être admis que la pratique du département n'a également pas évolué et que, dès lors, les contenus respectifs de ces deux versions de la directive CDPI peuvent être considérés comme étant identiques.

À cela s'ajoute que la consultation des données librement accessibles sur le SITG et de la plateforme SAD-Consult démontre que sous la 5ème version de la directive CDPI, l'installation d'une pergola en toiture était soumise à l'obtention préalable d'une autorisation de construire. En effet, à titre d'exemple, l'APA 6_____, déposée par la Ville de Genève le 18 février 2020 et délivrée le 24 juin 2020 par le département portait uniquement sur la mise en place d'une pergola en toiture sur la parcelle n° 7_____ de la commune de Genève-Cité en zone 1. Cet exemple vient ainsi corroborer le fait que la pratique du département visant à exiger une autorisation de construire pour ce genre d'installation en toiture est restée la même entre la 5ème et la 7ème version de la directive CDPI.

La directive CDPI ne fournit au demeurant qu'une définition de ce qu'il faut entendre par pergola et indique qu'une telle construction, avec lamelles orientables, ne constitue pas un couvert, de sorte qu'elle ne peut pas être prise en compte comme CDPI. L'ajout de la précision « dans un jardin » ne constitue en définitive qu'une clarification supplémentaire de la notion de pergola. L'exigence ou non d'obtention préalable d'une autorisation de construire ne peut ainsi être formellement déduite de la seule consultation de cette directive interprétative.

Il convient dès lors, comme l'indique la jurisprudence, d'examiner si, en général, d'après le cours ordinaire des choses, le projet concerné entraînera des conséquences telles qu'il existe un intérêt de la collectivité ou des voisins à un contrôle préalable.

En l'occurrence, la situation d'une pergola en rez-de-chaussée ou dans un jardin n'est manifestement pas identique à celle d'une pergola en attique ou en toiture. En effet, la première n'a notamment pas d'impact sur le gabarit légal de l'immeuble concerné, alors que la seconde, surtout lorsqu'elle est réalisée en attique, a pour effet d'augmenter la hauteur de la façade au niveau de laquelle cette construction s'inscrit en raison de sa structure, quand bien même elle ne créerait pas de volume fermé permanent. En effet, il ne faut pas perdre de vue que l'art. 36 LCI, régissant le gabarit de toiture dans les zones 1 à 4, permet que les constructions soient couvertes par une toiture comprenant un niveau habitable avec d'éventuels prolongements en galerie, qui doivent s'inscrire dans un gabarit limité par : a) une

ligne horizontale de base partant du sommet du gabarit défini aux art. 19, 23, 27 et 32 LCI et son prolongement en saillie de 1,50 m au maximum ; b) une ligne oblique nette formant un angle de 35° avec la ligne de base ; c) une ligne horizontale de faîtage (brute) située à 4,80 m au maximum de la ligne de base. En conséquence, l'édification d'une telle pergola peut exercer une influence sur les questions de gabarit réel et théorique de l'immeuble. Dans cette mesure, il se justifie de soumettre la mise en place d'une telle installation en toiture ou en attique à autorisation de construire.

Au vu de ce qui précède, le tribunal parvient à la conclusion que l'installation d'une pergola en attique ou en toiture est soumise au dépôt préalable d'une autorisation de construire. Le grief est donc écarté.

32. Les recourants prétendent ensuite que le département aurait constaté les faits de manière lacunaire.

33. En procédure administrative, tant fédérale que cantonale, la constatation des faits est gouvernée par le principe de la libre appréciation des preuves (art. 20 al. 1 2ème phr. LPA ; ATF 139 II 185 consid. 9.2 ; 130 II 482 consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_668/2011 du 12 avril 2011 consid. 3.3 ; ATA/978/2019 du 4 juin 2019 consid. 4b). L'autorité forme librement sa conviction en analysant la force probante des preuves administrées. Cette liberté d'appréciation, qui doit s'exercer dans le cadre de la loi, n'est limitée que par l'interdiction de l'arbitraire.

34. En l'espèce, rien ne permet de constater que le département aurait omis des faits pertinents pour examiner le projet à régulariser. En effet, il ressort des différents échanges entre le département et les recourants que ce dernier a pris en compte leurs observations et remarques au fur et à mesure de l'avancement de l'instruction du projet, raison pour laquelle une seconde consultation des instances de préavis a été requise. Il ne faut en outre pas perdre de vue que l'administré n'a pas de droit à ce que l'autorité décisionnaire prenne en compte l'ensemble des éléments allégués lors de l'instruction de la requête en autorisation de construire. Partant, le grief est également écarté.

35. Les recourants se prévalent ensuite d'une violation de leur droit d'être entendu. Ils reprochent au département de n'avoir que brièvement motivé sa décision de refus, sans traiter de l'ensemble des éléments invoqués. En outre, ils font valoir qu'ils n'ont pas pu se prononcer sur les seconds préavis rendus par la CA et la commune avant que la décision de refus ne soit prise.

36. La garantie du droit d'être entendu, dont les fondements juridiques ont déjà été présentés dans les considérants qui précèdent, constitue une garantie de nature formelle, dont la violation entraîne, lorsque sa réparation par l'autorité de recours n'est pas possible, l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 137 I 195 consid. 2.2 ; 133 III 235 consid. 5.3;

arrêt du Tribunal fédéral 5A_825/2012 du 17 avril 2013 consid. 3.1). Le droit d'être entendu n'est toutefois pas une fin en soi, mais constitue un moyen d'éviter qu'une procédure judiciaire ne débouche sur un jugement vicié en raison de la violation du droit des parties de participer à la procédure. Lorsque l'on ne voit pas quelle influence la violation du droit d'être entendu a pu avoir sur la procédure, il n'y a pas lieu d'annuler la décision attaquée pour ce seul motif (arrêts du Tribunal fédéral 6B_93/2014 du 21 août 2014 consid. 3.1.3 ; 4A_153/2009 du 1er mai 2009 consid. 4.1 ; 2P.20/2005 du 13 avril 2005 consid. 3.2).

37. L'étendue du droit de s'exprimer ne peut pas être déterminée de manière générale, mais doit être définie au regard des intérêts concrètement en jeu. L'idée maîtresse est qu'il faut permettre à une partie de pouvoir mettre en évidence son point de vue de manière efficace (ATF 123 I 63 consid. 2d ; 111 Ia 273 consid. 2b ; 105 Ia 193 consid. 2b/cc ; cf. aussi arrêts du Tribunal fédéral 5A_378/2014 du 30 juin 2014 consid. 3.1.1 ; 1D_15/2007 du 13 décembre 2007 consid. 3.4.1).

38. Ce droit implique également pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision (ATF 146 II 335 consid. 5.1). L'art. 46 al. 1 LPA fait ainsi obligation aux autorités administratives de rendre des décisions motivées. Selon une jurisprudence constante, le droit d'être entendu implique pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision afin que le destinataire puisse la comprendre, l'attaquer utilement s'il y a lieu et afin que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. L'autorité doit ainsi mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé 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. Elle n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision (arrêt du Tribunal fédéral 6B_468/2022 du 12 janvier 2023 consid. 1.1). L'autorité peut passer sous silence ce qui, sans arbitraire, lui paraît à l'évidence non établi ou sans pertinence. Il n'y a ainsi violation du droit d'être entendu que si elle ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner les problèmes pertinents (ATF 129 I 232 consid. 3.2).

L'autorité n'est pas tenue de prendre position sur tous les moyens des parties ; elle peut se limiter aux questions décisives, mais doit se prononcer sur celles-ci (ATF 138 I 232 consid. 5.1 p. 237 ; 137 II 266 consid. 3.2 p. 270 ; 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; 134 I 83 consid. 4.1 p. 88 et les arrêts cités ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_597/2013 du 28 octobre 2013 consid. 5.2 ; 2C_713/2013 du 22 août 2013 consid. 2 ; 2D_2/2012 du 19 avril 2012 consid. 3.1 ; 2C_455/2011 du 5 avril 2012 consid 4.3 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., p. 531 n. 1573). Il suffit, du point de vue de la motivation de la décision, que les parties puissent se rendre compte de sa portée à leur égard et, le cas échéant, recourir

contre elle en connaissance de cause (ATF 136 I 184 consid. 2.2.1 p. 188 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_594/2014 du 15 janvier 2015 consid. 5.1 ; 1C_665/2013 du 24 mars 2014 consid. 2.1 ; 1C_246/2013 du 4 juin 2013 consid. 2.1 et les arrêts cités ; ATA/679/2015 du 23 juin 2015 consid. 7 et les arrêts cités).

39. En l'espèce, la décision de refus de régularisation du 19 janvier 2023 est claire. Elle mentionne en effet les bases légales applicables et énonce le motif pour lequel le département a refusé de régulariser la pergola en question. Au demeurant, la simple lecture du recours suffit à démontrer que les recourants ont saisi le sens et la portée de la décision, ce qui leur a permis d'exercer leur droit de recours à bon escient. Ils ont aussi eu l'occasion de prendre connaissance des arguments développés dans les observations du département du 28 avril 2023 et d'y répliquer, de sorte qu'une éventuelle violation de leur droit d'être entendu sous l'angle d'une absence de motivation aurait amplement été réparée dans le cadre de la présente procédure.

    S'agissant de l'absence de déterminations relatives à la seconde volée de préavis, ces derniers ont été émis suites aux observations des recourants, selon lesquels ils persistaient dans leur point de vue au sujet de l'absence de nécessité d'une autorisation de construire, respectivement à la conformité de leur projet de pergola en attique. Dans cette mesure, tout semble indiquer que même si le département avait donné l'occasion aux recourants de se déterminer sur la seconde volée des préavis recueillis avant le prononcé de la décision de refus, cela n'aurait pas modifié l'issue de la procédure d'instruction. Quoi qu'il en soit, les recourants ont été à même de formuler leurs griefs à l'égard de la décision de refus, et notamment des derniers préavis recueillis, en toute connaissance de cause devant le tribunal de céans, de sorte qu'une éventuelle violation de leur droit d'être entendu aurait, de toute façon, été guérie. Le grief sera écarté.

40. Les recourants arguent ensuite que la décision litigieuse violerait le principe de la légalité, dans la mesure où l'installation querellée ne serait pas soumise à autorisation de construire et que le département aurait fait fi de l'art. 11 al. 5 LCI. Le département n'aurait également pas pris en compte la DP 4_____ et la DD 5_____ relatives à l'immeuble et à l'occasion desquelles la CA avait accordé un gabarit asymétrique [sic] ainsi qu'un léger dépassement de gabarit conforme à l'art. 11 LCI. Il n'avait également pas été fait mention d'une interdiction d'installer une pergola au niveau des terrasses du 8ème étage dans le cadre de la DD 5_____.

41. Selon l'art. 11 al. 5 LCI, lorsque, dans les 3 premières zones, les locaux en rez-de-chaussée sont habitables, le département autorise des constructions dépassant la hauteur maximum du gabarit à condition :

    a) que ce supplément de hauteur n'excède pas 1 m;

    b) que les distances légales soient respectées.

42. En l'espèce, la question de la soumission à autorisation de construire à déjà été tranchée dans les considérants qui précèdent, de sorte que le tribunal se contentera d'y renvoyer.

Concernant l'application de l'art. 11 al. 5 LCI, les recourants ne sauraient se prévaloir des éventuelles dérogations accordées par le département dans le cadre des procédures DP 4_____ puis DD 5_____, dès lors qu'elles concernaient la réalisation de l'immeuble, manifestement sans pergola au niveau des terrasses de l'attique. Au demeurant, la production de plans de géomètre tels que demandée aux recourants par la DAC, visait justement à déterminer si leur pergola respectait le gabarit de l'immeuble tel qu'autorisé par le DD 5_____. Les recourants ne sauraient dès lors se prévaloir d'un tel argument puisqu'en l'absence de collaboration de leur part, la DAC n'a pas pu se déterminer sur cette question. Partant, une quelconque violation du principe de légalité ne saurait être admise sur cette base. Le grief est écarté.

43. Les recourants prétendent que la décision de refus serait contraire au principe d'égalité de traitement, dans la mesure où d'autres pergolas bioclimatiques auraient été érigées en l'absence d'autorisation de construire.

44. Une décision viole le principe de l'égalité de traitement consacré à l'art. 8 al. 1Cst., lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou qu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. Les situations comparées ne doivent pas nécessairement être identiques en tous points, mais leur similitude doit être établie en ce qui concerne les éléments de fait pertinents pour la décision à prendre (cf. ATF 146 II 56 consid. 9.1 ; 144 I 113 consid. 5.1.1 ; 142 I 195 consid. 6.1 ; 137 I 167 consid. 3.5 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_195/2021 du 28 octobre 2021 consid. 5.1.2 ; 1C_270/2021 du 1er octobre 2021 consid. 3.1 ; 2C_538/2020 du 1er décembre 2020 consid. 3.2 ; 2C_949/2019 du 11 mai 2020 consid. 6.3 ; 8C_107/2019 du 4 juin 2019 consid. 4.2.1 ; 1C_564/2015 du 2 juin 2016 consid. 3.1). Il n'y a pas d'arbitraire du seul fait qu'une solution autre que celle choisie semble concevable, voire préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable ; il faut encore que cette décision soit arbitraire dans son résultat (ATF 144 I 318 consid. 5.4 et les références ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_523/2019 du 1er avril 2021 consid. 2 ; 2C_713/2020 du 8 décembre 2020 consid. 2.3 ; 1C_12/2019 du 11 novembre 2019 consid. 2.1.1).

45. L'inapplication ou la fausse application de la loi dans un cas particulier n'attribue en principe pas à l'administré le droit d'être traité par la suite illégalement. En effet, selon la jurisprudence, le principe de la légalité de l'activité administrative prévaut en principe sur celui de l'égalité de traitement. En conséquence, le justiciable ne peut généralement pas se prétendre victime d'une inégalité devant la loi, lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle aurait été faussement, voire pas appliquée du tout, dans d'autres cas. Cela présuppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en question. Le citoyen ne peut prétendre à l'égalité dans l'illégalité que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi. Il faut encore que l'autorité n'ait pas respecté la loi selon une pratique constante, et non pas dans un ou quelques cas isolés, et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant n'impose de donner la préférence au respect de la légalité (arrêt du Tribunal fédéral 1C_270/2021 du 1er octobre 2021 consid. 3.1 et les arrêts cités ; cf. aussi arrêt du Tribunal fédéral 2C_949/2019 du 11 mai 2020 consid. 6.3 et les arrêts cités ; 1C_231/2018 du 13 novembre 2018 consid. 4.1). C'est seulement lorsque toutes ces conditions sont remplies que le citoyen est en droit de prétendre, à titre exceptionnel, au bénéfice de l'égalité dans l'illégalité (arrêt du Tribunal fédéral 6B_921/2019 du 19 septembre 2019 consid. 1.1 ; 1C_231/2018 du 13 novembre 2018 consid. 4.1).

46. En l'espèce, si les recourants évoquent certes d'autres situations similaires, notamment celle à l'adresse _____, chemin de G_____ à H_____, au sujet desquelles il appert que des pergolas bioclimatiques ont été installées en toiture ou en attique, rien ne permet cependant d'en tirer que le département aurait décider de renoncer à exiger une autorisation de construire pour ce type de constructions et les recourants ne parviennent pas à le démontrer. Par ailleurs, comme exposé précédemment, la pratique du département est restée constante en exigeant le dépôt d'une autorisation de construire pour ce genre d'installation, comme c'était notamment le cas dans le cadre de l'APA 6_____ précitée. En outre, il n'est pas exclu que les installations identifiées par les recourants résultent elles aussi d'une simple installation sans droit, comme c'est le cas des recourants. À cet égard, ces derniers ne sauraient en toute hypothèse se prévaloir d'une égalité dans l'illégalité, faute d'une pratique constante du département en ce sens. Tout au plus, il s'agirait de situations illicites méconnues de ce dernier. Le grief sera écarté.

47. S'agissant du grief relatif au principe de non-rétroactivité, comme vu précédemment, les 5ème et 7ème versions de la directive CDPI sont en substance les mêmes, de sorte qu'une violation dudit principe ne saurait être admise. Au demeurant, il convient de préciser qu'outre le fait que les directives n'ont pas force de loi, la jurisprudence admet d'une façon générale qu'une demande d'autorisation de bâtir déposée sous l'empire du droit ancien est examinée en fonction des dispositions en vigueur au moment où l'autorité statue sur cette demande, même si

aucune disposition légale ou réglementaire ne le prévoit : les particuliers doivent en effet toujours s'attendre à un changement de réglementation (ATF 101 1b 299 ATA/788/2023 du 18.07.2023 consid. 4.6 ; ATA/1371/2018 du 18 décembre 2018 consid. 5b et les références citées). Le grief est écarté.

48. Les recourants font valoir une violation du principe de la bonne foi.

49. Valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi, exprimé aux art. 9 et 5 al. 3 Cst., exige que l'administration et les administrés se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir de toute attitude propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 138 I 49 consid. 8.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_341/2019 du 24 août 2020 consid. 7.1).

À certaines conditions, le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 141 V 530 consid. 6.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_626/ 2019 du 8 octobre 2020 consid. 3.1 ; 2C_136/2018 du 24 septembre 2018 consid. 3.2). Conformément au principe de la confiance, qui s'applique aux procédures administratives, les décisions, les déclarations et comportements de l'administration doivent recevoir le sens que l'administré pouvait raisonnablement leur attribuer en fonction des circonstances qu'il connaissait ou aurait dû connaître (arrêt du Tribunal fédéral 1P.292/2004 du 29 juillet 2004 consid. 2.1 ; ATA/1299/2019 du 27 août 2019 consid. 3d).

Le droit à la protection de la bonne foi peut également être invoqué en présence simplement d'un comportement de l'administration, notamment en cas de silence de l'autorité dans une situation de fait contraire au droit, susceptible d'éveiller chez l'administré une attente ou une espérance légitime (ATF 129 II 361 consid. 7.1). Entre autres conditions, l'autorité doit être intervenue à l'égard du citoyen dans une situation concrète et celui-ci doit avoir pris, en se fondant sur les promesses ou le comportement de l'administration, des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir de préjudice (arrêt du Tribunal fédéral 9C_628/2017 du 9 mai 2018 consid. 2.2).

La précision que l'attente ou l'espérance doit être « légitime » est une autre façon de dire que l'administré doit avoir eu des raisons sérieuses d'interpréter comme il l'a fait le comportement de l'administration et d'en tirer les conséquences qu'il en a tirées. Tel n'est notamment pas le cas s'il apparaît, au vu des circonstances, qu'il devait raisonnablement avoir des doutes sur la signification du comportement en cause et se renseigner à ce sujet auprès de l'autorité (ATF 134 I 199 consid. 1.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_138/2015 du 6 août 2015 consid. 5.1).

Le principe de la confiance est toutefois un élément à prendre en considération et non un facteur donnant en tant que tel naissance à un droit (arrêt du Tribunal fédéral 2P.170/2004 du 14 octobre 2004 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., p. 193 n. 569 et les références citées).

50. Selon la jurisprudence, les assurances ou les renseignements erronés donnés par les autorités confèrent des droits aux justiciables lorsque les cinq conditions cumulatives suivantes sont remplies. Tout d'abord, une promesse concrète doit avoir été émise à l'égard d'une personne déterminée. Il faut ensuite que l'autorité ait agi dans le cadre et dans les limites de sa compétence, que la personne concernée n'ait pas été en mesure de se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement fourni, qu'elle se soit fondée sur ce renseignement pour prendre des dispositions qu'elle ne peut ensuite modifier sans subir de préjudice et, enfin, que la loi n'ait pas subi de changement depuis le moment où la promesse a été faite (ATF 141 V 530 consid. 6.2 ; ATA/437/2020 du 30 avril 2020 ; ATA/1262/2018 du 27 novembre 2018 consid. 4b ; ATA/601/2015 du 9 juin 2015 consid. 5b ; Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, Droit administratif, vol. 1, 2012, p. 922 ss).

51. En l'espèce, aucun élément du dossier ne permet d'affirmer que le département aurait, par l'entremise de M. E_____, fait naître de quelconques attentes dans l'esprit des recourants. Au contraire, il ressort des échanges entre M. E_____ et les recourants que celui a uniquement indiqué à ces derniers les démarches à entreprendre en vue de régulariser la situation. En outre, d'après les observations du département, M. E_____ a formellement démenti avoir donné des assurances en ce sens. À toutes fins utiles, il convient de préciser que les renseignements donnés par l'administrateur de la PPE ainsi que par les diverses entreprises spécialisées consultées ne sauraient lier le département. Par ailleurs, il convient de garder à l'esprit que ce n'est qu'après la découverte de la mise en place de la pergola litigieuse que M. E_____ a pris contact avec eux. Ils ne se sont en ainsi pas fondés sur un échange avec lui avant d'entreprendre les travaux litigieux, de sorte que la condition du dommage subi ne saurait en tout état être remplie. Si les recourants prétendent à cet égard s'être basé sur de prétendus renseignements de M. I_____, le dossier n'en porte aucune trace et celui-ci a déclaré ne pas en avoir le souvenir. Seuls figurent au dossier les échanges intervenus avec l'administrateur de la PPE. Dans ces circonstances, faute de remplir l'ensemble des conditions cumulatives posées par la jurisprudence, les recourants ne peuvent se prévaloir du principe de la bonne foi. Le grief est écarté.

52. Les recourants prétendent que le département aurait commis un abus de son pouvoir d'appréciation en refusant de délivrer l'autorisation de construire sollicitée.

53. L'art. 15 LCI dispose que le département peut interdire ou n'autoriser que sous réserve de modification toute construction qui, par ses dimensions, sa situation ou

son aspect extérieur, nuirait au caractère ou à l'intérêt d'un quartier, d'une rue ou d'un chemin, d'un site naturel ou de points de vue accessibles au public (al. 1). La décision du département se fonde notamment sur le préavis de la CA ou, pour les objets qui sont de son ressort, sur celui de la commission des monuments et des sites. Elle tient compte également, le cas échéant, de ceux émis par la commune ou les services compétents du département (al. 2).

La clause d'esthétique de l'art. 15 LCI fait appel à des notions juridiques imprécises ou indéterminées, dont le contenu varie selon les conceptions subjectives de celui qui les interprète et selon les circonstances de chaque cas d'espèce ; ces notions laissent à l'autorité une certaine latitude de jugement. Lorsqu'elle estime que l'autorité inférieure est mieux en mesure d'attribuer à une notion juridique indéterminée un sens approprié au cas à juger, l'autorité de recours s'impose alors une certaine retenue. Il en va ainsi lorsque l'interprétation de la norme juridique indéterminée fait appel à des connaissances spécialisées ou particulières en matière de comportement, de technique, en matière économique, de subventions et d'utilisation du sol, notamment en ce qui concerne l'esthétique des constructions (ATA/1274/2017 du 12 septembre 2017 consid. 6 et la jurisprudence citée).

54. L'art. 15 LCI reconnaît au département un large pouvoir d'appréciation. Ce dernier n'est limité que par l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (ATA/1065/2018 du 9 octobre 2018 consid. 3e et la référence citée). Constitue un abus du pouvoir d'appréciation le cas où l'autorité reste dans le cadre fixé par la loi, mais se fonde toutefois sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et l'égalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., p. 179 n. 515).

55. La demande définitive doit être adressée au département sur formule officielle, en 10 exemplaires. Dans le but d'accélérer l'instruction d'une demande impliquant le recueil de nombreux préavis ou en fonction de l'importance de l'objet, le département peut solliciter un nombre inférieur ou supérieur d'exemplaires (art. 9 al. 1 RCI). Il y a lieu de joindre notamment les plans et documents suivants : extrait du plan cadastral conforme aux alinéas 2 et 4 de l'article 7 de l'ordonnance fédérale sur la mensuration officielle, du 18 novembre 1992, obtenu soit sur le guichet cartographique de la mensuration officielle, soit auprès d'un ingénieur-géomètre officiel. Sur ce plan, la nouvelle construction doit être figurée et cotée par rapport aux limites de propriété, avec des niveaux aux angles des constructions, des coupes de principe sur la construction projetée, et l'indication des gabarits théoriques, de telle sorte qu'il soit facile de déterminer ses relations avec les voies les plus proches (publiques ou chemins privés) et les propriétés limitrophes sur une profondeur de 15 m au moins, en indiquant les constructions

existantes et, le cas échéant, les distances aux lisières forestières, au lac et aux cours d'eau (art. 9 al. 2 let. b RCI).

56. Dans le système de la LCI, les avis ou préavis des communes, des départements et organismes intéressés ne lient pas les autorités (art. 3 al. 3 LCI). Ils n'ont qu'un caractère consultatif, sauf dispositions contraires et expresses de la loi ; l'autorité reste ainsi libre de s'en écarter pour des motifs pertinents et en raison d'un intérêt public supérieur. Toutefois, lorsqu'un préavis est obligatoire, il convient de ne pas le minimiser (ATA/448/2021 du 27 avril 2021 consid. 6a et les références citées). Néanmoins, lorsque la consultation d'une instance de préavis est imposée par la loi, son préavis a un poids certain dans l'appréciation qu'est amenée à effectuer l'autorité de recours et il convient de ne pas le minimiser (ATA/1633/2019 du 5 novembre 2019 consid. 6b).

57. Lorsque la consultation de la CA est imposée par la loi, comme en l'espèce, l'autorité de recours observe une certaine retenue dans son pouvoir d'examen lorsque le département a suivi son préavis ; en effet, la CA, composée essentiellement de spécialistes, est plus à même de prendre position sur des questions qui font appel aux connaissances de ces derniers qu'une instance composée de magistrats (cf. not. ATA/1186/2017 du 22 août 2017 consid. 6c ; ATA/720/2012 du 30 octobre 2012 consid. 10, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_635/2012 du 5 décembre 2013).

58. En l'espèce, la décision de refus d'autorisation de construire est fondée sur les préavis défavorables de la CA du 13 juin 2022 et du 3 octobre 2022, laquelle a précisé que cette pergola péjorait la silhouette du bâtiment et qu'elle n'avait pas le même impact qu'une toile de tente. En outre, la décision se base également sur les préavis défavorables de la commune des 9 juin et 29 septembre 2022, selon lesquels l'installation litigieuse défigurait le gabarit du bâtiment et l'harmonie de la façade de l'immeuble. Enfin, elle retient également le refus d'établissement d'une coupe de gabarit par les recourants. Dans cette mesure, il est manifeste que le département s'est fondé sur les préavis défavorables et motivés des instances compétentes en matière d'architecture et rien ne laisse apparaitre que l'autorité intimée se serait basée sur des considérations autres ou étrangères au but de la loi. Les recourants, qui n'apporte aucun élément qui permettrait de remettre en cause les préavis défavorables émis, ne font, en réalité, que de tenter de substituer leur propre appréciation à celle des instances spécialisées.

Il ne saurait dès lors être retenu qu'en refusant la régularisation de la pergola des recourants sur la base des préavis défavorables de la CA et de la commune notamment, le département aurait rendu une décision entachée d'arbitraire, étant rappelé que le tribunal de céans doit faire preuve de retenue, sauf à statuer en opportunité, ce que la loi ne lui permet pas de faire. Le grief est donc écarté.

59. Les recourants contestent le bordereau d'émolument établi le 5 janvier 2023, dans la mesure où la mise en place de leur pergola ne nécessiterait pas d'autorisation de construire, ce qui rendrait sans fondement cette décision.

60. Selon l'art. 154 LCI, le département perçoit un émolument pour toutes les autorisations et permis d'habiter ou d'occuper qu'il délivre, ainsi que pour les recherches d'archives ayant trait aux autorisations de construire (al. 1). Ces émoluments sont fixés par le Conseil d'État (al. 2).

61. La chambre constitutionnelle a retenu que cet article était également applicable en cas de refus d'autorisation décidés en vertu de la LCI et de ses règlements d'application (ACST/12/2017 du 6 juillet 2017 consid. 7d ; ATA/1306/2018 du 5 décembre 2018 consid. 7a).

62. À teneur de l'art. 254 RCI, le département perçoit, lors de la constitution des dossiers et notamment pour toute autorisation ou refus d'autorisation qu'il délivre en application de la loi et de ses règlements d'application, les émoluments calculés selon les dispositions du présent chapitre. Exceptionnellement, l'émolument peut être réduit lorsqu'il paraît manifestement trop important par rapport à l'objet de la demande d'autorisation de construire. L'autorité statue librement. L'émolument relatif aux remises de copies et aux recherches de documents est calculé conformément aux art. 10 et 10A du règlement sur les émoluments de l'administration cantonale du 15 septembre 1975 (REmAC - B 4 10.03) (al. 1). Exceptionnellement, l'émolument peut être réduit jusqu'à 50 % pour des projets d'intérêt général, en particulier lorsque ceux-ci sont présentés par la Confédération, le canton ou les communes, ou par des établissements publics qui en dépendent, ainsi que pour les projets de constructions de logements subventionnés par les pouvoirs publics (al. 2). Sont notamment considérés d'intérêt général, les écoles, les garderies d'enfants, les églises, les cliniques, les hôpitaux, les centres sportifs et les installations techniques des services publics (al. 3).

63. Conformément à l'art. 257 RCI, pour l'enregistrement des demandes d'autorisation de construire, lesquelles comprennent également les demandes de renseignements, l'émolument s'élève à CHF 250.- par demande. Aucune demande d'autorisation n'est enregistrée tant que l'émolument y relatif n'a pas été acquitté (al. 1). Les émoluments des al. 3 à 11 sont perçus sans préjudice de l'émolument d'enregistrement prévu à l'al. 1 (al. 2 1ère phr.). Pour les décisions sur demandes d'autorisation de construire, l'émolument est, sous réserve des al. 4 à 12, proportionnel à la surface de plancher utile dont l'édification, le cas échéant la démolition, est projetée ; l'émolument de base s'élève à CHF 50.- par unité de surface de 10 m2 ; il est indivisible (al. 3). Pour les réponses relatives à une demande de renseignement, l'émolument consiste en un forfait de CHF 1'250.- ; il est indivisible (al. 10). Lorsque l'autorisation de construire est délivrée à la suite d'une demande de démolition ou d'une demande préalable, l'émolument

d'autorisation par unité s'élève à CHF 25.- (al. 11). Lorsque le requérant renonce, en cours d'instruction, à sa demande d'autorisation de construire, l'émolument perçu est calculé selon les principes fixés aux al. 3 à 11. Selon les circonstances, il peut être réduit. L'autorité statue librement (al. 13).

64. En l'espèce, il a été admis par le tribunal que la mise en place de la pergola nécessitait bel et bien le dépôt d'une autorisation de construire, de sorte que la perception d'un émolument est manifestement justifiée. Au surplus, bien que les recourants ne contestent pas en soi le montant de l'émolument, il ne fait aucun doute que le refus d'autorisation de construire que le département a opposé aux recourants commandait l'application des art. 154 al. 1 LCI et 254 al. 1 RCI, justifiant le prélèvement d'un émolument de CHF 250.- pour l'enregistrement de la demande (art. 257 al. 1 RCI) et d'un émolument lié au prononcé de la décision (art. 257 al. 3 RCI). Ainsi, fixé à CHF 350.-, le montant de l'émolument est conforme à la méthode posée par l'art. 257 RCI.

Partant, le bordereau d'émolument est fondé et doit être confirmé.

65. Enfin, les recourants critiquent la décision du 3 février 2023 portant sur l'ordre de remise en état en procédant à la suppression et à l'évacuation de la pergola, au motif que cette mesure serait disproportionnée.

66. Conformément à l'art. 129 let. e LCI, le département peut ordonner, à l'égard des constructions, des installations ou d'autres choses, la remise en état, la réparation, la modification, la suppression ou la démolition. Ces mesures peuvent être ordonnées lorsque l'état d'une construction, d'une installation ou d'une autre chose n'est pas conforme aux prescriptions de la LCI, des règlements qu'elle prévoit ou des autorisations délivrées en application de ces dispositions légales ou réglementaires (art. 130 LCI).

67. Les propriétaires ou leurs mandataires, les entrepreneurs et les usagers sont tenus de se conformer aux mesures ordonnées par le département en application des art. 129 et 130 LCI (art. 131 LCI). Le département notifie aux intéressés, par lettre recommandée, les mesures qu'il ordonne. Il fixe un délai pour leur exécution, à moins qu'il n'invoque l'urgence (art. 132 al. 1 LCI).

68. De jurisprudence constante (ATA/1134/2022 du 8 novembre 2022 consid. 11b; ATA/463/2021 du 27 avril 2021 consid. 5b ; ATA/349/2021 du 23 mars 2021 consid. 7), pour être valable, un ordre de mise en conformité doit respecter cinq conditions. Premièrement, l'ordre doit être dirigé contre le perturbateur, par comportement ou par situation. Les installations en cause ne doivent ensuite pas avoir été autorisées en vertu du droit en vigueur au moment de leur réalisation. Un délai de plus de trente ans ne doit pas s'être écoulé depuis l'exécution des travaux litigieux pour la zone à bâtir. L'autorité ne doit en outre pas avoir créé chez l'administré concerné, par des promesses, des informations, des assurances ou un

comportement, des conditions telles qu'elle serait liée par la bonne foi. Finalement, l'intérêt public au rétablissement d'une situation conforme au droit doit l'emporter sur l'intérêt privé, purement financier, de l'intéressé, voire de ses clients, au maintien des installations litigieuses.

69. L'art. 129 let. e LCI reconnaît une certaine marge d'appréciation à l'autorité dans le choix de la mesure adéquate pour rétablir une situation conforme au droit, dont elle doit faire usage dans le respect des principes de la proportionnalité, de l'égalité de traitement et de la bonne foi, et en tenant compte des divers intérêts publics et privés en présence (ATA/1399/2019 du 17 septembre 2019 consid. 3c et l'arrêt cité ; ATA/336/2011 du 24 mai 2011 consid. 3b et la référence citées).

70. La proportionnalité au sens étroit implique une pesée des intérêts. C'est à ce titre que l'autorité renonce à ordonner la remise en conformité si les dérogations à la règle sont mineures, si l'intérêt public lésé n'est pas de nature à justifier le dommage que la démolition causerait au maître de l'ouvrage, si celui-ci pouvait de bonne foi se croire autorisé à construire, ou encore s'il y a des chances sérieuses de faire reconnaître la construction comme conforme au droit qui aurait changé dans l'intervalle. Le constructeur qui place l'autorité devant le fait accompli doit s'attendre à ce que cette dernière se préoccupe davantage de rétablir une situation conforme au droit que des inconvénients qui en découlent pour le constructeur (ATF 108 Ia 216 consid. 4 p. 218 ; ATA/569/2015 du 2 juin 2015 consid. 24d et les arrêts cités); Nicolas WISARD/Samuel BRÜCKNER/Milena PIREK, Les constructions « illicites » en droit public – notions, mesures administratives, sanctions, Journées suisses du droit de la construction, Fribourg 2019, p. 218). Même si la bonne foi du constructeur peut être reconnue, elle ne saurait le prémunir contre l'intervention de l'autorité de surveillance destinée à rétablir une situation conforme au droit, lorsque cette intervention respecte le principe de la proportionnalité (cf. arrêts du Tribunal fédéral 1C_162/2014 du 20 juin 2014 consid. 6.2 ; 1C_250/2009 du 13 juillet 2009 consid. 4.2 ; 1C_197/2021 du 12 novembre 2021 consid. 2.1.3).

71. Sous l'angle de la proportionnalité, on peut notamment prendre en compte le fait que la démolition et la remise en état des lieux engendreraient des frais excessifs que l'intéressé ne serait pas en mesure de prendre en charge (cf. arrêts du Tribunal fédéral 1C_370/2015 du 16 février 2016 consid. 4.4 ; 1C_537/2011 du 26 avril 2012 ; 1C_101/2011 du 26 octobre 2011 consid. 2.4 ; 1C_248/2010 du 7 avril 2011 consid. 4.2 ; 1C_273/2008 du 7 octobre 2008 consid. 3.2 ; 1C_164/2007 du 13 septembre 2007 consid. 4.3). Néanmoins, un intérêt purement économique ne saurait avoir le pas sur l'intérêt public au rétablissement d'une situation conforme au droit (cf. arrêt du Tribunal fédéral 1C_544/2014 du 1er avril 2015 consid. 4.2).

72. En l'espèce, l'ordre de remise en état a été adressé aux recourants, soit aux perturbateurs par comportement. En outre, il est manifeste que la pergola n'a pas été autorisée et n'a pas été érigée il y a plus de trente ans. Par ailleurs, comme vu

précédemment, l'autorité intimée n'a pas créé chez les recourants, par des promesses, des informations, des assurances ou un comportement, des conditions telles qu'elle serait liée par la bonne foi. Sous l'angle de la pesée des intérêts en présence et de la proportionnalité, les recourants évoquent leur intérêt privé à maintenir cette construction en rapport avec le caractère prétendument inhabitable de leur appartement en l'absence de celle-ci, en raison des fortes chaleurs. Cela étant, si l'on comprend les raisons qui ont poussé les recourants à ériger cette installation, leur motivation de confort doit cependant céder le pas face à l'intérêt public prépondérant au respect du droit des constructions. Si la pergola litigieuse permet certes de fournir un espace extérieur ombragé au niveau de la terrasse des recourants, on perçoit mal en quoi elle diminuerait drastiquement la chaleur à l'intérieur du logement des recourants, comparé à la situation de leurs voisins se contentant de stores bannes. Par ailleurs, ils n'exposent pas qu'aucune autre solution ne seraient envisageable pour leur permettre de lutter efficacement contre les pics de chaleur, ceux-ci ayant simplement exclu la pose d'une toile de tente en raison du vent. Pour le surplus, les recourants n'allèguent pas, respectivement ne démontrent pas, que la remise en état serait impossible ou qu'elle entraînerait des coûts disproportionnés. Dans cette mesure, d'après les éléments du dossier, il n'apparaît pas que la décision du département soit contraire au droit. L'ordre de remise en état apparaît ainsi constituer une mesure adéquate et apte à atteindre le but visé et est ainsi conforme au principe de la proportionnalité. La cinquième et dernière condition est donc également remplie, de sorte que l'ordre de remise en état est fondé.

73. S'agissant de l'amende administrative de CHF 1'000.- infligée aux recourants, bien que ceux-ci ne la critique pas, il convient de relever que celle-ci est manifestement fondée dans son principe, dès lors que les recourants ont réalisé la pergola bioclimatique litigieuse sans autorisation de construire, commettant ainsi sans équivoque une faute. S'agissant de son montant, rien ne permet de considérer que le département aurait pris en considération des critères ou éléments sans pertinence pour évaluer la faute et fixer en conséquence le montant de l'amende. Au contraire, dans la décision querellée, le département a très clairement indiqué aux recourants les motifs qui l'ont poussé à infliger une telle amende, à savoir le fait de l'avoir mis devant le fait accompli. En outre, le département a visiblement fait application du principe de proportionnalité dans ce cadre, puisqu'il a prononcé une amende relativement faible par rapport au maximum prévu par la loi (art. 137 al. 1 LCI). Enfin, les recourants ne démontrent pas que le paiement de cette amende les exposerait à des difficultés financières particulières.

Au vu de ce qui précède, en prononçant la décision querellée relative à l'ordre de remise en état ainsi que l'amende administrative de CHF 1'000.-, le département n'a commis aucun excès ou abus de son pouvoir d'appréciation, de sorte que celle-ci est également à confirmer.

74. Entièrement mal fondé, le recours est rejeté.

75. En application des art. 87 al. 1 LPA et 1 et 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03), les recourants, pris conjointement et solidairement, qui succombent, sont condamnés au paiement d'un émolument s'élevant à CHF 1'700.- ; il est partiellement couvert par l'avance de frais versée à la suite du dépôt du recours. Vu l'issue du litige, aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

1. déclare irrecevable le recours interjeté le 17 février 2023 par Monsieur A_____ et Madame B_____ en tant qu'il concerne la décision du département du territoire du 1er avril 2022 ;

2. le déclare recevable pour le reste ;

3. le rejette;

4. met à la charge des recourants, pris conjointement et solidairement, un émolument de CHF 1'700.-, lequel est partiellement couvert par l'avance de frais ;

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 : Gwénaëlle GATTONI, présidente, Isabelle KOECHLIN-NIKLAUS et Patrick BLASER, juges assesseurs.

Au nom du Tribunal :

La présidente

Gwénaëlle GATTONI

Copie conforme de ce jugement est communiquée aux parties.

Genève, le La greffière