

GE_GERICHTE ATA/1358/2020 vom 22. Dezember 2020

GE Cour de justice, 2020-12-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1358_2020

FR: GE_GERICHTE ATA/1358/2020 du 22 décembre 2020

IT: GE_GERICHTE ATA/1358/2020 del 22 dicembre 2020

Regeste

Résumé: Rejet des recours formés par les voisins et la commune suite à l'autorisation de construire accordée par le département pour la construction d'un immeuble de logements en zone 4B protégée. Contrairement à l'avis des recourants il n'est pas possible de retenir que la parcelle litigieuse est inconstructible. La servitude de non bâtir discutée dans le cadre d'une demande préalable de construire n'a pas été reprise dans la demande définitive. Les recourants n'exposent pas sur quelle base légale serait fondée la restriction des droits à bâtir de la parcelle litigieuse qu'ils invoquent ; aucune mesure d'aménagement du territoire prise par la collectivité publique ne fonde l'inconstructibilité ni aucune décision des précédents propriétaires de renoncer à leurs droits à bâtir. La parcelle n'est pas non plus devenue inconstructible suite à l'épuisement de ses droits à bâtir, comme cela peut intervenir dans la 5ème zone dans lesquelles des IUS sont fixés, dès lors qu'il n'y a pas d'IUS fixé dans la zone 4B protégée.

Erwägungen

E. 26

septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

En vertu de l'art. 61 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 ; al. 1) ; les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (al. 2). 3)

Les époux A_____ et consorts sollicitent la suspension de la présente cause jusqu'à droit jugé sur l'affaire civile pendante devant le TPI.

a. Lorsque le sort d'une procédure administrative dépend de la solution d'une question de nature civile, pénale ou administrative relevant de la compétence d'une autre autorité et faisant l'objet d'une procédure pendante devant ladite autorité, la suspension de la procédure administrative peut, le cas échéant, être prononcée jusqu'à droit connu sur ces questions (art. 14 al. 1 LPA).

b. En l'occurrence, la cause C/15544/2018 pendante devant le TPI a été introduite par la commune contre Q_____ et vise à faire constater qu'elle est titulaire d'une servitude de non-bâtir sur la parcelle n° 1_____ et à faire ordonner l'inscription de celle-ci au RF. Cette procédure, qui ne vise que deux des quatre parties à la présente procédure devant la chambre de céans, n'a pas d'influence directe sur la présente cause comme cela sera développé ci-après, laquelle vise exclusivement à déterminer si le département a autorisé la construction litigieuse de manière conforme au droit.

Dans ces conditions, la requête en suspension de la procédure sera refusée. 4)

La commune ainsi que les époux A_____ et consorts sollicitent l'apport des procédures d'autorisation de construire DP 7_____, DD 8_____ et DD 10_____ ainsi que l'audition de témoins, soit celle d'un conseiller municipal de la commune et du chef de service des demandes d'autorisation par procédure accélérée de l'OAC.

La commune se plaint également dans un premier grief d'ordre formel d'une violation de son droit d'être entendue au motif que le TAPI n'aurait pas procédé aux actes d'instruction susmentionnés, déjà sollicités en première instance.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de

- 19/37 -

A/2403/2018

prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 142 III 48 consid. 4.1.1 ; 140 I 285 consid. 6.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_539/2019 du 19 mars 2020 consid. 3.1). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 145 I 167 consid. 4.1. ; 140 I 285 consid. 6.3.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_41/2020 du 24 juin 2020 consid. 5.1.1 ; ATA/631/2020 du 30 juin 2020 consid. 2 a et les arrêts cités). Le droit d'être entendu n'implique ni le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1).

Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant ; il suffit que le juge discute ceux qui sont pertinents pour l'issue du litige (ATF 141 III 28 consid. 3.2.4 ; arrêts du Tribunal fédéral 9C_245/2020 du 12 juin 2020 consid. 3.2.1 ; ATA/631/2020 du

E. 30

juin 2020 consid. 2a).

La réparation d'un vice de procédure en instance de recours et, notamment, du droit d'être entendu, n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (ATF 137 I 195 consid. 2.3.2 ; 133 I 201 consid. 2.2). Elle dépend toutefois de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 126 I 68 consid. 2 et la jurisprudence citée ; arrêts du Tribunal fédéral précités) ; elle peut cependant se justifier en présence d'un vice grave lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure qui serait incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à un traitement rapide de la cause (ATF 133 I 201 consid. 2.2 ; 132 V 387 consid. 5.1 ; ATA/197/2013 du 26 mars 2013). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de

procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ATA/801/2014 du 14 octobre 2014). En l'occurrence, les recourants ont pu s'exprimer dans leur acte de recours et dans leur réplique, produire toute pièce utile, y compris l'expertise privée à laquelle ils avaient conclu préalablement et sur laquelle ils ont pu se déterminer. Ils ont enfin versé à la procédure des écritures spontanées, le 12 octobre 2020, dont il a été tenu compte dans le présent arrêt. La majorité de leurs conclusions préalables ont en conséquence été satisfaites.

- 20/37 -

A/2403/2018

b. En l'espèce, il n'est pas nécessaire d'ordonner l'apport de l'entier des procédures relatives aux autorisations DP 7_____, DD 8_____ et DD 10_____, dès lors que de nombreuses pièces issues desdites procédures ont été produites par les différentes parties, soit notamment les préavis et les autorisations délivrés. Par ailleurs, l'audition de la commune, par l'intermédiaire d'un membre de son conseil administratif, n'apparaît pas nécessaire, cette dernière ayant déjà eu l'occasion de faire valoir son point de vue au moyen de ses nombreuses et abondantes écritures. S'agissant de l'audition de témoins sollicitée par la commune, elle semble avoir pour but de démontrer « les erreurs du département » et le fait que la parcelle n°1_____ serait inconstructible. Les recourants n'exposent toutefois pas pour quelles raisons des auditions de témoins apporteraient des éléments supplémentaires aux pièces et éléments déjà produits dans leurs écrits. Force est dès lors de constater qu'au cours de la présente procédure, mais également au cours de celle préalablement pendante devant le TAPI, toutes les parties ont pu faire valoir leur position au travers de nombreuses écritures et des pièces qui les accompagnaient, et de fournir toutes les explications utiles à la résolution du présent litige. La chambre de céans est en conséquence en mesure de trancher le litige en toute connaissance de cause.

Si le jugement du TAPI du 7 février 2019 ne statue effectivement pas sur les requêtes d'instruction complémentaire de la commune, tel est le cas de celui du 26 août 2020, lequel les a écartées au motif que le dossier contenait les éléments suffisants et nécessaires pour trancher le litige. La chambre de céans considère, pour les motifs susmentionnés, que le TAPI, puis elle-même, disposaient effectivement d'un dossier complet, et ne donnera pas suite aux demandes d'instruction complémentaire sollicitées, étant précisé que l'éventuelle violation par le TAPI du droit d'être entendue de la commune est réparée par la présente procédure. 5)

Le litige porte sur la conformité au droit du jugement du TAPI confirmant l'autorisation de construire délivrée par l'autorité intimée sur la parcelle n° 1_____. Les parties recourantes considèrent que l'autorisation querellée ne pouvait être délivrée compte tenu de l'inconstructibilité de la parcelle en cause. Ils reprochent au TAPI d'avoir constaté les faits de manière inexacte et/ou incomplète, notamment quant à l'existence d'une restriction de droit public impliquant l'inconstructibilité précitée. 6)

Les recourants argumentent en premier lieu que la DP 7_____ aurait eu pour effet de constituer une servitude de non-bâti rendant l'actuelle parcelle n° 1_____ inconstructible, nonobstant l'absence d'inscription de celle-ci au RF. Ils se fondent pour cela notamment sur les art. 680 al. 1 et 962 al. 1 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210). Les intimés relèvent au contraire que la DD 8_____ a eu pour effet d'absorber la DP 7_____ et qu'en l'absence de

- 21/37 -

A/2403/2018

reprise des conditions liées à l'inscription d'une servitude de non-bâti, celle-ci ne saurait exister. 7) a. La demande préalable tend à obtenir du département une réponse sur l'implantation, la destination, le gabarit, le volume et la dévestiture du projet présenté (art. 5 al. 1 LCI).

L'art. 2 al. 1 à 3 (relatif à la demande d'autorisation), l'art. 3 al. 1 à 5 (relatif à la procédure d'autorisation) ainsi que l'art. 4 al. 1 à 3 (relatif aux délais de réponse) sont applicables par analogie à la demande préalable (art. 5 al. 3 LCI).

La réponse à la demande préalable régulièrement publiée vaut décision et déploie les effets prévus aux articles 3, 5 al. 1 et 146 LCI (art. 5 al. 5 LCI).

b. De jurisprudence constante, la demande préalable d'autorisation de construire constitue une demande simplifiée qui peut être présentée avant le dépôt d'un projet définitif. Elle vise à épargner aux intéressés d'être contraints de dresser des plans de détail et à l'administration de compiler de tels plans, tant que les questions de principe n'auront pas été résolues. Le but d'une telle demande est de déposer dans un premier temps un dossier simplifié afin de gagner du temps et de réduire les frais. En effet, si l'un des éléments du dossier visé dans la demande préalable n'est pas conforme, il est inutile d'engager des frais supplémentaires pour présenter un projet plus précis afin de déposer une demande en autorisation définitive (ATA/1299/2019 du 27 août 2019 consid. 3a ; ATA/952/2016 du 8 novembre 2016 consid. 4b et les références citées).

En déposant une demande d'autorisation préalable d'implantation, le constructeur cherche à obtenir une décision de principe sur l'implantation, la destination, le gabarit, le volume et la dévestiture du projet. Il s'agit d'éviter d'engager des frais considérables liés à un projet d'envergure, compliqué ou potentiellement controversé, sans obtenir certaines assurances quant au caractère réalisable du projet (Charles-André JUNOD, *Le contentieux des autorisations préalables de construire en droit genevois*, note de jurisprudence, RDAF 1988 p. 160 ss, 162).

On ne se trouve pas dans l'hypothèse de deux procédures simultanées pouvant donner lieu à deux décisions contradictoires. Il s'agit d'une procédure en deux étapes donnant lieu d'abord à une autorisation préalable puis à une autorisation définitive. En réalité, il n'y a pas de risque de décisions contradictoires : soit l'autorisation préalable est accordée et le requérant peut passer à l'étape suivante, soit elle est refusée et il n'y a pas lieu de passer au stade suivant (ATA/952/2016 précité).

L'octroi d'une autorisation préalable de construire selon l'art. 5 al. 1 LCI constitue ainsi une simple étape vers la délivrance de l'autorisation définitive de

- 22/37 -

A/2403/2018

construire et revêt un caractère incident alors même que l'autorité compétente tranche définitivement, au niveau cantonal (art. 5 al. 5 et 146 al. 1 LCI), certains éléments déterminants du projet (ATF 135 II 30 consid. 1.3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_594/2017 du 1er novembre 2017 consid. 2.2 in SJ 2018 I p. 186 ; ATA/807/2020 du 25 août 2020 consid. 4). 8) a. Conformément à l'art. 731 al. 1 CC, l'inscription au RF est

nécessaire pour la constitution des servitudes. Les règles de la propriété sont applicables, sauf disposition contraire, à l'acquisition et à l'inscription (al. 2).

L'acte constitutif d'une servitude n'est valable que s'il a été passé en la forme authentique (art. 732 al. 1 CC).

Selon l'art. 963 CC, les inscriptions s'opèrent sur la déclaration écrite du propriétaire de l'immeuble auquel se rapporte leur objet (al. 1). Cette déclaration n'est pas nécessaire, lorsque l'acquéreur se fonde sur la loi, ou qu'il produit un jugement passé en force de chose jugée ou tout autre acte équivalent (al. 2).

b. Les restrictions légales de la propriété existent sans qu'il y ait lieu de les inscrire au RF (art. 680 al. 1 CC). Cette disposition vise les restrictions légales « directes » qui existent sans avoir à être modalisées par un acte juridique pour limiter le droit de la propriété privée. Les restrictions légales dites « indirectes » à la propriété foncière ne peuvent atteindre la propriété privée concernée qu'après la constitution par écriture ou par jugement d'un droit réel. L'art. 680 CC ne distingue pas entre restrictions directes de droit privé et restrictions directes de droit public (Denis PIOTET in Pascal PICHONNAZ/Bénédict FOËX/Denis PIOTET (éd.), Commentaire romand du Code civil II, art. 680, § 1 et 2, p. 1425).

La restriction doit avoir une base légale dont la densité normative dépendra de l'atteinte ; elle doit également reposer sur un motif d'intérêt public (Marie-Claire PONT VEUTHEY, De quelques restrictions de droit public à la propriété foncière, Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier [RNRF] 2000, p. 153 ss).

Selon l'art. 962 CC, la collectivité publique ou une autre entité qui accomplit une tâche d'intérêt public est tenue de faire mentionner au RF la restriction, fondée sur le droit public, de la propriété d'un immeuble déterminé qu'elle a décidée et qui a pour effet d'en entraver durablement l'utilisation, de restreindre durablement le pouvoir du propriétaire d'en disposer ou de créer une obligation déterminée durable à sa charge en relation avec l'immeuble (al. 1). Si la restriction de la propriété s'éteint, la collectivité ou l'entité concernée est tenue de requérir la radiation de la mention au registre foncier. À défaut, l'office du RF peut radier la mention d'office (al. 2).

- 23/37 -

A/2403/2018

c. Dans le canton de Genève, l'art. 267 règlement d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses du 27 février 1978 (RCI – L 5 05.01) dispose que peuvent être mentionnées au RF les restrictions du droit de propriété résultant de l'application de la loi, notamment les mesures administratives et les règlements spéciaux (al. 1), et que la mention est inscrite au RF à titre déclaratif sur la seule réquisition du département accompagnée, s'il y a lieu, de la décision ou des conventions qui la concernent (al. 2).

d. À teneur de l'art. 26 al. 1 Cst., la propriété est garantie. Cette garantie constitutionnelle comprend la faculté de disposer de son terrain dans les limites des lois et des plans d'affectation du sol. Pour être admissible, sa restriction doit répondre aux exigences de l'art. 36 Cst., soit reposer sur une base légale (al. 1 ; ATF 135 I 233 consid. 2.1), répondre à un intérêt public (al. 2 ; ATF 140 I 201 consid. 6.7 ; 137 I 167 consid. 3.6) et respecter le principe de la proportionnalité (al. 3 ; ATF 140 I 168 consid. 4.2.1 ; 135 I 233 consid. 3.1).

En matière de restrictions aux droits fondamentaux, une atteinte grave exige en principe une base légale formelle, claire et précise, alors que les atteintes plus légères peuvent, par le biais d'une délégation législative, figurer dans des actes de niveau inférieur à la loi, ou trouver leur fondement dans une clause générale (ATF 135 I 233 consid. 2.1 ; 130 I 16 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2018, n. 481). Constituent une atteinte grave à la garantie de la propriété, nécessitant une base légale formelle, les mesures par lesquelles la propriété foncière se trouve enlevée de force, ou les interdictions et prescriptions qui rendent impossible ou beaucoup plus difficile une utilisation conforme à la destination (ATF 135 III 633 consid. 4.3). En revanche, l'obligation de réserver une partie d'un bâtiment à une affectation déterminée ne constitue pas une atteinte grave (ATF 115 Ia 378 consid. 3b/bb). 9)

Il relève de la compétence de la chambre de céans de trancher la question de savoir s'il existe une restriction des droits à bâtir ou tout autre motif, rendant la parcelle n° 1 _____ inconstructible, comme l'invoquent les recourants, question relevant du droit administratif. Il convient de préciser que le JTPI/15017/2020 rendu le 1er décembre 2020 n'a pas de portée sur le présent litige. D'une part, ce jugement n'est pas définitif, la commune ayant indiqué qu'elle se réservait le droit de former appel contre celui-ci. D'autre part, celui-ci ne fait que confirmer la compétence du juge administratif pour juger de la question présentement litigieuse.

Il n'est pas contesté que, dans son préavis du 11 septembre 2005 relatif à la DP 7 _____, la CMNS a demandé l'inscription d'une servitude de non-bâtir, au profit de l'État et de la commune, sur la partie nord-ouest du périmètre du projet ■ correspondant à l'actuelle parcelle n° 1 _____ ■ et le report des droits à bâtir attachés à la partie nord-ouest sur la partie sud-est. Ces éléments ressortent d'ailleurs du plan n° 9 _____ (« aspects fonciers »), visé ne varietur le 3 janvier

- 24/37 -

A/2403/2018

2006, lequel fait partie du dossier de ladite autorisation préalable. L'autorisation DP 7 _____ précisait par ailleurs que les conditions figurant dans les préavis devaient être respectées et faisait partie intégrante de la décision.

En revanche, ni l'autorisation définitive DD 8 _____ ayant suivi la DP 7 _____, ni les quatre autorisations de construire subséquentes (DD 8 _____-2 à DD 8 _____-5) ne mentionnent de servitude de non-bâtir ou de restriction des droits à bâtir sur l'actuelle parcelle n° 1 _____. Ni le préavis favorable de la commune du 7 juin 2007 relatif à la DD 8 _____ ni celui de la CMNS du 12 juin 2007 ne font référence à la constitution d'une servitude de non-bâtir, étant précisé que la CMNS a toutefois mentionné que le projet s'inscrivait dans la continuité avec la DP 7 _____, laquelle fixait « divers points essentiels tels que nombre de niveaux, implantation, accès et densité ». Aucun des plans liés auxdites autorisations de construire ne font par ailleurs état d'une servitude ou de restriction des droits à bâtir sur la parcelle litigieuse. Il n'est en l'état pas possible d'établir avec certitude les raisons pour lesquelles la servitude de non-bâtir mentionnée dans le cadre de la DP 7 _____ n'a pas été reprise dans le cadre de la DD 8 _____ l'ayant suivi, ni même dans les quatre autorisations de construire subséquentes, en particulier si cela relève d'un oubli ou d'acte délibéré, même si la première hypothèse semble plus plausible au vu de la teneur d'une note interne du chef de service de l'OAC du 15 janvier 2015 produite par la commune. Cette note fait en effet état

d'une servitude de non-bâti visée dans la DP 7_____ puis « oubliée » lors de la synthèse de la DD 8_____. Cela étant, cet élément n'est pas pertinent pour trancher le présent litige.

Les parties s'accordent sur le fait qu'il n'existe, à ce jour, aucune servitude de non-bâti inscrite au RF, étant rappelé qu'une procédure civile est actuellement pendante en lien avec une telle inscription.

Les recourants considèrent que la seule mention de la servitude de non-bâti ressortant de la DP 7_____ fonderait l'existence d'une restriction de droit public, indépendamment de toute inscription au RF, en vertu des art. 680 al. 1 CC, 962 al. 1 CC et 267 RCI. La chambre de céans ne peut toutefois souscrire à cette argumentation.

D'une part, conformément à la jurisprudence susmentionnée, une autorisation préalable ne constitue qu'une simple étape vers la délivrance de l'autorisation définitive de construire et revêt un caractère incident. Si elle vise à apporter une décision de principe sur l'implantation, la destination, le gabarit, le volume et la dévestiture du projet, la chambre de céans est d'avis qu'elle ne peut formaliser à elle seule une restriction de la propriété d'une gravité telle que l'inconstructibilité d'une parcelle, sans autre mention dans l'autorisation définitive, et avant même que le propriétaire consentant à une telle restriction soit assuré d'obtenir l'autorisation sollicitée. Si la volonté du département,

- 25/37 -

A/2403/2018

respectivement des instances de préavis, était de constituer une telle servitude, ils leur appartenaient d'un faire part dans leurs décisions ou leurs préavis.

D'autre part, l'art. 680 al. 1 CC se réfère aux restrictions légales directes de propriété qui, si elles ne doivent pas ressortir d'un acte juridique, doivent en revanche ressortir d'une base légale. En l'occurrence, les recourants n'exposent pas sur quelle base légale serait fondée la restriction des droits à bâtir de la parcelle litigieuse.

Par ailleurs, il n'existe en l'occurrence aucune mesure d'aménagement du territoire prise par la collectivité publique qui fonderait l'inconstructibilité (comme il le sera développé ci-après concernant les IUS), ni une décision des précédents propriétaires de renoncer à leurs droits à bâtir sur ce qui représente l'actuelle parcelle n° 1_____, étant relevé que leur accord qui semblait acquis au moment de la demande préalable DP 7_____ n'apparaît pas avoir été renouvelé lors de la demande définitive d'autorisation de construire, ce que confirme d'ailleurs le courrier du RF du 10 juillet 2014.

Pour le surplus, il sera relevé, contrairement à ce que prétend la commune, qu'il ne ressort pas de la décision du département du 1er octobre 2015 concernant la DD 10_____ que le refus d'autorisation était fondé sur l'existence d'une servitude de non-bâti, mais bien plutôt du fait que le projet envisagé nuisait aux qualités paysagères du site et qu'une dérogation à l'art. 106 LCI ne pouvait être accordée. 10) Les recourants, qui considèrent que l'interdiction de bâtir existe indépendamment de toute inscription au RF, se réfèrent également pour appuyer leur position sur la jurisprudence relative au transfert de droits à bâtir exposée ci-après. 11) a. Selon l'art. 1 al. 1 LAT, la Confédération, les cantons et les communes veillent à une utilisation mesurée du sol et à la séparation entre les parties constructibles et non constructibles du territoire. Les plans d'affectation règlent le mode d'utilisation du sol (art. 14 al. 1 LAT). Ils délimitent en premier lieu les zones à bâtir (définies aux art. 15 et 15a LAT), les zones agricoles (art. 16 ss LAT) et les zones à protéger

(art. 17 LAT). Le droit cantonal peut prévoir d'autres zones d'affectation (art. 18 al. 1 LAT). Il peut régler le cas des territoires non affectés ou de ceux dont l'affectation est différée (art. 18 al. 2 LAT).

b. À teneur de l'art. 12 loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1987 (LaLAT - L 1 30), pour déterminer l'affectation du sol sur l'ensemble du territoire cantonal, celui-ci est réparti en zones, dont les périmètres sont fixés par des plans annexés à la LaLAT (al. 1). Les zones

- 26/37 -

A/2403/2018

instituées à l'alinéa 1 sont de 3 types : a) les zones ordinaires b) les zones de développement et c) les zones protégées (al. 2).

Les zones protégées constituent des périmètres délimités à l'intérieur d'une zone à bâtir ordinaire ou de développement et qui ont pour but la protection de l'aménagement et du caractère architectural des quartiers et localités considérés (art. 12 al. 5 LaLAT).

La 4ème zone rurale (4ème zone B) est destinée principalement aux maisons d'habitation, comportant en principe plusieurs logements, situées dans des villages et des hameaux (art. 19 al. 2 LaLAT).

Les zones de la Vieille-Ville et du secteur sud des anciennes fortifications, du vieux Carouge, les ensembles du XIXème et du début du XXème siècle, le secteur Rôtisserie-Péllisserie, ainsi que les villages protégés font l'objet de dispositions particulières incluses dans la loi sur les constructions (28 LaLAT).

c. Aux termes de l'art. 106 al. 1 LCI, dans les zones 4B protégées, le département, sur préavis de la commune et de la CMNS, fixe dans chaque cas particulier l'implantation, le gabarit, le volume et le style des constructions à édifier, de manière à sauvegarder le caractère architectural et l'échelle de ces agglomérations ainsi que le site environnant.

Selon l'art. 107 LCI, dans la mesure où il n'y est pas dérogé par l'art. 106 de cette même loi, les dispositions régissant la 4ème zone rurale sont applicables aux constructions édifiées dans la zone des villages protégés (4B protégée).

En quatrième zone, les constructions sont, en règle générale, édifiées en ordre contigu. Lorsque les circonstances le justifient, le département peut cependant autoriser ou imposer la construction de villas et de bâtiments agricoles isolés, soumis aux dispositions applicables à la cinquième zone. Les dispositions de l'article 106 sont réservées (art. 30 LCI). 12) a. L'IUS permet de déterminer la densité des constructions dans un certain périmètre. Il désigne le rapport numérique entre la surface brute de plancher utile et une surface constructible d'une parcelle définie (Le transfert du coefficient d'utilisation ou d'occupation du sol et le droit privé fédéral, DC 2000 p. 39 ; Lexique de l'aménagement du territoire, ASPAN, Berne 1997, p. 41).

b. Ni la LCI ni la LaLAT ne prévoient d'IUS applicable à la quatrième zone (ATA/670/2012 du 2 octobre 2012 consid. 5b).

c. La chambre de céans a déjà eu l'occasion de relever que la législation genevoise, sous réserve du taux d'utilisation du sol applicable à la zone villa, ne comporte pas de norme fixant ce taux de manière impérative. En zone 4B protégée, notamment, il est fonction des

circonstances concrètes, le département

- 27/37 -

A/2403/2018

fixant dans chaque cas particulier l'implantation, le gabarit, le volume et le style des constructions à édifier, de manière à sauvegarder le caractère architectural et l'échelle de ces agglomérations ainsi que le site environnant (art. 106 LCI ; ATA/1438/2019 du 1er octobre 2019 consid. 5c).

d. La fiche 2.06 du PDC 2030 mentionne un indice usuel de 0.6, pour les zones 4B. Elle préconise également la construction d'immeubles d'habitation et/ou d'activités plutôt que des villas, en veillant toutefois à respecter la morphologie des villages. Selon la jurisprudence de la chambre de céans, l'indice mentionné dans le plan directeur n'est pas contraignant, ni comme limite supérieure, ni comme limite inférieure (ATA/670/2012 du 2 octobre 2012 consid. 5b et les arrêts cités). Il n'est en effet pas contraire à la loi ou au PDC ni à l'esprit de ceux-ci d'opter pour une densification différenciée, à l'intérieur même d'un quartier, en utilisant au maximum le potentiel constructible des parcelles qui se trouvent les plus proches des voies de communication existantes et en préservant, par ce biais, l'intérieur du quartier et la végétation d'une forte urbanisation (ATA/670/2012 précité consid. 5b ; ATA/532/2012 du 21 août 2012 consid. 4b et les arrêts cités).

e. L'art. 38 al. 2 de la loi sur la protection des monuments, de la nature et des sites du 4 juin 1976 (LPMNS - L 4 05) permet au Conseil d'État de fixer, par le biais d'un plan de site assorti d'un règlement, le gabarit et l'implantation des constructions dans des périmètres à protéger, comme cela peut être fait également par un plan localisé de quartier (ci-après : PLQ) au sens de l'art. 3 de la loi générale sur les zones de développement du 29 juin 1957 (LGZD - L 1 35).

Ces plans d'affectations spéciaux peuvent notamment prévoir un IUS applicable à chaque parcelle ou groupe de parcelles. 13) a. Le transfert des possibilités de bâtir est admis en droit suisse, même sans disposition légale expresse, l'essentiel étant que la surface voisine mise à contribution pour le calcul de la surface constructible ne puisse plus servir ultérieurement à un tel calcul (ATF 109 Ia 188 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_430/2015 du 15 avril 2016 consid. 5.1 ; 1C_389/2013 du 25 mars 2014 consid. 4.1). Cette solution se justifie car les objectifs de l'aménagement du territoire doivent s'analyser à l'échelle de la zone ou du quartier concerné et non seulement à l'échelle de la parcelle, de sorte que l'on admet que le coefficient d'utilisation ou d'occupation du sol puisse être transféré à certaines conditions sur une parcelle contiguë sise dans la même zone (arrêts du Tribunal fédéral 1C_389/2013 précité consid. 4.1 ; 1C_332/2007 du 13 mars 2008 consid. 4.3 ; 1P.459/2004 du 9 février 2005 consid. 4.2.3). Le transfert d'indice d'utilisation d'une parcelle à l'autre implique l'interdiction d'utiliser ultérieurement, pour le calcul de la surface constructible, la portion de terrain ainsi mise à contribution (arrêt du Tribunal fédéral 1P.577/2000 du 1er décembre 2000 consid. 2b). Il en a été déduit que ceci implique pratiquement que la surface soit grevée d'une servitude de non-bâtir au profit de la collectivité (ATF 109 Ia 188 consid. 3 ; 101

- 28/37 -

A/2403/2018

Ia 289 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_430/2015 du 15 avril 2016 consid. 5.1). Le Tribunal fédéral a toutefois admis que la mention au registre foncier du transfert de surface de plancher habitable – au lieu de l'inscription d'une servitude de non-bâtir – constituait un instrument admissible au regard de l'art. 962 CC et suffisant (1C_252/2014 du 4 novembre 2014 consid. 2.2.). Il s'en déduit que l'instrument utilisé (servitude, mention, etc.) importe moins que la garantie qu'il procure quant au respect de la capacité constructive pour le futur.

Ainsi, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, rien n'empêche le propriétaire d'une parcelle quelconque, petite ou moyenne, d'acquérir une parcelle contiguë pour pouvoir augmenter la surface constructible de sa propriété ; et s'il peut acquérir une nouvelle parcelle dans ce but, il peut aussi, dans le même but, adopter cette autre solution qui consiste à convenir avec un propriétaire voisin que ce dernier mette à disposition, pour le calcul de la surface constructible, une surface de terrain qui n'a pas déjà servi à un tel calcul pour un bâtiment existant (ATF 101 Ia 289 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_430/2015 du 15 avril 2016 consid. 5.1).

Les coefficients et les IUS doivent garantir des dégagements suffisants par rapport à l'importance de la construction et de son emprise au sol. Cet objectif serait compromis si une surface ayant déjà été mise à contribution pour calculer la densité d'une construction par rapport à une surface donnée puisse à nouveau être prise en considération pour ce faire à la suite d'un morcellement. Aussi, lorsqu'un bien-fonds a été construit de manière à épuiser les droits à bâtir, une division ultérieure de ce fonds ne saurait avoir pour conséquence de redonner de nouvelles possibilités de construire. L'interdiction qui en résulte d'utiliser, pour le calcul de la surface constructible, tout ou partie de la surface ayant déjà servi à un tel calcul ne constitue pas une restriction inadmissible à la propriété, comme l'a jugé à maintes reprises le Tribunal fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 1P.806/2006 du 10 mai 2007 consid. 3.4 ; ATF 108 Ib 116 consid. 2c), faute de quoi on parviendrait à détourner par ce biais la limite d'utilisation imposée par la réglementation cantonale ou communale à une parcelle déterminée (arrêt du Tribunal fédéral 1P.577/2000 précité consid. 2c). Cette interdiction existe, à l'instar des autres restrictions de droit public à la propriété, indépendamment de son inscription au registre foncier en vertu de l'art. 680 al. 1 CC. Les cantons peuvent prévoir que de telles restrictions fassent l'objet d'une mention au registre foncier, conformément à l'art. 962 al. 1 CC, pour leur assurer une certaine publicité, mais une telle mention n'est pas exigée et n'a qu'une portée déclaratoire (arrêt du Tribunal fédéral 1P.806/2006 précité consid. 3.4 ; Denis Piotet, op. cit., DC 2000 p. 41).

b. Selon la jurisprudence de la chambre administrative, la constitution d'une servitude n'est pas indispensable pour empêcher la prise en compte ultérieure, lors d'un calcul de densité, de droits à bâtir cédés ou déjà utilisés, l'essentiel étant

- 29/37 -

A/2403/2018

qu'une telle cession soit connue du département chargé de la délivrance des autorisations de construire (A/639/2020 du 30 juin 2020 consid. 7a ; ATA/517/2018 du 29 mai 2018 consid. 4 ; ATA/699/2015 du 30 juin 2015 consid. 7b ; ATA/98/2012 du 21 février 2012 consid. 6). 14) La LAT est entrée en vigueur le 1er janvier 1980. Les plans d'affectation adoptés avant cette date ont conservé leur validité jusqu'au moment de l'approbation par l'autorité compétente des plans établis selon cette loi (art. 35 al. 3 LAT), mais au plus tard durant huit ans, soit jusqu'au 1er janvier 1988 (art. 35 al. 1 let. b LAT). Au-delà de cette dernière date,

faute d'une approbation formelle par cette autorité, ils ont perdu leur validité en ce qui concerne le territoire destiné à la construction (ATF 120 Ia 227 consid. 2c ; ATA/1243/2018 du 20 novembre 2018 consid. 8).

Cela vaut non seulement pour les plans de zones (art. 12 LaLAT), mais également pour les autres plans d'affectation au sens de l'art. 13 LaLAT (ATF 120 Ia 229 consid. 2c). 15) a. Le PDCom fixe les orientations futures de l'aménagement de tout ou partie du territoire d'une ou plusieurs communes. Il est compatible avec les exigences de l'aménagement du territoire du canton, contenues notamment dans le PDC (art. 10 al. 1 et al. 2 LaLAT). Les communes sont tenues d'adopter un PDCom. Le projet de plan directeur localisé est soumis par l'autorité initiatrice à une consultation publique de trente jours annoncée par voie de publication dans la FAO et d'affichage dans la commune. Les maires ou les conseils administratifs des communes voisines concernées sont également consultés (art. 10 al. 5 LaLAT). Le département vérifie que le plan est conforme notamment au PDC. Le plan directeur localisé adopté par une commune et approuvé par le conseil d'État a force obligatoire pour ces autorités. Il ne produit aucun effet juridique à l'égard des particuliers, lesquels ne peuvent former aucun recours à son encontre, ni à titre principal, ni à titre préjudiciel. Pour autant que cela soit compatible avec les exigences de l'aménagement cantonal, les autorités cantonales, lors de l'adoption des plans d'affectation du sol relevant de leur compétence, veillent à ne pas s'écarter sans motifs des orientations retenues par le plan directeur localisé (art. 10 al. 8 LaLAT).

Le PDCom doit faire l'objet d'un nouvel examen au plus tard trois ans après l'approbation d'un nouveau PDC par le Conseil fédéral (art. 10 al. 9 LaLAT).

b. Selon les travaux préparatoires et la jurisprudence constante de la chambre administrative, les plans directeurs localisés ont le caractère d'un outil de travail consensuel liant les autorités entre elles. Ils doivent permettre d'accélérer les procédures subséquentes. Ces instruments lient les autorités entre elles, à l'exclusion des particuliers, à l'égard desquels ils ne produisent pas d'effets juridiques (ATA/1301/2019 du 27 août 2019 consid. 8 ; MGC 2001 41/VIII

- 30/37 -

A/2403/2018

p. 7'360 ss, notamment p. 7'366). L'appellation de plan directeur localisé et les effets juridiques qui y sont rattachés suppose que les deux conditions cumulatives d'adoption par une commune et d'approbation par le Conseil d'État soient préalablement remplies (MGC 2001-2002/X A 4600-4601 ; ATA/1301/2019 précité consid. 8).

Un projet de construction conforme au droit cantonal ne peut être refusé au seul motif qu'il contreviendrait à un PDCom (arrêt du Tribunal fédéral 1C_257/2013 du 13 janvier 2014 consid. 5.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1A.154/2002 du 22 janvier 2003). Par « conforme au droit cantonal », il faut entendre conforme au plan d'affectation (« nutzungskonformes Bauvorhaben »). En effet, le refus d'une autorisation au seul motif que le projet de construction contreviendrait au PDCom, reviendrait à donner à ce plan directeur un effet anticipé inadmissible (« unzulässigen Vorwirkung ») et à aboutir à une modification du plan d'affectation en vigueur (arrêt du Tribunal fédéral 1A.154/2002 précité consid. 4.1). 16) En l'espèce, il n'existe pas de plans d'affectation ou de normes légales ou réglementaires fixant un IUS pour la parcelle concernée, sise en zone 4B protégée. Conformément à ce qui a été

relevé supra, l'indice mentionné dans le PDC 2030 n'est en particulier pas contraignant, ni comme limite supérieure, ni comme limite inférieure. De plus, comme le relèvent à juste titre les intimés, le PLQ 12_____, adopté le 25 novembre 1974, est devenu caduc le 1er janvier 1988 dès lors qu'il n'a pas fait l'objet d'une approbation formelle dans les huit ans suivant l'adoption de la LAT. Les éléments ressortant de celui-ci, tels que des éventuels IUS, sont dès lors sans effet dans le présent litige. Le fait que le PDCom 2011 se réfère brièvement au PLQ 12_____ n'est pas non plus déterminant pour les mêmes motifs, étant relevé que sa portée doit d'ailleurs être fortement relativisée dès lors qu'il n'a pas fait l'objet d'un nouvel examen après l'adoption du PDC 2030. Il est vrai qu'un nouveau PDCom a été adopté le 16 novembre 2010 par le Conseil municipal et approuvé le 16 mars 2011 par le Conseil d'État, lequel mentionne une mesure de la part de la commune désignée de la manière suivante : « application de la servitude visant à maintenir l'espace non bâti sur la parcelle 10913 » (p. 202). Le fait que ce PDCom mentionne une servitude ne suffit toutefois pas à fonder l'existence de celle-ci.

Les recourants tentent de transposer au cas d'espèce la jurisprudence applicable au transfert d'IUS, principalement dans la 5ème zone de construction, laquelle relève notamment que la constitution d'une servitude n'est pas indispensable dans le cadre de transfert de droits à bâtir. La chambre de céans ne souscrit toutefois pas à cette tentative d'analogie, dès lors que les situations diffèrent. En effet, le cas d'espèce ne relève pas d'une situation de transfert de coefficient d'une parcelle à une autre, dès lors que ni les anciennes parcelles nos 4_____ et 5_____, ni même l'actuelle parcelle n°1_____, ne contiennent

- 31/37 -

A/2403/2018

d'IUS contraignant. De plus, la finalité relevée dans la jurisprudence susmentionnée à laquelle se réfère les recourants consiste à éviter que la même surface ne soit prise en compte deux fois (c'est-à-dire en relation avec deux parcelles différentes) dans le calcul d'une surface constructible. Or, il ressort en effet du préavis de la CMNS du 11 septembre 2005 que la servitude de non-bâtir dont elle sollicitait l'inscription ne visait pas à concrétiser l'épuisement des droits à bâtir ■ la CMNS ayant d'ailleurs indiqué qu'elle refusait de statuer sur la faisabilité du projet en fonction d'un IUS ■ mais uniquement à éviter un développement bâti non souhaitable sur le haut de la parcelle (correspondant à l'actuelle parcelle n° 1_____), et ce afin de « conserver le caractère du site ». La jurisprudence à laquelle se réfèrent les recourants ne saurait dès lors être appliquée mutatis mutandis au cas d'espèce.

En d'autres termes, la présente situation ne relève pas d'un cas où une parcelle serait devenue inconstructible suite à l'épuisement de ses droits à bâtir, comme cela peut intervenir dans la 5ème zone ou dans la zone de développement dans lesquelles des IUS sont fixés, de sorte que la jurisprudence précitée, laquelle prévoit qu'aucune inscription au RF n'est nécessaire, n'est pas applicable au cas d'espèce. 17) Les recourants invoquent également une violation des art. 15 et 106 LCI. 18) a. Les demandes d'autorisation sont soumises, à titre consultatif, au préavis des communes, des départements et des organismes intéressés. L'autorité de décision n'est pas liée par ces préavis (art. 3 al. 3 LCI).

b. Dans les zones de village protégés, le département, sur préavis de la commune et de la CMNS, fixe dans chaque cas particulier l'implantation, le gabarit, le volume et le style des constructions à édifier, de manière à sauvegarder le caractère architectural et l'échelle de

ces agglomérations ainsi que le site environnant. Le département peut en conséquence, à titre exceptionnel, déroger aux dispositions régissant les distances entre bâtiments, les distances aux limites de propriétés et les vues droites (art. 106 al. 1 LCI). Dans la mesure où il n'est pas dérogé par l'art. 106 LCI, les dispositions applicables à la 4ème zone rurale le sont aux constructions édifiées dans la zone des villages protégés (art. 107 LCI).

De manière générale, l'art. 106 LCI confère un large pouvoir d'appréciation au département compétent. Celui-ci peut fixer lui-même les règles applicables aux constructions dans le but de sauvegarder le caractère d'un village et le site environnant, et déroger aux dispositions ordinaires (arrêts du Tribunal fédéral 1C_579/2015 du 4 juillet 2016 consid. 3.2 ; 1C_123/2010 du 25 mai 2010 consid. 3.3 ; ATA/934/2019 du 21 mai 2019 consid. 8b).

L'art. 106 LCI renferme une clause d'esthétique particulière, plus précise que l'art. 15 LCI, que les recourants invoquent par ailleurs, soit une notion qui

- 32/37 -

A/2403/2018

varie selon les conceptions de celui qui l'interprète et selon les circonstances de chaque cas d'espèce (ATA/934/2019 précité consid. 8b et les références citées). Cette notion juridique indéterminée laisse donc un certain pouvoir d'appréciation à l'administration, celle-ci n'étant limitée que par l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (art. 61 al. 2 LPA ; ATA/141/29 _____ du 24 mars 29 _____ et les références citées).

c. Les préavis ne lient pas les autorités (art. 3 al. 3 LCI). Selon le système prévu par la LCI, les avis ou préavis des communes, des départements et organismes intéressés n'ont qu'un caractère consultatif, sauf dispositions contraires et expresses de la loi. 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/934/2019 précité consid. 8c ; ATA/537/2017 du 9 mai 2017 consid. 4c ; ATA/956/2014 du 2 décembre 2014 et les références citées).

La loi ne prévoit aucune hiérarchie entre les différents préavis requis. Néanmoins, dans le cadre de l'application de l'art. 106 al. 1 LCI où la commune et la CMNS doivent être consultées, la chambre de céans a toujours jugé qu'en cas de préavis divergents, une prééminence était reconnue à celui de la CMNS puisqu'elle est composée de spécialistes en matière d'architecture, d'urbanisme et de conservation du patrimoine (arrêt du Tribunal fédéral 1C_582/2012 du 9 juillet 2013 consid. 5.2). Lorsque sa consultation est imposée par la loi, son préavis, émis à l'occasion d'un projet concret, revêt un caractère prépondérant (ATA/670/2012 du 2 octobre 2012 consid. 6).

Selon la jurisprudence cantonale, la chambre de céans observe une certaine retenue pour éviter de substituer sa propre appréciation à celle des commissions de préavis, pour autant que l'autorité inférieure suive l'avis de ces dernières. Les autorités de recours se limitent à examiner si le département ne s'est pas écarté sans motif prépondérant et dûment établi du préavis de l'autorité technique consultative, composée de spécialistes capables d'émettre un jugement dépourvu de subjectivisme et de considérations étrangères aux buts de protection fixés par la loi. De même, s'agissant des jugements rendus par le TAPI, la chambre de céans exerce son pouvoir d'examen avec retenue car celui-ci se compose pour partie de personnes possédant des compétences techniques spécifiques (ATA/213/2018 du 6 mars 2018 consid. 9 ; ATA/1547/2017 du 28 novembre 2017 consid. 5e et les références citées).

Lorsque l'autorité s'écarte des préavis, la chambre de céans peut revoir librement l'interprétation des notions juridiques indéterminées, mais contrôle sous le seul angle de l'excès et de l'abus de pouvoir, l'exercice de la liberté d'appréciation de l'administration, en mettant l'accent sur le principe de la proportionnalité en cas de refus malgré un préavis favorable et sur le respect de l'intérêt public en cas d'octroi de l'autorisation malgré un préavis défavorable

- 33/37 -

A/2403/2018

(ATA/1278/2018 du 27 novembre 2018 consid. 9 ; ATA/451/2017 du 25 avril 2017 consid. 3g et les références citées). Ce principe exige qu'une mesure restrictive doit être apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité) ; en outre, il est interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts ; ATF 140 I 168 consid. 4.2.1 ; 136 IV 97 consid. 5.2.2 et les arrêts cités ; 135 I 233 consid. 3.1). 19) En l'espèce, il ressort des écritures de la commune qu'elle semble invoquer une violation des art. 15 et 106 LCI uniquement en lien avec l'inconstructibilité de la parcelle litigieuse, dont il vient d'être démontré supra qu'elle n'est pas établie. Ce grief pourrait dès lors être écarté pour ce seul motif déjà.

Il sera toutefois également relevé qu'il ressort du dossier que le projet litigieux n'a pas nécessité de dérogation à l'art. 106 LCI. Le projet de construction a été modifié à plusieurs reprises, notamment en fonction des préavis du SMS ■ pour finalement être accepté par celui-ci le 20 novembre 2017 ■ mais également de la CMNS, afin d'aboutir à un projet sensiblement plus modeste que celui initialement déposé. Des modifications ont été apportées notamment concernant l'implantation dans le terrain et la hauteur du projet qui ont été réduites. Le projet litigieux a été préavisé favorablement ■ avec ou sans réserves et conditions ■ par la plupart des instances de préavis consultées, notamment le SMS, à l'exception de la commune qui s'est prononcée défavorablement.

Le dernier projet du 21 décembre 2017 est ainsi conforme aux normes de la zone 4B protégée dans laquelle il s'inscrit, et ne nécessite d'ailleurs aucune dérogation.

Au vu de ce qui précède, il faut constater, comme l'a fait le TAPI à juste titre, que le département n'a pas excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation en autorisant le projet querellé, dans sa dernière version.

En conséquence, le grief des recourants sera écarté. 20) La commune considère également que Q_____ aurait commis un abus de droit en déposant la demande d'autorisation de construire litigieuse, alors qu'elle savait que la parcelle visée était inconstructible.

a. L'interdiction de l'abus de droit représente un correctif qui intervient dans l'exercice des droits (Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, 3ème éd., 2013, n. 1183). L'abus de droit consiste à utiliser une institution juridique à des fins étrangères au but même de la disposition légale qui la consacre, de telle sorte que l'écart entre le

- 34/37 -

A/2403/2018

droit exercé et l'intérêt qu'il est censé protéger s'avère manifeste (Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, op. cit., n. 1184 ; Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, Droit administratif, 2012, vol. 1, 3ème éd., n. 6.4.4 p. 933 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd., 2018, p. 208 n. 583). L'interdiction de l'abus de droit vaut, tout comme la notion de fraude à la loi qui en constitue une composante, en droit administratif (ATF 142 II 206 consid. 2.3), et ce tant pour les administrés que pour l'administration (ATA/1470/2017 du 14 novembre 2017 consid. 6b ; Thierry TANQUEREL, op. cit., p. 208 n. 584).

b. En l'occurrence, dès lors que la chambre de céans est parvenue à la conclusion que la parcelle litigieuse n'était en l'état pas inconstructible, il ne peut être retenu que Q_____ aurait commis un abus de droit en déposant une demande d'autorisation de construire. En tous les cas, le fait de former une telle demande, possibilité prévue par la loi, ne saurait être constitutive d'un abus de droit, Q_____ ne pouvant exclure, par exemple, que l'autorité intimée aurait pu prendre des mesures visant à faire lever la restriction existante.

La question de savoir si, comme le prétendent les recourants, Q_____ avait connaissance de la DP 7_____ n'est dès lors pas pertinente en l'espèce, et souffrira de demeurer indécise.

Ce grief sera dès lors également écarté. 21) La commune et les époux A_____ et consorts reprochent enfin au département d'avoir violé les principes de la bonne foi et de la sécurité du droit.

a. Le principe de la bonne foi consacré aux art. 9 et 5 al. 3 Cst. exige que l'administration et les administrés se comportent réciproquement de manière loyale et leur commande de s'abstenir, dans leurs relations de droit public, de tout comportement contradictoire ou abusif (ATF 137 II 182 consid. 3.6.2 ; 137 I 69 consid. 2.5.1). Le principe de la confiance s'applique aux procédures administratives. Selon ce principe, les décisions, les déclarations et comportements de l'administration doivent être compris dans le sens que son destinataire pouvait et devait leur attribuer selon les règles de la bonne foi, compte tenu de l'ensemble des circonstances qu'il connaissait ou aurait dû connaître (ATF 135 III 410 consid. 3.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2P.170/2004 du 14 octobre 2004 consid. 2.2.1 in RDAF 2005 71 ; ATA/1299/2019 du 27 août 2019 consid. 3d ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 569 s). L'interprétation objectivée selon le principe de la confiance sera celle d'une personne loyale et raisonnable (ATF 116 II 431 consid. 3a ; ATA/399/2019 du 9 avril 2019 consid. 2). L'interprétation selon le principe de la confiance s'applique aussi aux déclarations de personnes privées (ATA/548/2018 du 5 juin 2018 consid. 4h et les références citées).

- 35/37 -

A/2403/2018

b. En l'espèce, il est vrai que le comportement du département n'est pas exempt de reproche. Il est pour le moins surprenant que ce dernier, qui considère qu'aucune servitude de non-bâtir n'a été envisagée dans le cadre de la demande d'autorisation définitive DD 8_____, ait requis auprès du RF le 22 mars 2012 l'inscription d'une mention de restriction du droit de propriété (droits à bâtir) sur la parcelle no 1_____.

En revanche, contrairement à ce qu'allèguent les recourants, il ne ressort pas du dossier que le département aurait refusé la demande d'autorisation de construire DD 10_____ en raison de l'existence d'une servitude de non-bâtir. S'il s'est effectivement référé au préavis de la CMNS rendu dans le cadre de l'instruction de cette demande, il ressort de la décision y

relative que son refus était fondé sur le fait que le projet envisagé était de nature à nuire aux qualités paysagères du site et qu'une dérogation à l'art. 106 LCI ne pouvait être octroyée. Par ailleurs, la chambre de céans se saurait souscrire à la position des recourants selon laquelle le département aurait « mis sous pression » la CMNS dans le cadre de l'instruction de la demande d'autorisation de construire litigieuse. Il ressort en effet uniquement du dossier que le département a indiqué à ladite instance de préavis qu'elle n'entendait pas requérir l'inscription d'une servitude de non-bâtir sur la parcelle litigieuse et lui a demandé de se prononcer à l'aune de ce constat.

Nonobstant ce qui précède, la chambre de céans est arrivée à la conclusion ci-avant que la seule mention de l'inscription d'une servitude de non-bâtir dans l'autorisation de construire préalable DP 7_____ ne suffit pas à fonder l'inconstructibilité de la parcelle litigieuse. L'attitude du département à cet égard ne saurait permettre d'annuler l'autorisation querellée, alors que celle-ci apparaît conforme au droit. Les recourants ne prouvent par ailleurs pas qu'ils auraient obtenu une quelconque assurance de la part du département quant à l'inconstructibilité de la parcelle litigieuse.

Ce grief sera ainsi également écarté. 22) Dans ces circonstances, les jugements du TAPI des 7 février 2019 et 26 août 2020, en tant qu'ils confirment la décision de l'autorité intimée, sont conformes au droit et les recours à leur encontre, mal fondés, seront rejetés. 23) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la commune, qui n'a pas agi en tant qu'autorité défendant sa propre décision, et un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge conjointe et solidaire des époux A_____ et consorts, époux O_____ inclus, qui succombent (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée à Q_____, à la charge de la commune à hauteur de CHF 1'000.- et à la charge conjointe et solidaire des époux A_____ et consorts, époux O_____ compris, à hauteur de CHF 1'000.- (art. 87 al. 2 LPA).

- 36/37 -

A/2403/2018

* * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.