

# **GE\_GERICHTE A/4024/2011 vom 30. Oktober 2012**

GE Cour de justice, 2012-10-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_4024\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_4024_2011)

FR: GE\_GERICHTE A/4024/2011 du 30 octobre 2012

IT: GE\_GERICHTE A/4024/2011 del 30 ottobre 2012

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Madison S.A. est une société anonyme dont le siège se trouve 5, rue des Chaudronniers à Genève. Elle a pour administrateurs, avec signature individuelle, Madame Hélène et Monsieur Christian Rigotti. Tous deux exploitent, à l'adresse précitée, un café-restaurant à l'enseigne Vino Olio Caffé comportant une terrasse. Le propriétaire de l'immeuble en question se trouve être l'Hospice général (ci-après : l'hospice), mais le bailleur est l'Etat de Genève (ci-après : l'Etat), représenté par le département des constructions et des technologies de l'information, devenu depuis le département de l'urbanisme (ci-après : le département).

### **E. 2**

Suite à la requête déposée le 31 décembre 2008, les précités ont obtenu du service de la sécurité et de l'espace publics de la Ville de Genève (ci-après : le service) la permission d'installer une terrasse d'été sur le domaine public, du 1<sup>er</sup> mars 2009 au 31 octobre 2009, selon le plan annexé à la requête. Il était spécifié que la permission pour la terrasse d'été était octroyée à titre précaire. Elle était constituée d'un podium de 5 m. de longueur, devant toute la vitrine de l'établissement, ledit podium recouvrant complètement le trottoir à cet endroit et empiétant même sur la rue des Chaudronniers, devenue piétonne. Selon les conditions spécifiques dont l'autorisation était assortie, la surface accordée ne devait pas correspondre à un enclos et rester ouverte et aérée. Seuls quelques éléments esthétiques, amovibles, non fixés au sol et requérant l'accord préalable de la Ville de Genève (ci-après : la ville) pouvaient la délimiter. Ceux-ci devaient être inclus dans le périmètre accordé, placés et enlevés en même temps que la terrasse d'été et l'installation ne devait pas constituer une gêne pour la visibilité, ni entraver la circulation.

### **E. 3**

Le 10 novembre 2009, une permission valable du 1<sup>er</sup> novembre 2009 au 28 février 2010 a été accordée aux intéressés pour une terrasse provisoire restreinte. Il s'agissait d'une terrasse dite d'hiver, devant occuper un espace restreint. Elle devait être composée uniquement de tables et de chaises (une rangée contre la façade), à l'exclusion de tout autre mobilier, et devait être rentrée à 19h. Passé cette heure-ci, seule une table, sans chaises, pouvait être laissée à l'extérieur. Aucun podium ne serait toléré. Lors de manifestations, telles que la course et le cortège de l'Escalade, la terrasse ne pourrait pas être installée.

### **E. 4**

Le 16 janvier 2010, M. Rigotti a sollicité l'autorisation d'installer une terrasse du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2010, et le 19 mars 2010, l'autorisation sollicitée lui a été délivrée pour une terrasse à l'année, valable dès le 1<sup>er</sup> mars 2010. L'autorisation était délivrée à titre précaire et pour une seule saison. Cette autorisation reprenait les conditions spécifiques

précitées selon lesquelles la surface ne devait pas correspondre à un enclos, devait rester ouverte et aérée et comporter quelques éléments esthétiques amovibles, non fixés au sol, moyennant l'accord préalable de la ville. Enfin, la terrasse à l'année ne devait pas constituer une gêne pour la visibilité, ni entraver la circulation. Des mesures particulières de sécurité devaient être prises à l'occasion de la course de l'Escalade.

#### **E. 5**

Le 17 juin 2010, Monsieur Junod, membre de la brigade du contrôle du domaine public de la ville, a pris des photos de l'établissement, qui ont été transmises le même jour à la commission des monuments, de la nature et des sites (ci-après : CMNS), afin que celle-ci émette un préavis « en vue d'une éventuelle régularisation », compte tenu de la pose de vitres latérales fixées au mur sans autorisation.

#### **E. 6**

Le 28 juillet 2010, la sous-commission monuments et antiquités (ci-après : SCMA) de la CMNS a émis un préavis défavorable quant à cette éventuelle régularisation d'une installation sur un bâtiment situé dans la zone protégée de la Vieille-Ville. Selon le préavis rédigé par la secrétaire de la SCMA, « les vitrages sont [étaient] soutenus par une structure visée ( recte : vissée) dans le mur de soubassement en pierre de l'immeuble. Elle rappelle [rappelait] que, pour des raisons de pérennité de la substance, elle n'accepte [n'acceptait], en aucun cas, des éléments fixés sur les décors de façade, et cela d'autant plus s'ils sont [étaient] saisonniers, car chaque montage et démontage détériore [détériorait] toujours plus la façade ». Comme ils avaient été invités à le faire, M. et Mme Rigotti, au nom de Madison S.A., ont adressé le 30 août 2011 à la ville une demande de permission pour la pose de tentes, marquises, lampes et appareils d'éclairage, éléments de construction et objets divers, portant sur le coupe-vent coulissant visible sur la photo annexée. Le 5 octobre 2010 ( recte : 2011), la SCMA a pris connaissance de cette requête et réitéré son préavis défavorable du 28 juillet 2010, émis alors qu'aucune demande n'avait été déposée. La SCMA faisait référence à la visite sur place de la représentante du service des monuments et des sites (ci-après : SMS) et reprenait les motifs de son refus.

#### **E. 7**

Par décision du 28 octobre 2011, le service a rejeté la demande du 30 août 2011, en se référant aux deux préavis précités. Selon sa pratique constante, il admettait « de simples parois latérales à la condition qu'elles soient translucides ou en matériaux ajourés, qu'elles n'excèdent pas une hauteur d'environ 1,20 m. et qu'elles ne soient pas ancrées. Ceci, afin de conserver leur nature d'éléments de terrasses légers et mobiles à l'instar des autres composantes d'une terrasse que sont les tables, les chaises, les parasols et les petits meubles de service. Dans le cas présent, les deux parois incriminées sont constituées de plusieurs éléments de grandes dimensions dont une partie est coulissante. Comme nous avons pu le constater, cela nécessite évidemment une importante structure métallique fortement fixée au mur. Dès lors, l'ensemble acquiert le caractère d'une construction soumise à une demande préalable d'autorisation de construire. Or, nous ne pouvons pas accepter l'installation d'un élément de terrasse nécessitant une autorisation de construire. Fait exception à ce qui précède, le cas des terrasses en véranda dites « parisiennes » ; ce type de terrasse et de constructions analogues ne sont toutefois pas envisageables en Vieille-Ville ».

Conformément à l'art. 1 du règlement concernant l'utilisation du domaine public du 21 décembre 1988 (RUDP - L 1 10.12), et vu le préavis de la CMNS, le maintien en l'état des

deux parois vitrées latérales était refusé et leur dépose ordonnée d'ici le 2 décembre 2011 au plus tard. Les intéressés pouvaient déposer un projet de substitution de ces parois contestées, qui tienne compte des observations susmentionnées.

#### **E. 8**

Le 25 novembre 2011, M. et Mme Rigotti, de même que Madison S.A., ont recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), en concluant principalement à son annulation, à l'autorisation de maintenir les deux parois vitrées, subsidiairement à la suspension de la procédure dans l'attente de l'octroi par le département d'une autorisation de construire. Ils requéraient également un transport sur place.

#### **E. 9**

Le 19 décembre 2011, le SMS a été sollicité une nouvelle fois. Il a rendu le même jour un préavis défavorable.

#### **E. 10**

La ville s'est déterminée par écrit le 23 décembre 2011, en concluant au rejet du recours. Elle a produit notamment des photographies. Les parois latérales vitrées ne respectaient pas la permission délivrée, selon laquelle la terrasse ne devait pas constituer un enclos. Si elle s'écartait du préavis de la CMNS, elle ouvrirait une brèche qui ne lui permettrait plus de refuser l'édification de telles installations en Vieille-Ville, alors même que la CMNS s'y opposait farouchement. Le fait que le représentant du bailleur ait donné son accord à cette installation, selon les pièces produites par les recourants, n'était pas déterminant, une telle installation requérant l'octroi préalable d'une autorisation de construire, ce qui ne « ferait qu'ajouter un élément supplémentaire à l'illégalité de la situation ». L'ordre de remise en état respectait le principe de proportionnalité, à l'examen duquel elle avait dû procéder a posteriori, ayant été placée devant le fait accompli. Si la permission de régulariser ces vitrages était accordée, il en résulterait, par application du principe d'égalité de traitement, la généralisation de telles installations en Vieille-Ville, ce qui serait contraire à la pratique constante du service vu la position de la CMNS.

#### **E. 11**

Le TAPI a entendu les parties lors d'une audience de comparution personnelle le 4 avril 2012, au cours de laquelle les recourants ont indiqué que les rails fixés dans le mur n'étaient pas démontés, de sorte que ce dernier n'était pas abîmé par le vissage et le dévissage de la structure. Ils réitéraient leur demande de transport sur place. Le représentant de la ville a persisté dans la position de celle-ci. Les recourants ont encore fait parvenir des pièces complémentaires au TAPI, ainsi que des observations. Ils ont sollicité une nouvelle fois un transport sur place.

#### **E. 12**

Par jugement du 14 mai 2012, le TAPI a renoncé à procéder à ce dernier acte d'instruction et, au vu du dossier, il a considéré que l'autorité s'étant conformée au préavis émis par les spécialistes, et ce préavis étant obligatoire dans le périmètre de la Vieille-Ville, l'intimée n'avait pas violé la loi, ni abusé ou excédé de son pouvoir d'appréciation en refusant de délivrer l'autorisation sollicitée pour régulariser les parois vitrées.

#### **E. 13**

Par acte posté le 20 juin 2012, M. et Mme Rigotti, de même que Madison S.A., ont recouru contre ce jugement auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) en reprenant leurs explications et conclusions et en sollicitant préalablement la comparution personnelle des parties, ainsi qu'un transport sur place. Le jugement attaqué devait être annulé et l'autorisation sollicitée délivrée.

**E. 14**

Le 31 juillet 2012, la ville a conclu au rejet du recours en reprenant ses explications.

**E. 15**

Le 23 août 2012, le conseil des recourants a requis une prolongation du délai qui lui avait été imparti pour exercer son droit à la réplique.

**E. 16**

Le 3 septembre 2012, les recourants ont insisté sur la nécessité d'un transport sur place, les éléments de fait retenus dans le jugement querellé étant formellement contestés. La terrasse avait été autorisée. Le fait qu'elle interrompe fâcheusement le cheminement piétonnier était irrelevante. De plus, la terrasse n'était démontée qu'une fois par année, mais les rails demeuraient fixés dans le mur en permanence. Malgré ses affirmations, la ville n'avait pas examiné si sa décision respectait le principe de la proportionnalité au motif que l'installation litigieuse était déjà en place, alors que tel était nécessairement le cas lorsqu'il convenait de statuer sur une demande de régularisation. Le principe d'égalité de traitement commandait au contraire que cette requête soit examinée comme toute autre, car à défaut, la ville pouvait tout aussi bien ordonner la dépose de toutes les installations faites sans autorisation, sans même les examiner.

**E. 17**

Le 5 septembre 2012, le juge délégué a écrit aux recourants en les informant que selon l'extrait du registre foncier, le propriétaire de l'immeuble dans lequel se trouvait leur établissement était l'hospice.

**E. 18**

Le 17 septembre 2012, les recourants ont produit le dernier avis de majoration de loyer du 3 mars 2008, ainsi que les bulletins de versement attestant du paiement du loyer en mains du bailleur, qui était bien le département.

**E. 19**

Le 19 septembre 2012, le juge délégué a procédé, en présence des parties, à un transport sur place au cours duquel il a fait les constatations suivantes. En étant assis sur la terrasse, il a pu constater que les vitres latérales, de même que les montants soutenant la tente, étaient vissés dans le mur de part et d'autre de la terrasse. Celle-ci n'était démontée qu'une fois l'an, pour la course de l'Escalade. Les montants en question demeuraient néanmoins en permanence fixés dans le mur. La barrière entourant la terrasse était elle-aussi vissée dans le mur, en un seul point, de part et d'autre de la terrasse, et elle était également fixée sur le podium. Les recourants ont fait observer que sur tous les immeubles avoisinants étaient fixées des enseignes et des toiles de tente fichées dans le mur. Il en était de même des chéneaux. Les parois latérales vitrées translucides créaient moins le sentiment d'un enclos que la terrasse située en face, soit celle du Radar de poche. Pour le représentant de la ville en revanche, les deux parties latérales, entièrement vitrées, y compris le triangle du haut,

renforçaient la notion d'enclos, malgré la transparence. Le juge délégué a relevé que la sandwicherie située à côté du Madison était pourvue d'une toile de tente bleu foncé, dont le haut était également fixé contre le mur de l'immeuble. Cette toile comportait deux triangles latéraux s'arrêtant au niveau du sommet de la vitrine, ces deux triangles étant bleu foncé également, même si la partie inférieure était libre. Le représentant de la ville a fait observer que la terrasse du Madison ne pouvait pas être considérée comme une terrasse dite parisienne car elle aurait dû pour cela être fermée sur trois côtés. Or, la CMNS était opposée à toute terrasse parisienne en Vieille-Ville. De plus, l'instauration d'une telle terrasse requerrait une autorisation de construire. La terrasse du Madison ne comportait pas que des éléments mobiliers. Les recourants ont expliqué qu'au moment où ils avaient repris l'établissement, il existait une toile de tente dont le sommet était fixé comme maintenant tout le long de la façade, dans le mur. Remontée, la toile de tente entraînait dans un caisson métallique. Le juge a constaté qu'il en était de même pour toutes les arcades voisines. Les recourants ont indiqué qu'au moment où ils avaient repris l'établissement, ils avaient fait installer la tente actuelle, qui était soutenue tout le long de la façade par une partie métallique fixée dans le mur. La tente était rigidifiée par une barre métallique horizontale et deux sortes de pantographes permettaient de la remonter. Le représentant de la ville a admis que la partie située le long de la façade, fixée dans le mur et soutenant la toile de tente, ne pouvait pas être supprimée. En revanche, et selon lui, il faudrait dévisser toutes les parties verticales fixées dans le mur et enlever la ferronnerie supportant les triangles. Pour les recourants, il en résulterait des frais de démontage estimés à quelque CHF 3'000.- car le démontage annuel de la terrasse, de la barrière et du podium pour la course de l'Escalade leur coûtait chaque année CHF 2'000.-. Le juge a pu constater que lorsque les deux vitres latérales coulissaient pour être déployées et abriter les clients de la bise, lesdites vitres étaient totalement transparentes.

#### **E. 20**

Le 25 septembre 2012, le juge délégué a prié l'office du patrimoine et des sites de bien vouloir lui indiquer le nom et les coordonnées de la représentante du SMS qui s'était rendue sur place au 5, rue des Chaudronniers.

#### **E. 21**

Le 8 octobre 2012, il lui a été répondu que cette personne était Madame Arielle Denoréaz, soit la signataire des préavis du SMS du 19 décembre 2011 et de la SCMA des 28 juillet 2010 et 5 octobre 2011.

#### **E. 22**

Les parties ont renvoyé le procès-verbal dûment signé comme elles en étaient requises. Le 8 octobre 2012, la ville a ajouté des observations au sujet dudit procès-verbal. Les procédés de réclame et de store de la sandwicherie jouxtant le Madison n'étaient en l'état pas enregistrés et n'avaient pas fait l'objet d'une autorisation. Les triangles de la tente de la sandwicherie en question seraient vraisemblablement refusés par la CMNS, de tels retours l'ayant été pour le commerce Caran-d'Ache, situé sur la place du Bourg-de-Four.

#### **E. 23**

Sur quoi, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 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. Les recourants ont obtenu la

permission d'installer une terrasse d'été comportant un podium et une balustrade obstruant complètement le trottoir réservé aux piétons passant devant l'établissement et empiétant même quelque peu sur la chaussée. Cette installation ayant été autorisée, toute considération relative à l'éventuelle gêne qui en résulterait pour les piétons est irrelevante. 3. En application de l'art. 13 de la loi sur le domaine public du 24 juin 1961 (LDPu - L 1 05), intitulé « utilisation excédant l'usage commun », l'établissement de constructions ou d'installations permanentes ou non permanentes sur le domaine public, son utilisation à des fins industrielles ou commerciales ou toute autre occupation de celui-ci excédant l'usage commun sont subordonnés à une permission. Celle-ci est accordée par l'autorité communale qui administre le domaine public (art. 15 LDPu). Il incombe à cette dernière d'en fixer les conditions (art. 17 LDPu). Selon l'art. 4 du règlement concernant l'utilisation du domaine public du 21 décembre 1988 (RUDP - L 1 10.12), les demandes pour l'apposition de tout objet contre la façade d'un bâtiment doivent être accompagnées de l'accord du propriétaire ou de son mandataire. Quant au règlement sur les terrasses d'établissements publics de la ville (LC 21 312 - ci-après : le règlement), son art. 5 al. 3 prévoit que la ville élabore des lignes directrices afin d'illustrer les principes, notamment esthétiques, et l'art. 13 dudit règlement, intitulé « éléments mobiliers » dispose qu'« outre les tables, chaises, parasols, éventuellement panneaux porte-menu, seuls des meubles de service de petites dimensions seront admis dans le périmètre de la terrasse. Les dispositifs destinés à la vente à l'emporter, qui ne répondent pas à la vocation d'une terrasse, sont proscrits, au même titre que les haut-parleurs, sources de nuisances sonores ». Quant aux terrasses parisiennes, régies par les art. 17 et ss du règlement, elles nécessitent de requérir une autorisation de construire au sens de la LCI. 4. En l'espèce, il est admis que le propriétaire de l'immeuble dans lequel se trouve le Madison est l'hospice, et que l'immeuble est géré par le département, lequel a donné son accord à la présence de ladite terrasse. La ville n'allègue pas avoir élaboré des lignes directrices qui tendraient à interdire la pose d'éléments vissés dans la maçonnerie, dans la mesure où ceux-ci sont nécessaires et ne sont pas démontés chaque année ou chaque saison. Enfin, le représentant de la ville a bien dû convenir lors du transport sur place que les éléments permettant de fixer dans le mur de l'immeuble la tente de l'établissement devaient être considérés comme admissibles. Le chapitre 2 du règlement relatif aux terrasses d'été prévoit certes en son article 13 que dans le périmètre de la terrasse, seuls des objets mobiliers doivent s'y trouver, mais il permet néanmoins l'installation d'un podium, par nécessité fixe, conformément à l'art. 11. En l'espèce, seuls sont en cause les cadres métalliques soutenant les parois latérales vitrées, ces cadres métalliques formant cependant une seule structure avec le support de la tente, rigidifiant cette dernière. Il résulte du dossier, des constatations faites sur place par le juge délégué et des photographies produites par les recourants que cette structure amovible est entièrement transparente et qu'elle ne crée de ce fait pas un enclos. 5. Seule est en cause l'autorisation que les recourants ont été invités à déposer pour régulariser la pose de vitres latérales, dont la présence avait été constatée le 17 juin 2010 par un membre de la brigade du contrôle du domaine public de la ville. Or, les préavis émis par la SCMA les 28 juillet 2010 et 5 octobre 2010 (recte : 2011), auxquels il est encore fait référence dans le préavis du SMS du 19 décembre 2011, ce dernier étant bizarrement postérieur au refus de la ville, tous signés par Mme Denoréaz, la seule à s'être rendue sur place selon les dernières indications du SMS du 8 octobre 2012, reposent sur la constatation erronée que les structures vissées dans le mur de soubassement en pierres seraient démontées chaque saison, détériorant « toujours plus la façade ». Une telle considération ne correspond pas à

la réalité puisque les recourants ont déclaré sans être contredits que ces structures vissées étaient fixées en permanence dans le mur, l'installation n'étant démontée qu'une fois par année à l'occasion de la course de l'Escalade, sans pour autant que ces montants métalliques ne soient enlevés. En indiquant dans ses deux préavis défavorables qu'elle n'acceptait en aucun cas des éléments fixés sur les décors de façade, la SCMA a perdu de vue qu'elle émettait un préavis et que si elle était cohérente, ses considérations devraient également empêcher toute structure vissée dans la façade de toutes les toiles de tente de toutes les arcades de la rue des Chaudronniers notamment, sans qu'il soit possible de savoir quelle est la base légale sur laquelle reposerait une telle interdiction, l'art. 15 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05) auquel le préavis du SMS émis le 19 décembre 2011 se référait au motif que la construction nuirait, par ses dimensions, sa situation ou son aspect extérieur, au caractère ou à l'intérêt d'un quartier ou d'une rue, n'étant pas applicable, faute de demande d'autorisation de construire et le service ne disposant pas des compétences du département. 6. Selon une jurisprudence bien établie, chaque fois que l'autorité inférieure suit les préavis requis, la juridiction de recours doit s'imposer une certaine retenue, qui est fonction de son aptitude à trancher le litige (T. TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 168, n. 508 et la jurisprudence citée). Les autorités de recours se limitent à examiner si le département ne s'écarte pas 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 (ATA/649/2012 du 25 septembre 2012 ; ATA/147/2011 du 8 mars 2011 ; ATA/227/2010 du 27 avril 2010 ; ATA/646/1997 du 23 octobre 1997). Toutefois, si le préavis repose - comme en l'espèce - sur une prémisse erronée et que l'autorité de recours a elle-même procédé à un transport sur place, elle peut s'écarter des considérations émanant de l'autorité intimée et retrouve un plein pouvoir d'appréciation. 7. En l'espèce, le refus de la ville repose certes sur les préavis défavorables des services précités, dont l'un a été émis après le prononcé de la décision attaquée, de sorte qu'il ne peut plus être qualifié de préavis, mais ceux-ci ont été émis en fonction de considérations apparemment effectuées par une seule et même personne, et qui se sont avérées erronées. 8. En conséquence, le recours sera admis. Le jugement du TAPI, qui consacre un excès du pouvoir d'appréciation de l'autorité intimée, et la décision de la ville du 28 octobre 2011 seront annulés et la cause renvoyée à la ville pour qu'elle délivre l'autorisation sollicitée. Vu l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument. Une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée aux recourants, pris conjointement et solidairement, à charge de la ville (art. 87 LPA). \* \* \* \* \*

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