

GE_GERICHTE JTAPI/1445/2023 vom 21. Dezember 2023

GE Cour de justice, 2023-12-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_JTAPI_1445_2023

FR: GE_GERICHTE JTAPI/1445/2023 du 21 décembre 2023

IT: GE_GERICHTE JTAPI/1445/2023 del 21 dicembre 2023

Erwägungen

E. 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).

E. 2

Interjetés en temps utile et dans les formes prescrites devant la juridiction compétente par une association habilitée à recourir selon l'art. 145 al. 2 LCI ainsi que par des voisins directs du projet litigieux, les recours sont recevables au sens des art. 60 et 62 à 65 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

E. 3

a. Les recourants font grief à l'autorisation litigieuse de violer notamment l'art. 18 al. 1bis et al. 1ter de la loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage du 1er juillet 1966, (LPN - RS 451). Ils considèrent en substance que les parcelles concernées correspondent à une pelouse mi-sèche médio-européenne de type Mesobromion, figurant à l'annexe 1 de l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur la protection de la nature et du paysage (OPN - RS 451.1), dont le projet litigieux entraînerait la destruction irrémédiable. Ils reprochent en outre à l'autorité intimée d'avoir pris sa décision sans tenir compte de l'existence de ce biotope et donc en n'ayant procédé à aucune évaluation des différents intérêts en présence, en particulier s'agissant de l'intérêt public consistant à protéger la faune et la flore indigène, leur habitat naturel et la diversité biologique. Ils rappellent également l'engagement du canton de Genève en faveur de la préservation de la biodiversité. Selon eux, l'intérêt public contraire mis en avant par l'intimée est insuffisant, dans la mesure où les échanges de logements dont se prévaut cette dernière pourraient avoir lieu dans d'autres secteurs du canton. Ils soutiennent également que selon la

- 18/33 - A/1928/2021 jurisprudence du Tribunal fédéral, les circonstances du cas d'espèce devraient conduire le tribunal à relativiser la portée de l'affectation des parcelles concernées en zone villa, découlant de la loi par laquelle elles avaient été versées en zone villa en 1953. S'agissant des aménagements paysagers et des mesures d'optimisation proposées par l'intimée durant l'instruction de la présente cause, ils soutiennent que ces interventions ne contiennent aucune proposition de reconstitution de remplacement du biotope et ne visent qu'à tenter de minimiser, de manière très insuffisante, les destructions qu'engendrerait le projet. L'intimée soutient pour sa part, en substance, que les instances concernées ont préavisé le dossier en ayant une correcte appréciation du fait que la prairie litigieuse ne constitue pas un biotope digne de protection au sens de l'art. 18 al. 1bis LPN, ce que les

compléments d'instruction du dossier durant la présente procédure n'auraient fait que confirmer. Quoi qu'il en soit, selon les deux parties intimées, la pesée des intérêts en présence nécessiterait de prioriser le projet litigieux. Ce résultat s'imposerait d'autant plus au vu des mesures de protection proposées au terme de l'instruction de la présente procédure. b.a. Selon l'art. 18 LPN, la disparition d'espèces animales et végétales indigènes doit être prévenue par le maintien d'un espace vital suffisamment étendu (biotopes), ainsi que par d'autres mesures appropriées (al. 1). Il y a lieu de protéger tout particulièrement: les rives, les roselières et les marais, les associations forestières rares, les haies, les bosquets, les pelouses sèches et autres milieux qui jouent un rôle dans l'équilibre naturel ou présentent des conditions particulièrement favorables pour les biocénoses (al. 1bis). Si, tous intérêts pris en compte, il est impossible d'éviter des atteintes d'ordre technique aux biotopes dignes de protection, l'auteur de l'atteinte doit veiller à prendre des mesures particulières pour en assurer la meilleure protection possible, la reconstitution ou, à défaut, le remplacement adéquat (al. 1ter). b.b L'art. 18 al. 1ter LPN exige, une fois le caractère digne de protection reconnu au biotope, qu'une pesée générale de tous les intérêts soit effectuée. Si, sur cette base, le biotope ne l'emporte pas, il peut être décidé de lui porter atteinte. Dans un tel cas, il faut en assurer la meilleure protection possible, la reconstitution ou le remplacement adéquat (cf. art. 14 al. 7 OPN; ALEXANDRA GERBER, Protection des biotopes et compensation écologique en territoire urbanisé, DEP 2018 p. 503 ch. 2 et p. 505 s. ch. 4). En d'autres termes, cette disposition implique un raisonnement en trois étapes: en premier lieu la détermination de l'existence d'un biotope digne de protection, puis la justification de l'atteinte technique, et enfin seulement la détermination des mesures de reconstitution ou de remplacement (arrêts du Tribunal fédéral 1C_182/2022 du 20 octobre 2023 consid. 11.1 ; 1C_126/2020 du 15 février 2021 consid. 6.1 ; 1C_628/2019 du 22 décembre 2019 consid. 7.1).

- 19/33 - A/1928/2021 c. S'agissant de la première de ces trois étapes, la notion de biotope au sens de l'art. 18 al. 1bis LPN se rapporte à un espace vital suffisamment étendu, exerçant une certaine fonction (ATF 121 II 161 consid. 2b/bb p. 163 s. et la jurisprudence citée; arrêt 1C_739/2013 du 17 juin 2015 consid. 5.1 in RDAF 2016 I 357 et in DEP 2015 724). Hormis les biotopes d'importance nationale définis par l'art. 18a LPN et par les art. 16 et 17 de l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur la protection de la nature et du paysage (OPN - RS 451.1), il peut s'agir également de biotopes d'importance régionale et locale (art. 18b LPN), dont la protection, confiée aux cantons par cette dernière disposition, est une tâche fédérale déléguée par la Confédération (ATF 133 II 220 consid. 2.2 p. 223; Nina Dajcar, in Keller/Zufferey/Fahrländer, Kommentar NHG, 2ème éd., 2019, N 5 ad art. 18b LPN). Les critères déterminants pour qualifier les biotopes sont ceux de l'art. 14 al. 3 et 6 OPN. Selon l'art. 14 al. 3 OPN, les biotopes sont désignés comme étant dignes de protection sur la base de la liste des milieux naturels dignes de protection figurant à l'annexe 1, caractérisés notamment par des espèces indicatrices (let. a), des espèces de la flore et de la faune protégées en vertu de l'art. 20 OPN (let. b), des poissons et écrevisses menacés, conformément à la législation sur la pêche (let. c), des espèces végétales et animales rares et menacées, énumérées dans les Listes rouges publiées ou reconnues par l'OFEV (let. d) et d'autres critères, tels que les exigences des espèces migratrices ou la connexion des sites fréquentés par les espèces (let. e). L'annexe 1 à laquelle renvoie l'art. 14 al. 3 let. a OPN établit la liste des milieux naturels dignes de protection, parmi lesquels figure le Mesobromion, soit la pelouse mi-sèche médio-européenne. L'art. 20 al. 1 OPN, auquel renvoie l'art. 14 al. 3 let. b OPN, prévoit l'interdiction de cueillir, déterrer, arracher,

emmener, mettre en vente, vendre, acheter ou détruire, notamment par des atteintes d'ordre technique, les plantes sauvages des espèces désignées dans l'annexe 2. Celle-ci est intitulée « liste de la flore protégée » et recense l'ensemble des plantes concernées. Il convient de relever que, comme cela découle de la nature même des différents critères énoncés par l'art. 14 al. 3 let. a à e OPN, ceux-ci sont alternatifs et non pas cumulatifs. Il faut encore souligner que la définition d'un biotope au sens de l'art. 18 al. 1bis LPN ne doit pas être examinée uniquement à l'aune des dispositions ad hoc de niveau cantonal, mais en prenant en considération les dispositions de droit fédéral qui revêtent une portée propre et sont d'application directe. Il n'est pas non plus nécessaire que les biotopes dignes de protection soient formellement désignés et il est possible de déterminer leur existence et leur emplacement lors de la procédure de planification ou même encore au stade de l'autorisation de construire (arrêt 1C_653/2019 du 15 décembre 2020 consid. 3.6 et réf. cit.).

- 20/33 - A/1928/2021 c.a. En droit cantonal, la protection des milieux naturels fait l'objet du règlement sur la protection du paysage, des milieux naturels et de la flore du 25 juillet 2007 (RPPMF – L 4 05.11), conformément à son art. 1 al. 1 let. b. À teneur de ce règlement, sont qualifiés de biotopes dignes de protection les espaces spécialement favorables à la vie des espèces animales et végétales indigènes, notamment celles qui sont rares ou menacées de disparition, qui jouent un rôle important dans l'équilibre naturel, en particulier en tant que maillon de réseau écologique, ou qui présentent un intérêt particulier pour la science, l'enseignement et la population genevoise en général (art. 16 al. 1 RPPMF). Selon l'art. 26 RPPMF, dont le titre marginal est « protection totale », en plus des espèces protégées par la législation fédérale, toutes les espèces de la flore répertoriées dans une liste rouge cantonale et définies comme espèces éteintes (RE), en danger d'extinction (CR), en danger (EN) et vulnérables (VU) sont protégées, ainsi que leur station (al. 1). La protection totale implique qu'il est interdit de détruire, déraciner, cueillir, acquérir, détenir, transporter, expédier, mettre en vente, aliéner ou aider à écouler tout ou partie de ces espèces, ou tout produit (graines et fruits) de celles-ci (al. 2). La protection de la flore est également assurée par la protection des biotopes et par les mesures techniques visant à éviter des atteintes à ces espèces (al. 3). Si, tous intérêts pris en compte, il est impossible d'éviter des atteintes d'ordre technique, l'auteur de l'atteinte doit prendre les mesures de compensation appropriées, soit, par exemple, transplanter les espèces dans un autre site, sur la base d'un plan d'action validé par l'office cantonal (al. 4). d. S'agissant de la deuxième étape du raisonnement énoncé plus haut, qui se rapporte à la pesée des intérêts en présence, l'art. 14 al. 6 OPN précise qu'une atteinte d'ordre technique qui peut entraîner la détérioration de biotopes dignes de protection ne peut être autorisée que si elle s'impose à l'endroit prévu et qu'elle correspond à un intérêt prépondérant. Pour l'évaluation du biotope lors de la pesée des intérêts, outre le fait qu'il soit digne de protection selon l'art. 14 al. 3 OPN, sont notamment déterminantes son importance pour les espèces végétales et animales protégées, menacées et rares (let. a), son rôle dans l'équilibre naturel (let. b), son importance pour la connexion des biotopes entre eux (let. c) et sa particularité ou son caractère typique (let. d). La pesée des intérêts en présence ne permet pas de se contenter d'examiner si l'atteinte au biotope doit l'emporter sur la protection intégrale de ce dernier, mais également si le projet dont résulte cette atteinte peut être conçu différemment, de telle sorte que cette dernière pourrait être évitée ou du moins diminuée (Keller/Zufferey/Fahrländer, Kommentar NHG, 2ème éd., 2019, N 28 ad art. 18 LPN). Les mêmes auteurs considèrent toutefois l'intervention sur le projet lui-même également sous l'angle des mesures de protection prévue par l'art. 18 al. 1ter LPN (op. cit. N 35 – cf. ci-dessous consid. 3.e). La décision relative à l'admissibilité de l'atteinte suppose en

outre que les pertes qui en découlent soient connues ou qu'elles puissent au moins être estimées. À défaut, il n'est pas possible

- 21/33 - A/1928/2021 de procéder convenablement à la pesée des intérêts en présence (arrêt du Tribunal fédéral 1A.173/2001 du 26 avril 2002 consid. 4.6). En zone à bâtir, cette pesée des intérêts dépend encore de la question de savoir si, lors de l'adoption du plan d'affectation, l'existence et la valeur du biotope avaient été pris en considération. En effet, dans un arrêt 1C_126/2020 du 15 février 2021, le Tribunal fédéral, amené à examiner la question d'un contrôle incident d'un tel plan, a retenu que lorsque le planificateur n'avait pas connaissance du biotope, un contrôle incident limité du plan est admissible. Cela se traduit par le fait que, dans le cadre de l'examen de la protection du biotope, il y a lieu de relativiser – sans la négliger complètement – la portée de l'affectation préexistante en zone constructible de la parcelle (consid. 5.2.1). Cette relativisation de l'affectation en zone constructible, aux conditions précisées par l'arrêt susmentionné, trouve une confirmation indirecte, a contrario, dans un arrêt légèrement antérieur, dans lequel le Tribunal fédéral retenait que la parcelle litigieuse avait été placée en zone constructible en 2011, en connaissance de la présence du biotope concerné : cette circonstance accentuait la prise en considération des intérêts liés à cette affectation (arrêt du Tribunal fédéral 1C_653/2019 du 15 décembre 2020 consid. 3.6.2). e. La troisième étape du raisonnement susmentionné intervient lorsqu'au terme de la pesée des intérêts en présence, l'atteinte est considérée comme admissible. C'est alors que doivent être examinées les mesures prévues par l'art. 18 al. 1^{er} LPN, qui impose prioritairement que soit assurée au biotope la meilleure protection possible ou sa reconstitution et, à défaut, son remplacement adéquat (Thierry Largey, La protection des biotopes dans la zone à bâtir - Commentaire des arrêts du Tribunal fédéral 1C_126/2020 du 15 février 2021 et 1C_653/2019 du 15 décembre 2020, Droit de l'environnement dans la pratique 2021, pp. 359 et s). Le rapport entre la pesée des intérêts, qui fait l'objet de la deuxième étape du raisonnement, et les mesures compensatoires prévues par l'art. 18 al. 1^{er} LPN (examinées dans la troisième étape du raisonnement), peut-être délicat à appréhender. Le Tribunal fédéral admet ainsi la possibilité de prendre en considération les mesures compensatoires dans la pesée des intérêts « dans la mesure où le résultat de l'opération n'apparaît pas biaisé et où l'atteinte portée au biotope n'est pas minimisée » (arrêt 1C_126/2020 du 15 février 2021 cité plus haut, consid. 6.2.3 in fine). T. Largey, tout en s'interrogeant sur le risque de confondre, d'une part, l'analyse de l'admissibilité en soi du projet en regard des atteintes prévues au biotope et, d'autre part, les mesures compensatoires qui s'imposent lorsque cette admissibilité est reconnue (op. cit. p. 362), constate sur la base de différentes affaires portées à la connaissance du Tribunal fédéral, que « la compensation adéquate apparaît alors non pas comme un droit de porter atteinte, mais comme une condition nécessaire pour qu'une atteinte ne soit pas exclue sans autre analyse dans le cadre de la pesée d'intérêt initiale. Elle ne permet ainsi pas de justifier l'admissibilité une atteinte, mais conduit à l'exclure si elle n'est pas

- 22/33 - A/1928/2021 adéquate et suffisante. Une telle pratique est en particulier utile en présence de nombreux intérêts divergents et lorsqu'il s'agit de prendre en compte les effets du projet et des mesures compensatoires sur le long terme, dans le but toutefois de vérifier qu'elles sont adéquates et optimales et non de justifier ou admettre l'atteinte ». Les mesures prévues par l'art. 18 al. 1^{er} LPN, soit la meilleure protection possible, la reconstitution et les mesures compensatoires, ne sont pas interchangeables au choix du constructeur ou de l'autorité décisionnaire, mais s'imposent selon l'ordre de priorité découlant de cette

disposition, quand bien même elles peuvent également être combinées (Keller/Zufferey/Fahrländer, Kommentar NHG, 2ème éd., 2019, N 34 ad art. 18 LPN). C'est cependant en fonction de leur efficacité en regard des buts de la LPN, notamment à travers le temps, que ces différentes catégories de mesures sont concrètement priorisées dans chaque situation (eod. loc.). Selon T. Largey (op. cit. pp. 360 et s), qui s'appuie sur l'arrêt 1C_126/2020 du 15 février 2021, la « meilleure protection possible » du biotope au sens de l'art. 18 al. 1ter LPN est une concrétisation du principe de prévention (art. 11 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 - LPE - RS 814.01) et vise la limitation des atteintes « jusqu'aux limites de la proportionnalité et du techniquement possible », notamment en adaptant ou en modifiant la construction, ou encore en prévoyant des variantes, à l'instar du Tribunal fédéral qui, se distançant d'une solution du « tout ou rien », constate dans cet arrêt que les efforts entrepris pour dimensionner le projet de façon raisonnable apparaissent insuffisants et que si l'intérêt du propriétaire doit être protégé, il lui incombe de réduire l'emprise au sol de son projet pour mieux tenir compte du biotope qui s'y trouve. Keller/Zufferey/Fahrländer soutiennent la même conception, relevant que la « meilleure protection possible » relève tout d'abord de la possibilité d'éviter techniquement l'atteinte au biotope, mais également du fait d'accorder à ce dernier une importance prépondérante (op. cit. N 35 ad art. 18). Si, après que l'on ait veillé à ce que le projet apporte la « meilleure protection possible » au biotope, l'atteinte est impossible à éviter dans son intégralité, des mesures de remplacement doivent être ordonnées conformément à l'art. 18 al. 1ter in fine LPN afin de garantir l'équilibre biologique du projet (T. Largey, op. cit. p. 361). Les mesures de reconstitution prévues par cette disposition sont celles qui visent le remplacement de l'objet protégé au même endroit, dans l'ensemble de ses caractéristiques spatiales, paysagères, dynamiques et de fonction écologique, ce qui signifie qu'elles ne sont envisageables que pour des atteintes de nature temporaire et en fonction du temps qui s'avérera nécessaire pour permettre au milieu concerné de recouvrer les caractéristiques qui ont été perdues (Keller/Zufferey/Fahrländer, op. cit. N 36 ad art. 18 LPN). Enfin, les mesures compensatoires, qui n'interviennent qu'en dernier ressort, visent à réaliser à un

- 23/33 - A/1928/2021 autre endroit ce qu'il n'est pas envisageable ou possible de reconstituer sur place, en compensant les pertes sur le plan à la fois quantitatif et qualitatif (ibid. N 37 ad art. 18 LPN). f. Selon Keller/Zufferey/Fahrländer (op. cit. N 32 ad art. 18 LPN), le principe de coordination (art. 25a de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 - LAT - RS 700) impose de fixer, dans la mesure du possible, les mesures prévues par l'art. 18 al. 1ter LPN en même temps que l'autorisation d'intervention et d'assurer leur mise en œuvre. Dans le cas contraire, elles n'ont pas d'effet. Le Tribunal fédéral admet cependant, dans le cas de projets complexes, qu'une décision soit prise sur l'admissibilité d'un projet avant la décision sur les autres autorisations, s'il s'avère impossible de traiter dans une seule décision tous les aspects qui font l'objet d'une autorisation. Une telle procédure par étapes ne doit cependant être admise qu'à titre exceptionnel. Toutefois, dans de tels cas, la décision autorisant l'intervention technique sur un objet protégé doit garantir de manière juridiquement contraignante la réalisation des mesures de reconstitution ou de remplacement, ou du moins les réserver de manière appropriée (Keller/Zufferey/Fahrländer op. cit. N 32 ad art. 18 LPN, faisant référence à Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen, Reconstitution et remplacement en protection de la nature et du paysage, Guide de l'environnement No 11, OFEV, Berne 2002 :

la-nature-et-du-paysage.html ; consulté le 15 décembre 2023). g. Dans un très récent arrêt (1C_182/2022 du 20 octobre 2023), le Tribunal fédéral a précisé que selon la lettre de l'art. 18 al. 1ter in fine LPN, la pesée des intérêts, qui peut s'effectuer dans le cadre de la procédure d'autorisation ordinaire, même pour un biotope sis en zone à bâtir, doit être effectuée sans prendre en compte les mesures de compensation prévues, celles-ci ne devant être décidées que si l'atteinte au biotope en question est inévitable (consid. 11.1). Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a constaté que l'instance cantonale responsable de la protection de la biodiversité avait procédé à deux inspections locales et avait pris connaissance des rapports d'expertise qui discutaient, d'une part, de l'existence de différents biotopes dignes de protection sur la parcelle (cordon boisé et prairie mi-sèche médio-européenne) et, d'autre part, du réseau écologique dans lequel s'inscrivait cette parcelle et de son importance en terme de liaison écologique. Suite à ces rapports, cette instance avait revu sa première évaluation pour admettre l'existence de certains biotopes dignes de protection, tout en estimant que le solde de la parcelle, même s'il n'était pas dénué d'intérêt, n'était pas digne de protection. À cet égard, le Tribunal fédéral, qui devait s'imposer une certaine retenue dans l'examen des circonstances locales, a considéré que le raisonnement de la cour cantonale, qui avait suivi l'avis de l'instance concernée au sujet de la qualification et de la délimitation des biotopes, ne prêtait pas le flanc à la critique, de sorte que l'on ne pouvait retenir le grief des recourants sur le fait que la parcelle comprenait

- 24/33 - A/1928/2021 selon eux d'autres milieux dignes de protection (consid. 11.2). S'agissant de l'atteinte portée à la prairie mi-sèche médio-européenne, le Tribunal fédéral a ensuite constaté que l'instance cantonale de protection de la biodiversité avait préconisé que le projet soit, dans la mesure du possible, modifié de manière à ne pas porter atteinte au biotope. À cet égard, la seule affirmation, par la constructrice, que les constructions prévues empiétant sur ce biotope n'étaient pas déplaçables, sans explication supplémentaire, n'était pas suffisante. Sans indiquer en quoi la modification du projet n'était pas réalisable, la constructrice s'était contentée de proposer des mesures de compensation à l'autorité cantonale, qui semblait les avoir acceptées sans avoir procédé à un examen des intérêts en présence. Il fallait cependant admettre, comme l'avait fait la cour cantonale, que la parcelle en cause se situait dans une zone mixte de faible densité, dans un quartier résidentiel urbain. Ainsi, le projet répondait notamment à des intérêts publics de stabilité du plan et de densification du bâti vers l'intérieur. Il n'était pas non plus contesté que les propriétaires disposaient d'un intérêt à construire, en particulier sur une parcelle se trouvant en zone à bâtir. En outre, même si la parcelle se situait à proximité de secteurs naturels préservés, seules deux parties de la parcelle constituaient un biotope d'importance locale et le projet ne portait atteinte qu'à la prairie mi-sèche médio-européenne, tandis que le cordon boisé n'était pas touché. La cour cantonale avait retenu à cet égard que la réalisation d'une construction conforme à la destination de la zone, avec un nombre approprié de places de stationnement pour les automobiles et les vélos, et était difficilement concevable sans les aménagements litigieux. À cet égard, le Tribunal fédéral devait respecter la marge de manœuvre dont disposait le canton pour la pesée des intérêts en présence, notamment quant à la conclusion relative au fait qu'une atteinte pouvait être portée à la prairie mi-sèche médio-européenne (consid. 11.3). Cela étant, il convenait encore d'examiner si, comme le soutenaient les recourants, les mesures de compensation proposées par la constructrice par un courriel et approuvées par l'instance concernée le lendemain, à savoir le semi d'un mélange extensif dans la partie basse de la parcelle et un aménagement favorable aux reptiles des talus accolés aux places de stationnement, n'étaient pas appropriées. À ce sujet, l'office fédéral de

l'environnement (OFEV) avait estimé que les mesures de remplacement prévues par l'autorisation spéciale de l'instance de protection de la biodiversité n'étaient pas suffisamment précises. Elles n'étaient pas concrétisées dans un plan de mesures et la formulation de l'autorisation ne permettait pas de s'assurer que les mesures de compensation fassent partie intégrante de la décision autorisant le projet. L'OFEV faisaient encore valoir qu'il n'était pas possible, en l'état du dossier, de juger de l'adéquation quantitative des mesures proposées, dès lors que la taille des surfaces de remplacement demeurait inconnue. Le Tribunal fédéral a rappelé à ce sujet que la simple autorisation d'un projet ne permettait souvent pas d'atteindre, ou en tout cas pas de manière satisfaisante, les buts visés par le droit de la construction et l'aménagement du territoire. Plutôt que de rejeter la demande, l'autorité devait avoir la faculté d'ajouter à l'autorisation des clauses accessoires (conditions ou charges), qui complétaient, accompagnaient ou renforçaient les

- 25/33 - A/1928/2021 conclusions principales et qui, faisant dès lors partie intégrante de la décision, devaient pouvoir faire l'objet d'un recours. Cependant, pour qu'une charge soit exécutable, elle devait être décrite avec un certain degré de précision et son objet devait être clairement défini. Dans le cas d'espèce, l'autorisation spéciale se limitait à prévoir que la prairie impactée serait entièrement remplacée qualitativement et quantitativement, que le projet de remplacement serait présenté à l'instance de protection de la biodiversité et que la réalisation des mesures de remplacement serait une condition à la délivrance du permis d'habiter. En accord avec l'opinion exprimée par l'OFEV, il convenait de relever à ce sujet que ni l'autorisation spéciale, ni l'autorisation de construire ne décrivaient avec précision les mesures de remplacement prévues. Le fait qu'un échange ait lieu entre la constructrice et l'instance de protection de la biodiversité n'était à cet égard pas suffisant pour délimiter précisément l'objet des mesures prévues. En particulier, l'aspect quantitatif des mesures de remplacement n'était pas précisé dans l'autorisation de construire et restait par conséquent flou. En d'autres termes, la charge prévue par l'instance de protection de la biodiversité, à savoir de remplacer quantitativement et qualitativement la prairie impactée, se limitait à renvoyer à un stade ultérieur l'examen des détails de ces mesures. Elle n'était par conséquent pas assez précise pour être exécutée en l'état, ni pour permettre à l'autorité chargée de contrôler l'exécution des mesures de vérifier qu'elles répondent effectivement au but visé, à savoir la compensation de l'atteinte technique portée au biotope. Ces mesures devaient ainsi être concrétisées à ce stade dans leur emplacement et leur étendue, et intégrées à l'autorisation de construire afin de s'assurer de leur force juridique. Constatant sur ce point la violation de l'art. 18 al. 1^{ter} LPN, le Tribunal fédéral a partiellement admis le recours (consid. 11.4, 11.4.1 et 11.4.2).

E. 4

a. En l'espèce, conformément aux principes rappelés jusqu'ici, il convient en premier lieu de déterminer si les parcelles en cause abritent un ou des biotopes protégés au sens des art. 18 al. 1^{bis} LPN et 14 al. 3 OPN. Aussi bien dans sa réponse au recours, qui précédait les mesures d'instructions complémentaires effectuées au sujet de la biodiversité des parcelles litigieuses, que dans ses écritures du 2 décembre 2022, postérieures à ces mesures d'instruction, l'intimée conteste que ce soit le cas. Elle soutient que l'inventaire des valeurs biologiques de la plaine de l'Aire réalisé en 2019 avait déjà identifié les prairies sèches sur les parcelles en question et que les instances concernées, à savoir l'OCAN et en particulier la CCDB, avaient considéré que ces parcelles ne méritaient pas d'être protégées lorsqu'elles avaient préavisé le projet litigieux en juin 2020, puis en mars 2021. En outre, les expertises

de terrain complémentaires effectuées par le bureau S_____ en août 2021 et juin 2022 avaient certes répertorié plusieurs espèces figurant sur la liste rouge genevoise, mais seules celles qui avaient le statut « vulnérable » (VU) ou « en danger » (EN) étaient protégées au terme de l'art. 26 al. 1 RPPMF. Il s'agissait, pour la première de ces deux catégories, d'un plan d'ophrys abeille (*Ophrys apifera* Huds.), qui avait

- 26/33 - A/1928/2021 toutefois été localisé sur la parcelle n° 218, en dehors du périmètre visé par le projet litigieux, et, pour la seconde catégorie, de trois plants de marguerite (*Leucanthemum vulgare*) (deux à l'emplacement des futures constructions et le troisième à proximité). Par conséquent, il paraissait étonnant que l'on puisse considérer la prairie comme digne de protection parce qu'elle abritait trois plants de marguerite considérés comme en danger uniquement dans le canton de Genève, alors que cette espèce était non menacée pour la Suisse et le plateau suisse. b. Le tribunal relèvera tout d'abord que dans ses écritures du 13 janvier 2022, l'OCAN, sur la base du premier complément d'expertise du bureau S_____ (c'est-à-dire avant même le second complément de juin 2022 mettant en évidence davantage d'espèces protégées ou figurant sur listes rouges), a considéré que la prairie en question constituait un milieu digne de protection, auquel il n'était pas envisageable de porter atteinte sans mesures compensatoires au sens de l'art. 18 LPN. c. Indépendamment de cela, plusieurs motifs s'opposent à l'argumentation de l'intimée. c.a. Tout d'abord, il faut rappeler, comme souligné plus haut, que l'art. 14 al. 3 OPN dresse une liste de conditions alternatives (let. a à e) permettant de déterminer si l'on a affaire à un biotope digne de protection. À ce titre, un tel biotope n'a pas forcément à contenir des espèces protégées au sens de l'art. 20 OPN (art. 14 al. 3 let. b OPN), ni même des espèces rares ou menacées (art. 14 al. 3 let. d OPN), mais il suffit, s'il figure sur la liste des milieux naturels dignes de protection figurant à l'annexe 1 OPN, qu'il soit caractérisé notamment par des espèces indicatrices (art. 14 al. 3 let. a OPN). En l'espèce, selon le complément d'expertise établi par le bureau S_____ en juillet 2022, la prairie au Sud-Est du site, directement concernée par le projet litigieux, est une prairie mi-sèche de type Mesobromion. Elle correspond donc à un milieu naturel figurant à l'annexe 1 OPN. En outre, selon le même document, cette prairie comporte « une grande diversité d'espèces et avec une dominance d'espèces caractéristiques de ce type de milieu ». La conclusion de ce document retient que bien que « n'abritant que peu d'espèces de plantes rares, cette prairie présente un intérêt écologique important. En effet, elle est riche et diversifiée dans sa composition en espèces (...) ». Il découle de ce qui précède que cette prairie peut manifestement être considérée comme caractérisée par des espèces indicatrices au sens de l'art. 14 al. 3 let. a OPN. Par conséquent, à ce seul titre, il convient déjà de retenir qu'il s'agit d'un biotope digne de protection au sens de l'art. 18 al. 1ter LPN. c.b. Ensuite, le complément d'expertise établi par le bureau S_____ en juillet 2022 indique la présence sur le site d'un plant d'orchis pyramidal (*Anacamptis pyramidalis*) (quatre plants sur la parcelle voisine), plante qui appartient au genre des orchidacées. Or, l'annexe 2 OPN indique que toutes les espèces de ce genre appartiennent à la flore protégée. Ainsi, la prairie concernée, par renvoi de l'art. 20

- 27/33 - A/1928/2021 OPN à l'annexe 2, remplit-elle également le critère prévu par l'art. 14 al. 3 let. b OPN et doit également à ce titre être considérée comme un biotope digne de protection au sens de l'art. 18 al. 1ter LPN. S'agissant des insectes, le complément d'expertise établi par le bureau S_____ en juillet 2022 indique la présence sur le site d'une longue liste de lépidoptères et d'orthoptères qui figurent sur les listes rouges tenues par

l'OFEV (<https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/biodiversite/publications/publications-biodiversite/liste-rouge-papillons-diurnes-et-zygenes.html> ; <https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/biodiversite/publications/publications-biodiversite/liste-rouge-orthopteres.html> ; consultés le 15 décembre 2023). Le complément d'expertise susmentionné mentionne, s'agissant des lépidoptères, la « densité impressionnante des espèces communes (...). Plusieurs dizaines d'individus pour chacune des espèces ont pu être observés lors des passages (...). Ces densités démontrent la grande qualité de la prairie et son fort intérêt dans ce contexte périurbain ». S'agissant des orthoptères, ce même document relève que leur densité sur la parcelle concernée est nettement plus importante que dans la majorité des prairies agricoles du canton. Cette diversité élevée « peut aisément être comparée à des prairies agricoles de qualité, ce qui en fait donc, en contexte périurbain, un site de grande importance ». Par conséquent, la prairie concernée réalise également la condition prévue par l'art. 14 al. 3 let. d OPN, de sorte que, sous cet angle également, il s'agit d'un biotope digne de protection au sens de l'art. 18 al. 1ter LPN. c.c. Enfin, sous l'angle du droit cantonal, l'argumentation de l'intimée ne tient pas compte de l'art. 16 al. 1 RPPMF, qui ne limite pas la notion de biotope digne de protection à ceux qui contiennent des espèces protégées au sens de l'art. 26 al. 1 RPPMF, mais y intègre de manière beaucoup plus générale les « espaces spécialement favorables à la vie des espèces animales et végétales indigènes, notamment celles qui sont rares ou menacées de disparition, qui jouent un rôle important dans l'équilibre naturel, en particulier en tant que maillon d'un réseau écologique (...) ». Il suffit en l'occurrence de renvoyer aux extraits du complément d'expertise établi par le bureau S_____ en juillet 2022 déjà cités jusqu'ici pour se convaincre que la prairie concernée est un espace naturel de grande importance qui correspond manifestement à la notion de biotope digne de protection au sens de l'art. 16 al. 1 RPPMF. c.d. Le tribunal ajoutera pour terminer que même sous l'angle de l'art. 26 al. 1 RPPMF, il n'y aurait pas de raison de ne pas considérer la prairie comme un biotope digne de protection au motif qu'elle ne contiendrait qu'un seul plant de marguerite, espèce considérée comme en danger (EN) selon la liste rouge genevoise. Une telle conception irait à l'encontre de la lettre de la loi. En réalité, cette circonstance, s'il ne fallait considérer qu'elle, ne jouerait de rôle qu'au stade de la pesée des intérêts.

- 28/33 - A/1928/2021 d. Au terme de cet examen, force de constater que la prairie sur laquelle prendrait place le projet litigieux est un biotope digne de protection au sens de l'art. 18 al. 1ter LPN.

E. 5

Conformément aux principes énoncés plus haut, la deuxième étape de l'analyse consiste dès lors à examiner si l'autorité intimée a correctement apprécié et pondéré les intérêts en présence, afin de déterminer s'il était impossible d'éviter des atteintes d'ordre technique à ce biotope (art. 18 al. 1ter LPN). a. L'argumentation développée à ce sujet par l'intimée consiste à soutenir que les intérêts relatifs aux besoins de construire des logements peuvent primer sur ceux relatifs à la protection de la biodiversité. Elle rappelle que les villas qu'elle entend réaliser sur les parcelles en question sont un instrument de sa mission de fondation publique chargée, conformément à la Constitution cantonale, de développer la création de logements d'utilité publique, puisqu'elles serviront à reloger les propriétaires de villas occupant des parcelles dans des zones de développement à travers le canton. Ainsi, toujours selon la recourante, l'enjeu de la présente procédure ne se limite pas aux six villas prévues par l'autorisation querellée, mais porte sur le déblocage et la réalisation d'immeubles de

logements situés dans différents plans localisés de quartier en force, représentant plusieurs dizaines de logements à travers le canton. L'autorité intimée reprend en substance les mêmes arguments, précisant dans ses dernières écritures que, malgré les éléments mis en évidence durant la présente procédure, l'intérêt à la construction des six logements prévus doit l'emporter sur la protection du biotope. b. Cela étant, l'intimée souligne elle-même, comme déjà mentionné, que l'inventaire des valeurs biologiques de la plaine de l'Aire réalisé en 2019 avait déjà identifié les prairies sèches sur les parcelles en question et que les instances concernées, à savoir l'OCAN et en particulier la CCDB, avaient considéré que ces parcelles ne méritaient pas d'être protégées lorsqu'elles avaient préavisé le projet litigieux en juin 2020, puis en mars 2021. On ne saurait mieux dire, comme l'a d'ailleurs reconnu l'OCAN dans ses écritures du 13 janvier 2022, que le préavis favorable de cette instance (ainsi que de la CCDB) était fondé non pas sur une mésestimation de l'importance biologique et écologique de la prairie en question, mais, en réalité, sur l'absence pure et simple de considération de la prairie en tant que biotope digne de protection au sens de l'art. 18 al. 1ter LPN. Par voie de conséquence, en tant qu'elle s'est appuyée sur ces préavis, l'autorité intimée n'a tout simplement pas fait application de cette disposition, ni de son pouvoir d'appréciation que cette disposition lui commandait d'exercer au sujet des intérêts en présence. c. Conformément à la jurisprudence et à la doctrine citées plus haut, la pesée des intérêts au sens de l'art. 18 al. 1ter LPN aurait dû conduire l'autorité intimée non pas seulement à comparer les intérêts publics et privés justifiant le projet et les intérêts publics qui s'y opposaient, mais aurait également dû l'amener à examiner si le projet pouvait être conçu différemment, de telle sorte que l'atteinte au biotope

- 29/33 - A/1928/2021 qui en résultait pourrait être évitée ou du moins diminuée. Dans ce cadre, la recherche d'une solution ménageant au mieux les divers intérêts en présence, à rebours d'une solution du « tout ou rien », aurait dû amener l'autorité intimée à constater à tout le moins que l'intérêt public à la construction de nouveaux logements et l'intérêt privé de l'intimée ne justifiaient pas nécessairement de pousser aussi loin la densification de la parcelle, mais pouvaient au contraire subir quelques restrictions au stade de la conception même du projet (cf. ci-dessus consid. 3.e) et amener l'intimée, par exemple, à réduire le nombre de logements, à les superposer pour réduire l'emprise au sol, à empêcher à la source ou du moins à minimiser le plus possible des atteintes comme la pollution lumineuse (taille, orientation des ouvertures), etc. Or, en l'espèce, c'est précisément le contraire qui s'est produit entre les deux projets présentés respectivement dans le cadre de l'autorisation n° DD 5_____ délivrée en 2015 et de l'autorisation qui fait l'objet du présent litige, puisque, comme l'a explicitement exprimé l'intimée dans la présente procédure, elle a abandonné son premier projet, qui faisait pourtant l'objet d'une autorisation en force, dans l'espoir de pouvoir encore davantage densifier son terrain. C'est donc une aggravation des atteintes qui s'est produite entre les deux projets, à rebours de l'évolution qui aurait dû s'imposer en application de l'art. 18 al. 1ter LPN. d. C'est le lieu de relever que la position exprimée par l'OCAN dans ses écritures du 13 janvier 2022, consistant à soutenir qu'il conviendrait d'abord de vérifier si l'autorisation de construire devient définitive, puis à évaluer les atteintes qui en résulteraient pour le biotope, et enfin à prendre des mesures de protection ou de compensation, est totalement contraire aux prescriptions de l'art. 18 al. 1ter LPN. En effet, l'évaluation des atteintes que le projet est susceptible de faire subir au biotope fait intrinsèquement partie de la pesée des intérêts et précède donc la délivrance éventuelle de l'autorisation de construire. En outre, cette évaluation doit conduire les instances concernées et l'autorité décisionnaire à examiner avec le constructeur et éventuellement à lui imposer

une conception du projet qui mette en œuvre tous les moyens (dans une mesure financièrement et techniquement réaliste) propres à minimiser ces atteintes. Cette approche s'impose en amont des mesures de protection ou de compensation qui s'avéreront finalement encore nécessaires pour remédier autant que possible aux destructions qui n'auront pas pu être évitées. e. Une approche préservant davantage l'intérêt public à la protection de la nature aurait également dû s'imposer en regard de la jurisprudence commandant de relativiser l'affectation en zone constructible (cf. ci-dessus consid. 3.d in fine), puisqu'en l'espèce, cette affectation a vraisemblablement été décidée dans l'ignorance du biotope concerné (encore ignoré par les instances spécialisées durant l'instruction du projet litigieux).

- 30/33 - A/1928/2021 f. L'absence de pesée des intérêts se concrétise en l'espèce non seulement par le fait que les instances de préavis concernées et l'autorité intimée n'ont suscité aucune recherche de solution moins destructrice à l'égard du biotope, mais également par l'ignorance des pertes qui pouvaient découler du projet, lesquelles n'ont réellement été identifiées que dans le cadre du complément d'expertise établi par le bureau S_____ en juillet 2022 et n'ont donc pas pu être prises en considération aux fins de procéder convenablement à la pesée des intérêts en présence (cf. ci-dessus consid. 3.d). Il vaut la peine de relever qu'au terme de ce complément d'expertise, « tout nouveau projet de construction apporterait une augmentation de la pollution lumineuse (...) sur les terrains de chasse (...) des chiroptères, ce qui aurait un impact important sur les espèces lucifuges » (pp. 12 et s). En outre, « tout projet de construction diminuerait l'espace disponible pour les déplacements de la faune, particulièrement pour les espèces des milieux ouverts, ce qui augmenterait l'isolation [sic] de la faune urbaine » (p. 13). Enfin, « un projet de construction sur ce site entraînerait de façon directe une disparition quasi totale de la faune entomologique prairiale du site. Il y aurait aussi des impacts indirects sur la faune présente plus largement dans la zone par le rétrécissement du corridor écologique de l'Aire et l'apport de pollution lumineuse aux abords directs du cordon boisé » (p. 13). L'audition du directeur du service de la biodiversité, le 12 janvier 2023, n'a fait que confirmer la quasi-impossibilité de préserver convenablement le biotope, dont la seule partie subsistante en cas de réalisation du projet, située en zone plate et ombragée, ne représente pas le cœur de la prairie, situé en pente et en zone ensoleillée. L'ignorance, au stade de la conception du projet, de l'existence d'un biotope protégé et des atteintes qu'il subirait, aboutit ainsi à une situation clairement contraire à la logique de l'art. 18 al. 1^{er} LPN, dans laquelle, à titre d'exemple, les parties intimées sont amenées à proposer au terme de la présente procédure des mesures visant à remédier à la pollution lumineuse provenant notamment des très larges baies vitrées qui ouvriraient sur la prairie. g. Enfin, indépendamment du fait que des mesures de protection ne peuvent que compléter la pesée des intérêts, mais qu'en aucun cas elles ne sauraient avoir vocation à s'y substituer (cf. ci-dessus consid. 3.e) et que par conséquent, celles proposées par l'intimée au terme de la présente procédure ne peuvent de toute façon pas être prises en compte, il s'avère que ces dernières sont quoi qu'il en soit très largement insuffisantes. En effet, ainsi que cela résulte des éléments rappelés ci-dessus, le projet litigieux entraînerait la destruction de la prairie sur une très grande partie de sa surface, de même que la disparition de la quasi-totalité de la faune entomologique présente, la disparition d'espèces florales figurant sur les listes rouges fédérales et cantonales, et enfin le recul de fonctions écologiques auxquelles contribue la prairie dans ce périmètre (terrain de chasse pour les chiroptères, déplacements de la faune et corridor écologique de l'Aire). Les mesures de protection proposées par l'intimée, qui pour la plupart (plan d'eau pour

amphibiens et libellules, préservation des oiseaux contre les collisions avec les vitres, plantation d'arbres et buissons, végétalisation des toitures) mettent en avant

- 31/33 - A/1928/2021 des objectifs ou des effets complètement étrangers aux spécificités de la prairie, ne permettraient, pour les autres mesures proposées, de réduire que de façon extrêmement limitée les atteintes portées à ce qui subsisterait de la prairie. Parallèlement, même à ce stade du dossier, force est de constater que l'autorité intimée s'est contentée d'appuyer les propositions de l'intimée, mais qu'elle n'a d'aucune manière tenté de favoriser certaines des autres mesures prévues par l'art. 18 al. 1^{er} LPN, qui devraient de toute manière s'imposer en cas d'atteinte sévère au biotope. Hormis des mesures de reconstitution, peu ou pas adaptées en raison du caractère pérenne de telles atteintes, des mesures de compensation sur un autre site (idéalement situé à proximité) devraient être étudiées. Quelles que soient les prérogatives du tribunal au sujet de la possibilité d'assortir la décision litigieuse de charges supplémentaires, les mesures qui s'avèreraient nécessaires en l'espèce dépassent de loin de simples charges et devraient faire l'objet d'études garantissant leur efficacité et leur faisabilité juridique (localisation et maîtrise de terrains, etc.). h. Pour toutes ces raisons, l'autorisation litigieuse s'avère contraire à l'art. 18 al. 1^{er} LPN et devra être annulée, les recours étant ainsi admis.

E. 6

Il n'est par conséquent pas utile d'examiner les autres griefs des recourants

E. 7

a. 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), l'intimée, qui succombe, est condamnée au paiement d'un émolument s'élevant à CHF 4'000.- qui tient compte notamment de l'ampleur de l'instruction. b. Les avances de frais versées par les recourants leur seront restituées. c. Vu l'issue du litige, une indemnité de procédure de CHF 3'000.-, à la charge de l'intimée, sera allouée à la recourante dans la procédure initiale A/7_____ et une indemnité de procédure de CHF 3'000.-, à la charge de l'intimée, sera allouée aux recourants dans la procédure initiale A/8_____, ces derniers étant pris ensemble pour le versement de cette indemnité (art. 87 al. 2 à 4 LPA et 6 RFPA).

- 32/33 - A/1928/2021

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