

# GE\_GERICHTE ATA/1202/2021 vom 9. November 2021

GE Cour de justice, 2021-11-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_1202\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1202_2021)

FR: GE\_GERICHTE ATA/1202/2021 du 9 novembre 2021

IT: GE\_GERICHTE ATA/1202/2021 del 9 novembre 2021

## Regeste

Résumé: Lorsqu'une modification d'un emplacement d'un gabarit constitue une adaptation technique mineure et qu'un déplacement d'un garde-corps n'implique pas de modifier sensiblement un projet de construire autorisé, exiger de la personne requérante de présenter un projet modifié qui serait soumis à toute la procédure de demande d'autorisation de construire est contraire au principe de la proportionnalité et de celui de l'économie de la procédure.

## Erwägungen

### E. 12

septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

M. A\_\_\_\_\_ fait grief au TAPI d'avoir violé son droit d'être entendu dans la mesure où les premiers juges ont fondé leur jugement sur le dépassement du garde-corps du gabarit légal, alors que cette question n'avait, selon lui, été soulevée par aucune des parties.

a. La portée du droit d'être entendu et les modalités de sa mise en œuvre sont déterminées en premier lieu par le droit cantonal, dont le Tribunal fédéral examine l'application sous l'angle de l'arbitraire. Dans le cas où la protection que ce droit accorde se révèle insuffisante, l'intéressé peut invoquer directement l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), qui constitue ainsi une garantie subsidiaire et minimale. Le droit d'être entendu se rapporte surtout à la constatation des faits. Le droit des parties d'être interpellées sur des questions juridiques n'est reconnu que de manière restreinte, lorsque l'autorité concernée entend se fonder sur des normes légales dont la prise en compte ne pouvait pas être raisonnablement prévue par les parties, lorsque la situation juridique a changé ou lorsqu'il existe un pouvoir d'appréciation particulièrement large. Le droit d'être entendu ne porte en principe pas sur la décision projetée. L'autorité n'a donc pas à soumettre par avance aux parties, pour prise de position, le raisonnement qu'elle entend tenir (ATF 145 I 167 consid. 4.1 et les références citées). Cependant, à titre exceptionnel, il convient d'interpeller les parties lorsque le juge envisage de fonder sa décision sur une norme ou une considération juridique qui n'a pas été évoquée au cours de la procédure et dont les parties ne pouvaient pas supputer la pertinence (ATF 145 I 167 consid. 41 ; 145 IV 99 consid. 3.1 ; 131 V 9 consid. 5.4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_761/2017 du 25 juin 2018 consid. 3.1, non publié aux ATF 144 II 386). Le droit d'être entendu implique alors de donner au justiciable la possibilité de se déterminer à ce sujet (ATF 145 I 167 consid. 41 ; 131 V 9 consid. 5.4.1). Pour la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : la CourEDH), ce principe découle des règles du procès équitable (art. 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 - CEDH - RS 0.101) et, en particulier, des principes du contradictoire et

de l'égalité des armes qui en découlent. Les tribunaux ne doivent pas se fonder sur des éléments de fait ou de droit qui n'ont pas été discutés durant la procédure et qui donnent au litige une tournure que même une partie diligente n'aurait pas été en mesure d'anticiper. La question déterminante est de savoir si une partie avait été « prise au dépourvu » par le fait que le tribunal a fondé sa décision sur un motif invoqué d'office (ACEDH Rivera Vazquez et Calleja Delsordo c. Suisse du

- 11/16 - A/817/2020 22 janvier 2019, req. n° 65048/13, § 41 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_654/2018 du 20 février 2019 consid. 4.1).

b. En l'espèce, le TAPI a fondé son raisonnement sur l'art. 61 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05) consacré aux dimensions des gabarits. Dans leur recours auprès des premiers juges, les consorts ont soulevé la question du calcul des gabarits. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de considérer que l'argumentation du TAPI aurait « pris au dépourvu » le recourant. Au demeurant, devant la chambre de céans qui dispose du même pouvoir d'examen que le TAPI, celui-ci a eu l'occasion de développer ses arguments sur la question, de sorte qu'une éventuelle violation de son droit d'être entendu a été réparée.

Son grief sera dès lors écarté. 3)

L'objet du litige porte sur la question de savoir si l'implantation du garde-corps sur la dalle de couverture de l'étage du bâtiment à construire viole les dispositions légales applicables aux gabarits.

Les griefs matériels invoqués par la commune dans ses observations du 20 mai 2021 (violation de l'art. 59 al. 4 LCI, violation de l'art. 59 al. 8, 9 et 10 LCI) écartés par le TAPI et qui n'ont pas fait l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative dans le délai légal, sont irrecevables dans la mesure où ils sont tardifs, le droit administratif ne connaissant pas l'institution du recours joint (ATA/955/2021 du 16 septembre 2021 consid. 2d ; ATA/531/2021 du 18 mai 2021 consid. 2). 4) a. Aux termes de l'art. 11 al. 4 LCI, le département peut, après consultation de la CA, autoriser un dépassement du gabarit prescrit par la loi lorsque les constructions prévues sont édifiées sur des terrains dont la surface libre est suffisante pour préserver les voisins des inconvénients que pourrait impliquer le supplément de hauteur (let. a), n'excèdent pas l'indice d'utilisation du sol qui résulterait de la stricte application de la loi (let. b), ne nuisent pas à l'harmonie de la silhouette de l'agglomération ni à la perception de sa topographie (let. c), se justifient par leur aspect esthétique et leur destination et sont compatibles avec le caractère, l'harmonie et l'aménagement du quartier (let. d). Afin de permettre des solutions architecturales particulières et améliorer l'insertion dans le site, le département peut, après consultation de la CA, autoriser l'application de gabarits différents sur les faces d'une construction (art. 11 al. 6 LCI).

b. À teneur de l'art. 60 al. 1 LCI, applicable à la cinquième zone, les constructions ne doivent en aucun cas dépasser un gabarit limité par un alignement et une ligne verticale de façade dont la hauteur est définie à l'art. 61 LCI. Le même gabarit doit être appliqué à toutes les faces d'une construction, à l'exception des murs en attente (al. 2). Aux termes de l'art. 61

- 12/16 - A/817/2020 al. 2 LCI, à front ou en retrait des voies publiques ou privées, la hauteur du gabarit ne peut dépasser la moitié de la distance fixée entre alignements

augmentée de 1 m ( $H \leq \frac{1}{2} D + 1$ ). L'al. 3 de cette disposition prévoit que la hauteur du gabarit est calculée, par rapport aux limites de propriétés privées, conformément aux dispositions de l'article 69 ( $H \leq D + 1$ ). La hauteur de la ligne verticale du gabarit ne peut dépasser nulle part 10 m au niveau supérieur de la dalle de couverture (art. 61 al. 4 phr. 1 LCI). Les constructions peuvent être couvertes par une toiture en terrasse ou par un toit dont la pente ne peut excéder 35°. Des dérogations peuvent toutefois être accordées, sur préavis de la commission d'architecture, si des motifs d'esthétique le justifient (art. 64 al. 1 LCI). Selon, l'art. 69 al. 1 LCI, lorsqu'une construction n'est pas édifiée à la limite de propriétés privées, la distance entre cette construction et la limite doit être au moins égale à la hauteur du gabarit diminuée de 1 m ( $D \geq H - 1$ ). D'après l'art. 20 al. 1 du règlement d'application de la LCI du 27 février 1978 (RCI - L 5 05.01), pour le calcul du gabarit, le point de référence au sol est mesuré conformément aux dispositions du plan d'aménagement ou des prescriptions du département ou, à défaut, à partir du niveau moyen du terrain naturel adjacent. En cinquième zone, le gabarit est mesuré du niveau indiqué à l'art. 20 RCI et jusque au-dessus de la dalle brute de couverture du dernier étage lorsqu'il s'agit d'un toit plat (art. 20 al. 2 let. c RCI). Les installations techniques situées au-dessus de la dalle de couverture doivent être inscrites à l'intérieur du gabarit de toiture (art. 27 al. 1 RCI). Sur préavis de la commission d'architecture, le département peut déroger à la règle prévue à l'al. 1 pour les machineries d'ascenseur et les bouches de canaux de ventilation, pour autant que celles-ci soient contenues à l'intérieur des pentes de 35° (art. 27 al. 2 RCI).

c. Pour satisfaire au principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.), il faut que la décision prononcée soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude), que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité) et qu'il existe un rapport raisonnable entre le but d'intérêt public recherché par cette mesure et les intérêts privés en cause, en particulier la restriction à la liberté personnelle qui en résulte pour la personne concernée (principe de la proportionnalité au sens étroit ; ATF 136 IV 97 consid. 5.2.2). Le principe de l'économie de la procédure exige des tribunaux de trancher uniquement des questions concrètes et non de prendre des décisions à caractère théorique (ATF 140 IV 74 consid. 1.3.1 = JdT 2014 IV 289 ; ATA/1094/2020 du 3 novembre 2020 consid. 2 ; ATA/1011/2016 du 29 novembre 2016 consid. 2b)

d. En l'espèce, après une instruction du dossier ayant donné lieu au dépôt de plusieurs projets remaniés suite à des préavis précédents, dans lesquels elle avait formulé plusieurs demandes de compléments, la CA a émis un préavis favorable à la demande d'autorisation de construire sans émettre ni réserves ni conditions s'agissant du dépassement du gabarit légal sur la façade ouest. L'examen des préavis successifs de la CA montre que celle-ci a étudié le projet contesté avec

- 13/16 - A/817/2020 diligence, étant relevé que le garde-corps en cause figurait sur les plans qu'elle a examinés et validés.

Dans ses écritures devant la chambre de céans, le DT a soutenu que, dans sa pratique constante, les garde-corps ne sont pas pris en considération dans le calcul des gabarits. Il a aussi, reprenant la jurisprudence de la chambre de céans (ATA/414/2017 du 11 avril 2017), relevé que ceux-ci pouvaient être considérés comme des prolongements d'un mur en attente, à l'instar des brise-vues ou une végétation dense qui ne sont pas pris en considération lors du calcul des gabarits légaux.

Pour lui, en prenant le garde-corps comme référence pour le calcul des gabarits légaux, le TAPI a appliqué de manière erronée les dispositions légales topiques en la matière et a considéré à tort les gabarits comme non respectés. Dans ses écritures, M. A\_\_\_\_\_ a souligné également que l'implantation des garde-corps ne devait pas entrer dans le calcul des gabarits légaux. Pour procéder au calcul des gabarits, il faudrait, selon lui, prendre en considération la dalle brute de couverture uniquement. Selon la commune et les consorts, le garde-corps en cause doit être pris en considération dans le calcul des gabarits. La commune a relevé qu'appliquer une couche d'isolation ou un revêtement d'étanchéité sur une dalle de couverture n'équivaut pas à ériger un garde-corps, dans la mesure où celui-ci présente une hauteur supérieure et a un impact visuel évident. Pourtant, dans ses différents préavis défavorables du 28 août 2018, 12 février, 5 juin et

#### **E. 14**

août 2019, elle n'a pas requis d'adaptation s'agissant du garde-corps en cause. Les consorts, quant à eux, n'ont pas devant le TAPI explicitement mis en cause cette implantation. Ils ont contesté les gabarits uniquement sous l'angle de l'attaque.

Le garde-corps concerné figurait sur les plans autorisés par le DT. Son emplacement n'a pas dû échapper à l'examen des diverses autorités de préavis. Le département a pris pour référence la dalle de couverture pour octroyer l'autorisation de construire. Aucun élément au dossier ne démontre que les services consultés et les consorts qui, n'ont pas de manière explicite soulevé cette question devant le TAPI, aient procédé à la même analyse que le DT.

Le TAPI a retenu que l'implantation du garde-corps pourrait être aisément corrigée, la modification technique et architecturale à apporter étant facile à réaliser. Le DT, autorité compétente pour délivrer l'autorisation, est favorable à une correction de l'implantation du garde-corps sans passer par le dépôt d'un dossier modifié. Pour lui, au lieu d'annuler l'autorisation de construire en raison d'une problématique mineure d'emplacement d'un garde-corps, le TAPI aurait pu ajouter une condition supplémentaire à l'autorisation de construire de reculer celui-ci pour s'inscrire dans les maxima des gabarits légaux. La largeur de la terrasse utilisable peut en effet être réduite en déplaçant l'implantation du garde-corps en retrait de la façade de l'étage concerné et de la parcelle voisine.

- 14/16 - A/817/2020

En tenant compte des diverses observations exprimées, la modification de l'emplacement du gabarit en cause constitue une adaptation technique mineure au sens de la jurisprudence (arrêt du Tribunal fédéral 1C\_249/2015 du 15 avril 2016 consid. 6.2.1). Le déplacement du garde-corps en cause n'implique en effet pas un « projet sensiblement différent » de celui autorisé, ni « une adjonction au projet initial d'un ouvrage séparé et d'une certaine importance », comme le souligne le recourant, qui nécessiterait, comme l'a retenu le TAPI, de déposer un projet modifié, réclamé par la commune et les consorts. Renvoyer le dossier de la cause au DT et exiger du recourant la présentation d'un projet modifié qui serait soumis à toute la procédure de demande d'autorisation de construire pour une modification technique mineure serait contraire au principe de la proportionnalité, au vu de toutes les circonstances susmentionnées, et de celui de l'économie de la procédure.

Partant, le grief des recourants est fondé. 5)

Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission des recours.

Le jugement du TAPI sera dès lors annulé. Il sera donné acte au recourant de son engagement à reculer le garde-corps disposé à l'étage, culminant à l'altitude de 437,90 m et qui dépasse le gabarit légal sur une longueur d'environ 7 m, le long de la façade ouest, pour l'inscrire dans les maxima des gabarits légaux. L'autorisation de construire DD 2 \_\_\_\_\_ sera soumise à la condition de reculer le garde-corps susindiqué pour l'inscrire dans les maxima des gabarits légaux, le recourant devant modifier l'emplacement projeté sur la coupe D-D de ses plans (ATA/439/2005 du 21 juin 2005 consid. 6). L'autorisation de construire DD 2 \_\_\_\_\_ sera confirmée pour le surplus 6)

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- chacun sera mis à la charge solidaire des consorts et de la commune intimée, qui succombent (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de CHF 1'000.- sera octroyée au recourant à la charge, pour moitié chacun, des consorts pris solidairement entre eux d'une part, et de la commune intimée d'autre part. Aucune autre indemnité ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

- 15/16 - A/817/2020

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