

# **GE\_GERICHTE ATA/874/2020 vom 8. September 2020**

GE Cour de justice, 2020-09-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_874\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_874_2020)

FR: GE\_GERICHTE ATA/874/2020 du 8 septembre 2020

IT: GE\_GERICHTE ATA/874/2020 del 8 settembre 2020

## **Regeste**

Résumé: Le refus de la construction d'une palissade anti-bruit végétalisée sur un mur de soutènement est conforme au droit. La hauteur finale de la palissade atteint à l'endroit le plus haut plus du double de la limite de 2 m prévue par la loi. Le caractère privé du jardin de l'intimé peut être sauvegardé par le mur de soutènement seul ou encore par les nombreux arbres feuillus se trouvant juste derrière la palissade litigieuse, dans le jardin de l'intimé. Son intérêt privé doit céder le pas à l'intérêt public visant à éviter une prolifération de murs séparatifs en zone villa. L'ordre de remise en état est conforme au principe de la proportionnalité. Recours admis.

## **Erwägungen**

### **E. 12**

septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 1 de l'ordonnance du Conseil fédéral sur la suspension des délais dans les procédures civiles et administratives pour assurer le maintien de la justice en lien avec le coronavirus [COVID-19] du 20 mars 2020 - RS 173.110.4). 2)

L'intimé sollicite un transport sur place afin que la chambre administrative puisse se faire sa propre opinion de l'intégration de la paroi anti-bruit végétalisée.

a. Le droit d'être entendu, 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), comprend le droit pour l'intéressé de prendre connaissance du dossier, de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat. Il n'empêche toutefois pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son

- 13/20 - A/2503/2019 opinion (ATF 143 III 65 consid. 3.2 ; 142 II 218 consid. 2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D\_42/2019 du 25 mars 2020 consid. 3.1).

b. En l'espèce, le dossier contient les plans, ainsi que l'ensemble de l'argumentation déployée et des pièces versées par les parties. En outre, étant relevé que certains éléments ressortent du système d'information du territoire genevois (SITG, accessible en ligne à l'adresse <http://ge.ch/sitg>), le TAPI a procédé à un transport sur place. Des photographies ont été prises alors et sont intégrées au procès-verbal, si bien que la chambre administrative est en mesure de se représenter correctement la situation.

Il ne sera par conséquent pas donné suite à la requête de l'intimé. 3)

Le litige porte sur la conformité au droit du jugement du TAPI annulant l'ordre de suppression de la palissade anti-bruit végétalisée, délivré par le département. 4)

En vertu de l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b) ; les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (al. 2), non réalisée dans le cas d'espèce. 5)

Le recourant estime que le TAPI ne pouvait pas considérer que le mur de soutènement précédait la construction de la villa.

a. Selon l'art. 19 LPA, l'autorité établit les faits d'office. Elle n'est pas limitée par les allégués et les offres de preuves des parties. À teneur de l'art. 20 al. 1 LPA, l'autorité réunit les renseignements et procède aux enquêtes nécessaires pour fonder sa décision. Elle apprécie les moyens de preuve des parties. Aux termes de l'art. 67 al. 1 LPA, dès le dépôt du recours, le pouvoir de traiter l'affaire qui en fait l'objet passe à l'autorité de recours.

Selon la maxime inquisitoire, qui prévaut en particulier en droit public, l'autorité définit les faits pertinents et ne tient pour existants que ceux qui sont dûment prouvés. Cette maxime oblige notamment les autorités compétentes à prendre en considération d'office l'ensemble des pièces pertinentes qui ont été versées au dossier (ATA/1411/2017 du 17 octobre 2017 consid. 3a et les arrêts cités). Par ailleurs, en procédure administrative, la constatation des faits est gouvernée par le principe de la libre appréciation des preuves (ATF 139 II 185 consid. 9.2 ; 130 II 482 consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_119/2017 du 19 mai 2017 consid. 2.2.2 ; ATA/659/2017 du 13 juin 2017 consid. 2b et les références citées). Le juge forme ainsi librement sa conviction en analysant la force probante des preuves administrées et ce n'est ni le genre, ni le nombre des

- 14/20 - A/2503/2019 preuves qui est déterminant, mais leur force de persuasion (ATA/659/2017 du

### **E. 13**

juin 2017 consid. 2b).

Ce principe n'est pas absolu, sa portée étant restreinte par le devoir des parties de collaborer à la constatation des faits dans les procédures qu'elles introduisent elles-mêmes, dans celles où elles y prennent des conclusions indépendantes ainsi que dans les autres cas prévus par la loi, conformément à l'art. 22 LPA. Le devoir des parties de collaborer à la constatation des faits comprend en particulier l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (arrêts du Tribunal fédéral 8C\_1034/2009 du 28 juillet 2010 consid. 4.2 ; 9C\_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 3.3.2. ; ATA/1411/2017 précité consid. 3a ; ATA/573/2015 du 2 juin 2015 consid. 5a).

b. Conformément à l'art. 68 LPA, sauf exception prévue par la loi, le recourant peut invoquer, au stade du recours, des motifs, des faits et des moyens de preuves nouveaux qui ne l'ont pas été dans les précédentes procédures.

c. En l'occurrence, lors du transport sur place du 27 janvier 2020, l'intimé a expliqué que le mur de soutènement entre sa propriété et celle de sa sœur datait d'en tout cas quarante ans.

Le département n'a pas contesté cette assertion avant le prononcé du jugement du TAPI querellé, lequel retient dans sa subsomption que le mur de soutènement précédait la construction de la villa et que l'intimé n'avait pas construit ce mur.

Dans son recours, le département, photographies aériennes datant de 2005 et 2009 à l'appui, soutient que ledit mur a été érigé en même temps que les palissades, ce que conteste l'intimé, pièces à l'appui.

Dans la mesure où l'art. 68 LPA prévoit que les moyens de preuve nouveaux sont recevables dans le cadre de la procédure de recours par-devant la chambre de céans et que la LCI ou le RCI ne prévoient pas d'exception, la problématique de la date de construction du mur de soutènement sera analysée dans le cadre du présent arrêt, pour autant que la question soit utile à la solution du litige. 6) a. Sur tout le territoire du canton, nul ne peut, sans y avoir été autorisé, notamment, élever en tout ou partie une construction ou une installation, notamment un bâtiment locatif, industriel ou agricole, une villa, un garage, un hangar, un poulailler, un mur, une clôture ou un portail (art. 1 al. 1 let. a LCI).

Dès que les conditions légales sont réunies, le département est tenu de délivrer l'autorisation de construire (art. 1 al. 6 LCI).

b. Les murs en bordure d'une voie publique ou privée, ou entre deux propriétés ne peuvent, dans la mesure où ils sont autorisés, excéder une hauteur de 2 m. Le

- 15/20 - A/2503/2019 département peut exiger que les ouvrages autorisés soient distants jusqu'à 1.20 m du bord d'une voie publique ou privée. Il peut, en outre, exiger la plantation de végétation (art. 112 LCI).

L'un des buts poursuivis par l'art. 112 LCI est la préservation du caractère privé des jardins (ATA/20/2015 du 6 janvier 2015 consid. 8 et l'arrêt cité ; MGC 1961 II 1314).

c. En 5ème zone, « sous réserve des murs de soutènement et des murets de 80 cm de hauteur au maximum, le département peut refuser les murs séparatifs qui ne sont pas intégrés à un bâtiment » (art. 79 LCI).

L'art. 79 LCI a été introduit lors de la modification de la LCI en 1988. Il concrétise une volonté d'éviter la prolifération de murs en 5ème zone, dont la justification n'est pas établie et qui seraient nuisibles à l'environnement et à l'esthétique des lieux (MGC 1988/II 1643). Il a été convenu, dans le rapport de la commission parlementaire, que le département ne refuserait les murs séparatifs que si ceux-ci faisaient l'objet d'un préavis négatif de la commission consultative compétente ou si le requérant n'apportait pas de justifications suffisantes à leur réalisation (MGC 1988/II 1628 ; ATA/1828/2019 du 17 décembre 2019 consid. 7c et l'arrêt cité confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 1C\_89/2020 du 23 juillet 2020).

d. Selon l'art. 15 LCI, le département peut interdire ou n'autoriser que sous réserve de modification toute construction qui, par ses dimensions, sa situation ou son aspect extérieur nuirait au caractère ou à l'intérêt d'un quartier, d'une rue ou d'un chemin, d'un site naturel ou de points de vue accessibles au public (al. 1). La décision du département se fonde notamment sur le préavis de la commission d'architecture ou, pour les objets qui sont de son ressort, sur celui de la commission des monuments, de la nature et des sites. Elle tient compte également, le cas échéant, de ceux émis par la commune ou les services compétents du département (al. 2). Cette disposition renferme une clause d'esthétique, constituant une notion juridique indéterminée.

e. Lorsque l'état d'une construction, d'une installation ou d'une autre chose n'est pas conforme aux prescriptions de la LCI, des règlements qu'elle prévoit ou des autorisations délivrées en application de ces dispositions légales ou réglementaires, le département peut notamment en ordonner la remise en état, la réparation, la modification, la suppression ou la démolition (art. 129 let. e et 130 LCI). 7)

Les parties ne contestent pas que la palissade anti-bruit végétalisée viole les art. 15, 79 et 112 LCI, si bien que le principe de l'ordre de remise en état prévu par l'art. 129 let. e LCI est justifié.

- 16/20 - A/2503/2019

Le département considère toutefois que le TAPI n'aurait pas dû annuler cet ordre pour des motifs de proportionnalité. 8) a. De jurisprudence constante, pour être valable, un ordre de mise en conformité doit respecter cinq conditions cumulatives :

- l'ordre doit être dirigé contre le perturbateur ;
- les installations en cause ne doivent pas avoir été autorisées en vertu du droit en vigueur au moment de leur réalisation ;
- un délai de plus de trente ans ne doit pas s'être écoulé depuis l'exécution des travaux litigieux ;
- l'autorité ne doit pas avoir créé chez l'administré concerné, que ce soit par des promesses, par des infractions, des assurances ou encore un comportement des conditions telles qu'elle serait liée par la bonne foi ;
- l'intérêt public au rétablissement d'une situation conforme au droit doit l'emporter sur l'intérêt privé de l'intéressé au maintien des installations litigieuses (ATA/1831/2019 du 17 décembre 2019 consid. 5c ; ATA/1030/2018 du 2 octobre 2018 consid. 6c ; ATA/1411/2017 du 17 octobre 2017 consid. 4a et les références citées).

b. Le principe de la proportionnalité, garanti par l'art. 5 al. 2 Cst., exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés et que ceux-ci ne puissent pas être atteints par une mesure moins incisive. En outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (ATF 126 I 219 consid. 2c et les références citées).

Un ordre de démolir une construction ou un ouvrage édifié sans permis de construire et pour lequel une autorisation ne pouvait être accordée, n'est pas contraire au principe de la proportionnalité. Celui qui place l'autorité devant un fait accompli doit s'attendre à ce qu'elle se préoccupe davantage de rétablir une situation conforme au droit, que des inconvénients qui en découlent pour le constructeur (ATF 108 Ia 216 consid. 4 ; ATA/1831/2019 précité consid. 6b et les arrêts cités).

c. L'autorité renonce à un ordre de démolition si les dérogations à la règle sont mineures, si l'intérêt public lésé n'est pas de nature à justifier le dommage que la démolition causerait au maître de l'ouvrage ou encore s'il y a des chances sérieuses de faire reconnaître la construction comme conforme au droit qui aurait changé dans l'intervalle. Même un constructeur qui n'est pas de bonne foi peut invoquer le principe de la proportionnalité (arrêt du Tribunal fédéral 1C\_114/2011)

- 17/20 - A/2503/2019 du 8 juin 2011 consid. 4.1 et les références citées ; ATA/635/2018 du 19 juin 2018 consid. 9d).

d. En l'occurrence, les quatre premières conditions sont réalisées ce qui n'est pas contesté.

Selon les plans de coupe figurant au dossier, la palissade végétalisée mesure 190 cm. Elle repose cependant sur un mur de soutènement dont la hauteur varie de 0 cm à 218 cm. Ainsi et par exemple, la paroi séparant la propriété de la sœur de l'intimé (parcelle n° 10 \_\_\_\_\_) du jardin de celui-ci (parcelle n° 1 \_\_\_\_\_) culmine à 408 cm (218 cm de mur de soutènement et 190 cm de palissade) (coupe E-E'). Les autres coupes du plan attestent qu'en définitive le point le plus haut de la palissade végétalisée atteindra, suivant les endroits, 200 cm (10 cm de mur de soutènement et 190 cm de palissade) (coupe B-B'), 200 cm (10 cm de mur de soutènement et 190 cm de palissade) (coupe C-C'), 308 cm (118 cm de mur de soutènement et 190 cm de palissade) (coupe D-D'), 319 cm (129 cm de mur de soutènement et 190 cm de palissade) (coupe F-F'), 190 cm (0 cm de mur de soutènement et 190 cm de palissade) (coupe G-G'), 216 cm (26 cm de mur de soutènement et 190 cm de palissade) (coupe H-H'), 250 cm (60 cm de mur de soutènement et 190 cm de palissade) (coupe I-I').

Contrairement à ce qu'a retenu le TAPI, alors même que celui-ci disposait de ces pièces et qu'il ne ressort pas du transport sur place que la palissade a été mesurée avec précision, on ne saurait retenir que ces dépassements sont « pour la plupart mineurs ».

Comme vu supra et selon les coupes, la hauteur finale de la palissade atteint à l'endroit le plus haut plus du double de la limite de 2 m prévue par l'art. 112 LCI, applicable dans la mesure où il s'agit d'un mur de soutènement, étant relevé que selon la jurisprudence de la chambre de céans des panneaux de bois installés sur un muret ont été assimilés à un mur (ATA/1357/2017 du 3 octobre 2017). Il convient ainsi d'additionner la hauteur du mur de soutènement à celle de la palissade.

S'il est vrai que le niveau du terrain entre la parcelle de l'intimé et les parcelles voisines a pour conséquence que la hauteur de l'entier de l'ouvrage est augmentée, cela ne saurait justifier un dépassement de la hauteur maximale prévue par l'art. 112 LCI, le caractère privé du jardin de l'intimé, ainsi que les éventuelles nuisances provenant du voisinage et de la voie publique, pouvant être sauvegardés par le mur de soutènement seul (par exemple la coupe E-E') ou par les nombreux arbres feuillus se trouvant juste derrière la palissade litigieuse, dans le jardin de l'intimé, comme cela ressort des plans et des photographies figurant au dossier ou encore par un mur d'ores et déjà présent entre le jardin de l'intimé et celui d'un voisin (parcelle n° 11 \_\_\_\_\_ ; coupe G-G').

- 18/20 - A/2503/2019

La problématique de savoir qui a construit le mur de soutènement n'est en définitive pas pertinente eu égard à ce qui précède.

Comme vu supra, celui qui place l'autorité devant un fait accompli doit s'attendre à ce qu'elle se préoccupe davantage de rétablir une situation conforme au droit, que des inconvénients qui en découlent pour le constructeur, notamment par rapport aux coûts. Or, et même s'il fallait prendre en considération les montants avancés dans le seul devis concernant la démolition des parois anti-bruit avec maintien du mur de soutènement, et travaux d'arrachage et de replantation des plantations impactées – qui semble très élevé (CHF 497'292.42) –, l'intérêt public consistant à éviter la prolifération de murs en 5ème zone, à éviter l'effet de cloisonnement relevé par l'instance spécialisée en la matière qui est

incompatible avec ce type de quartier (arrêt du Tribunal fédéral 1C\_370/2015 du 16 février 2016 consid. 4.2 ; ATA/1065/2018 précité consid. 6), et l'intérêt au rétablissement de la situation conformément au droit prévalent sur l'intérêt privé de l'intimé au maintien de la paroi litigieuse. En outre, il ne ressort pas du dossier que le coût de la remise en état des lieux mettrait l'intimé en difficulté financièrement, étant relevé que le Tribunal fédéral a considéré que le montant important de la remise en état n'était pas à lui seul décisif (arrêts du Tribunal fédéral 1C\_29/2016 du

#### **E. 18**

janvier 2017 consid. 7.2 qui concernait une remise en état pour un montant de l'ordre de CHF 200'000.- ; 1C\_136/2009 du 4 novembre 2009 qui concernait une remise en état pour un montant estimé à CHF 300'000.-).

Enfin, l'absence de plainte des voisins ou de tiers, pour autant que cela soit pertinent, ne suffit pas à exclure la remise en état, ce d'autant plus que parmi les voisins on compte la sœur de l'intimé.

En définitive, l'intérêt privé de ce dernier relève uniquement de sa convenance personnelle et de considérations économiques, qui ne sauraient prévaloir sur l'intérêt public tel que démontré ci-dessus. 9)

Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et le jugement querellé sera annulé, en tant qu'il annule l'ordre de suppression de la palissade anti-bruit végétalisée du 28 mai 2019. Cet ordre sera donc rétabli. 10) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de l'intimé, qui succombe. Aucun émolument ne sera mis à la charge de la commune qui s'en est rapporté à justice (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée au département qui a agi par son service juridique (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/18/2019 du 8 janvier 2019 consid. 8).

- 19/20 - A/2503/2019

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