RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1085/2022-LCI **ATA/601/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 6 juin 2023

3ème section

dans la cause

A_____ et B_____ **recourants**
représentés par Me Stéphane GRODECKI, avocat

contre

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE-OAC

et

COMMUNE DE C_____ **intimés**
représentée par Me Lucien LAZZAROTTO, avocat

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 25 janvier 2023 (JTAPI/94/2023)

EN FAIT

A. **a.** A_____ et B_____ (ci-après : les époux AB_____) sont propriétaires de la parcelle n° 3'179 de la commune de C_____, située 18, chemin D_____, sise en zone 5, d'une surface de 494 m².

La villa érigée sur cette parcelle est issue d'un projet de construction de quatre villas contiguës, sises 14 à 20, chemin D_____, autorisé le 5 juin 2014 (DD 1_____/1).

b. Dans le cadre d'une demande complémentaire DD 1_____/3, les propriétaires des villas des 14 et 16, chemin D_____ ont obtenu l'autorisation de construire des piscines extérieures.

c. La construction des quatre villas et des deux piscines s'est achevée en 2016.

B. **a.** Le 12 janvier 2022, les époux AB_____ ont déposé auprès du département du territoire (ci-après : le département) une demande d'autorisation de construire une piscine extérieure sur leur parcelle (APA 2_____/1).

La construction projetée portait la surface en pleine terre résiduelle de la parcelle à 122.62 m² ce qui correspondait à un indice de verdure (IVER) de 24.43% à l'échelle de la parcelle.

b. La direction des autorisations de construire (ci-après : DAC) a, en date du 17 janvier 2022, préavisé favorablement le projet, sans observation.

Le 10 février 2022, la commission d'architecture (ci-après : CA) a en revanche émis un préavis défavorable. Le projet viendrait péjorer et restreindre la surface en pleine terre dont il ne resterait pratiquement plus rien. Bien que des piscines aient été antérieurement autorisées sur deux des trois parcelles voisines, elle laissait le soin à l'office des autorisations de construire (ci-après : OAC) de « formuler une décision sur la notion d'égalité de traitement ».

L'ensemble des autres instances consultées s'est prononcé favorablement au projet, avec ou sans condition.

c. Par courrier du 23 février 2022, les époux AB_____ se sont référés à un courriel de l'OAC du 6 mai 2021 émis dans le cadre d'un autre dossier et à teneur duquel « ne sont pas concernées [par l'art. 59 al. 3bis LCI] toutes demandes d'autorisation portant sur les piscines, CDPI, places de parking ou similaire, sur des parcelles dont les villas (ou habitat groupé) ont été autorisées avant le 1er janvier 2021 ». Ce courriel rappelait que cette préconsultation consistait en un «

simple renseignement » et « ne saurait constituer un préavis anticipé ou un engagement de l'administration ».

Ils se sont prévalus de l'égalité de traitement, dès lors que deux autres propriétaires des villas de la promotion avaient obtenu l'autorisation de construire une piscine.

d. Par décision du 7 mars 2022, le département a accordé l'autorisation sollicitée.

C. **a.** Par acte du 5 avril 2022, la commune de C_____ (ci-après : la commune) a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI).

Le projet violait le principe de la préservation de la pleine terre tel que concrétisé par l'art. 59 al. 3bis de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05). Le département avait également ignoré la teneur de son plan directeur (ci-après : PDCom), préconisant une occupation limitée du sol afin d'éviter une trop forte imperméabilisation.

b. Le département a conclu au rejet du recours.

L'art. 59 al. 3bis LCI ne fixait aucun IVER minimum. La marche à suivre pour la densification de la zone 5 (ci-après : marche à suivre) contenait uniquement une valeur cible de 40%. Au vu du contexte de la situation existante, il pouvait considérer que la surface de pleine terre maintenue après la réalisation du projet litigieux s'avérait suffisante au regard des éléments suivants : l'autorisation de construire les quatre villas contiguës avait été délivrée en 2014, soit avant toutes les exigences relatives à l'IVER ; la proportion de pleine terre existante suite à la réalisation de la DD 1_____, à savoir la piscine litigieuse, les dimensions et la localisation du projet permettant le maintien d'une surface végétalisée, un IVER existant sur la parcelle, suite à la construction de la villa des recourants, déjà nettement inférieur à la valeur théorique de 40% précitée, et un impact limité de 7% sur l'IVER existant. Enfin, la CA aurait laissé le cas à son appréciation compte tenu des deux piscines autorisées sur les parcelles contiguës, semblables et même d'une superficie plus importante que celle projetée, et du principe d'égalité de traitement.

La stratégie communale de densification de la zone 5 était en cours d'élaboration. Son PDCom ne contenait en l'état pas de règles concernant la parcelle ou le secteur en question.

La surface maintenue sur le terrain permettait encore des plantations. La surface, même sans la réalisation du projet, ne permettait au demeurant pas de grandes plantations à valeur écologique.

c. Les époux AB_____ ont conclu à son rejet.

L'OAC avait estimé que le projet de piscine pouvait être autorisé en dépit du préavis négatif non contraignant de la CA et du fait que la parcelle aurait une surface de pleine terre résiduelle de 24.43%. Le fait que deux des trois voisins disposaient déjà d'une piscine n'était sans doute pas étranger à sa décision. Leur projet visait à conserver un maximum de pleine terre en prévoyant un bassin et une bordure de dalles de taille réduite.

Le PDCom ne produisait aucun effet juridique à l'égard des particuliers. Il ne fixait aucun ratio précis et ne s'opposait pas à ce que la part de pleine terre soit inférieure à 40%.

d. Dans sa réplique du 5 juillet 2022, la commune a relevé que la construction de la piscine impliquerait une imperméabilisation du sol de 75,57% soit plus des ¾ de la parcelle.

e. Après dupliques des AB_____ et du département, le TAPI a, par jugement du 25 janvier 2023 admis le recours de la commune, mis à la charge des époux un émolument de CHF 900.- et alloué une indemnité de procédure de CHF 1'800.- à la commune, à la charge pour moitié des AB_____ et pour l'autre moitié de l'État de Genève.

Il ressort de ses considérants qu'il annulait l'autorisation litigieuse.

L'art. 59 al. 3bis LCI, était applicable à la demande d'autorisation de construire déposée le 12 janvier 2022, ce qui n'était pas contesté.

L'art. 59 al. 3bis LCI, adopté le 1er octobre 2020, entré en vigueur le 28 novembre 2020, devait être appliqué à toutes les demandes d'autorisation de construire déposées comme en l'espèce après son entrée en vigueur. En revanche, le préavis de la CA n'était obligatoire que dans le cadre de l'al. 4 de l'art. 59 LCI.

La CA, composée de spécialistes, s'était en l'occurrence déterminée défavorablement, retenant que le projet viendrait péjorer et restreindre la surface en pleine terre dont il ne resterait pratiquement plus rien. Le fait qu'elle ait indiqué qu'elle laissait le soin au département d'examiner la question d'une éventuelle égalité de traitement n'était pas déterminant, puisque le département avait la possibilité de s'écarter d'un préavis qu'il soit ou non obligatoire, pour des motifs pertinents, tel que le respect du principe de l'égalité de traitement. Or, c'était à juste titre qu'il n'avait pas fait application du principe de l'égalité de traitement dont les conditions posées par la jurisprudence n'étaient à l'évidence pas réunies dès lors que précisément la loi avait changé entre le moment où la construction des piscines sur les parcelles voisines avait été autorisée et le dépôt de la demande d'autorisation de construire litigieuse.

Si la valeur de 40% proposée par la marche à suivre – dans sa teneur au moment où le département avait statué – constituait effectivement une valeur cible et si le

département conservait une marge d'appréciation pour appréhender chaque cas d'espèce en fonction des circonstances, le résultat auquel il parvenait, consistant à admette un IVER, après la construction, de 24.43% soit de presque 50% inférieur à celui préconisé, dépassait largement la marge de manœuvre dont il disposait et ne saurait être validé. Son argument selon lequel l'IVER préexistant sur la parcelle était nettement inférieur à la valeur cible de 40%, de sorte que la surface restante ne permettait déjà pas d'accueillir des arbres d'une certaine importance ne résistait pas à l'examen, sauf à rendre inapplicable l'art. 59 al. 3bis LCI dans toute les situations où une autorisation de construire serait sollicitée pour un projet prévu sur une parcelle présentant déjà une emprise du bâti excédant 60% de la surface du terrain, ce que le législateur avait précisément voulu éviter en poursuivant également le but d'éviter l'imperméabilisation des sols.

On ne pouvait donc considérer que le département s'était écarté du préavis de la CA « pour des motifs pertinents et en raison d'un intérêt public supérieur ». Dans cette mesure, sa décision violait le droit.

Par ailleurs, en considérant que la délivrance de l'autorisation querellée était justifiée dans la mesure où les deux piscines autorisées sur les parcelles voisines étaient semblables voire plus importantes en terme de superficie à celle projetée et que les IVER étaient comparables, le département, sans se fonder sur le principe de l'égalité de traitement qui comme vu plus haut ne pouvait de toute évidence pas trouver application, avait en réalité contourné l'art. 156 al. 6 LCI.

Le recours, bien fondé, devait donc être admis et l'autorisation de construire annulée sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres arguments de la commune.

D. **a.** Les époux AB_____ ont formé recours contre ce jugement par acte expédié à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : chambre administrative) le 27 février 2023. Ils ont conclu à l'annulation dudit jugement et, cela fait, à la confirmation de l'autorisation de construire APA/2_____, subsidiairement au renvoi de la cause au TAPI pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

L'art. 59 al. 3bis LCI et le principe de la légalité avaient été violés. Il ressortait des débats ayant mené à l'adoption de cette disposition qu'il avait volontairement été renoncé à fixer dans la loi un pourcentage minimum de surface en pleine terre à préserver, cette appréciation revenant au département. Le TAPI ne pouvait donc combler ce silence qualifié du législateur en adoptant une valeur cible de 40% de pleine terre, mentionnée à titre indicatif dans la marche à suivre, qui n'avait aucunement force de loi, soit simplement un objectif à viser. Ce taux de 40% ne figurait de plus pas dans la version de la marche à suivre mise à jour en novembre 2022, de sorte que le raisonnement du TAPI était d'autant plus insoutenable.

L'ensemble des circonstances du cas d'espèce aurait dû conduire le TAPI à confirmer la décision du département. Cinq des six préavis sollicités, consultatifs par opposition à obligatoires, étaient favorables. Il n'y avait aucun motif justifiant d'accorder un poids prépondérant à celui de la CA. La CA avait laissé le soin au département de formuler une décision tenant compte des piscines autorisées sur deux de trois parcelles voisines. La surface en pleine terre résiduelle de leur parcelle serait de 122.62 m^2 correspondant à un IVER de 24.43% ce que la CA ne pouvait qualifier de « pratiquement rien ». Avant construction de la piscine, cette surface de pleine terre était déjà inférieure à 40% de la parcelle, de sorte qu'elle ne permettait déjà pas d'accueillir des grandes plantations à valeur écologique, comme mentionné dans la marche à suivre.

Le TAPI avait substitué sa propre appréciation à celle du département, alors même qu'il n'était pas compétent pour revoir l'opportunité de la décision attaquée. Il avait donc violé l'art. 61 al. 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA- E 5 10) et commis un abus de son pouvoir d'appréciation.

Le TAPI avait enfin violé le principe de l'égalité de traitement. La piscine projetée était de taille quasi identique à celle autorisée sur la parcelle n° 3'177 et beaucoup plus petite que celle autorisée sur la n° 3'178, toutes s'inscrivant dans la promotion de quatre villas identiques érigées en 2016 sur des parcelles de taille quasiment identique. Le fait que l'art. 59 al. 3bis LCI soit entré en vigueur après que ces deux piscines aient été autorisées était sans pertinence, puisque cette disposition ne faisait qu'imposer la préservation d'une surface en pleine terre, ce qui était bien le cas dans tous les projets. Rien ne permettait de retenir que les constructions sur les parcelles voisines n'auraient pas pu être autorisées en application de cette disposition. Ces situations étant semblables, le premier juge aurait dû les traiter de manière identique. Cette situation portait gravement atteinte à leurs intérêts, notamment au regard de la perte de valeur de leur bien considérable, par rapport à leurs voisins qui disposaient d'une piscine.

b. Le département a conclu à l'admission du recours, partageant le point de vue des recourants.

c. La commune a conclu au rejet du recours, subsidiairement au renvoi du dossier au TAPI pour nouvelle décision.

La version mise à jour de la marche à suivre prévoyait l'évaluation par la CA de « la quantité et [de] la qualité de pleine terre impactée par le projet ». Le département n'avait pas sollicité son préavis ni pris en compte son PDCom. Elle donnait son interprétation des travaux préparatoires en lien avec l'adoption de l'art. 59 al. 3bis LCI. En l'espèce, l'imperméabilisation de la parcelle en cause serait à terme de 75.57%, représentant une consommation excessive du sol, ce qui avait conduit la CA, que le Conseil d'État avait qualifiée de « gardienne du temple » de la notion de pleine terre lors des débats parlementaires, à dire qu'« il

ne resterait pratiquement rien » en l'espèce. La CA avait clairement préavisé défavorablement le projet vu son impact sur la pleine terre et avait seulement réservé un examen du dossier sur une question juridique que ses membres ne maîtrisaient pas.

La pratique du département consistant, comme dans le cas d'espèce, à autoriser la construction de piscines sur des parcelles dont les villas avaient été autorisées avant le 1er janvier 2021 était contraire à l'art. 156 al. 5 LCI qui retenait que l'art. 59 al. 3bis LCI s'appliquait aux demandes d'autorisation déposées après son entrée en vigueur. Cette interprétation violait l'esprit de la loi, puisque l'exigence du maintien d'une surface pleine terre avait été adoptée indépendamment de l'existence ou non d'un régime dérogatoire, dans le but de lutter contre l'imperméabilisation du sol.

En raison d'une modification de la loi, ce qui était jadis autorisé ne pouvait plus l'être au vu de la teneur de l'art. 59 al. 3bis LCI, de sorte que la situation des recourants était différente de celle de ses voisins. Les recourants avaient d'ailleurs déjà bénéficié d'une dérogation appliquée avec souplesse lors de la construction de leur villa.

Le TAPI n'avait pas examiné son grief en lien avec la planification communale. Si le recours devait être admis, la cause devrait être renvoyée à cette instance pour instruction complémentaire et nouveau jugement afin de préserver le double degré de juridiction.

d. Au terme de leur réplique du 5 mai 2023, les époux AB_____ ont contesté que l'autorisation du département leur aurait été délivrée selon une pratique violant l'art. 156 al. 5 LCI. Le département avait au contraire indiqué, dans ses observations du 24 mars 2023, que l'art. 59 al. 3bis LCI ne faisait à son sens pas obstacle au projet.

Le préavis de la CA n'était pas contraignant pour le département, qui disposait d'une grande marge d'appréciation, relevant de l'opportunité que le juge ne pouvait revoir que si elle emportait excès ou abus du pouvoir d'appréciation, ce qui n'était pas le cas du projet autorisé pour les raisons déjà développées. Le TAPI avait substitué sa propre appréciation à celle du département en estimant, sans que l'on sache pourquoi, que le pourcentage de 24.43% devait être considéré comme trop faible.

La problématique de la planification communale ne pouvait pas leur être opposée, vu la portée uniquement politique du PDCom. La jurisprudence retenait au demeurant qu'un projet de construction conforme au droit ne pouvait être refusé au motif qu'il contreviendrait à un PDCom.

e. Les parties ont été informées, le 8 mai 2023, que la cause était 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 LPA).

2. Le recours porte sur la conformité au droit de l'autorisation de construire une piscine en 5ème zone délivrée le 7 mars 2022, mais annulée par le TAPI.

2.1 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).

2.2 Chaque fois que l'autorité administrative suit les préavis des instances consultatives, l'autorité de recours observe une certaine retenue, fonction de son aptitude à trancher le litige (ATA/1296/2022 du 20 décembre 2022 consid. 6c ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2018, n. 508 p. 176 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/1296/2022 précité ; ATA/1261/2022 du 13 décembre 2022 consid. 4d et les références citées). La chambre est en revanche libre d'exercer son propre pouvoir d'examen lorsqu'elle procède elle-même à des mesures d'instruction, à l'instar d'un transport sur place (ATA/135/2022 du 1er mars 2022 consid. 9g).

3. Les recourants soutiennent que le TAPI, qui a annulé l'autorisation en cause, aurait violé le principe de la légalité, l'art. 59 al. 3bis LCI ainsi que commis un excès de son pouvoir d'appréciation.

3.1 À teneur de l'art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit est la base et la limite de l'activité de l'État. Le principe de la légalité se compose de deux éléments : le principe de la suprématie de la loi et le principe de l'exigence de la base légale. Le premier signifie que l'autorité doit respecter l'ensemble des normes juridiques ainsi que la hiérarchie des normes. Le second implique que l'autorité ne peut agir que si la loi le lui permet ; son action doit avoir un fondement dans une loi (ATA/928/2021 du 7 septembre 2021 consid. 6a ; ATA/383/2017 du 4 avril 2017 consid. 5a et les références citées).

Le principe de la légalité exige donc que les autorités n'agissent que dans le cadre fixé par la loi. Il implique qu'un acte étatique se fonde sur une base légale

matérielle qui est suffisamment précise et qui a été adoptée par l'organe compétent (ATF 141 II 169 consid. 3.1). L'exigence de la densité normative n'est pas absolue, car on ne saurait ordonner au législateur de renoncer totalement à recourir à des notions générales, comportant une part nécessaire d'interprétation. Cela tient à la nature générale et abstraite inhérente à toute règle de droit et à la nécessité qui en découle de laisser aux autorités d'application une certaine marge de manœuvre lors de la concrétisation de la norme. Pour déterminer quel degré de précision on est en droit d'exiger de la loi, il faut tenir compte du cercle de ses destinataires et de la gravité des atteintes qu'elle autorise aux droits fondamentaux (ATF 140 I 381 consid. 4.4 et les références citées ; ATA/928/2021 précité consid. 6a).

3.2 D'après la jurisprudence, afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, l'administration peut expliciter l'interprétation qu'elle leur donne dans des directives. Celles-ci n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Elles ne dispensent pas cette dernière de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce (ATF 145 II 2 consid. 4.3). Par ailleurs, elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 141 II 338 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_522/2012 du 28 décembre 2012 consid. 2.3 ; ATA/639/2020 du 30 juin 2020 consid. 8d ; ATA/829/2019 du 25 avril 2019 consid. 6a).

3.3 Selon l'art. 59 LCI, en 5ème zone, la surface de la construction, exprimée en m^2 de plancher, ne doit pas excéder 25% de la surface de la parcelle. Cette surface peut être portée à 27,5% lorsque la construction est conforme à un standard de HPE, respectivement à 30% lorsque la construction est conforme à un standard de THPE, reconnue comme telle par le service compétent (al.1). Par surface de plancher prise en considération dans le calcul du rapport des surfaces, il faut entendre la SBP de la totalité de la construction hors sol (al. 2). Lorsque les circonstances le justifient et que cette mesure est compatible avec le caractère, l'harmonie et l'aménagement du quartier, le département peut renoncer à prendre en considération dans le calcul du rapport des surfaces, la surface de plancher : a) des combles dont la hauteur est inférieure à 1,8 m ; b) des combles de peu d'importance, indépendamment du vide d'étages ; c) des garages de dimensions modestes, lorsque ceux-ci font partie intégrante du bâtiment principal ; d) des serres, jardins d'hiver ou constructions analogues en matériaux légers et de dimensions modestes (al. 3).

Le 28 novembre 2020 est entré en vigueur le nouvel al. 3bis de l'art. 59 LCI (adopté le 1er octobre 2020), selon lequel une surface en pleine terre, à savoir dénuée de toute construction en surface ou en sous-sol et non revêtue, de la parcelle ou du groupe de parcelles considérées par la demande d'autorisation de

construire doit être préservée. Cette disposition s'applique seulement aux demandes d'autorisation déposées après son entrée en vigueur (art. 156 al. 5 LCI).

Dans le cas présent, il y a lieu d'appliquer cette disposition, entrée en vigueur antérieurement au dépôt de la demande d'autorisation de construire litigieuse, en janvier 2022.

3.4 Dans la genèse de cette disposition, la notion de « pleine terre » est apparue avec un amendement proposé par une association de propriétaires de villas à la réforme du régime de la densité en zone villas, introduisant la condition cumulative qu'outre la densité maximale de 40% un projet de construction en ordre contigu ou d'habitat groupé sur une parcelle de plus de 2'000 m^2 préserve « au minimum 50% de la parcelle en pleine terre » (rapport de la commission d'aménagement du 11 août 2020 sur le projet PL 12566-A de modification de la LCI, p. 7).

La notion a ensuite été reprise dans la proposition d'ajout d'un al. 3bis à l'art. 59 par le président de la commission, avec la teneur suivante : « Une surface en pleine terre, à savoir dénuée de toute construction en surface ou en sous-sol et non revêtue, correspondant au minimum à 40% de la surface de la parcelle ou du groupe de parcelles considérées par la demande d'autorisation de construire doit être préservée » (ibid., p. 17). Sur proposition d'un député, qui faisait observer que la question ne se posait que dans les périmètres de densité accrue de la zone villas, un sous-amendement à l'art. 59 al. 3bis dépourvu de la mention des 40% a finalement été approuvé à l'unanimité des commissaires moins une abstention (ibid., p. 18).

Un premier rapport de minorité a proposé de réintroduire le seuil de 40% de pleine terre (ibid. pp. 83-84). Un second rapport de minorité a critiqué le principe de l'introduction de l'obligation de prévoir une surface de pleine terre dont les effets sur les projets de construction n'avaient pas été mesurés et a proposé de renoncer à l'al. 3bis (ibid. p. 86).

Devant le Grand Conseil, le président du département, évoquant les critères devant présider à l'adoption de secteurs de densification dans les PDCom, a indiqué : « Sur cette base, nous allons travailler pour mettre à jour d'ici la fin de l'année une grille des critères de qualité qui permettra de valoriser la question de la pleine terre - elle doit tendre vers les 40%, mais il y a toujours des cas qui requièrent des dérogations. C'est pourquoi il me semblerait faux d'introduire des règles urbanistiques au niveau législatif : elles relèvent de la commission d'architecture, mais aussi des professionnels et des discussions avec les communes. Ce guide qualité exposera donc une démarche que les propriétaires et promoteurs devront suivre et défendre face à la commission d'architecture, qui sera la gardienne du temple de cette notion de qualité » (Mémorial du Grand Conseil, 1er octobre 2020, premier débat).

L'art. 59 al. 3bis LCI a finalement été adopté le 1er octobre 2020 par 84 oui contre 9 non et une abstention. L'amendement prévoyant la réintroduction du seuil de 40% a été rejeté par 76 non contre 10 oui et 9 abstentions.

3.5 La fiche de bonnes pratiques – sols et sous-sols dans le périmètre des rives du lac (LPRLac) établie le 12 septembre 2019 par la commission des monuments, de la nature et des sites (ci-après : CMNS) (https://www.ge.ch/document/17265/telecharger), observe « que de nombreux projets décalent les constructions en sous-sol de l'emprise du bâtiment hors-sol, notamment dans le cas de parcelles en pente. Ce qui peut conduire à un étalement qui peut atteindre 50% de la parcelle, par l'addition des surfaces autorisées, soit les 20% hors-sol + les 20% en sous-sol, sans compter les voies d'accès, les garages ou autres constructions de moindre importance (piscines, poolhouses, terrains de sport, etc.) » et recommande le maintien de 2/3 minimum de sol complet (pleine terre) calculés selon la taille de la parcelle (p. 6). Les pertes de sol complètes (bâtiments, piscines, garages, kiosques, poolhouses et autres édicules de jardin avec fondations complètes, ainsi que les accès, voies carrossables et chemins avec revêtements fermés, tels que béton ou enrobé) sont à déduire à 100% de la parcelle ; les sous-sols recouverts d'au moins 40 cm de terre permettant la plantation d'une couverture végétale herbacée ou arbustive à 75% ; les sous-sols recouverts d'au moins 1 m permettant la plantation d'arbres de moyenne grandeur ainsi que les accès, voies carrossables et chemins avec revêtements semi-perméables (tels que matière argilo-calcaire, gravier, gravier-gazon, grilles gazon, pavés sur gravier, enrobé ou béton poreux) à 50% (p. 8).

La fiche de bonnes pratiques de la CMNS ne constitue qu'une recommandation n'ayant pas force de loi (ATA/130/2023 du 7 février 2023).

3.6 La surface des constructions, selon l'art. 59 LCI, comprend les constructions annexes faisant corps avec le bâtiment principal, à l'exclusion de celles qui seraient admises comme constructions de peu d'importance (ci-après : CDPI - art. 29 du règlement d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses du 27 février 1978 (RCI - L 5 05.01). Les CDPI ne sont pas prises en considération pour le calcul du rapport des surfaces (art. 59 al. 7 LCI).

Dans un arrêt récent, la chambre de céans a rappelé qu'une piscine extérieure non couverte, quelle que soit sa taille, n'est pas une CDPI (ATA/437/2023 du 25 avril 2023), ce que le Tribunal fédéral a confirmé (arrêt 1C.494/2022 du 9 mai 2023 consid. 3).

3.7 Il ressort de ce même arrêt qu'il n'est toutefois pas fait abstraction de la surface de telles constructions, qu'elles soient ou non totalement enterrées, d'une surface inférieure ou supérieure à 50 m^2, puisqu'elles sont désormais explicitement prises en compte par le législateur à l'art. 59 al. 3bis LCI.

Le département avait à cet égard expliqué devant la chambre de céans de manière cohérente et convaincante que les trois piscines du projet en cause entraient uniquement dans le calcul de l'indice de surface pleine terre au sens de l'art. 59 al. 3 bis LCI. Certes, il n'avait appliqué cette disposition qu'à compter de son entrée en vigueur le 28 novembre 2020. Toutefois, jusque-là, la CA avait déjà ce regard en considérant l'intégration globale du projet dans le contexte. Elle n'aurait par exemple pas accepté une terrasse de 300 m^2 sur 350 m^2 de surface globale. Désormais, il n'y avait pas de chiffres stricts s'agissant de cette exigence de surface en pleine terre. Le département avait également relevé qu'avant le 28 novembre 2020, il s'appuyait, depuis juin 2017, sur le guide pour une densification de qualité en zone 5 [ci-après : le guide de densification) qui prévoyait que les nouveaux quartiers impliquaient d'accorder une importance certaine à l'IVER, à l'échelle de la parcelle. Le guide de densification permettait d'agir non seulement sur le caractère des espaces verts, mais aussi sur les autres thèmes de l'analyse que le bâti, espace public/partagé et le stationnement. Cette dernière thématique pouvait aboutir à des demandes de projets modifiés ou des préavis défavorables de la CA à l'instar de deux APA produites concernant la construction pour l'une d'une piscine avec terrasse et pour l'autre d'une piscine semi enterrée avec installation d'un jacuzzi.

3.8 Selon le guide de densification, de nouvelles exigences permettraient de renforcer la qualité des projets et leur intégration au contexte urbanistique local et d'en limiter l'impact environnemental. Les requérants devraient désormais fournir, pour tout projet en zone villas, une information concernant l'IVER, quantifiant les effets induits de la construction sur les trois éléments naturels suivants : pleine terre, stratégie végétale et eau. Le projet d'autorisation de construire devait fournir une information sur ces éléments naturels, permettant ainsi d'en objectiver quantitativement et qualitativement l'impact (ATA/437/2023 du 25 avril 2023).

3.9 Une décision est arbitraire lorsqu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 128 I 177consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4P.149/2000 du 2 avril 2001 consid. 2 et les arrêts cités).

4. In casu, la CA a préavisé négativement la construction de la piscine projetée. Il ressort expressément de son préavis du 10 février 2022 que le projet viendrait péjorer et restreindre la surface en pleine terre dont il ne resterait « pratiquement plus rien ». Le département n'a toutefois pas suivi ce préavis et a délivré l'autorisation requise. Quand bien même le préavis de la CA n'était pas

obligatoire, la CA, composée de spécialistes, a examiné avec soin ce projet. Nul ne soutient d'ailleurs qu'elle ne l'aurait pas fait.

Le département ne saurait être suivi, ni dans sa décision, ni dans les motifs la fondant. En effet, comme justement relevé par le TAPI, si la valeur de 40% d'IVER proposée par la marche à suivre – dans sa teneur au moment où le département a statué – constitue une valeur cible laissant au département une marge d'appréciation, le résultat auquel il est parvenu consistant à admette un IVER résiduel, après construction de la piscine, de 24.43%, dépasse largement la marge de manœuvre dont il dispose et ne saurait être validé. L'argument du département selon lequel l'IVER serait, avant construction de la piscine, inférieur à la valeur cible de 40%, de sorte que la surface restante ne permettrait déjà pas d'accueillir des arbres d'une certaine importance fait entièrement fi de l'art. 59 al. 3bis LCI entré entre-temps en vigueur et visant à éviter l'imperméabilisation des sols. Un raisonnement selon lequel la situation était déjà critiquable au niveau de la surface de pleine terre existante ne saurait justifier de péjorer encore davantage la situation sous l'angle de l'imperméabilisation de la parcelle. Ce raisonnement va nettement à l'encontre de la volonté du législateur ancrée dans le nouvel art. 59 al. 3bis LCI, quand bien même aucune valeur cible n'y a en définitive été inscrite. Il n'est enfin pas pertinent qu'il demeure, après construction de la piscine, une surface suffisante ou non pour planter de grands arbres, puisque l'art. 59 al. 3bis LCI a pour vocation le maintien de surfaces libres de constructions et non revêtues, pour assurer la perméabilité du sol, et non pas forcément la plantation de grands arbres.

Dans ces circonstances, le département s'est écarté du préavis de la CA sans « motifs pertinents [ni] en raison d'un intérêt public supérieur ». Dans cette mesure, sa décision viole le droit.

Le TAPI doit aussi être suivi lorsqu'il retient dans le jugement attaqué que le département ne saurait justifier la délivrance de l'autorisation querellée par l'existence de deux piscines autorisées sur les parcelles voisines, pour mémoire construites en 2016 en même temps que les quatre villas du projet. C'est en effet faire fi de l'art. 59 al. 3bis LCI applicable aux demandes d'autorisation déposées après son entrée en vigueur, conformément à l'art. 156 al. 5 LCI, ce qui est le cas de la demande déposée par les recourants. Une telle pratique est illégale.

5. Selon les recourants, l'annulation de l'autorisation de construire consacrerait une inégalité de traitement et serait partant arbitraire pour cette raison également.

5.1 En règle générale, la loi applicable est celle qui est en vigueur au moment où les faits pertinents doivent être régis (ATF 140 II 134 consid. 4.2.4). Le principe est celui de l'interdiction de la rétroactivité des lois. Une norme a un effet rétroactif lorsqu'elle s'applique à des faits entièrement révolus avant son entrée en

vigueur (ATF 119 Ia 254 consid. 3 ; 116 Ia 207 consid. 4a ; ACST/16/2015 du 2 septembre 2015 consid. 16b ; ATA/210/2016 du 8 mars 2016 consid. 10c).

5.2 Une décision viole le principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 8 Cst. lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment (ATF 145 I 73 consid. 5.1 ; 142 I 195 consid. 6.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_231/2021 du 3 mai 2021 consid. 5.1 ; 2C_538/2020 du 1er décembre 2020 consid. 3.2).

Selon la jurisprudence, un justiciable ne saurait en principe se prétendre victime d'une inégalité de traitement lorsque la loi est correctement appliquée à son cas, alors même que dans d'autres cas, elle aurait reçu une fausse application ou n'aurait pas été appliquée du tout. Cependant, cela présuppose de la part de l'autorité dont la décision est attaquée la volonté d'appliquer correctement, à l'avenir, les dispositions légales en question et de les faire appliquer par les services qui lui sont subordonnés. En revanche, si l'autorité persiste à maintenir une pratique reconnue illégale ou s'il y a de sérieuses raisons de penser qu'elle va persister dans celle-ci, le citoyen peut demander que la faveur accordée illégalement à des personnes tierces le soit aussi à elle-même ou lui-même, cette faveur prenant fin lorsque l'autorité modifie sa pratique illégale. Encore faut-il que l'autorité n'ait pas respecté la loi selon une pratique constante, et non pas dans un ou quelques cas isolés, et qu'il n'existe pas un intérêt public prépondérant au respect de la légalité qui conduise à donner la préférence à celle-ci au détriment de l'égalité de traitement, ni d'ailleurs qu'aucun intérêt privé de personnes tierces prépondérant ne s'y oppose (ATF 139 II 49 consid. 7.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_337/2020 du 10 février 2021 consid. 4.2 ; Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, 3ème éd., 2013, p. 500 s. n. 1074 ss ; Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, Droit administratif, vol. 1, 3ème éd., 2012, p. 627 ss n. 4.1.1.4).

De plus, une pratique constante demeurera cependant sans effet si son caractère illégal est identifié pour la première fois à l'occasion d'une procédure judiciaire ; dans ce cas de figure, il est présumé que l'autorité l'adaptera pour se conformer à la loi. Ce n'est que si l'autorité renonce à abandonner une pratique qu'elle sait illégale que le principe de l'égalité de traitement peut avoir le pas sur celui de la légalité. Si l'autorité ne s'exprime pas sur ses intentions futures, l'autorité judiciaire présume que celle-ci se conformera à la loi à l'avenir (ATF 127 I 1

consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_436/2014 du 5 janvier 2015 consid. 5.1 ; Pierre TSCHANNEN, Gleichheit im Unrecht : Gerichtsstrafe im Grundrechtskleid in ZBl 112/2011 p. 74).

5.3 En l'espèce et comme déjà relevé, les deux piscines construites sur des parcelles voisines ayant fait objet de la même promotion de construction de quatre villas, dont celle des recourants, l'ont été en 2016. Entre-temps, la loi a changé et, nonobstant l'avis contraire du département et des recourants, doit être opposée en lien avec la construction de la piscine projetée. Comme déjà dit, vu l'IVER résiduel qui resterait après construction de cette piscine, l'art. 59 al. 3bis LCI entré depuis l'heure en vigueur serait violé. Il ne saurait dans ces conditions être question d'une égalité de traitement dans la mesure où la situation juridique n'est plus la même entre celle prévalant en 2016, respectivement à compter du 28 novembre 2020, date d'entrée en vigueur de l'art. 59 al. 3bis LCI.

Le grief d'une violation du principe d'égalité de traitement doit être rejeté.

En tous points infondé, le recours doit être rejeté, sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner la conformité du projet au PDCom, dans la mesure déjà où il contrevient au droit cantonal (arrêt du Tribunal fédéral 1C_257/2013 du 13 janvier 2014 consid. 5.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1A.154/2002 du 22 janvier 2003).

6. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge conjointe des recourants (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure CHF 1'500.- sera allouée à la commune, qui y a conclu et compte moins de 10'000 habitants, à la charge solidaire des recourants (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/1324/2017 du 26 septembre 2017 consid. 6 ; ATA/753/2016 du 6 septembre 2016 consid. 8 et les références citées).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 27 février 2023 par A_____ et B_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 25 janvier 2023 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'500.- à la charge solidaire de A_____ et B_____ ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à la commune de C_____, à la charge solidaire de A_____ et B_____ ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Stéphane GRODECKI, avocat des recourants, à Me Lucien LAZZAROTTO, avocat de la commune de C_____, au département du territoire-OAC, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeant : Francine PAYOT ZEN-RUFFINEN, présidente, Valérie LAUBER, Claudio MASCOTTO, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	la présidente siégeant :
F. SCHEFFRE	F. PAYOT ZEN-RUFFINEN

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :