RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/817/2020-LCI **ATA/1202/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 9 novembre 2021

3ème section

dans la cause

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE - OAC

et

M. A_____
représenté par Me Karin Grobet Thorens, avocate

contre

COMMUNE DE B_____
représentée par Me Lucien Lazzarotto, avocat

Mme et M. C_____
Mme et M. D_____
M. E_____
Mme F_____
Mme et M. G_____
Mme H_____
Mme I_____
Mme et M. J_____

Mme et M. K_____
Mme L_____ et M. M_____
Mme N_____
Mme O_____
M. P_____
M. Q_____
Mme et M. R_____
M. S_____
Mme et M. T_____
U_____ SA
représentés par Me Delphine Zarb, avocate

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 24 février 2021 (JTAPI/197/2021)

EN FAIT

1) Mme et M. A_____ sont copropriétaires de la parcelle n° 1_____ de la commune de B_____ (ci-après : la commune), d'une surface de 1'443 m^2, sise en zone 5, au _____, chemin V_____.

Mmes et MM. C_____, D_____, E_____, F_____, G_____, H_____, I_____, J_____, K_____, L_____ et M_____, N_____, O_____, P_____, Q_____, R_____, S_____, U_____ ainsi que U_____ SA (ci-après : les consorts), sont domiciliés ou ont leur siège les uns au chemin V_____ et d'autres à celui de W_____. Les deux chemins se situent dans le secteur de X_____ de la zone 5 précitée.

2) Par requête du 16 juillet 2018, M. A_____ a déposé auprès du département du territoire (ci-après : DT ou le département) une demande d'autorisation de construire, enregistrée sous le n° DD 2_____, en vue de réaliser, sur la parcelle précitée, un immeuble d'habitats groupés de cinq logements à très haute performance énergétique (ci-après : THPE) pour un indice d'utilisation du sol (ci-après : IUS) de 48 %, réduit par la suite à 46,8 %, avec parking souterrain et moyennant un abattage d'arbres.

3) Dans le cadre de l'instruction de la demande, divers préavis ont été émis sollicitant des modifications ou documents complémentaires, en fonction desquels M. A_____ a présenté plusieurs versions de son projet. Parmi ces préavis figurent celui du 29 août 2018 du service compétent de l'office de l'urbanisme (ci-après : SPI), celui du 9 novembre 2019 de la commission d'architecture (ci-après : CA) et ceux des 28 août 2018, 12 février, 5 juin et 14 août 2019 de la commune.

Dans un préavis favorable, le SPI a relevé notamment que le projet tel que proposé répondait aux attentes communales et aux conditions permettant de majorer la densité. Il s'en remettait à la CA, s'agissant de l'implantation du bâti et du traitement architectural du projet.

Après avoir requis une modification du projet le 21 août 2018, la CA a rendu un préavis favorable avec dérogation aux rapports de surface et sous conditions. Pour elle, le projet modifié était rationnel et s'intégrait harmonieusement dans le contexte environnant, notamment par la préservation d'une surface végétale de qualité en suffisance et par un maintien d'un très bel écrin boisé autour de la construction. Elle a émis comme « conditions » notamment de porter la largeur des couloirs des appartements au minimum à 1 m.

La commune a, de son côté, émis des préavis défavorables et requis diverses modifications du projet.

Pour elle, malgré la diminution de l'IUS, de 48 % à 46,8 % THPE, la densité du projet restait trop élevée. Le bâtiment était imposant avec une hauteur de 10 m et dominait le chemin V_____. Le projet ne permettait pas une intégration harmonieuse du bâti ni sur la parcelle ni dans le « site bucolique » de ce chemin. En application des dispositions communales, elle recommandait d'exiger la pose de gabarits.

4) Par décision du 3 février 2020, se référant à la cinquième version du projet du 16 octobre 2019, et publiée dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du même jour, le DT a délivré l'autorisation requise par M. A_____.

Les conditions figurant dans les préavis, notamment celui de la CA, devaient être strictement respectées et faisaient partie intégrante de l'autorisation. Les réserves figurant sur celle-ci primaient sur les plans visés *ne varietur*.

À teneur de ces derniers, le bâtiment projeté, d'une hauteur de 9,32 m, comprenait un rez-de-chaussée d'une surface brute de plancher (ci-après : SBP) de 250,22 m^2, un étage d'une SBP de 250,27 m^2, ainsi qu'un attique d'une SBP de 175,09 m^2. Le sous-sol, d'une profondeur totale de 6 m, était composé de deux niveaux. Le premier (326,51 m^2) comprenait onze places de parking pour voitures, dont une réservée aux visiteurs, et un emplacement destiné aux deux-roues motorisés. La surface du second niveau était de 148,07 m^2.

5) Par courrier du 3 février 2020, le DT a informé la commune de la délivrance de l'autorisation de construire précitée.

Le dimensionnement du parking souterrain découlait des besoins du projet en matière de stationnement et de la libération de la surface extérieure de tout stationnement de véhicules motorisés. L'implantation du projet, légèrement en oblique et non parallèlement au chemin V_____ et la conception en attique du dernier étage permettaient de diminuer l'impact visuel du bâtiment.

6) Par acte du 4 mars 2020, les consorts, exceptés Mme I_____ et M. P_____, ont interjeté recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre la décision précitée en concluant à son annulation.

Le secteur de X_____ comprenait une forte densité du bâti et plusieurs projets de construction étaient envisagés le long du chemin V_____. Le projet contesté ne respectait pas le préavis de la CA dans la mesure où la largeur des couloirs de la construction était de 0,9 m et non de 1 m. La décision contestée violait les dispositions sur les gabarits, celui de l'attique n'étant pas respecté. Un

angle de 45° avait été réalisé pour déterminer la hauteur du gabarit du projet par rapport à la distance à la limite de propriété. Selon le plan de coupe D-D, l'angle supérieur droit de l'attique était rogné par cet axe de 45°. La dérogation accordée ne se justifiait pas, la densité importante du projet allant à l'encontre du caractère, de l'harmonie et de l'aménagement du quartier. En outre, le projet allait à l'encontre du plan directeur communal (ci-après : PDCom) révisé. Un immeuble de 10 m de haut, l'abattage d'arbres, la construction d'une rampe souterraine et d'un abri à vélos heurtaient l'harmonie et les autres qualités paysagères prônées par la commune.

Le recours a été enregistré sous le numéro de cause A/817/2020.

7) Par acte du 4 mars 2020 également, la commune a interjeté recours auprès du TAPI contre la décision précitée en concluant à son annulation.

Ses préavis négatifs n'avaient pas été pris en compte et son PDCom révisé avait été violé. La parcelle n° 1_____, située dans un environnement particulièrement « bucolique » composé d'une végétation dense, était bordée de chênes centenaires et de villas individuelles sises sur de grandes parcelles. Le chemin V_____ était inscrit à l'inventaire régional des voies de communication historiques de la Suisse. Dans la pesée globale des intérêts lui incombant, le DT aurait ainsi dû évaluer la possibilité de concilier le respect de la stratégie communale à venir avec les possibilités dérogatoires de la législation sur les constructions.

Le DT s'était limité à suivre le préavis de la CA qui manquait de pertinence et ne se prononçait pas sur la qualité architecturale du projet, notamment sur sa densité et son esthétique. La construction projetée ne présentait aucun intérêt architectural particulier, elle avait l'apparence d'un cube de deux étages. Une densification intense, à la limite du maximum dérogatoire, ne pouvait pas primer sur la valorisation et la préservation du patrimoine naturel communal. Le projet était démesuré et aucune solution alternative moins néfaste pour la perméabilité du sol n'avait été examinée.

Le recours a été enregistré sous le numéro de cause A/843/2020.

8) Les deux recours précités ont été publiés dans la FAO du 9 mars 2020.

9) Par acte du 23 avril 2020, Mme I_____ et M. P_____ ont indiqué vouloir intervenir dans les procédures A/817/2020 et A/843/2020.

10) Dans ses observations du 13 mai 2020, le DT a indiqué notamment qu'aucun dépassement du gabarit de l'attique n'avait été constaté. La distance à la limite devait être d'au minimum 7,80 m. Elle était de 7,79 m pour l'attique, le centimètre manquant découlait du terrain naturel de référence.

11) Le 15 mai 2020, M. A_____ a conclu au rejet des recours.

Les gabarits avaient été réalisés de manière conforme au droit. Les conditions posées par la CA en lien avec la largeur des couloirs des appartements avaient trait à la réalisation du projet. Ni la modification de celui-ci, ni le dépôt de nouveaux plans n'avaient été requis. De telles corrections étaient réalisables sans intervenir sur les SBP ou le gabarit.

12) Par arrêté du 25 mai 2020, le Conseil d'État a approuvé le PDCom et le plan directeur des chemins pour piétons de la commune, dans leur version du 23 septembre 2019, adoptés par résolution du 9 décembre 2019 du Conseil municipal.

13) Par jugement du 24 février 2021, le TAPI a admis les recours et les conclusions prises par Mme I_____ et M. P_____.

Le système légal prévalant dans le canton de Genève ne conférait aucun pouvoir décisionnel à la commune, s'agissant de l'octroi des autorisations de construire. Celle-ci ne disposait en outre d'aucune autonomie ou compétence propre dans l'octroi d'une dérogation au rapport de surfaces fondée sur la législation sur les constructions. Seul son préavis, mais non son accord, était requis. La commune n'était pas non plus habilitée à exiger des adaptations ou des modifications du projet. La délivrance des autorisations de construire demeurait de la compétence exclusive du DT, même s'il lui appartenait de statuer en tenant compte de tous les intérêts en présence, mis en évidence, en particulier, dans les différents préavis des instances spécialisées.

La CA s'était déclarée favorable à l'octroi de la dérogation aux rapports de surface et n'avait émis aucune réserve concernant les qualités architecturales du projet et une incompatibilité de celui-ci avec le caractère, l'harmonie et l'aménagement du quartier. Pour elle, le projet était rationnel et s'intégrait harmonieusement dans le contexte environnant. Elle avait, à deux reprises, examiné de manière complète et circonstanciée l'intégration de la construction projetée dans le site et le quartier. Le PDCom révisé avait été approuvé par le Conseil d'État le 25 mai 2020, après la délivrance de l'autorisation de construire. Il n'avait pas d'effet contraignant pour le DT.

Confronté au préavis défavorable de la commune et à celui de la CA, favorable et sans réserve esthétique, le DT avait choisi de suivre ce dernier. En outre, tous les autres préavis, en particulier celui du SPI, étaient favorables.

Le gabarit légal théorique, calculé par le géomètre et reporté sur les coupes établies pour les volumes bâtis était conforme aux prescriptions applicables en zone 5. Selon les plans visés *ne varietur*, notamment les plans « coupes et façade nord » et les plans de coupe dressés par le géomètre, la dalle de couverture de

l'attique se trouvait en moyenne à 8,8 m du sol, soit la hauteur du rez-de-chaussée (2,95 m) additionnée à celle du 1er étage (en moyenne 5,85 m), et à une altitude de 439,70 m. La distance de cet attique à la limite de propriété devait être au minimum de 7,80 m. À teneur du plan cadastral du géomètre, s'agissant de la partie de l'attique concernée, cette distance était de 7,79 m. Cette différence de 1 cm était due au terrain naturel de référence pris en compte, soit 430,91 m, selon la coupe C-C. Or, la différence entre 439,7 m et 430,91 m aboutissait à 8,79 m, une distance de 7,79 m était ainsi nécessaire. En outre, le plan de coupe D-D concernait l'élévation du bâtiment et n'avait pas pour objectif de servir de base pour calculer le point le plus critique, s'agissant du gabarit du volume bâti de l'attique.

Néanmoins, selon le plan de coupe D-D, le garde-corps disposé à l'étage, culminant à l'altitude de 437,90 m, dépassait le gabarit légal sur une longueur d'environ 7 m, le long de la façade ouest, parallèle à la limite des parcelles voisines nos 3_____ et 4_____. Le projet autorisé ne respectait pas la législation en vigueur. Le TAPI ne pouvait cependant pas solliciter lui-même du requérant la production d'un projet modifié et se substituer à l'autorité de décision en statuant sur la base d'un nouvel état de fait, même si, d'un point de vue technique et architectural, le problème pourrait aisément être corrigé (ce qui semblait devoir être le cas en l'occurrence). M. A_____ devait ainsi déposer un projet modifié respectant les prescriptions légales sur lequel le DT devait se prononcer.

14) Par acte expédié le 15 avril 2021, le DT a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité en concluant à son annulation et à ce que, si nécessaire, il soit fixé comme condition supplémentaire à l'autorisation de construire, que les garde-corps respectent les gabarits légaux, l'emplacement projeté sur la coupe D-D hors gabarit devant en conséquence être modifié et, au surplus, à la confirmation de sa décision du 3 février 2020 (DD 2_____).

En prenant le garde-corps comme référence pour le calcul des gabarits légaux, le TAPI avait appliqué de manière erronée les dispositions légales topiques. Au lieu d'annuler l'autorisation de construire en raison d'une problématique mineure d'emplacement d'un garde-corps, il 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 pouvait être réduite en déplaçant l'implantation du garde-corps en retrait de la façade et de la parcelle voisine. En n'envisageant pas cette possibilité, le TAPI avait violé le principe de la proportionnalité et celui de l'économie de la procédure. Pourtant, il avait déjà eu l'occasion, dans le cadre d'une autre affaire, d'ajouter une condition à une autorisation de construire.

15) Par acte déposé le 15 avril 2021 également, M. A_____ a recouru auprès de la chambre administrative contre le jugement du TAPI en concluant à son

annulation et à la confirmation de la décision d'autorisation de construire DD 2_____ et à ce qu'il soit donné acte de son engagement à reculer le garde-corps afin qu'il soit érigé conformément aux dispositions légales applicables et au besoin à ce qu'il soit condamné à respecter la condition supplémentaire à l'autorisation de construire DD 2_____, prévoyant le déplacement du garde-corps. Il a subsidiairement conclu au renvoi de la cause au DT afin qu'il ajoute à l'autorisation de construire la condition supplémentaire visant à reculer le garde-corps afin qu'il soit érigé conformément aux dispositions légales applicables et au besoin à le condamner à respecter la condition supplémentaire à l'autorisation de construire DD 2_____, prévoyant le déplacement du garde-corps.

Selon le TAPI, une correction de l'autorisation de construire pouvait intervenir. En outre, pour procéder au calcul des gabarits, il fallait prendre en considération la dalle brute de couverture, ce qu'avait fait le DT. L'implantation du garde-corps ne devait pas être prise en compte dans ce calcul. Les services consultés et les consorts avaient suivi la même analyse. Le TAPI aurait dû procéder à une correction ou renvoyer la cause au DT pour correction. Le jugement attaqué violait le principe de la proportionnalité du point de vue du motif d'annulation et de ses conséquences concrètes. Le TAPI avait également commis un excès de son pouvoir d'appréciation en ne prenant pas une décision moins incisive. Il avait aussi violé le principe de célérité et celui d'économie de procédure en se refusant à renvoyer le dossier au département pour correction. Aucune des parties à la procédure n'avait soulevé un problème de dépassement du gabarit par le garde-corps. Au demeurant, le TAPI n'avait pas instruit cette question. Il avait violé ainsi son droit d'être entendu.

16) Dans sa réplique du 18 mai 2021 au recours de M. A_____, le département a renvoyé au sien du 15 avril 2021.

17) Dans sa réplique du 19 mai 2021 au recours du DT, M. A_____ a souligné le caractère complémentaire de son recours avec celui du département et a appuyé celui-ci.

18) Dans leurs observations du 20 mai 2021, les consorts ont souligné avoir soulevé devant le TAPI la violation des dispositions légales relatives au calcul des gabarits en rapport avec le non-respect de l'axe de 45° nécessaire à la détermination de la hauteur du bâtiment. Les premiers juges s'étaient fondés sur cet élément pour constater un dépassement du gabarit légal. Le TAPI avait procédé à ses propres calculs relatifs aux distances aux limites de propriété et de la hauteur de la dalle de couverture, en tenant compte de deux valeurs différentes de terrain naturel afin de présenter des conclusions détaillées. Le principe de la proportionnalité n'avait pas été violé, le TAPI ayant constaté une irrégularité sur les plans visés *ne varietur*. Celui-ci n'avait pas à corriger les plans validés par le DT, sauf à se substituer à son appréciation. Le droit d'être entendu de

M. A_____ n'avait pas été violé, le TAPI pouvant examiner la problématique des garde-corps.

19) Dans ses observations du 20 mai 2021, la commune a relevé qu'appliquer une couche d'isolation ou un revêtement d'étanchéité sur une dalle de couverture n'équivalait pas à ériger un garde-corps, dans la mesure où celui-ci présentait une hauteur supérieure et avait un impact visuel évident. Exiger le déplacement du garde-corps revenait à soustraire le projet contesté au contrôle étatique et public et contrevenait aux garanties procédurales. Les personnes concernées seraient privées de la possibilité de faire valoir leurs droits. Les voisins et la commune seraient également privés d'un degré de juridiction. En outre, les instances spécialisées seraient privées de la possibilité d'analyser le dossier et d'émettre leurs préavis et recommandations. Une modification au projet pouvait entraîner un changement de leurs préavis.

Le projet en cause dérogeait à l'IUS admissible. Il ne pouvait pas être rectifié et approuvé, un préavis communal favorable faisant défaut. La loi interdisait désormais les dérogations de densité qui n'étaient pas validées par une commune.

20) Dans sa duplique, M. A_____ a souligné que l'implantation des garde-corps ne devait pas entrer dans le calcul des gabarits légaux. Cette pratique du DT avait été admise par les instances judiciaires cantonales. Le garde-corps ne pouvait pas être assimilé à des installations techniques comme les machines d'ascenseur ou des bouches de canaux de ventilation. Les instances judiciaires cantonales avaient admis la modification d'un projet en cours de procédure. Si le TAPI avait estimé le garde-corps comme devant être reculé pour respecter le gabarit légal, il aurait pu le solliciter, sans devoir annuler l'autorisation de construire, mesure la plus incisive. Le déplacement d'un garde-corps ne constituait pas un « projet sensiblement différent », ni « une adjonction au projet initial d'un ouvrage séparé et d'une certaine importance ». Dans son PDCom, la commune avait identifié le secteur de X_____ comme secteur de densité accrue. Son projet respectait celui-ci, de même que l'aspect écologique. Son impact environnemental était moindre. La végétation serait préservée. De plus, l'isolation et le chauffage garantissaient un très haut standard énergétique.

21) Dans sa duplique, le DT a indiqué que le PDCom révisé contenait une stratégie d'évolution de la zone 5 avec des fiches de mesures spécifiques aux différents secteurs identifiés.

22) Ensuite de quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1) Interjetés en temps utile devant la juridiction compétente, les recours sont recevables (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2) 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

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 rasonnement 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

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 ≤ ½ 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 ≤ 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 ≥ 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

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 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'attique.

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.

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).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevables les recours interjetés le 15 avril 2021 par le département du territoire - OAC et par M. A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 24 février 2021 ;

au fond :

les admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 24 février 2021 ;

donne acte à M. A_____ 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 maximas des gabarits légaux ;

assortit l'autorisation de construire DD 2_____ de la condition de 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, le recourant devant modifier l'emplacement projeté sur la coupe D-D de ses plans ;

confirme l'autorisation de construire DD 2_____ au surplus ;

met à la charge solidaire des consorts et de la commune un émolument de CHF 1'000.- chacun ;

alloue à M. A_____ une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à charge pour moitié de la commune intimée et pour l'autre moitié à la charge des consorts, pris solidairement ;

dit qu'aucune autre indemnité ne sera allouée ;

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 au département du territoire - OAC, à Me Karin Grobet Thorens, avocate du recourant, à Me Lucien Lazzarotto, avocat de la commune intimée, à Me Delphine Zarb, avocate de Mmes et MM. C_____, D_____, E_____, F_____, G_____, H_____, I_____, J_____, K_____, L_____ et M_____, N_____, O_____, P_____, Q_____, R_____, S_____, U_____ et de U_____ SA, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeant : M. Mascotto, président, Mmes Krauskopf et Lauber, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste : le président siégeant :

F. Scheffre C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :