RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/883/2004-TPE **ATA/981/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 21 décembre 2004

dans la cause

Madame Irma et Monsieur Urs UNSOELD
représentés par Me Dominique Ducret, avocat

contre

Madame Arlette et Monsieur Guy DALLOZ

COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIÈRE DE CONSTRUCTIONS

DÉPARTEMENT DE L'AMÉNAGEMENT, DE L'ÉQUIPEMENT ET DU LOGEMENT

EN FAIT

1. Madame Irma et Monsieur Urs Unsoeld sont copropriétaires de la parcelle n° 4873, feuille 23 de la commune de Bernex située au 83, chemin des Curiades à Lully. Sur ce terrain sis en 4ème zone B est édifiée une villa se trouvant à l'extrémité ouest d'un complexe de cinq villas en ordre contigu.

   La villa des époux Unsoeld est voisine de celle des époux Dalloz, propriétaires de la parcelle n° 4874.

2. Faisant suite à une plainte des époux Dalloz, un contrôle a été effectué le 26 mars 2003 par le service de la police des construction du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement (ci-après : le département).

   A cette occasion, il a été constaté qu'une palissade séparative formée de panneaux de bois pleins, cintrés et d'une hauteur de 1 mètre 80 à 1 mètre 95 sur une longueur de 13 mètres avait été posée récemment. Le gabarit de la palissade était calqué sur la clôture métallique déjà existante en limite de propriété voisine et suivait le dénivelé du terrain en pente descendante coté sud-est après la terrasse. Plusieurs photographies, versées au dossier, ont été prises depuis la parcelle des époux Unsoeld et notamment depuis le 1er étage.

3. Le 1er avril 2003, le département a ordonné aux époux Unsoeld de requérir une autorisation de construire par voie de procédure accélérée portant sur la palissade litigieuse. En raison de l'infraction commise, toutes mesures et sanctions étaient réservées.

4. Par courrier du même jour, le département a demandé aux époux Dalloz des détails sur la clôture en métal érigée sans autorisation. Par courrier du 9 avril 2003, M. Dalloz a informé le département avoir ôté le cadre supérieur de la clôture grillagée qu'il avait dû construire pour contenir la végétation plantée sur la parcelle voisine.

5. a. Les époux Unsoeld ont requis l'autorisation de construire en date du 1er mai 2003.

   b. Le département a recueilli plusieurs préavis dont celui de la sous-commission architecture de la commission des monuments, de la nature et des sites qui n'était pas opposée au projet compte tenu du caractère léger du matériau et de sa construction sur une longueur limitée. Tous les autres préavis dont ceux de la commune et du service sécurité et salubrité étaient également favorables. L'autorisation a été délivrée le 20 août 2003 par le département (APA 21623-4) puis publiée dans la feuille d'avis officielle (FAO) du 25 août 2003.

6. a. Par courrier reçu le 28 août 2003 par le département, M. Dalloz a déclaré recourir contre l'autorisation délivrée. La clôture n'était pas conforme à la hauteur légale vue de sa parcelle car un remblai avait été créé par le voisin sur la limite lors de la construction de la piscine. Elle n'était également pas conforme dans sa longueur car le terre-plein avait été allongé sur la limite à la même occasion.

b. Le département a répondu le 2 septembre 2003 aux époux Dalloz. La piscine et ses aménagements avaient fait l'objet d'une autorisation de construire en 1991. Dès lors, les aménagements considérés ne pouvaient plus être remis en cause. De plus, la hauteur de la palissade était la même que celle de la clôture métallique qu'ils avaient eux-mêmes posée. Le recours avait été transmis à la commission cantonale de recours en matière de constructions (ci-après : CCRMC) pour raison de compétence.

c. M. Dalloz a précisé au département le 5 septembre 2003 qu'il avait démonté la clôture. Elle ne pouvait plus justifier la hauteur de la palissade. En raison de son opacité, ladite palissade obscurcissait son salon.

d. Le 23 septembre 2003, M. Dalloz a complété son recours. Lors de la construction de la piscine, le terrain de la parcelle voisine avait été surélevé de 25 à 40 cm selon les endroits alors que les niveaux étaient les mêmes antérieurement. Le terre-plein du côté nord-est avait été allongé par la construction d'un mur de soutènement en talus sec. Le rapport d'enquête du département ne tenait pas compte du point de vue que l'on avait de sa parcelle. La palissade avait une hauteur de 2 mètres 40 et se trouvait à 50 centimètres de la fenêtre du salon. La clôture devait être ramenée à une hauteur de 2 mètres, mesurée depuis sa parcelle et la longueur limitée à 11 mètres 85 (longueur antérieure de la haie).

7. a. Le 22 octobre 2003, les époux Unsoeld, par l'intermédiaire de leur mandataire, ont fait part de leurs observations. Une différence de niveau existait entre les deux terrasses qui s'expliquait par le fait que la maison des époux Dalloz avait été entièrement construite à un niveau inférieur. L'obscurcissement invoqué n'était pas réel, en raison de l'existence antérieure d'une haie puis d'une clôture bordée de végétation d'une hauteur exactement identique. Pour ces raisons, l'autorisation devait être confirmée.

b. Le 27 janvier 2004, les époux Unsoeld ont fait parvenir à la CCRMC le plan des fondations des villas établi le 8 juillet 1980 par les architectes-promoteurs responsables de la construction. Les niveaux indiqués dans les sous-sols respectifs de la maison Unsoeld et Dalloz étaient de 428 mètres 90 et 428 mètres 45.

8. Le 5 février 2004, les époux Dalloz ont répliqué. La différence de niveau des constructions était compensée par un retrait de la maison Unsoeld. Les terrains sur la limite de parcelle étaient de même niveau.

9. Un transport sur place a été effectué par la CCRMC le 12 mars 2004. Selon le procès-verbal établi, la CCRMC a constaté que depuis le salon des époux Dalloz, la palissade posée sur un rehaussement d'une trentaine de centimètres se trouvait au même niveau que le haut de la fenêtre du salon. Par rapport à la terrasse des époux Dalloz, elle mesurait 2 mètres 40 jusqu'au 4ème élément. Depuis le bas de la parcelle, le terrain des époux Unsoeld avait été rehaussé beaucoup plus que celui des autres villas. Le mur de support concernant ce rehaussement avait environ 40 centimètres de plus que les murs de support des autres bâtiments. L'ancien mur de soutien existait encore à la limite ouest de la parcelle des époux Unsoeld. En revanche, la partie est avait été avancée, provoquant un rehaussement.

10. Par décision du 19 mars 2004, la CCRMC a admis le recours et annulé l'autorisation de construire du 20 août 2003.

L'édification de la véranda et de la piscine sur la parcelle n° 4873 avait eu pour conséquence un rehaussement du niveau du terrain et également un prolongement de la terrasse. Cette modification avait pour effet d'enclaver la parcelle des recourants au niveau des deux premiers éléments de la palissade contre la façade en raison de la différence du niveau des terrains. Cet inconvénient était suffisamment grave pour que l'autorisation soit refusée en application de l'article 14 alinéa 1 lettre a de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05).

11. Le 29 avril 2004, les époux Unsoeld ont saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision de la CCRMC en concluant à son annulation et à la confirmation de l'autorisation de construire avec suite de dépens.

La CCRMC avait fait une constatation inexacte et incomplète des faits. La différence de niveau entre les deux terrains préexistait à la construction de la piscine. La CCRMC n'avait pas tenu compte des preuves apportées et établi les faits de manière arbitraire. La différence de niveau des constructions à l'origine était attestée par plan et la constatation inverse faite par la CCRMC n'était fondée sur aucun élément de preuve. De plus, aucun relevé métrique n'avait été fait lors du transport sur place. Les chiffres admis par la CCRMC étaient contestés.

S'agissant de la validité de l'autorisation de construire, la palissade avait une hauteur variant entre 1 mètre 80 et 1 mètre 95, mesurée depuis leur parcelle. Elle était conforme aux dispositions légales applicables. Le fait que depuis la terrasse des époux Dalloz, la palissade dépassait la hauteur de deux mètres s'expliquait uniquement par la manière dont avait été construit le complexe de villas. D'ailleurs la maison des époux Dalloz était également construite 45 centimètres en dessous du niveau de celle voisine à l'est.

Ils relevaient également le caractère chicanier du recours formé par les époux Dalloz dans la mesure où la végétation plantée sur leur parcelle atteignait largement la hauteur de la palissade. Enfin, dès 1992, une barrière dont la hauteur était identique à celle de la palissade avait été installée mais démontée pour les besoins la cause. Finalement, la haie qui séparait l'autre côté de la terrasse des époux Dalloz atteignait une hauteur à tout le moins égale à l'élément le plus élevé de la palissade. Ces faits ressortaient clairement des plans et des photographies déposés.

12. Le 6 mai 2004, Mme et M. Dalloz ont fait part de leurs observations. Les niveaux différents des fondations n'entraînaient pas de différence dans les niveaux des terrasses en raison de la déclivité du terrain. Preuve en était que la clôture grillagée initiale était posée environ 30 centimètres en dessous du niveau actuel du terrain sur la limite entre les parcelles. S'agissant de la hauteur de la palissade, le dépassement de la limite légale était directement imputable au remblai créé lors de la construction de la piscine. Ils subissaient une perte de vue et d'ensoleillement ce qui constituait un inconvénient majeur. S'agissant de la longueur, l'allongement du terre-plein créé lors de la construction de la piscine augmentait encore les inconvénients. Il convenait d'autoriser une palissade moins élevée, d'une hauteur de 2 mètres mesurée depuis leur terrasse et de diminuer la longueur en alignant l'extrémité sur le côté ouest de la parcelle n° 4873.

13. Le 28 mai 2004, le département a fait part de sa détermination. La clôture, assimilée à un mur ne dépassait en aucun point la limite de 2 mètres et était donc conforme aux dispositions légales. Tous les préavis recueillis et notamment celui de la commission des monuments, de la nature et des sites, étaient favorables. Il n'avait été démontré ni par la CCRMC ni par les époux Dalloz que la seule présence de la construction litigieuse engendrerait des inconvénients graves. La CCRMC avait substitué en pure opportunité son appréciation à celle du département fondée sur des préavis positifs. Elle avait ainsi outrepassé les limites posées par l'article 61 alinéa 2 de loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

14. Le 24 juin 2004, Mme et M. Dalloz ont précisé, en plus des arguments déjà développés, que selon les mesures effectuées à leur demande par un géomètre, la clôture avait une hauteur de 2 mètres 19 et dépassait de 7 centimètres le haut de la fenêtre. L'obscurcissement de la partie droite du salon constituait un inconvénient suffisamment grave pour refuser l'autorisation. Le dépassement mesuré subsistait pratiquement sur toute la longueur du terre-plein. Le plan de mesures était déposé.

15. Le 10 septembre 2004, les époux Unsoeld ont répliqué. Les mesures faites par le géomètre étaient trompeuses car aucun élément de la palissade ne dépassait 2 mètres. En revanche, la différence de niveau de 45 centimètres existant entres les constructions était prouvée par les plans figurant au dossier.

16. Le 16 septembre 2004, le département a souligné que la hauteur de la palissade était bien de 1 mètre 80 à 1 mètre 95 selon les endroits et que c'était là la seule mesure pertinente. Les éventuelles dénivellations du terrain ne l'étaient pas.

17. Pour des raisons de lisibilité, les données supplémentaires figurant sur les plans et les photographies seront reprises, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » du présent arrêt.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05; art. 63 al. 1 litt. a LPA).

2. a. L'article 1 alinéa 1 lettre a LCI, prévoit que nul ne peut, sans y avoir été autorisé, élever en tout ou en partie une construction ou une installation, notamment de clôture, sur le territoire du canton.

b. Seules des constructions de peu d'importance peuvent être édifiées à la limite des propriétés dans la 4e zone de construction (art. 43 al. 2 LCI). Les constructions de peu d'importance sont définies par l'article 3 alinéa 3 du règlement d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses du 27 février 1978 (RALCI - L 5 05 01) comme s'inscrivant dans un gabarit limité notamment par une ligne verticale dont la hauteur n'excède pas 2 mètres 50.

c. 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 mètres. (art. 112 LCI).

d. Le RALCI définit le mode de calcul et de mesure du gabarit. Pour les constructions basses ou de peu d'importance édifiées à la limite de propriété, le niveau considéré est celui de la parcelle sur laquelle elles reposent (art 20 al. 4 RALCI). S'agissant d'une séparation entre deux propriétés, seul ce mode de faire permet d'atteindre l'un des buts visé par l'article 112 LCI qui est de préserver le caractère privé des jardins (MGC 1961 2 p. 1314).

3. Mesurée depuis le fond sur lequel elle est édifiée, la palissade a une hauteur oscillant entre 1 mètre 80 et 1 mètre 95. Ces chiffres sont admis par toutes les parties et figurent sur les plans déposés.

Ainsi, mesurant moins de 2 mètres depuis le niveau du sol sur lequel elle est édifiée, la palissade litigieuse respecte les limites définies par la loi et est autorisable de ce point de vue.

4. La CCRMC a retenu que l'impact de la palissade constituait un inconvénient grave pour les voisins au sens de l'article 14 alinéa 1 lettre a LCI, en raison de la différence de niveau des terrains. Le département quant à lui estime, en se fondant notamment sur le préavis du service de sécurité et de salubrité qui doit veiller au respect de l'article 14 LCI, qu'aucun inconvénient grave n'était généré par l'installation de la palissade.

a. Selon l'article 14 alinéa 1 lettre a LCI, intitulé « sécurité et salubrité », le département peut refuser une autorisation lorsqu'une construction ou une installation peut être la cause d'inconvénients graves pour les usagers, le voisinage ou le public. L'autorité jouit d'une liberté d'appréciation qui n'est limitée que par l'excès ou l'abus de pouvoir (ATA/172/2004 du 2 mars 2004).

b. La notion d'inconvénients graves est une norme juridique indéterminée qui doit être interprétée. Comme en matière de dérogation, le département dispose d'un certain pouvoir d'appréciation. Les autorités de recours dans ce cas doivent s'imposer une certaine retenue et n'intervenir que dans les situations où le département se serait laissé guider par des considérations non fondées objectivement, étrangères au but prévu par la loi (ATA V. du 17 février 1988).

c. L'autorité judiciaire exerce un libre pouvoir de contrôle lorsqu'elle s'estime apte à trancher en connaissance de cause, c'est-à-dire lorsque l'interprétation de la norme ne fait pas appel à des connaissances spécialisées ou particulières. En revanche, lorsque le sujet considéré exige une spécialisation d'une technicité plus grande, le tribunal de céans s'impose une certaine retenue, la CCRMC étant composée pour une part de spécialistes (ATA/560/2004 du 22 juin 2004).

d. Dans le système de la LCI, les préavis recueillis au cours de la procédure ne lient ni l'autorité exécutive cantonale, ni les autorités judiciaires (ATA/64/2001 du 30 janvier 2001). Selon une jurisprudence bien établie, le tribunal de céans observe une certaine retenue pour éviter de substituer sa propre appréciation à celle des instances de préavis pour autant que l'autorité inférieure suive l'avis de celles-ci (ATA/585/1996 du 15 octobre 1996 et les arrêts cités). Lorsque la CCRMC s'écarte des préavis, le Tribunal administratif peut revoir librement l'interprétation des notions juridiques indéterminées, mais contrôle sous le seul angle de l'excès et de l'abus de pouvoir, l'exercice de la liberté d'appréciation de l'administration.

En l'espèce, le Tribunal administratif reverra librement l'interprétation de la notion d'inconvénients graves, d'une part parce que cette interprétation ne fait pas appel à des connaissances spécialisées ou particulières, et d'autre part parce que la CCRMC s'est écartée des préavis recueillis.

5. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'article 14 LCI, n'a pas pour but d'empêcher toute construction, dans une zone à bâtir, qui aurait des effets sur la situation ou le bien-être des voisins (Arrêt du Tribunal fédéral 1P.530/2002 du 3

février 2003 consid. 5). Cette norme peut néanmoins servir indirectement à la protection des voisins contre les nuisances de toute sorte (ATF 118 Ia 112; ATA/130/1999 du 2 mars 1999).

La législation genevoise est muette en matière de perte d'ensoleillement. Le Tribunal administratif a jugé sous l'angle de l'article 14 LCI, qu'une légère perte d'ensoleillement due à la surélévation d'un bâtiment ne constituait pas un inconvénient grave (ATA/130/1999 du 2 mars 1999). Dans une autre espèce, il a indiqué, sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral et des règles adoptées dans d'autres cantons, qu'une atteinte à la propriété serait réalisée si de nouvelles constructions entraînaient sur celles déjà existantes une absence d'ensoleillement supplémentaire de plus de deux heures, cette mesure étant prise par rapport à la date des équinoxes (ATA/684/2002 du 12 novembre 2002). A cet égard, le Tribunal fédéral a précisé que lorsque ces limites étaient dépassée de 133% et de 66% il s'agissait d'une atteinte grave pour le propriétaire touché. La perte d'ensoleillement lorsqu'elle atteignait de telles valeurs affectait la salubrité même des bâtiments (ATF 99 Ia 126 consi 8 b. p.140 et 141). Toutefois, si la perte d'ensoleillement n'était que partielle et n'affectait qu'une partie de l'habitation ou de la parcelle touchée, il fallait en tenir compte dans l'examen de l'importance de l'atteinte invoquée (ATF 100 Ia 334 consid. 9d. p. 341).

6. a. Dans sa décision, la CCRMC a retenu à tort que la clôture culminait à 2 mètres 40 au dessus de la terrasse des époux intimés au niveau de la fenêtre du salon. Ces chiffres correspondent à ceux allégués par les époux Dalloz avant qu'ils ne fassent procéder à des mesures par un géomètre.

Ces mesures effectuées depuis la terrasse des époux Dalloz, permettent d'établir que le haut de la palissade se situe à 2 mètres 19 sur une longueur de 1 mètre 80 (correspondant à la moitié d'un panneau cintré et d'un panneau rectangulaire) avec un niveau 0 contre le mur de la maison correspondant à la partie est de la fenêtre du salon. Toujours mesurée depuis ce point, la clôture n'atteint plus les 2 mètres sur le reste de sa longueur puisque le terrain présente une pente légèrement descendante sur tout le reste de la terrasse.

Mesuré depuis le sol du fonds le plus bas et à chaque milieu de panneau (point le plus haut du panneau cintré), l'impact de la palissade a une hauteur moyenne de 2 mètres 22 avec un maximum de 2 mètres 29 à 10 mètres 80 de la maison et un minimum de 1 mètres 95 à 5 mètres 40 de celle-ci.

b. De surcroît, contrairement à ce qu'a également retenu la CCRMC, l'origine de la différence de niveau entre les terrasses n'est pas clairement établie. Ce qui n'est pas contesté et seul pertinent en l'espèce, c'est que le remblai n'a pas été constitué lors de l'installation de la palissade mais qu'il préexistait.

Cette différence de niveau n'apparaît pas dans les plans soumis au département et aux différentes instances qui ont préavisé favorablement le projet de clôture. En revanche, les documents photographiques figurant dans le rapport d'enquête du département, permettent de voir très clairement l'impact de la palissade sur les deux parcelles. C'est donc en toute connaissance de cause que les différentes instances de préavis et le département se sont prononcés.

7. S'agissant de la perte d'ensoleillement du côté droit du salon, telle qu'invoquée par les intimés, il est utile de préciser que la fenêtre du salon se trouve en retrait d'environ cinquante centimètres du mur séparatif large de 40 centimètres, auquel elle est accolée. La palissade litigieuse est adossée au mur et le prolonge.

En bordure des deux parcelles, soit sur les deux côtés de la palissade, les photographies montrent l'existence d'une végétation plus ou moins dense dont la hauteur atteint en certains points celle de la palissade. La clôture grillagée qui existait depuis 1992, mais que les intimés ont enlevée après l'installation de la palissade et l'intervention du département, était d'une hauteur identique à l'actuelle palissade. Aux dires des intimés, qui ne contestent pas ces faits, la clôture avait d'ailleurs dû être posée pour contenir la végétation provenant du fonds voisin.

Ainsi, la situation de la fenêtre du salon, en retrait d'un mur, implique déjà un ensoleillement réduit du côté droit du salon que l'existence de la végétation plantée diminue encore.

En l'espèce, il ne ressort pas du dossier que la palissade en raison de son opacité et de sa hauteur, à elle seule, priverait l'habitation voisine de deux heures supplémentaires d'ensoleillement, ni même qu'elle aggraverait sensiblement la situation des voisins, au point de constituer un inconvénient grave tel que défini ci-dessus.

8. La CCRMC s'étant fondée sur une constatation inexacte et incomplète des faits pour substituer sa propre appréciation à celle du département quant à la gravité des inconvénients induits par l'installation litigieuse, sa décision devra être annulée.

Par contre, le Tribunal de céans considère que le département n'a pas excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation en délivrant l'autorisation litigieuse en se fondant sur les préavis recueillis.

9. Par conséquent, le recours sera admis et l'autorisation délivrée par le département confirmée.

10. a. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge des intimés (art. 87 LPA).

b. Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée aux recourants à la charge des intimés.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 29 avril 2004 par Madame Irma et Monsieur Urs Unsoeld contre la décision de la commission cantonale de recours en matière de constructions du 19 mars 2004;

au fond :

l'admet;

annule la décision attaquée ;

confirme l'autorisation de construire APA 21623-4 ;

met à la charge des intimés un émolument de CHF 1'500.-;

alloue aux recourants une indemnité de procédure de CHF 2'000.- à charge des intimés ;

communique le présent arrêt à Me Dominique Ducret, avocat des recourants, à Madame Arlette et Monsieur Guy Dalloz ainsi qu'à la commission cantonale de recours en matière de constructions et au département de l'aménagement, de l'équipement et du logement.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :	la vice-présidente :
C. Del Gaudio-Siegrist	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :