

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2333/2022-LCI

ATA/1168/2023

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 31 octobre 2023

dans la cause

A _____

B _____ SA

représentés par Me Dominique BURGER, avocate

recourants

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE

recourant

contre

C _____

D _____

E _____

F _____

G _____

H _____

représentés par Mes Guillaume FRANCIOLI et Romaine ZÜRCHER, avocats

intimés

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
4 avril 2023 (JTAPI/382/2023)**

EN FAIT

- A.** **a.** A_____ est propriétaire de la parcelle n° 6'618 de la commune de I_____ (ci-après : la commune), d'une surface de 1'802 m², située en cinquième zone de construction et sur laquelle sont construits une villa et un bâtiment, qui font l'objet de l'autorisation de démolir M 1_____/1, délivrée le 14 avril 2020.
- b.** C_____ sont propriétaires de la parcelle n° 9'797 de la commune, D_____ de la parcelle n° 6'560, E_____ de la parcelle n° 9'794, F_____ de la parcelle n° 9795, G_____ de la parcelle n° 9'796 ainsi que H_____ de la parcelle n° 6'619 (ci-après : les voisins).
- B.** **a.** Par requête déposée en octobre 2019, référencée sous dossier DD 2_____, J_____ SA (ci-après : le cabinet d'architecture) a, en qualité de mandataire et de requérante, déposé auprès de l'office des autorisations de construire, rattaché au département du territoire (ci-après : DT), une demande d'autorisation de construire une villa urbaine de plusieurs logements sur un niveau de sous-sol (parking) et piscine sur la parcelle de A_____.
- b.** Ce premier projet a notamment fait l'objet des préavis suivants :
- le 18 novembre 2019, la direction des autorisations de construire (ci-après : DAC) a demandé la fourniture de pièces complémentaires. Le calcul des surfaces devait être vérifié. La surface à prendre en compte correspondait à la surface brute de plancher (ci-après : SBP) hors-sol, au nu de façade, sans déduction des embrasures de fenêtres. Une coupe permettant de vérifier la conformité des aménagements extérieurs (piscine) en limite de propriété avec la parcelle n° 8'640 devait être fournie ;
 - le 3 décembre 2019, la commission d'architecture (ci-après : CA) a demandé un projet modifié supprimant les patios et courettes anglaises pour augmenter la surface végétale. Le projet était de qualité, compact et s'intégrant parfaitement dans le contexte environnant ;
 - le 4 décembre 2019, la commune a rendu un préavis négatif. L'indice d'utilisation du sol était trop élevé. Elle souhaitait limiter la densification pour les constructions à 32% au maximum. La construction n'était pas compatible avec l'harmonie et l'aménagement du quartier ;
 - le 17 décembre 2019, la commission consultative de la diversité biologique (ci-après : CCDB) a rendu un préavis favorable avec dérogation selon la législation sur les forêts et sous conditions ;

- le 15 janvier 2020, l'office cantonal de l'agriculture et de la nature (ci-après : OCAN) s'est déclaré favorable au projet avec dérogation selon la législation sur les forêts et sous conditions ;

- le 16 janvier 2020, le service des préavis et instruments de l'office de l'urbanisme (ci-après : SPI) a rendu un préavis favorable sur le principe d'une densification dérogatoire. Les éléments exposés étaient conformes à l'objectif de densification qualitative. Il ne pouvait pas se prononcer sur le respect de la stratégie communale pour la densification de la zone 5, celle-ci n'étant alors pas applicable. Une coordination avec la commune à ce sujet était préconisée. Il s'en remettait à la CA sur les modalités de mise en œuvre du projet concernant l'échelle du quartier.

c. Le 24 février 2020, le projet a été modifié.

La SBP était de 864.71 m² (rez-de-chaussée de 290.31 m², premier étage de 357.97 m² et attique de 216.43 m²), soit un taux de 48% (864.71 m²/1'802 m²).

d. Ce projet modifié a notamment été préavisé par les instances suivantes :

- le 26 février 2020, la DAC a préavisé favorablement le projet avec dérogation en matière de rapport de surfaces et sous conditions. Le rapport des surfaces hors-sol était de 864.7 m²/1'802 m², soit 48%, en sous-sol de 170.3 m²/1'802 m², soit 9.45% et les constructions de peu d'importance (ci-après : CDPI) étaient des 99.2 m² + 17.2 m², soit 116.4 m² et 6.45% ;

- le 9 mars 2020, le SPI a persisté dans son préavis favorable ;

- le 11 mars 2020, la commune a maintenu son préavis négatif, la densité étant trop élevée ;

- le 24 mars 2020, la CCBD a confirmé son avis favorable ;

- le 15 avril 2020, la CA a préavisé favorablement le projet modifié, avec dérogation en matière de rapport de surfaces et sous conditions, les modifications répondant à son précédent préavis. L'échelle du territoire communal, définie dans le guide pour une qualité de la zone 5, n'était pas analysée ;

- les 21 et 27 avril 2020, l'OCAN a confirmé être en faveur du projet avec dérogation et sous conditions ;

- le 16 juin 2020, la commission des monuments, de la nature et des sites (ci-après : CMNS) a préavisé défavorablement le projet, s'opposant à l'implantation de la construction dans la zone protégée. La législation sur les forêts ne prévoyait aucune dérogation pour implanter une nouvelle construction à moins de 10 m de distance à la lisière de la forêt.

e. L'autorisation portant sur ce projet modifié, délivrée par le DT le 31 août 2020, a été annulée, sur recours des voisins, par le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) par jugement du 9 juin 2021 (JTAPI/707/2021). Le TAPI a renvoyé le dossier au DT pour complément d'instruction et nouvelle décision.

Les modifications du projet en cours d'instruction du recours, telles que demandées par le DT pour que le projet soit conforme aux dispositions légales applicables et respecte notamment la surface totale des CDPI autorisées, à savoir le retrait de la couverture de l'emplacement vélos, modifiaient le projet dans une mesure nécessitant la reprise de son instruction et notamment l'interpellation de l'OCCAN et de l'OCT pour recueillir leur préavis.

f. Après reprise de l'instruction par le DT le 20 octobre 2021, le mandataire a produit un projet modifié le 22 novembre 2021.

Les CDPI comprenaient les balcons et terrasses (7 m², 6.56 m² et 5.99 m²), le surplomb de l'étage avec poteau ou mur (surface calculée au droit des poteaux porteurs, sans les claustras ; 54.13 m²), la surface d'avant-toit sur la surface de l'attique (15.15 m²) et la surface de la rampe couverte (9.21 m²), pour un total de 98.04 m².

La surface de la piscine, située à 2.59 m de la parcelle n° 8'640 et 3.26 m de la parcelle n° 9'795, était de 60.80 m².

g. Ce dernier projet a notamment fait l'objet des préavis suivants :

- le 15 décembre 2021, la DAC a maintenu son préavis favorable avec dérogation en matière de rapport de surfaces et sous conditions. Les rapports des surfaces hors-sol demeuraient inchangés, sauf les CDPI, de 98.04 m² pour un rapport de 5.45% ;

- le 19 janvier 2022, le service des monuments et des sites (ci-après : SMS) a préavisé défavorablement le projet, en raison de la présence récurrente de nouveaux aménagements dans les 10 m de distance à la lisière de la forêt ;

- le 4 février 2022, le CCBD a une nouvelle fois confirmé son préavis positif avec dérogation et conditions ;

- le 23 février 2022, la commune a à nouveau préavisé défavorablement le projet. Le périmètre de la parcelle n° 6'628 n'avait pas été défini comme approprié à une densification accrue dans le plan directeur communal (ci-après : PDCOM), certes non encore entré en force, après une analyse approfondie de la zone 5, ce dont la population avait été informée. L'implantation du bâtiment se situait à moins de 20 m de la lisière de la forêt. Le maintien et la prolongation des haies bocagères

n'étaient pas respectés. La réalisation du projet augmenterait fortement l'imperméabilisation du terrain concerné ;

- le 28 février 2022, l'OCAN a préavisé favorablement le projet avec dérogation en matière de constructions à proximité de la forêt et sous conditions.

h. Par décision du 9 juin 2022, publiée dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) le jour-même, le DT a délivré l'autorisation globale de construire DD 2_____.

Les conditions figurant dans les préavis et le préavis liant devaient être strictement respectées et faisaient partie intégrante de l'autorisation.

i. Par courrier du même jour, le DT a informé la commune de la délivrance de cette autorisation de construire.

La densité prévue par le projet était conforme à la loi. Les préavis favorables de la CA et du SPI attestaient de la compatibilité du projet avec le quartier. L'OCAN s'était déclaré favorable à une dérogation selon la législation sur les forêts, étant précisé que des mesures prévoyant de nouvelles plantations avaient été prises. Concernant les aspects d'écoulement des eaux, l'instance spécialisée s'était également prononcée en faveur du projet. L'ensemble des autres instances de préavis consultées s'était déclaré favorable au projet, avec ou sans réserves.

C. a. Par acte du 11 juillet 2022, les voisins ont recouru auprès du TAPI contre l'autorisation du 9 juin 2022, concluant à son annulation.

La piscine n'avait à juste titre pas été comptabilisée comme CDPI, sa surface étant supérieure à 50 m², ni comme surface en sous-sol, étant à ciel ouvert et en majeure partie au-dessus du terrain naturel. Elle devait être prise en compte comme SBP, s'agissant d'un bâtiment annexe faisant corps avec le bâtiment principal. Le rapport des surfaces était ainsi de 51.9 % et dépassait le maximum légal. La piscine devait respecter les distances aux limites de propriété et ne pouvait être située à moins de 5 m de la limite parcellaire, alors qu'elle se situait à 2.59 m de la parcelle n° 8'640 et 3.26 m de la parcelle n° 9'795.

D'autres griefs étaient invoqués.

b. Par jugement du 4 avril 2023, rendu au terme d'un double échange d'écritures et notifié à A_____ et B_____ SA (ci-après : l'entreprise générale) le 11 avril 2023 ainsi qu'au DT le lendemain, le TAPI a admis le recours et a annulé l'autorisation de construire.

Le DT aurait dû prendre en compte dans le calcul de la SBP la surface de la piscine, qui dépassait 50 m² et ne pouvait être considérée comme une CDPI. En additionnant la SBP de 864.71 m² et la surface de la piscine de 60.80 m², la SBP

totale était de 925.51 m², correspondant à un taux de 51.36%, lequel dépassait le coefficient maximal dérogatoire de 48%.

La piscine était une construction, située à 2.59 m de la parcelle n° 8'640 et 3.26 m de la parcelle n° 9'795. Elle dépassait la distance légale aux limites de propriété.

- D. a.** Par acte du 12 mai 2023, A_____ et l'entreprise générale ont recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre ce jugement, concluant à son annulation, à la confirmation de l'autorisation de construire et à la condamnation des voisins aux dépens.

Il n'avait jamais été question, ni durant l'instruction devant le DT en 2019-2020 puis en 2021-2022, ni durant la première procédure devant le TAPI d'intégrer la piscine dans le calcul de la SBP. La position du TAPI constituait un changement drastique du traitement des piscines dans le cadre des procédures d'autorisation de construire. En tant qu'élément non couvert, ne servant ni à l'habitation, ni au travail et n'étant pas nécessaire à l'accessibilité de l'habitat groupé, la piscine constituait un aménagement extérieur et non une construction. En considérant qu'elle devait être intégrée au calcul de la SBP et que son emplacement n'était pas conforme à la distance aux limites, le TAPI avait violé le droit.

En tant qu'il risquait d'entraîner la perte du droit de construire le projet litigieux conformément au droit applicable au moment du dépôt de leur demande, soit avant l'entrée en vigueur du gel en zone villa, le changement de jurisprudence et l'annulation de l'autorisation violaient les principes de la bonne foi, de la non-rétroactivité et de la sécurité du droit. Au vu de la pratique administrative constante du DT, des préavis positifs, du renvoi du dossier par le TAPI sur la seule question du calcul des CDPI, un droit acquis ou au moins une situation acquise avait été créée et garantissait qu'il ne puisse y avoir un changement de traitement en cours d'instance. Ils auraient au moins dû en être informés lors du premier jugement du TAPI ou au moins avant le prononcé du deuxième jugement, conformément au principe de la proportionnalité.

- b.** Par acte du 16 mai 2023, le DT a également recouru auprès de la chambre administrative contre le même jugement, concluant à son annulation et au rétablissement de la décision annulée.

La jurisprudence récente de la chambre administrative confirmait que les piscines n'étaient pas des CDPI, mais des aménagements extérieurs. Le jugement attaqué reposait sur un jugement du TAPI non confirmé par la chambre administrative et apparaissait avoir fait l'objet d'un développement sur les SBP très superficiel, la cause en question ne concernant pas une piscine de plus de 50 m². Il était faux de retenir que dès lors qu'une surface ne représentait pas une CDPI, il s'agissait d'une SBP. Les surfaces en sous-sol ou les aménagements extérieurs démontraient qu'une surface non englobée dans la définition de CDPI ne représentaient pas pour

autant une SBP. Une piscine creusée en rez-de-chaussée ne constituait pas une construction hors-sol devant entrer dans le surface de plancher à prendre en compte pour le calcul du rapport de surfaces. La piscine ne représentait pas une construction annexe faisant corps avec l'habitat groupé projeté. Il ne s'agissait pas d'une surface fermée et son habitabilité était nulle. Une piscine ne pouvait qu'être un aménagement extérieur. Les piscines de plus de 50 m² étaient déjà examinées et appréhendées par l'art. 59 al. 3bis de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05).

L'argumentation relative à la distance aux limites ne tenait donc pas non plus, d'autant plus que la disposition que le TAPI avait appliquée supposait une hauteur de gabarit.

Le projet respectait les règles applicables aux aménagements extérieurs.

c. Le 19 juin 2023, le DT a conclu à l'admission du recours de A_____ et de l'entreprise générale.

Le Tribunal fédéral avait encore confirmé dans un arrêt récent qu'une piscine ne pouvait être considérée ni comme une CDPI, ni comme une SBP.

d. Le même jour, A_____ et l'entreprise générale ont fait leur l'argumentation du DT, que confirmait la jurisprudence du Tribunal fédéral.

e. Par deux réponses du 7 juillet 2023, les voisins ont conclu au rejet des deux recours et à la condamnation de A_____, l'entreprise générale et le DT aux dépens.

Le TAPI avait retenu à juste titre et conformément à la jurisprudence que si une construction ne pouvait pas être considérée comme spécifique au sens de l'art. 59 al. 3 LCI ou comme une CDPI, elle devait *a contrario* être prise en considération dans le calcul de la SBP. L'absence d'analyse de rapport de surfaces était choquante au regard du projet envisagé. La piscine, qui dépassait la limite de 50 m², ne pouvait pas être considérée comme une CDPI. Si une piscine dépassait le niveau hors-sol, respectivement dépassait dans une plus large mesure que la partie inférieure au niveau du sol, elle pouvait être considérée comme une construction hors-sol et devait être prise en compte dans le calcul de la SBP. La piscine était en l'occurrence située en majorité en dessus du terrain naturel et de manière encore plus importante en dessus du terrain naturel de la parcelle adjacente. Elle devait être comptée dans le calcul de la SBP. Elle faisait de plus corps avec le bâtiment principal de la construction projetée, étant directement liée au bâtiment tant à la surface qu'en sous-sol. Le rapport des surfaces était de 51.36 % et la piscine dépassait les distances légales aux limites de propriété.

f. Par deux répliques du 28 août 2023, A_____ et l'entreprise générale ont maintenu leur recours et leur argumentation.

La piscine ne faisait pas corps avec le bâtiment et n'était pas couverte. Si, en raison de la déclivité du terrain, une partie de la piscine devait être considérée comme hors-sol, cette partie était proportionnellement largement inférieure à la partie enterrée. Elle ne répondait pas aux critères définis pour une construction ni une SBP et constituait un aménagement extérieur.

g. Le 31 août 2023, le DT a également persisté dans son recours.

Les voisins reconnaissaient que la piscine ne constituait pas une CDPI. La piscine ne constituait pas un local pouvant faire corps avec l'habitat groupé projeté. En surface, la piscine était séparée de l'habitation par une terrasse. En sous-sol, elle était visuellement accolée aux locaux techniques, mais ne présentait aucun lien matériel avec ceux-ci, aucune ouverture permettant la communication entre les espaces n'existait. La majorité de la piscine n'était pas prévue au-dessus du terrain naturel, auquel la disposition topique ne faisait aucune référence. Les locaux en sous-sols étaient ceux en dessous du sol adjacent, terrain naturel ou fini. Un remblayage était prévu et la piscine ne dépasserait pas du sol. Elle ne pouvait être considérée comme une surface hors-sol. La référence au terrain naturel d'une parcelle voisine était incompréhensible. La CA avait toujours eu un regard sur le maintien d'une surface en pleine terre suffisante en considérant l'intégration globale du projet dans le contexte, ce qui avait été le cas en l'espèce.

h. Le 18 septembre 2023, les voisins ont maintenu leur position.

Les pièces démontraient que la piscine faisait corps avec le bâtiment, la structure même de la construction ne faisant qu'un. Le lien matériel entre les locaux techniques en sous-sol et la piscine était limpide, ceux-ci permettant le bon fonctionnement du bassin. Il ne pouvait y avoir d'ouverture entre les deux, vu la nécessité évidente d'étanchéité. L'existence d'une ouverture n'était pas une condition pour constituer une construction annexe. Comptabiliser la surface hors-sol adjacente uniquement, sans tenir compte du terrain naturel, auquel se référerait pourtant la jurisprudence, revenait à détourner la loi de son but.

i. Le 2 octobre 2023, le DT a maintenu ses conclusions.

j. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1.** Les deux recours ont été interjetés en temps utile devant la juridiction compétente (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a et 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. L'un des recours a notamment été interjeté par l'entreprise générale.

2.1 À teneur de l'art. 60 al. 1 let. a et b LPA, les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée et toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, sont titulaires de la qualité pour recourir (ATA/1254/2022 du 13 décembre 2022 consid. 3a et les arrêts cités). La chambre administrative a déjà jugé que les let. a et b de cette disposition devaient se lire en parallèle : ainsi, le particulier qui ne peut faire valoir un intérêt digne de protection ne saurait être admis comme partie recourante, même s'il était partie à la procédure de première instance (ATA/905/2022 du 6 septembre 2022 consid. 3b et l'arrêt cité).

2.2 Selon la jurisprudence, le recourant doit être touché de manière directe, concrète et dans une mesure et avec une intensité plus grandes que la généralité des administrés, et l'intérêt invoqué, qui n'est pas nécessairement un intérêt juridiquement protégé, mais qui peut être un intérêt de fait, doit se trouver, avec l'objet de la contestation, dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération (ATF 143 II 506 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_593/2019 du 19 août 2020 consid. 1.2). Il faut donc que le recourant ait un intérêt pratique à l'admission du recours, soit que cette admission soit propre à lui procurer un avantage de nature économique, matérielle ou idéale (ATF 143 II 578 consid. 3.2.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_536/2021 consid. 1 ; ATA/303/2023 du 23 mars 2023 consid. 2a).

2.3 En l'espèce, ce n'est pas l'entreprise générale, mais le cabinet d'architecture qui était requérant et mandataire dans le cadre de la requête d'autorisation de construire et donc partie à la procédure devant l'autorité recourante. L'entreprise générale n'est donc a priori pas touchée personnellement par le jugement attaqué, qui ne concerne que le cabinet d'architecture. L'on pourrait toutefois se demander si l'entreprise générale ne représenterait pas le cabinet d'architecture.

En tout état de cause, le recours du recourant, tout comme celui de l'autorité, étant recevable, la recevabilité du recours de l'entreprise générale peut demeurer indécise.

- 3.** Le litige porte sur la conformité au droit du jugement du TAPI annulant l'autorisation délivrée par l'autorité recourante, d'une part, pour dépassement du coefficient maximal dérogatoire de rapport des surfaces de 48% en raison de la prise en compte de la piscine comme SBP et, d'autre part, pour violation de la distance légale aux limites de propriété par l'emplacement de ladite piscine, qui devait être considérée comme une construction.
- 4.** Les trois recourants soutiennent que la piscine ne devrait pas être comptabilisée comme SBP.

4.1 La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme ; il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (ATF 144 V 313 consid. 6.1 ; 137 IV 180 consid. 3.4). La chambre de céans suit la même approche (ATA/567/2023 du 30 mai 2023 consid. 2.7).

4.2 Selon l'art. 59 LCI, en cinquième zone, la surface de la construction, exprimée en m² 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 haute performance énergétique (ci-après : HPE), respectivement à 30% lorsque la construction est conforme à un standard de très haute performance énergétique (ci-après : 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). Lorsque les circonstances le justifient et que cette mesure est compatible avec le caractère, l'harmonie et l'aménagement du quartier, le DT peut autoriser, après consultation de la commune et de la CA, un projet de construction en ordre contigu ou sous forme d'habitat groupé dont la surface de plancher habitable n'excède pas 40% de la surface du terrain, 44% lorsque la construction est conforme à un standard de HPE, 48% lorsque la construction est conforme à un standard de THPE, reconnue comme telle par le service compétent (al. 4, dans sa teneur avant le 28 novembre 2020 [art. 156 al. 5 LCI]). Les CDPI ne sont pas prises en considération pour le calcul du rapport des surfaces (art. 59 al. 7 LCI).

Selon l'art. 76 al 1 LCI, intitulé « sous-sol », les locaux dont le plancher se trouve au-dessous du niveau général du sol adjacent ne peuvent servir à l'habitation.

4.3 Sont réputées CDPI, à la condition qu'elles ne servent ni à l'habitation, ni à l'exercice d'une activité commerciale, industrielle ou artisanale, les constructions dont la surface n'excède pas 50 m² et qui s'inscrivent dans un gabarit limité par une ligne verticale dont la hauteur n'excède pas 2.5 m (let. a), une ligne oblique faisant avec l'horizontale partant du sommet de la ligne verticale un angle de 30° (let. b), une ligne horizontale de faîtage située à 4.5 m du sol au maximum (let. c). Dans le cadre d'un projet de construction en ordre contigu ou sous forme d'habitat groupé, et afin d'améliorer l'insertion dans le site et pour autant qu'il n'en résulte pas de gêne pour le voisinage, le DT peut autoriser, après consultation de la CA, des CDPI groupées d'une surface de plus de 50 m² au total. Dans tous les cas, la surface totale des CDPI ne doit pas excéder 8% de la surface de la parcelle et au maximum 100 m² (art. 3 al. 3 du règlement d'application de la LCI du 27 février 1978 - RCI - L 5 05.01).

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 CDPI (art. 29 RCI).

4.4 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_658/2020 du 20 janvier 2022 consid. 3.2). 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 148 V 144 consid. 3.1.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_387/2021 du 20 février 2023 consid. 3.2.4 ; ATA/129/2023 du 7 février 2023 consid. 4c).

La directive LCI n° 021-v7 sur le rapport des surfaces en zone 5 émise par le DT le 1^{er} mars 2013 et modifiée le 15 août 2022 (ci-après : la directive n° 021-v7 ; disponible sur <https://www.ge.ch/document/4365/telecharger>) donne, par le biais de schémas, des précisions sur la manière de calculer la SBP. Tout en soulignant que l'art. 59 al. 2 LCI ne se rapporte pas à la notion de surface habitable, le premier schéma indique que ni le sous-sol, ni la courette anglaise non couverte attenante à celui-ci ne constituent de la SBP. Le troisième schéma explique que la surface d'un étage à moitié enterré, c'est-à-dire dont le niveau du terrain fini se situe à mi-hauteur du vide d'étage, ne doit pas être comprise dans la SBP. S'agissant de terrains finis en pente, le deuxième schéma montre qu'un étage dont l'une des façades est entièrement enterrée et l'autre partiellement, la majorité de l'étage se trouvant en dessous du terrain fini, ne doit pas être pris en compte comme SBP, tandis que le quatrième schéma indique que pour un étage

partiellement en dessous du terrain fini et subdivisé en deux pièces, la pièce majoritairement en dessous du terrain fini ne doit pas être pris en compte comme SBP, contrairement à la pièce majoritaire au-dessus du terrain fini, qui est intégralement prise en considération comme SBP.

La directive n° 021-v7 précise encore que, sous réserve des surfaces définies à l'art. 59 al. 3 LCI, les constructions annexes définies à l'article 29 RCI ainsi que toute SBP qui est nécessaire à l'accessibilité des locaux d'habitation telle que les circulations verticales et horizontales, chauffées ou non (coursive, ascenseur, sas d'entrée vitré ou non...) sont à prendre en compte.

La chambre administrative a appliqué cette directive dans sa jurisprudence, en se référant au terrain naturel et non au terrain fini (ATA/25/2022 du 11 janvier 2022 consid. 4).

4.5 Dans une affaire dans laquelle le plafond d'un rez inférieur se situait à environ 20 cm au-dessus du niveau du terrain naturel alors que près de 2.40 m se situaient en dessous du sol, la chambre administrative a considéré qu'un si faible écart entre le plafond du rez inférieur et la pente naturelle ne pouvait avoir pour conséquence que l'entier de l'étage se situât au-dessus du sol. Par conséquent, la surface du sous-sol, lequel était destiné à une salle de jeux, ne devait pas être comptabilisée dans la SBP (ATA/259/2020 du 3 mars 2020 consid. 4). Le Tribunal fédéral a confirmé le raisonnement effectué par la chambre de céans (arrêt du Tribunal fédéral 1C_225/2020 du 19 novembre 2020 consid. 2.4).

Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 59 al. 2 LCI était clair et non équivoque en tant qu'il enjoignait de prendre en considération dans le calcul du rapport des surfaces la SBP de la totalité de la construction hors-sol, sans égard aux surfaces en sous-sol et à leur habitabilité objective et subjective (arrêt du Tribunal fédéral 1C_225/2020 précité consid. 2.4).

4.6 Selon la jurisprudence récente de la chambre administrative, une piscine extérieure non couverte, quelle que soit sa taille, n'est pas une CDPI (ATA/601/2023 du 6 juin 2023 consid. 3.6 ; ATA/437/2023 du 25 avril 2023 consid. 6), ce que le Tribunal fédéral a confirmé (arrêt du Tribunal fédéral 1C_494/2022 du 9 mai 2023 consid. 3.2).

Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que les recourants n'étaient pas parvenus à démontrer qu'il serait insoutenable d'exclure la surface d'une piscine extérieure du calcul de la surface habitable et que l'art. 59 al. 2 LCI définissait la SBP comme étant la totalité de la construction hors-sol, cette définition excluant du calcul de la surface de plancher la surface de la piscine en question puisque celle-ci ne dépassait pas le niveau du sol (arrêt du Tribunal fédéral 1C_494/2022 précité consid. 4.2).

Dans l'arrêt confirmé par ce dernier arrêt, la chambre administrative a qualifié la piscine en cause d'aménagement extérieur non couvert (ATA/791/2022 du 9 août 2022 consid. 4b). Par ailleurs, dans sa jurisprudence récente, la chambre administrative a retenu que même non prises en compte comme CDPI, il n'était pas fait abstraction de la surface des piscines extérieures, qu'elles soient ou non totalement enterrées, d'une surface inférieure ou supérieure à 50 m², puisqu'elles étaient depuis le 28 novembre 2020 explicitement prises en compte par le législateur à l'art. 59 al. 3bis LCI et que, comme l'avait expliqué de manière cohérente et convaincante le DT, même avant l'entrée en vigueur dudit alinéa, la CA avait déjà ce regard en considérant l'intégration globale du projet dans le contexte (ATA/601/2023 précité consid. 3.6 ; ATA/437/2023 précité consid. 6).

4.7 Initialement, le projet de LCI se référait au plancher habitable à l'art. 59 al. 1 et 2 LCI (dans le projet, l'art. 57 al. 1 et 2 LCI), comme c'était et c'est encore le cas à l'art. 59 al. 4 LCI (art. 57 al. 4 du projet ; MGC 1987 34/III 4365-4425, p. 4390). Il ressort du commentaire de l'art. 57 du projet la volonté de prendre en considération toutes les surfaces habitables, y compris celles créées par certains subterfuges (MGC 1987 34/III 4365-4425, p. 4424). L'adjectif « habitable » a ensuite été supprimé aux al. 1 et 2, car il ne faisait que semer la confusion. En effet, il était évident que, par exemple, un bureau entrant dans le calcul de la surface de plancher mais ne constituait pas une surface habitable au sens propre du terme. Cela étant, la nouvelle formulation visait à cerner le mieux possible la notion exacte de SBP et éviter notamment des utilisations abusives des combles. Lesdits combles seraient en principe admis dans le cadre du calcul des rapports des surfaces, sauf s'ils étaient inutilisables comme pièces d'habitation (1988 12/II 1624-1732, p. 1642).

4.8 Dans le système de la LCI, les avis ou préavis des communes, des départements et organismes intéressés ne lient pas les autorités (art. 3 al. 3 LCI). Ils n'ont qu'un caractère consultatif, sauf dispositions contraires et expresses de la loi ; l'autorité reste ainsi libre de s'en écarter pour des motifs pertinents et en raison d'un intérêt public supérieur (ATA/1157/2018 du 30 octobre 2018 consid. 5j et les références citées). Toutefois, lorsqu'un préavis est obligatoire, il convient de ne pas le minimiser (ATA/873/2018 du 28 août 2018 consid. 6b et les références citées). Dans le système prévu par l'art. 59 al. 4 let. a LCI, tant le préavis de la commune que celui de la CA ont cette caractéristique (ATA/873/2018 précité consid. 6b).

Il n'en demeure pas moins que la délivrance de telles autorisations de construire demeure de la compétence exclusive du département, à qui il appartient de statuer en tenant compte de tous les intérêts en présence (ATA/1273/2017 du 12 septembre 2017 consid. 11c et les références citées).

Selon une jurisprudence bien établie, la chambre de céans observe une certaine retenue pour éviter de substituer sa propre appréciation à celle des commissions

de préavis pour autant que l'autorité inférieure suive l'avis de celles-ci. 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. De même, s'agissant des jugements rendus par le TAPI, la chambre administrative exerce son pouvoir d'examen avec retenue car celui-ci se compose pour partie de personnes possédant des compétences techniques spécifiques (ATA/166/2018 du 20 février 2018 consid. 7b et les références citées).

4.9 En l'espèce, le TAPI a considéré que la piscine, qui ne pouvait être prise en compte comme CDPI, devait être considérée comme SBP, ce qui faisait que la limite dérogatoire de 48% était dépassée.

Conformément à la jurisprudence de la chambre administrative, confirmée par le Tribunal fédéral, c'est à juste titre que l'instance précédente a retenu que la piscine ne constituait pas une CDPI, ce que les parties ne remettent d'ailleurs pas en cause.

Les recourants et l'autorité recourante contestent cependant qu'elle constitue une surface à prendre en compte comme SBP dans le rapport des surfaces.

L'art. 59 al. 4 LCI se réfère à la surface de plancher habitable. Or, une piscine extérieure ne peut manifestement pas être qualifiée de surface habitable, comme l'a déjà constaté la chambre administrative (ATA/437/2023 précité consid. 6). Néanmoins, l'al. 4 constitue une disposition dérogatoire par rapport à l'al. 1, lequel constitue le principe. Or, l'al. 1 ne contient aucune référence au caractère habitable ou non de la surface considérée, pas plus que l'al. 2 prévoyant la définition de la SBP, alors que les notions de ces trois alinéas devraient a priori être les mêmes. Plusieurs interprétations de l'art. 59 al. 4 LCI sont dès lors possibles, de sorte qu'il convient de chercher sa véritable portée.

Il ressort des travaux préparatoires de la LCI que l'adjectif « habitable » figurait initialement aux trois alinéas, mais qu'il y a eu ensuite une volonté de le supprimer, car il a été considéré comme ambigu, certaines surfaces devant entrer dans le calcul de SBP n'étant pas strictement vouées à être habitées, comme dans le cas d'un bureau. Le terme « habitable » a donc été supprimé aux al. 1 et 2. Cette suppression ne dénote cependant pas la volonté de supprimer tout caractère déterminant à l'habitabilité. Au contraire, il ressort des raisons de la suppression du terme « habitable » la volonté de prendre en compte les surfaces habitables, mais au sens large, le critère de l'habitabilité demeurant pertinent. La suite des travaux préparatoires le confirme puisqu'en référence aux combles, ces derniers font à nouveau référence à leur caractère (in-)habitable comme étant déterminant. Le terme « habitable » a, certes, uniquement été supprimé aux al. 1 et 2, mais pas à l'al. 4. Il ne ressort cependant pas des travaux préparatoires une volonté de

prévoir une notion différente à l'al. 4. Au contraire, initialement, les trois alinéas prévoyaient la même notion et les réflexions menées par le législateur ne l'ont pas été en relation avec un alinéa particulier. Ainsi, l'interprétation historique indique que, contrairement à ce qui figure dans la directive n° 021-v7, la notion de SBP doit être envisagée en tenant compte du caractère habitable des surfaces en question, ledit caractère devant cependant être compris au sens large.

L'interprétation systématique confirme ce qui précède, puisqu'un calcul des surfaces en prenant en compte des surfaces différentes pour la dérogation par rapport au principe ne serait pas cohérent, d'autant plus qu'une notion plus restrictive à l'al. 4 conduirait à la prise en compte de moins de surfaces que dans le cadre de l'al. 1 et en définitive à un indice d'utilisation du sol dans les faits encore plus élevé, ce qui ne correspondrait pas au but de la dérogation. Les interprétations systématique et téléologique confirment dès lors que les notions des trois alinéas (1, 2 et 4) sont les mêmes et qu'elles doivent être comprises comme la surface de plancher revêtant un caractère habitable au sens large.

Or, la piscine extérieure non couverte prévue dans le projet autorisé par l'autorité recourante ne revêt aucun caractère habitable, que ce soit au sens large ou au sens strict.

Elle ne peut par conséquent pas être prise en compte comme SBP dans le calcul des surfaces.

Cette conclusion est d'ailleurs conforme à ce que les instances de préavis ont retenu. Toutes, y compris la CA, dont le préavis est obligatoire et dont le premier préavis dénote qu'elle a pris en compte la piscine dans son examen, ayant notamment demandé des compléments spécifiquement sur ce point, ont en effet préavisé favorablement le projet, y compris par rapport à la dérogation selon l'art. 59 al. 4 LCI, exceptions faites de la CMNS, dont l'opposition au projet ne repose pas sur l'art. 59 al. 4 LCI, et de la commune, qui est défavorable à une densification accrue en application de son PDCom, lequel n'était cependant pas entré en force, y compris lors de son dernier préavis.

Cette conclusion est également conforme à la jurisprudence de la chambre de céans, qui avait déjà implicitement considéré qu'une piscine extérieure non couverte ne devait pas être prise en compte dans le rapport des surfaces, en constatant que même non prise en compte comme CDPI, il n'en était pas fait abstraction car elle était désormais prise en compte à l'art. 59 al. 3bis LCI et que même auparavant, elle l'était dans le cadre de l'examen de la CA.

Au vu de ce qui précède, c'est en violation de la LCI que le TAPI a retenu que la piscine devait être ajoutée à la SBP et que l'art. 59 al. 4 LCI était par conséquent violé. Le grief sera admis.

5. Les recourants contestent également toute violation des distances aux limites de propriété.

5.1 Les constructions ne peuvent être édifiées en dessus du sol, à la limite de deux propriétés privées (art. 67 al. 1 LCI). Le DT peut cependant autoriser des constructions en dessus du sol, à la limite de deux propriétés privées lorsque les conditions de l'art. 71 LCI (servitudes) sont remplies et que le mur en limite est traité comme une façade ordinaire, avec retour de corniches et de toitures (let. a), lorsque les constructions sont édifiées en ordre contigu (let. b ; art. 67 al. 2 LCI). Des CDPI peuvent être édifiées à la limite de propriété ou à une distance inférieure à celles prévues à l'art. 69 LCI, dans les conditions fixées par le règlement d'application (art. 68 LCI).

Lorsqu'une construction n'est pas édifiée à la limite de propriétés privées, la distance entre cette construction et la limite doit être au moins égale à la hauteur du gabarit diminuée de 1 m ($D \geq H - 1$; art. 69 al. 1 LCI). Sous réserve des dispositions des art. 67 (constructions à la limite de propriétés) et 68 (CDPI), la distance entre une construction et une limite de propriété ne peut être en aucun cas inférieure à 5 m ($D \geq 5$; art. 69 al. 2 LCI). Les distances entre constructions et limites de propriétés ou entre deux constructions doivent être également appliquées aux angles de ces constructions (art. 69 al. 3 LCI).

Les distances entre deux constructions ne peuvent être inférieures à la somme des distances qui seraient exigibles entre chacune de ces constructions et une limite de propriétés passant entre elles (art. 70 al. 1 LCI).

Les travaux préparatoires de la LCI ne contiennent pas de précisions sur ces articles.

5.2 Les dispositions applicables à la distance entre bâtiment et limite de propriété, à la surface de la parcelle et aux lucarnes dans les toitures sont figurées au croquis n° VI (voir également : modes de calcul, art. 20 à 31 RCI ; art. 242 RCI). Selon l'art. 243 RCI, intitulé « Constructions en limite de propriété », ne peuvent être édifiés à la limite de deux propriétés privées en dérogation aux dispositions sur les distances entre bâtiments que des serres s'inscrivant dans un gabarit limité par une ligne verticale dont la hauteur n'excède pas 2.5 m (ch. 1), une ligne oblique formant, avec l'horizontale partant du sommet de la ligne verticale, un angle de 30°(ch. 2), une ligne horizontale de faîtage située à 6 m du sol au maximum. Pour les serres édifiées en cinquième zone, l'approbation écrite du propriétaire est nécessaire (ch. 3 ; let. a), des murs en attente dans les conditions particulières fixées par la loi (let. b), des CDPI (let. c), des constructions en sous-sol (let. d ; al. 1). Restent réservées les dispositions sur les droits de jour et celles des plans localisés de quartier (al. 2).

Les constructions au-dessous du sol sont celles dont la couverture ne dépasse pas le niveau naturel du sol (art. 3 al. 4 RCI).

5.3 La jurisprudence qui existe en matière de piscines extérieures non couvertes et de distance aux limites de propriété dans le système de la LCI a été rendue avant la jurisprudence de la chambre administrative déniait la qualité de CDPI à un tel ouvrage.

Ainsi, dans un arrêt de 2013 concernant une piscine de 55 m², le Tribunal fédéral a observé que dans la mesure où elle ne pouvait pas être considérée comme une CDPI, la piscine litigieuse ne pouvait pas être édiflée à une distance inférieure à 6 m de la propriété de la recourante en application de l'art. 68 LCI (qui prévoyait alors une distance minimale supérieure de 1 m à la limite actuelle), comme l'avait retenu la chambre administrative. Le TAPI avait certes jugé que l'implantation de la piscine en limite de propriété était admissible au regard de l'art. 67 LCI parce qu'il s'agissait d'un ouvrage situé entièrement en-dessous du sol, point sur lequel la chambre administrative ne s'était pas prononcée et qui ne pouvait être examiné d'office en première instance par le Tribunal fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 1C_641/2012 du 30 avril 2013 consid. 3.4).

Dans un arrêt rendu en 2015, la chambre administrative avait constaté qu'une piscine extérieure non couverte, de 50 m², était une CDPI et qu'elle pouvait donc être construite à une distance inférieure à 5 m de la limite de propriété (ATA/1345/2015 du 15 décembre 2015 consid. 6b).

5.4 En limite de propriété, le niveau du terrain naturel doit être maintenu sur une largeur de 1 m (art. 46C al. 1 RCI). Au-delà de 1 m, les aménagements extérieurs doivent s'inscrire à l'intérieur d'une ligne oblique formant un angle de 30° avec l'horizontale (art. 46C al. 2 RCI).

L'art. 46C RCI est venu entériner une pratique constatée et admise par l'ancien Tribunal administratif, devenu ensuite la chambre administrative, dans des arrêts anciens : un talus ne violait pas la LCI, lorsqu'il était distant d'au moins 1 m de la limite des propriétés et que sa pente n'excédait pas 30° (ATA/582/2010 du 31 août 2010 consid. 5 ; ATA/693/2003 du 23 septembre 2003 ; ATA G. du 29 avril 1992).

La directive LCI n° 009-v5 sur les éléments végétalisés formant un talus émise par le DT le 27 mars 1997 et modifiée le 27 juin 2021 (ci-après : la directive n° 009-v5 ; disponible sur <https://www.ge.ch/document/24088/telecharger>) porte sur l'art. 46C RCI. Selon cette directive, l'art. 46C RCI définit un gabarit maximum (1 m/30°) dans lequel tout mouvement de terre (remblai) formant talus ne sera pas considéré comme fond dominant. À une distance inférieure aux 5 m des limites de parcelles, les éléments végétalisés non verticaux ainsi que les murets de soutènement sont admis comme talus, à condition d'être inclus dans le

gabarit maximum et de ne pas dépasser une hauteur de l'ordre de 1 m. Par contre, un mur, quel qu'il soit (masqué ou pas par de la végétation), ne saurait être assimilé à un élément végétalisé ou talus tel qu'évoqué ci-dessus et n'est pas conforme à l'art. 46C. L'art 46C RCI ne s'applique pas pour les situations où l'on creuse le terrain.

5.5 En l'espèce, le TAPI a retenu que la piscine, située à 2.59 m de la parcelle n° 8'640 et 3.26 m de la parcelle n° 9'795, dépassait la distance légale aux limites de propriété.

Les recourants et l'autorité recourante affirment que la piscine litigieuse constituerait un aménagement paysager uniquement soumis à l'art. 46C RCI, qui serait respecté.

Toutefois, il ressort de la jurisprudence que l'art. 46C LCI est venu formaliser une pratique concernant les talus, ce que confirme la directive n° 009-v5, qui traite des mouvements de terre et murs de soutènement admis comme talus à certaines conditions et indique expressément qu'un mur, quel qu'il soit, n'est pas conforme à l'art. 46C RCI et que cet article ne s'applique pas aux situations où l'on creuse le terrain.

Ainsi, outre le fait qu'il semble difficile de qualifier une piscine soumise à autorisation de construire de simple aménagement paysager, même si elle est extérieure et non couverte, il apparaît que l'art. 46C RCI n'a pas vocation à s'appliquer à une piscine.

5.6 Reste à déterminer si la distance de 5 m par rapport aux limites de propriété s'applique à la piscine litigieuse (art. 69 al. 2 LCI).

Si la piscine était une CDPI, elle pourrait être construite en deçà de la limite de 5 m conformément aux art. 68 LCI et 243 al. 1 let. c RCI. Toutefois, comme vu précédemment, il est désormais établi qu'une piscine ne constitue pas une CDPI. Or, si elle n'est pas de peu d'importance, une piscine du type de celle prévue par le projet litigieux reste une construction, à laquelle l'art. 69 al. 2 LCI devrait s'appliquer. Son texte clair indique en effet qu'il s'applique à toute construction. Cependant, l'art. 69 al. 2 LCI réserve, outre l'art. 68 LCI sur les CDPI, l'art. 67 LCI, dont l'al. 1 exclut toute construction en dessus du sol à la limite de propriété, sauf exceptions de l'al. 2. Il en découle qu'une construction en dessous du sol à la limite de propriété est possible, comme le confirme l'art. 243 al. 1 let. d RCI, qui autorise les constructions en sous-sol en limite de propriété.

Il convient donc d'examiner si la piscine litigieuse doit être considérée comme un construction en sous-sol, ce que soutiennent en définitive les recourants et l'autorité recourante en affirmant que l'art. 69 LCI suppose un gabarit.

La piscine ne comporte pas de couverture au sens de l'art. 3 al. 4 RCI. Néanmoins, sa partie supérieure se trouve au-dessus du terrain naturel, ce qui tend à indiquer qu'elle ne peut pas être considérée comme étant en sous-sol. Par ailleurs, si l'on se réfère par analogie aux schémas en matière de SBP prévus par la directive n° 021-v7, le résultat n'est pas le même en se référant au terrain naturel qu'au terrain fini. Or, si la directive n° 021-v7 retient comme décisif le terrain fini, dans sa jurisprudence, la chambre administrative s'est référée au terrain naturel, ce qui est plus conforme à l'esprit de l'art. 3 al. 4 RCI, de sorte que c'est ce dernier qu'il faut prendre en considération. En prenant en considération le terrain naturel, la majeure partie du volume de la piscine litigieuse se trouve en dessus dudit terrain.

Au vu de ce qui précède, la piscine ne peut en l'espèce être considérée comme une piscine en dessous du sol, de sorte qu'en tant que construction au-dessus du sol, elle est pleinement soumise à l'art. 69 al. 2 LCI.

Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner si la construction de la piscine, en tant que sous-sol, pourrait être uniquement prévue à la limite de propriété ou également dans les 5 m par rapport à la ladite limite.

La piscine litigieuse se trouvant à moins de 5 m de deux parcelles adjacentes, le TAPI était fondé à constater qu'elle ne respectait pas la distance aux limites de propriété. Le grief sera écarté.

La violation de la distance aux limites de propriété suffit à confirmer l'annulation de l'autorisation litigieuse prononcée par le TAPI.

6. Les recourants invoquent néanmoins un changement de pratique et de jurisprudence qui ne pourrait leur être appliqué.

6.1 Un changement de jurisprudence ne se justifie, en principe, que lorsque la nouvelle solution procède d'une meilleure compréhension de la *ratio legis*, repose sur des circonstances de fait modifiées ou répond à l'évolution des conceptions juridiques; sinon, la pratique en cours doit être maintenue. Un changement doit par conséquent reposer sur des motifs sérieux et objectifs qui, dans l'intérêt de la sécurité du droit, doivent être d'autant plus importants que la pratique considérée comme erronée, ou désormais inadaptée aux circonstances, est ancienne (ATF 139 V 307 consid. 6.1 ; 138 III 270 consid. 2.2.2 ; 138 III 359 consid. 6.1 ; 136 III 6 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_920/2018 du 28 mai 2019 consid. 4).

Lorsqu'il n'est pas accompagné d'un changement législatif, un changement de pratique justifié vaut en général immédiatement et pour toutes les procédures pendantes (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-385/2022 du 15 juin 2022 consid. 9.1.2 ; ATA/577/2017 du 23 mai 2017 consid. 4a et les références citées). Lorsque la nouvelle pratique est défavorable à l'assujetti, le droit à la protection de la bonne foi doit être pris en considération et peut s'opposer à l'application

immédiate de la nouvelle pratique. Selon les cas, elle ne peut être appliquée qu'après avoir été préalablement annoncée ; il en va ainsi notamment en matière de droits des parties dans la procédure (ATF 135 II 78 consid. 3.2). Ainsi, lorsque la nouvelle pratique est moins favorable que l'ancienne pour l'administré, lorsque le changement n'était pas prévisible et qu'il n'y a pas d'intérêt public prépondérant à une application immédiate de la nouvelle pratique, l'autorité est obligée d'assortir le changement de mesures permettant d'adoucir, pour les administrés, les effets négatifs du changement qui ne seraient pas absolument nécessaires. Une telle obligation découle des exigences posées par les principes de la bonne foi (dans sa composante d'interdiction des comportements contradictoires), de la proportionnalité et de la sécurité du droit (Aurélie GAVILLET, La pratique administrative dans l'ordre juridique suisse, 2018, n. 708).

6.2 Valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi, exprimé aux art. 9 et 5 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), exige que l'administration et les administrés se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir de toute attitude propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 138 I 49 consid. 8.3 ; 129 I 161 consid. 4 ; 129 II 361 consid. 7.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_18/2015 du 22 mai 2015 consid. 3). Il protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 137 II 182 consid. 3.6.2 ; 137 I 69 consid. 2.5.1). La protection de la bonne foi ne s'applique pas si l'intéressé connaissait l'inexactitude de l'indication ou aurait pu la connaître en consultant simplement les dispositions légales pertinentes (ATF 135 III 489 consid. 4.4 ; 134 I 199 consid. 1.3.1).

En matière de changement de pratique, le Tribunal fédéral a ainsi jugé que la modification d'une jurisprudence relative aux conditions de recevabilité d'un recours ne devait pas intervenir sans avertissement, si elle provoquait la péremption d'un droit (ATF 140 IV 74 consid. 4.2).

6.3 Sous le terme de droit acquis est désigné un ensemble assez hétérogène de droits des administrés envers l'État dont la caractéristique commune est qu'ils bénéficient d'une garantie particulière de stabilité. Des droits acquis peuvent être conférés par la loi lorsque celle-ci les qualifie comme tels ou lorsqu'elle garantit leur pérennité, soit si le législateur a promis dans la loi que celle-ci ne serait pas modifiée ou sera maintenue telle quelle pendant un certain temps. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral considère que les prétentions financières des fonctionnaires n'ont en général pas le caractère de droit acquis, sauf si la loi les a fixées une fois pour toute en les soustrayant aux effets de la législation postérieure

ou si des assurances particulières ont été données lors d'un engagement individuel (ATF 143 I 65 ; 134 I 23).

Un droit acquis peut être créé dans les mêmes conditions que par la loi par une décision individuelle. On notera à cet égard que le simple octroi d'une autorisation de police comme par exemple une autorisation de construire ne crée pas de droits acquis. En tant que telle, la répétition de décisions successives de contenu identique n'en fait pas non plus des droits acquis. La catégorie la plus importante de droits acquis est constituée de ceux qui sont créés par un contrat entre l'État et les administrés. La stabilité particulière du droit est ici fondée sur le principe *pacta sunt servanda* (principe de la confiance ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^e éd., p. 266 et 267).

6.4 La chambre administrative a déjà été amenée à constater que la jurisprudence selon laquelle une piscine extérieure non couverte n'était pas une CDPI ne constituait pas un revirement de jurisprudence, mais uniquement une clarification de celle-ci (ATA/896/2023 du 22 août 2023 consid. 2.1)

6.5 En l'espèce, dans un grief relativement confus, les recourants se plaignent d'un changement de pratique ou de jurisprudence, invoquent des droits acquis et affirment qu'il ne pourrait y avoir de changement de traitement en cours d'instance.

Néanmoins, d'une part, conformément à la jurisprudence de la chambre administrative, l'impossibilité de qualifier la piscine comme CDPI ne constitue pas un revirement ou un changement de jurisprudence, mais uniquement une clarification de celle-ci. D'autre part, dans le cas d'espèce, même avant cette clarification, la piscine projetée excédant 50 m², elle n'aurait en aucun cas pu être considérée comme une CDPI, ce dont la requérante et les recourants avaient parfaitement conscience, puisqu'ils ne l'ont jamais incluse dans le calcul des CDPI.

Or, la piscine ne constituant pas une CDPI, la question de la distance aux limites de propriété se pose inévitablement, ce que le Tribunal fédéral a été amené à constater déjà en 2013 (arrêt du Tribunal fédéral 1C_641/2012 précité consid. 4.3), soit bien avant que la demande d'autorisation du projet litigieux ne soit déposée. Ce point ne consacre pas non plus de changement de jurisprudence mais apporte une clarification de celle-ci et les recourants devaient s'attendre à ce qu'il soit examiné, le TAPI n'ayant au surplus pas traité ce grief d'office, celui-ci figurant dans l'acte de recours des voisins du 11 juillet 2022.

Pour le reste, les différents préavis ne constituent pas des assurances dont les recourants pourraient se prévaloir en vertu du principe de la bonne foi, étant relevé que tous n'étaient pas positifs, même s'ils ne soulevaient pas le point de l'art. 69 al. 2 LCI. La première autorisation, tout comme la deuxième, ne constitue

pas plus des assurances liant l'autorité en application du principe de la bonne foi ni n'ont créé de droits acquis, ce d'autant moins que la première a été annulée et la deuxième n'est pas en force et fait l'objet de la présente procédure.

Enfin, si par ce grief, les recourants déplorent l'annulation de l'autorisation litigieuse et souhaitent le renvoi du dossier au DT pour instruction complémentaire, afin de préserver le droit applicable dans sa teneur au moment du dépôt de la demande d'autorisation de construire et d'éviter l'application de l'art. 59 LCI dans sa teneur modifiée, il demande en réalité à ce que la possibilité de modifier le projet lui soit accordée, ce que la loi ne permet pas à la chambre administrative de faire, celle-ci pouvant uniquement annuler une décision, la réformer ou renvoyer le dossier pour nouvelle décision (art. 69 al. 3 LPA).

Au vu de ce qui précède, le grief sera écarté.

Dans ces circonstances, l'annulation de l'autorisation de construire litigieuse par le TAPI est conforme au droit et les recours du recourant et de l'autorité recourante seront rejetés.

7. Vu l'issue du litige, un émoulement de CHF 2'000.- sera mis à la charge solidaire des recourants et aucun émoulement ne sera mis à la charge de l'autorité recourante, qui défend sa propre décision (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée conjointement aux voisins, qui y ont conclu, dont CHF 1'000.- à la charge solidaire des recourants et CHF 1'000.- à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette, en tant qu'ils sont recevables, les recours interjetés le 12 mai 2023 par A_____ et B_____ SA et le 16 mai 2023 par le département du territoire contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 4 avril 2023 ;

met un émoulement de CHF 2'000.- à la charge solidaire de B_____ SA et A_____ ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 2'000.- conjointement à C_____, D_____, E_____, F_____, G_____ ainsi que H_____, dont CHF 1'000.- à la charge solidaire de B_____ SA et A_____ et CHF 1'000.- à la charge de l'État de Genève ;

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 portée 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 Dominique BURGER, avocate des recourants, au département du territoire, à Mes Guillaume FRANCIOLI et Romaine ZÜRCHER, avocats des intimés, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeant : Claudio MASCOTTO, président, Florence KRAUSKOPF, Francine PAYOT ZEN-RUFFINEN, Valérie LAUBER, Catherine GAVIN, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. SCHEFFRE

le président siégeant :

C. MASCOTTO

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :