

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4234/2015-LCI

ATA/1357/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 3 octobre 2017

3^{ème} section

dans la cause

**DÉPARTEMENT DE L'AMÉNAGEMENT, DU LOGEMENT ET DE
L'ÉNERGIE - OAC**

contre

Madame A _____

représentée par Me Guillaume Fauconnet, avocat

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
23 juin 2016 (JTAPI/660/2016)**

EN FAIT

- 1) Madame A_____ ainsi que ses filles B_____ et C_____ sont propriétaires de la parcelle n° 1_____ (ci-après : la parcelle), feuille 2_____ de la commune de Collonge-Bellerive (ci-après : la commune), à l'adresse D_____.

Sur cette parcelle, sise en 5^{ème} zone de construction, sont érigés une villa, un abri de jardin et un garage.

- 2) Le 1^{er} février 2013, Mme A_____ a déposé auprès du département de l'urbanisme, devenu le 11 décembre 2013 le département de l'aménagement, du logement et de l'énergie (ci-après : le département), une requête portant sur la construction d'un garage privé sur sa parcelle.

- 3) Par décision du 25 avril 2014, le département a délivré l'autorisation sollicitée (APA 4_____).

- 4) Avant la construction du garage, la limite de propriété entre la parcelle et la parcelle voisine n° 3_____ était plantée une grande haie de thuyas sur une vingtaine de mètres, se prolongeant par un grillage sur environ 10 m, puis par un mur ancien. Cette limite sépare la parcelle du chemin d'accès privé goudronné partant de la route d'Hermance et menant à la villa voisine.

Lors de la construction du garage, la totalité de la haie et le grillage ont été arrachés et remplacés par un muret surmonté de panneaux en bois.

- 5) Par courrier du 22 septembre 2014, le département s'est adressé à Mme A_____. Il avait été saisi d'une plainte selon laquelle le mur construit empiétait sur la parcelle n° 3_____, s'écartant ainsi de l'autorisation de construire APA 4_____. Cette situation étant susceptible de constituer une infraction à l'art. 1 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05), un délai de dix jours lui était imparti pour faire part de ses observations.

- 6) Le 1^{er} octobre 2014, Mme A_____ a répondu qu'elle avait construit un muret en pierre de 70 cm de hauteur comme base pour y fixer des panneaux d'une hauteur de 120 cm. Elle ignorait qu'il était nécessaire de requérir une autorisation de construire pour remplacer l'ancienne séparation. Le muret était érigé dans le prolongement direct du garage et respectait la limite de propriété. Partant, elle sollicitait l'octroi d'une autorisation de construire a posteriori, en toute bonne foi.

- 7) Le 25 novembre 2014, le département a ordonné à Mme A_____ de requérir une autorisation de construire afin de régulariser les constructions érigées sans droit sur sa parcelle, à savoir le muret ainsi que les panneaux en bois.

- 8) Le 10 mars 2015, après avoir obtenu plusieurs délais pour s'exécuter, Mme A_____ a déposé une demande d'autorisation de construire portant sur la construction d'un muret avec installation de panneaux en bois, enregistrée sous le n° APA 5_____.

Selon les plans fournis, le muret avait une hauteur variant entre 58 et 66 cm, et les panneaux en bois une hauteur de 122 cm. Le muret et les panneaux formaient une paroi non végétalisée de 30 m de long et ne comportaient pas d'ouverture.

- 9) Par courrier au département du 31 mai 2015, Mme A_____ a motivé sa requête.

En substance, l'arrachage d'une partie de la haie de thuyas avait été nécessaire pour la réalisation de son garage. Profitant de la présence des machines de chantier, elle avait décidé de supprimer toute la haie, pauvre en biodiversité, pour la remplacer par un muret surmonté d'une palissade, le long de laquelle seraient aménagées des plantations dont la diversité présentait un regain d'intérêt biologique. Cette solution propre, devait en outre accroître considérablement le confort de déambulation sur sa parcelle et satisfaire son voisin qui se plaignait depuis des années de l'aspect inesthétique de sa clôture. De bonne foi, elle n'imaginait pas que cette opération nécessitait une autorisation préalable. Par ailleurs, elle relevait la présence de nombreuses installations similaires dans un périmètre n'excédant pas 1,5 km.

- 10) Plusieurs préavis ont été rendus dans le cadre de l'instruction de la demande.

a. Le 11 mars 2015, l'office des autorisations de construire a préavisé défavorablement la requête sous l'angle des art. 15, 79 et 112 LCI. Les panneaux de bois installés sur le muret étaient assimilés à un mur. Celui-ci, vu ses dimensions et sa situation, était de nature à nuire au caractère du quartier et ne trouvait pas de justification sur le plan d'une éventuelle protection contre le bruit.

Selon ce préavis, la requête devait être soumise à la commission d'architecture (ci-après : CA) pour qu'elle se prononce sur l'esthétique et l'intégration au sens de l'art. 15 LCI.

b. Le 17 mars 2015, la direction générale de la nature et des paysages, devenue le 1^{er} mars 2016 la direction générale de l'agriculture et de la nature (ci-après : DGAN) a rendu un préavis favorable sous conditions. Il s'agissait de prendre, lors des travaux, toutes les précautions nécessaires afin de conserver valablement les arbres maintenus à proximité du chantier.

c. Le 1^{er} avril 2015, la commune s'est prononcée favorablement, sans observations.

d. Le 9 juin 2015, la CA a émis un préavis favorable, sans observation.

e. Le 20 octobre 2015, le service de l'air, du bruit et des rayonnements non ionisants (ci-après : SABRA) a indiqué ne pas être concerné. Le critère de la protection contre le bruit n'était pas invoqué et la mesure en elle-même aurait pu d'influence pour la protection contre le bruit. De plus, la protection des espaces ouverts n'était pas couverte par l'ordonnance sur la protection contre le bruit du 15 décembre 1986 (OPB - RS 814.41.).

- 11) Par décision du 4 novembre 2015, le département a refusé de délivrer l'autorisation de construire sollicitée.

Le muret avec installation de panneaux de bois prévu en limite de propriété n'était pas intégré au bâtiment existant et ne consistait pas en un mur de soutènement. De plus, avec une hauteur maximale de 1,88 m, le projet ne pouvait pas non plus être considéré comme un muret.

Ce refus s'inscrivait dans une volonté d'éviter la prolifération de murs en zone villas dont la justification n'était pas établie. Par ailleurs, compte tenu du préavis de l'office des autorisations de construire, ce mur nuirait au caractère du quartier de par ses dimensions et sa situation. Ce refus se justifiait d'autant plus que, comme relevé par le SABRA, la construction n'avait pas pour vocation de servir de mur antibruit.

- 12) Par décision du même jour, le département a ordonné à Mme A_____ de remettre à l'état d'origine le site concerné dans un délai de soixante jours et lui a infligé une amende de CHF 2'000.- pour avoir érigé la construction sans autorisation (INF 6_____).

- 13) a. Par acte du 4 décembre 2015 et sous la plume de son conseil, Mme A_____ a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre les deux décisions précitées, concluant à leur annulation, à la délivrance de l'autorisation de construire sollicitée et à ce qu'aucune amende ne lui soit infligée.

Préalablement, elle concluait à ce que le TAPI ordonne la comparution des parties, l'ouverture d'enquêtes ainsi qu'un transport sur place.

La CA, la commune ainsi que la DGAN avaient rendu des préavis favorables à la construction. Les autres préavis étaient revenus frappés de la mention « pas concerné ». La décision contestée, excluant les préavis favorables et fondée sur une prétendue pratique, n'était pas soutenable et contrevenait à l'art. 15 al. 2 LCI ainsi qu'à l'esprit de l'art. 79 LCI.

Le remplacement de la haie de thuyas par le muret surmonté d'une palissade permettait d'uniformiser la limite de propriété entre sa parcelle et la parcelle

voisine jusqu'à l'abri du jardin de sa propriété. Précédemment, la limite était matérialisée par la haie, puis un grillage vieux de plus de 40 ans, puis l'abri et enfin le mur historique datant du début du 20^{ème} siècle. La paroi était érigée le long du chemin d'accès goudronné privé de la parcelle n° 3_____, lequel était essentiellement emprunté par des véhicules. Il n'y avait donc pas de vis-à-vis direct sur la paroi depuis une habitation. Au surplus, la paroi serait, à terme, garnie de végétaux dans l'esprit de son jardin et de la zone villas. Cette construction répondait aux critères esthétiques de la zone, ce d'autant plus que sa hauteur n'excédait pas 1,88 m. L'effet de cloisonnement était moindre par rapport à une haie dont la hauteur était en général supérieure.

Le refus d'autorisation n'était pas fondé et la décision connexe ordonnant la remise en état et l'amende devait être annulée.

b. Elle a produit des photographies d'autres palissades, murs et clôtures de quelques mètres de long, soutenant que ces objets délimitaient des parcelles dans sa commune de façon similaire au cas d'espèce.

14) Le 8 février 2016, le département a conclu au rejet du recours.

De pratique constante, le département interdisait la construction de murs le long des voies de communication ou d'une limite de propriété, afin de poursuivre le but de l'art. 79 LCI et éviter le cloisonnement des parcelles situées en 5^{ème} zone, qui nuisait au caractère résidentiel des quartiers, notamment au niveau de leur esthétique. Ils n'étaient autorisés que de manière exceptionnelle, notamment lorsque leur construction s'imposait pour des raisons de protection contre le bruit, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

La justification de Mme A_____ selon laquelle la réalisation du mur permettait d'uniformiser la limite de propriété entre les deux parcelles concernées n'était pas suffisante.

Le mur consistant en une construction mineure, l'utilité du préavis favorable de la CA était fortement restreinte. Face à une question d'esthétique visée par l'art. 15 LCI, l'appréciation du département devait suffire, sans préavis, celui-ci se fondant sur des motifs poursuivant un intérêt public supérieur, à savoir la préservation du caractère résidentiel des quartiers. En conséquence, le département n'avait pas abusé de son pouvoir d'appréciation.

L'ordre de remise en état ainsi que l'amende étaient pleinement justifiés.

15) Le 22 février 2016, Mme A_____ a répliqué, développant son argumentation à l'encontre de l'ordre de remise en état.

16) Le 14 mars 2016, le département a fait part de sa duplique.

- 17) Par courriers des 16 décembre 2015 et 10 mars 2016, la commune a indiqué qu'elle maintenait son préavis favorable.
- 18) Le 2 juin 2016, Mme A_____ a produit des photographies de la végétation aménagée sur sa parcelle, à côté de la paroi.
- 19) Par jugement du 23 juin 2016, le TAPI a admis le recours.

La paroi respectait les conditions de l'art. 112 LCI, étant donné qu'elle ne dépassait pas 2 m de hauteur et que le département n'avait pas exigé de retrait de 1,20 m.

Le département s'était écarté du préavis obligatoire de la CA, fondant son refus sur le préavis du SABRA, lequel était pourtant sans objet. La décision se fondait donc sur le seul préavis négatif de l'office des autorisations de construire. La pratique du département consistant à n'autoriser en 5^{ème} zone que les murs répondant à un besoin de protection contre le bruit n'était pas acceptable.

Le département était malvenu de minimiser les préavis favorables de la CA et de la DGAN, instances spécialisées en la matière, et de prétendre que le mur nuisait à l'esthétique du quartier, celui-ci n'étant visible d'aucune autre habitation que de celle de Mme A_____.

Celle-ci justifiait l'ouvrage par le fait qu'il avait l'avantage d'uniformiser la limite de propriété entre les parcelles. La paroi avait également pour effet de protéger le caractère privé du jardin.

Le département avait ainsi commis un excès de son pouvoir d'appréciation, en violant notamment le principe de la proportionnalité. L'ordre de remise en état devait donc être annulé et le département devait délivrer l'autorisation de construire et fixer à nouveau le montant de l'amende en conséquence.

- 20) Par acte du 25 août 2016, le département a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement précité, concluant à son annulation et à la confirmation de ses deux décisions du 4 novembre 2015.

L'application faite par le TAPI de l'art. 79 LCI contrevenait à son objectif ainsi qu'à la volonté du législateur. En effet, les motifs de pure commodité personnelle avancés par Mme A_____, à savoir la satisfaction des plaintes de son voisin et l'amélioration du confort de déambulation sur sa parcelle, ne constituaient manifestement pas des raisons suffisantes pour justifier la construction d'un mur en zone villas. Selon la jurisprudence, une barrière naturelle telle qu'une haie suffisamment dense permettait de manière adéquate de se protéger des nuisances et de s'aménager un espace privé, tout en ménageant l'environnement et l'esthétique des lieux. De plus, le chemin qui longeait la

parcelle de Mme A_____ était sans issue et ne desservait que quelques maisons. À cela s'ajoutait que la paroi n'était pas nécessaire en matière de protection contre le bruit, de sorte qu'il n'était pas arbitraire de ne pas l'autoriser de ce point de vue.

Ainsi, à défaut de justification suffisante avancée par Mme A_____, le mur litigieux ne pouvait pas être autorisé.

Au surplus, le département n'était pas lié par le préavis de la CA, qui n'était pas obligatoire puisqu'il n'était pas imposé par l'art. 79 LCI. Dès lors qu'il s'agissait d'une construction d'importance mineure, l'utilité de ce préavis sous l'angle de l'esthétique devait être considérée comme fortement restreinte et le département pouvait lui accorder une portée limitée sans excéder son pouvoir d'appréciation. Le TAPI, qui était tenu à un contrôle restreint, avait en revanche commis un abus de son pouvoir d'appréciation.

La justification du TAPI se fondant sur l'art. 112 LCI n'était pas pertinente puisque cette disposition s'appliquait à toutes les zones confondues, alors que l'art. 79 LCI, adopté postérieurement, s'appliquait précisément à la 5^{ème} zone et avait pour but de lutter contre la multiplication des murs en zone villas. Il ne ressortait d'ailleurs pas de la décision de refus du département qu'elle se fondait sur une pratique, mais simplement sur la non-conformité aux dispositions légales.

Enfin, même si elle était érigée le long d'un chemin privé et n'était pas visible des autres habitations, la paroi, d'une longueur de 30 m, induisait incontestablement un effet de cloisonnement nuisant au caractère du quartier, ce qui suffisait à fonder le refus.

- 21) Le 30 août 2016, le TAPI a transmis son dossier sans formuler d'observations.
- 22) Le 2 septembre 2016, la commune a indiqué qu'elle maintenait son préavis favorable.
- 23) Le 28 septembre 2016, Mme A_____ a conclu au rejet du recours, à la confirmation du jugement, ainsi qu'au versement d'une équitable indemnité. Elle a développé ses arguments.

La paroi avait pour fonction d'uniformiser la limite entre les deux propriétés et de sécuriser la clôture de sa parcelle jusqu'au mur historique présent depuis 1920. Les végétaux diversifiés plantés le long de la paroi à l'intérieur de sa propriété étaient plus esthétiques qu'une haie de thuyas. La paroi permettait d'élargir l'accès à la villa du voisin et mettait fin aux plaintes de celui-ci quant aux chutes d'épines des thuyas sur son chemin.

Le département, qui avait spécifiquement requis l'avis de la CA afin d'obtenir un préavis spécialisé, était malvenu de s'opposer à l'avis de spécialistes

sollicités par lui-même. Ce préavis était obligatoire et le département ne parvenait pas à justifier un quelconque intérêt public commandant de s'en écarter.

- 24) Le 5 octobre 2016, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.
- 25) Pour le surplus, les arguments des parties seront repris en tant que de besoin dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a et art. 63 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) Selon l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b).

Les juridictions administratives n'ont pas la compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA), non réalisée dans le cas d'espèce.

Le juge doit vérifier que l'administration n'abuse pas de son pouvoir d'appréciation. Pour cela, le principe de proportionnalité prend une place majeure. Il impose de peser les intérêts pour et contre la mesure en cause (ATA/20/2015 du 6 janvier 2015 ; Thierry TANQUEREL, La pesée des intérêts vue par le juge administratif, in La pesée globale des intérêts, Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire, 1996, p. 189 ss).

Constitue un excès négatif du pouvoir d'appréciation le fait que l'administration se considère comme liée, alors que la loi l'autorise à statuer selon son appréciation, ou encore qu'elle renonce d'emblée en tout ou partie à exercer son pouvoir d'appréciation (ATF 137 V 71 consid. 5.1 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, p. 171).

Constitue un abus du pouvoir d'appréciation le cas où l'autorité reste dans le cadre fixé par la loi, mais se fonde toutefois sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 143 III 140 consid. 4.1.3 ; 137 V 71 précité ; Thierry TANQUEREL, op. cit., p. 171).

- 3) a. Sur tout le territoire du canton, nul ne peut, sans y avoir été autorisé, notamment, élever en tout ou partie une construction ou une installation, notamment un bâtiment locatif, industriel ou agricole, une villa, un garage, un hangar, un poulailler, un mur, une clôture ou un portail (art. 1 al. 1 let. a LCI).

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

- b. Le département peut traiter par une procédure accélérée les demandes d'autorisation pour des constructions nouvelles de peu d'importance (art. 3 al. 7 let. c LCI).

Sont notamment réputées constructions de peu d'importance, à la condition qu'elles ne servent ni à l'habitation, ni à l'exercice d'une activité commerciale, industrielle ou artisanale, celles 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 2,50 m (art. 3 al. 3 let. a du règlement d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses du 27 février 1978 - RCI - L 5 05.01).

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

Cette disposition a été introduite lors de l'adoption de la LCI en 1988. Dans sa première version, le projet de loi prévoyait l'interdiction de principe des murs séparatifs en zone villas, sous réserve des murs de soutènement et des murets de 80 cm de hauteur au maximum (MGC 1987/III 4365 et 4425). Cette disposition a été assouplie en commission, en particulier pour les murs séparatifs intégrés aux bâtiments dont les qualités sont indéniables, pour la qualité de vie des habitations, en ordre contigu notamment (MGC 1988/II 1628).

L'art. 79 LCI concrétise une volonté d'éviter la prolifération des murs séparatifs en zone villas dont la justification n'est pas établie et qui seraient nuisibles à l'environnement et à l'esthétique des lieux (MGC 1988/II 1643). Il a été convenu, dans le rapport de la commission parlementaire, que le département ne refuserait les murs séparatifs que si ceux-ci faisaient l'objet d'un préavis négatif de la commission consultative compétente ou si le requérant n'apportait pas de justification suffisante à leur réalisation (MGC 1988/II 1628 ; arrêt du Tribunal fédéral 1P.486/2004 du 5 janvier 2005 consid. 3.2 ; ATA/20/2015 précité).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le département dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'application de l'art. 79 LCI. Dans un arrêt de 2005, il a considéré qu'il n'était pas arbitraire de ne pas autoriser un pan de mur érigé en limite de propriété, fût-il végétalisé, au regard de l'art. 79 LCI, dès lors que ledit mur ne répondait à aucune nécessité établie du point de vue de la

protection contre le bruit, et dans la mesure où les requérants n'avaient pas justifié l'ouvrage pour une autre raison, ce qu'il leur appartenait de faire (arrêt du Tribunal fédéral 1P.486/2004 du 5 janvier 2005 consid. 3.2).

b. Les murs en bordure d'une voie publique ou privée, ou entre deux propriétés ne peuvent, dans la mesure où ils sont autorisés, excéder une hauteur de 2 m. Le département peut exiger que les ouvrages autorisés soient distants jusqu'à 1,20 m du bord d'une voie publique ou privée. Il peut, en outre, exiger la plantation de végétation (art. 112 LCI, applicable à toutes les zones).

L'un des buts poursuivi par l'art. 112 LCI est la préservation du caractère privé des jardins (ATA/20/2015 précité ; ATA/981/2004 du 21 décembre 2004 ; MGC 1961 II 1314).

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

Cette disposition légale renferme une clause d'esthétique, qui constitue une notion juridique indéterminée, laissant un certain pouvoir d'appréciation à l'administration, celle-ci n'étant limitée que par l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (ATA/86/2015 du 20 janvier 2015 ; ATA/548/2014 du 17 juillet 2014 ; ATA/453/2011 du 26 juillet 2011 et les références citées).

b. Les préavis ne lient pas les autorités (art. 3 al. 3 LCI). Ils n'ont qu'un caractère consultatif et l'autorité reste libre de s'en écarter pour des motifs pertinents et en raison d'un intérêt public supérieur (ATA/20/2015 précité et les références citées). La LCI ne prévoit aucune hiérarchie entre les différents préavis requis (ATA/1059/2017 du 4 juillet 2017 ; ATA/537/2017 du 9 mai 2017).

Les autorités de recours se limitent à examiner si le département ne s'est pas écarté sans motif prépondérant et dûment établi du préavis de l'autorité technique consultative, composée de spécialistes capables d'émettre un jugement dépourvu de subjectivisme et de considérations étrangères aux buts de protection fixés par la loi (ATA/582/2017 du 23 mai 2017 ; ATA/246/2016 du 15 mars 2016 ; ATA/581/2014 du 29 juillet 2014 ; ATA/126/2013 du 26 février 2013 ; ATA/720/2012 du 30 octobre 2012). 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/451/2017 du 25 avril 2017 ; ATA/373/2016 du 3 mai 2016 ; ATA/1019/2014 du 16 décembre 2014 ; ATA/719/2013 du 29 octobre 2013 ; ATA/453/2011 précité).

Lorsque l'autorité s'écarte des préavis, le tribunal 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 mettant l'accent sur le principe de la proportionnalité en cas de refus malgré un préavis favorable, et sur le respect de l'intérêt public en cas d'octroi de l'autorisation malgré un préavis défavorable (ATA/534/2016 du 21 juin 2016 ; ATA/281/2016 du 5 avril 2016 ; ATA/1366/2015 du 21 décembre 2015 ; ATA/20/2015 précité).

c. Aux termes de l'art. 4 al. 1 de la loi sur les commissions d'urbanisme et d'architecture du 24 février 1961 (LCUA - L 1 55), la CA est consultative ; sous réserve des projets d'importance mineure et de ceux qui font l'objet d'un préavis de la CMNS, elle donne son avis en matière architecturale au département, lorsqu'elle en est requise par ce dernier, sur les projets faisant l'objet d'une requête en autorisation de construire.

En rapport avec l'adoption de l'art. 15 al. 2 LCI, le législateur a rappelé que « les autorités de recours avaient relevé à diverses reprises que le poids des préavis consultatifs était directement en fonction de l'importance et / ou de la complexité du projet considéré » (MGC 1988/II 1640).

Plus tard, il a rappelé que l'utilité des préavis de la CA était fortement restreinte lorsque le projet portait sur une construction de peu d'importance (Laurent MOUTINOT, in MGC 2003-2004/VI A 2379 ; ATA/548/2014 précité). Dans un tel cas, même en face d'un problème sous l'angle de l'esthétique visée par l'art. 15 LCI, l'appréciation du département, tenant compte des préavis sollicités tout en pouvant s'en écarter pour des motifs pertinents et en raison d'un intérêt public supérieur, devrait suffire (ATA/548/2014 précité).

6) a. En l'espèce, en application de l'art. 79 LCI et compte tenu de la volonté du législateur et de la jurisprudence précitée, le département peut refuser la paroi litigieuse – qui n'est pas intégrée à un bâtiment et qui ne peut être considérée ni comme un mur de soutènement ni comme un muret de moins de 80 cm de hauteur – si l'une de ces deux conditions alternatives est remplie : soit le projet fait l'objet d'un préavis négatif de la commission consultative compétente, soit la requérante n'apporte pas de justification suffisante à sa réalisation.

b. L'office des autorisations de construire a préavisé défavorablement la requête sous l'angle des art. 15, 79 et 112 LCI. Il n'a requis le préavis de la CA qu'en rapport avec l'esthétique et l'intégration du projet. Dans ce cadre, la CA s'est prononcée favorablement et sans observations.

Cependant, dans la mesure où la paroi litigieuse doit être considérée comme une construction de peu d'importance et que le préavis de la CA n'est pas ordonné par l'art. 79 LCI, celui-ci avait un poids plus limité. Le département, qui conservait ainsi une certaine liberté d'appréciation s'agissant de l'esthétique, a, à juste titre, fondé sa décision notamment sur le fait que la paroi pouvait nuire au caractère du quartier de par ses dimensions et de par son effet de cloisonnement.

c. En tout état de cause, le département était également légitimé à refuser la paroi, étant donné que les justifications apportées par la recourante n'étaient pas suffisantes.

En effet, les objectifs de la recourante pouvaient être atteints par des mesures de séparation moins imposantes et moins définitives que la paroi. Par exemple, une barrière naturelle telle qu'une haie végétalisée suffisamment dense et de meilleure qualité que les anciens thuyas aurait permis tout autant à la recourante de mettre fin aux désagréments causés par ceux-ci, d'avoir une limite de propriété plus uniforme et propre améliorant le confort de déambulation sur sa parcelle, de maintenir le caractère privé de son jardin, de remplacer l'ancien grillage par une séparation plus fiable, et de planter les végétaux qu'elle désire le long de sa limite de propriété. On peine d'ailleurs à comprendre comment la paroi, qui n'a pas d'ouverture et qui forme ainsi un mur hermétique de 30 m de long sur environ 180 cm de hauteur, contribuerait à améliorer la biodiversité à cet endroit.

L'ouvrage litigieux n'a donc d'importance que pour la commodité personnelle de la recourante et de son voisin. Celle-ci n'invoque par ailleurs aucun besoin de se protéger de nuisances particulières nécessitant l'édification d'une paroi.

Au surplus, la recourante n'a pas établi que les murs séparatifs dont elle a produit des photographies seraient proches de sa parcelle, ni qu'ils auraient été autorisés pour des motifs similaires à ceux qu'elle invoque, ni qu'ils auraient une longueur semblable.

Par ailleurs, à la différence de l'ATA/20/2015 précité et de l'ATA/475/2014 du 24 juin 2014, tous deux confirmant l'autorisation de parois antibruit végétalisées en bordures de propriétés sises en 5^{ème} zone, la paroi litigieuse n'est pas végétalisée et n'a pas pour vocation la protection contre de quelconques nuisances. En outre, dans l'ATA/20/2015 précité, la commune pouvait justifier d'un intérêt public à la réalisation d'une paroi en bordure de chemin, laquelle était nécessaire pour le maintien dudit chemin prévu par le plan directeur communal.

Dès lors, et nonobstant les préavis favorables de la DGAN et de la commune, laquelle n'invoque aucun intérêt public particulier à l'édification de la paroi litigieuse, la recourante n'a pas apporté de justifications suffisantes. Son intérêt privé n'est dès lors pas prépondérant et doit céder le pas à l'intérêt public

visé par l'art. 79 LCI, à savoir la volonté d'éviter une prolifération de murs séparatifs en zone villa et de conserver le caractère du quartier en évitant le cloisonnement progressif et sans justification suffisante des parcelles en 5^{ème} zone. Contrairement à ce qu'a retenu le TAPI, le département, qui dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'application de l'art. 79 LCI, n'a pas excédé ce pouvoir en s'écartant du préavis de la CA et en suivant celui de l'office des autorisations de construire en raison d'un intérêt public supérieur et en se fondant sur des considérations pertinentes, objectives et conformes au principe de proportionnalité.

d. Quant aux dimensions des murs imposées par l'art. 112 LCI, elles ne sont pertinentes qu'à condition que le mur ait été autorisé, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

- 7) L'intimée soutient également que la décision du département se fonde sur une pratique inacceptable concernant les art. 15 et 79 LCI, selon laquelle seuls les murs répondant à un besoin de protection contre le bruit au sens de l'OPB seraient autorisés.

En l'occurrence, si le département a invoqué l'application d'une pratique dans sa réponse auprès du TAPI, il ne l'a plus mentionnée auprès de la chambre administrative. De surcroît et surtout, la décision elle-même ne mentionne pas de pratique du département et ne fonde pas uniquement son refus sur le fait que la paroi n'a pas vocation à servir de mur anti-bruit mais également sur d'autres critères. C'est dès lors en vain que l'intimée se prévaut de cet argument.

- 8) a. Lorsque l'état d'une construction, d'une installation ou d'une autre chose n'est pas conforme aux prescriptions de la LCI, le département peut notamment en ordonner la remise en état, la réparation, la modification, la suppression ou la démolition (art. 129 let. e et 130 LCI).

De jurisprudence constante, pour être valable, un ordre de mise en conformité doit respecter cinq conditions cumulatives. L'ordre doit être dirigé contre le perturbateur. Les installations en cause ne doivent pas avoir été autorisées en vertu du droit en vigueur au moment de leur réalisation. Un délai de plus de trente ans ne doit pas s'être écoulé depuis l'exécution des travaux litigieux. L'autorité ne doit pas avoir créé chez l'administré concerné, que ce soit par des promesses, par des infractions, des assurances ou encore un comportement des conditions telles qu'elle serait liée par la bonne foi. L'intérêt public au rétablissement d'une situation conforme au droit doit l'emporter sur l'intérêt privé de l'intéressé au maintien des installations litigieuses (ATA/829/2016 du 4 octobre 2016 ; ATA/19/2016 du 12 janvier 2016).

Le principe de la proportionnalité, garanti par l'art. 5 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), exige qu'une

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

Un ordre de démolir une construction ou un ouvrage édifié sans permis de construire et pour lequel une autorisation ne pouvait être accordée, n'est pas contraire au principe de la proportionnalité. Celui qui place l'autorité devant un fait accompli doit s'attendre à ce qu'elle se préoccupe davantage de rétablir une situation conforme au droit, que des inconvénients qui en découlent pour le constructeur (ATF 108 Ia 216 consid. 4; ATA/829/2016 précité).

L'autorité renonce à un ordre de démolition si les dérogations à la règle sont mineures, si l'intérêt public lésé n'est pas de nature à justifier le dommage que la démolition causerait au maître de l'ouvrage ou encore s'il y a des chances sérieuses de faire reconnaître la construction comme conforme au droit qui aurait changé dans l'intervalle. Même un constructeur qui n'est pas de bonne foi peut invoquer le principe de la proportionnalité (arrêt du Tribunal fédéral 1C_114/2011 du 8 juin 2011 consid. 4.1 et les références citées ; ATA/829/2016 précité ; ATA/611/2016 du 12 juillet 2016 et les références citées).

b. Est passible d'une amende administrative de CHF 100.- à CHF 150'000.- tout contrevenant à la LCI, à ses règlements d'application ainsi qu'aux ordres du DALE (art. 137 al. 1 LCI). Toutefois, lorsqu'une construction, une installation ou tout autre ouvrage a été entrepris sans autorisation mais que les travaux sont conformes aux prescriptions légales, le montant maximum de l'amende est de CHF 20'000.- (art. 137 al. 2 LCI). Il est tenu compte, dans la fixation du montant de l'amende, du degré de gravité de l'infraction (art. 137 al. 3 in initio LCI).

L'autorité qui prononce une amende administrative ayant le caractère d'une sanction, prévue par les législations cantonales et de nature pénale (ATA/824/2015 du 11 août 2015 et les références citées), doit également faire application des règles contenues aux art. 47 ss du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) (principes applicables à la fixation de la peine ; par renvoi de l'art. 1 let. a de la loi pénale genevoise du 17 novembre 2006 - LPG - E 4 05). Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence. Selon la jurisprudence constante, l'administration doit faire preuve de sévérité afin d'assurer le respect de la loi et jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour infliger une amende. La chambre administrative ne la censure qu'en cas d'excès ou d'abus. Enfin, l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst. ; ATA/824/2015 précité). Il y a lieu de tenir compte de la culpabilité de l'auteur et de prendre en considération, notamment, les antécédents et la situation personnelle de ce dernier (art. 47 al. 1 CP). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la

mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (art. 47 al. 2 CP ; ATA/824/2015 précité).

c. En l'espèce, les cinq conditions que doit respecter l'ordre de remise en état sont remplies. En particulier, il respecte le principe de la proportionnalité puisque la paroi a été édiflée sans autorisation de construire, laquelle ne pouvait en tout état de cause pas être accordée, l'ouvrage litigieux n'étant pas conforme aux prescriptions de la LCI. En outre, l'intérêt public consistant à éviter la prolifération de murs en 5^{ème} zone et l'intérêt au rétablissement de la situation conformément au droit prévalent sur l'intérêt privé de la recourante au maintien de la paroi litigieuse et ceci, malgré les désagréments – mineurs – que pourrait causer la démolition des panneaux de bois et du muret. Rien ne l'empêche par ailleurs de déposer une nouvelle demande d'autorisation de construire en vue d'ériger une mesure de séparation entre sa propriété et celle de son voisin qui remplirait les conditions des art. 79 et 112 LCI (notamment la distance par rapport au bord de la voie privée).

Quant à l'amende infligée à la recourante à hauteur de CHF 2'000.-, le département n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation. L'amende apparaît en effet justifiée tant dans son principe que dans sa quotité, compte tenu du fait que les travaux litigieux ne sont pas conformes aux prescriptions légales et ont été entrepris alors qu'ils auraient dû être préalablement autorisés. La recourante, qui venait de construire un garage dûment autorisé, aurait dû le savoir, et a agi, à tout le moins, par négligence.

- 9) Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et le jugement querellé sera annulé. La décision de refus d'autorisation et la décision connexe de remise en état seront rétablies.
- 10) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de l'intimée, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 25 août 2016 par le département de l'aménagement, du logement et de l'énergie - OAC contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 23 juin 2016 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 23 juin 2016 ;

rétablit la décision de refus d'autorisation de construire du département de l'aménagement, du logement et de l'énergie du 4 novembre 2015 ;

rétablit la décision du département de l'aménagement, du logement et de l'énergie du 4 novembre 2015 ordonnant la remise en état et infligeant une amende de CHF 2'000.- à Madame A_____ ;

met à la charge de Madame A_____ un émolument de CHF 1'000.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

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 de l'aménagement, du logement et de l'énergie - oac, au Tribunal administratif de première instance, à Me Guillaume Fauconnet, avocat de Madame A_____, ainsi qu'à l'office fédéral du développement territorial

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, MM. Thélin et Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Husler-Enz

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :