

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1987/2016-LCI

ATA/517/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 29 mai 2018

3^{ème} section

dans la cause

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

contre

CAPELLI SUISSE SA

représentée par Me François Bellanger, avocat

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
7 avril 2017 (JTAPI/369/2017)**

EN FAIT

- 1) Capelli Suisse SA (ci-après : Capelli) est une société anonyme qui, à teneur du registre du commerce (ci-après : RC), a notamment pour but l'acquisition, la vente, la détention, la gestion, l'administration et la promotion de biens immobiliers.
- 2) Le 18 avril 2016, Capelli a déposé, par l'intermédiaire d'un bureau d'architectes, une demande définitive d'autorisation de construire trois villas mitoyennes, en habitat collectif, sur les parcelles contiguës n^{os} 1880 et 1881, d'une surface respective de 889 m² et de 790 m², situées en 5^{ème} zone à bâtir, au chemin Jean-Faizan dans la commune d'Onex et appartenant à Madame Laura MARTINET et à feu son mari Guido MARTINET, décédé le 13 novembre 2017. Ces derniers avaient mis Capelli au bénéfice d'une procuration pour le dépôt d'une demande d'autorisation de construire. Cette demande a été enregistrée sous DD 108'958.
- 3) Par pli du 11 mai 2016 ne mentionnant aucune voie de droit, le département de l'aménagement, du logement et de l'énergie (ci-après : le département) a informé Capelli que, sur la base des art. 153 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05) et 267 du règlement d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses du 27 février 1978 (RCI - L 5 05.01), la construction de trois villas mitoyennes n'était pas possible, vu que les droits à bâtir liés aux parcelles n^{os} 1880 et 1881 étaient épuisés. Il était ainsi inutile d'enregistrer le dossier et de solliciter les préavis des entités compétentes, le dossier étant ainsi renvoyé à la requérante. Cette dernière était toutefois invitée à lui faire savoir si, malgré l'empêchement absolu susmentionné, elle souhaitait que sa requête suive toutes les étapes prévues par la procédure et à lui renvoyer le cas échéant le dossier.
- 4) Il ressort ce qui suit du dossier DD 108'958 du département.
 - a. La direction des autorisations de construire avait émis un préavis défavorable au projet précité, à une date inconnue, en raison de l'épuisement des droits à bâtir liés aux parcelles n^{os} 1880 et 1881. Sous « remarques » et « divers » était écrit « Modifier le taux des villas existantes afin de céder des droits ».
 - b. Le 16 novembre 2006, le département avait, s'agissant notamment des deux parcelles précitées et au regard de l'historique (mentionné ci-après), requis du conservateur du registre foncier (ci-après : RF) l'inscription de la mention suivante : « Les droits à bâtir liés aux surfaces des parcelles 1880, 1881, 1892 et 1893 – issues de la division des parcelles 313 et 724 – feuille 7 de la commune d'Onex, sont épuisés en ce sens qu'ils ont servi au calcul du rapport de surfaces de

20 % relatif aux constructions situées sur les parcelles 1876 à 1879, 1882 à 1891 et 1894 à 1899 – issues de la division des parcelles n^{os} 313 et 724 – feuille 7 de la commune d'Onex ».

En effet, le 10 août 1998, le département avait délivré une autorisation de construire vingt maisons jumelées et garages sur les parcelles n^{os} 313 et 724 précitées, à un taux d'occupation du sol de 20 % (DD 94'794/2). Une fois les constructions achevées, les parcelles n^{os} 313 et 724 avaient été morcelées en vingt-quatre parcelles distinctes (n^{os} 1876 à 1899) qui avaient été vendues individuellement.

Le 3 décembre 2002 (ATA/752/2002), l'ancien Tribunal administratif avait annulé l'autorisation de construire quatre villas jumelées et garages supplémentaires sur les parcelles n^{os} 1880, 1881, 1892 et 1893 – issues de la division des parcelles n^{os} 313 à 724 précitées – octroyée par le département le 16 juin 1999 (DD 94'794/3). Une dérogation au rapport des surfaces de 20 % ne pouvait pas être admise. Le Tribunal fédéral avait confirmé cet arrêt le 27 mars 2003 (cause 1P.50/2003).

Le 8 novembre 2005, l'ancienne commission de recours en matière de constructions (recours n^o 8340) avait annulé l'autorisation de construire deux villas jumelées et garages sur les parcelles n^{os} 1880 et 1881, accordée par le département le 23 mai 2005 (DD 99'475), au motif que les droits à bâtir liés à ces deux parcelles avaient été épuisés par la construction susmentionnée des vingt villas sur les anciennes parcelles n^{os} 313 et 724.

Selon la requête du département du 16 novembre 2006 précitée, ces vingt constructions comportaient un rapport des surfaces de 20 %. Les surfaces des parcelles n^{os} 1880, 1881, 1892 et 1893 – issues de la division des anciennes parcelles n^{os} 313 et 724 – avaient été prises en considération dans le cadre du calcul du rapport de surfaces des constructions précitées. Ce calcul du rapport de surfaces était de 20 % selon l'ancien art. 59 LCI alors applicable. Il était établi, à la lumière des décisions des deux juridictions cantonales précitées, que les droits à bâtir liés aux parcelles 1880, 1881, 1892 et 1893 étaient épuisés.

c. La mention sollicitée par le département, « restriction du droit de propriété (droits à bâtir) », avait été inscrite au registre foncier le 20 novembre 2006.

- 5) Par acte du 13 juin 2016 complété le 20 juin suivant, Capelli a recouru contre l'écrit du 11 mai 2016 du département, auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), en concluant à la constatation de l'existence d'un solde de droits à bâtir liés aux parcelles n^{os} 1880 et 1881 de 24 % dans le cadre d'un projet d'habitat groupé ou de villas contiguës, et, cela fait, au renvoi du dossier d'autorisation de construire DD 108'958 au département pour instruction, « avec suite de frais et dépens ».

La construction envisagée sur les parcelles n^{os} 1880 et 1881 permettant une densification au taux de 44 % car présentant une haute performance énergétique au sens de l'art. 59 al. 4 let. a LCI dans sa version entrée en vigueur le 26 janvier 2013, la différence entre ce taux de densité et les droit à bâtir déjà utilisés dans le cadre de la densification antérieure – en 1998 – correspondait à un solde de droits à bâtir de 24 % et restait attachée auxdites parcelles.

6) Le département a conclu au rejet du recours.

Pour que les propriétaires des parcelles n^{os} 1880 et 1881 puissent éventuellement construire sur celles-ci, il faudrait qu'ils obtiennent une radiation de la mention de restriction du droit de propriété précitée et l'accord de l'ensemble des autres propriétaires concernés pour qu'ils puissent utiliser les surfaces constructibles virtuellement cédées dans le cadre du projet d'ensemble. Or cela ne pourrait se faire que par le dépôt d'une demande d'autorisation globale qui permettrait de recalculer l'indice d'utilisation du sol (ci-après : IUS) de l'ensemble des parcelles concernées, sur la base notamment du nouvel art. 59 LCI.

7) Les parties ont ensuite respectivement maintenu leur position.

8) Par jugement du 7 avril 2017, le TAPI a partiellement admis le recours de Capelli contre la décision du département du 11 mai 2016 en tant qu'elle constatait l'épuisement des droits à bâtir liés aux parcelles n^{os} 1880 et 1881. Dans la mesure où le département disposait d'un large pouvoir d'appréciation en matière de dérogation en zone à bâtir et d'un pouvoir de cognition plus étendu, le TAPI a estimé ne pas pouvoir lui-même établir si les conditions de l'art. 59 al. 4 let. a LCI étaient remplies et, par conséquent, constater l'existence d'un solde de droit à bâtir de 24 %. Il a donc renvoyé le dossier au département afin qu'il examine, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation et moyennant la sollicitation d'un préavis de la commune et de la commission d'architecture, si l'application de l'art. 59 al. 4 let. a LCI était envisageable dans le cas d'espèce et qu'il se prononce sur la demande d'autorisation de construire déposée par Capelli. Le TAPI a en outre mis à la charge de la recourante un émolument de CHF 700.- et condamné l'État de Genève à verser à Capelli une indemnité de CHF 750.- à titre de dépens.

Le courrier du département du 11 mai 2016 constituait une décision au sens de l'art. 4 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). En effet, bien qu'il n'était pas désigné comme telle et n'indiquait aucune voie de recours, le département, par son biais, avait constaté l'inexistence d'un droit, soit l'épuisement des droits à bâtir liés aux parcelles n^{os} 1880 et 1881, ce qu'entendait contester la recourante.

Bien que les parcelles n^{os} 1880 et 1881 aient cédé leurs droits à bâtir correspondant au maximum légal pour une construction ordinaire en zone villas avant la modification de l'art. 59 LCI, lors de la réalisation du projet initial de

construction des vingt villas jumelées, il ne pouvait être retenu qu'elles avaient également cédé, de façon anticipée, tous leurs éventuels droits à bâtir futurs qu'elles seraient à même d'acquérir ou de se voir conférer par la loi. Il ne se justifiait aucunement de traiter le présent cas différemment d'un cas de cession partielle des droits à bâtir, suite auquel le propriétaire se verrait non seulement à même d'utiliser son solde de droits à bâtir mais également, en sus, le supplément de droits résultant d'une modification législative. S'il n'était pas contesté que lesdites parcelles ne pouvaient utiliser une seconde fois les droits à bâtir cédés à hauteur de 20 %, il devait être admis que chacune d'elles devait pouvoir bénéficier de la modification législative de l'art. 59 LCI. Celle-ci avait augmenté la surface constructible d'une parcelle, dans des proportions différentes suivant le niveau de performance énergétique du projet de construction (art. 59 al. 1 et 4 LCI). La position du département était surprenante vu qu'il avait, dans le passé, admis une capacité constructible résiduelle des parcelles n^{os} 1880 et 1881.

- 9) Par acte mis à la poste le 23 mai 2017, le département a recouru contre ce jugement auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), en concluant à son annulation et à la confirmation de sa « décision de refus d'entrée » du 11 mai 2016.

Le TAPI errait en fondant son raisonnement sur le transfert des droits à bâtir – à savoir les m² de surface brute de plancher (ci-après : SBP) –, car seule était déterminante la cession de la surface constructible (à savoir les m² de la parcelle) d'une parcelle en faveur d'une autre parcelle. Ce procédé permettait à cette dernière de disposer d'une surface constructible suffisante pour réaliser le projet autorisé. Seules les parcelles ayant bénéficié de la cession « virtuelle » de surface pouvaient exploiter celle-ci à leur avantage en cas d'augmentation future de l'IUS. Dès lors, en cédant – dans le cadre de l'autorisation de construire DD 94'794/2 – l'entier de leurs surfaces constructibles respectives aux autres parcelles construites, les parcelles n^{os} 1880 et 1881 avaient également cédé aux parcelles « bénéficiaires » les éventuels droits à bâtir supplémentaires issus d'une modification légale. Il s'agissait d'une approche équitable, claire et rapide. Elle ne préférait pas les propriétaires ayant bénéficié de la cession des surfaces constructibles. Elle permettait de maintenir l'équilibre résultant de l'accord initial lors du projet d'ensemble, chacune des parcelles bénéficiaires pouvant proposer un agrandissement égal et proportionné de sa SBP en cas d'augmentation de l'IUS. Les surfaces des parcelles n^{os} 1880 et 1881 devaient donc rester vierges de toute construction si l'on voulait que les propriétaires des parcelles environnantes puissent bénéficier de cette cession pour pouvoir éventuellement densifier la leur. Prendre en considération la cession totale ou partielle de la surface d'une parcelle au profit d'une autre parcelle était l'unique solution permettant d'éviter d'augmenter à l'envi, par morcellements successifs des parcelles, l'IUS en violation des prescriptions légales en la matière. Enfin, le département reconnaissait avoir omis, à deux reprises, pour des raisons inexplicables et par

erreur, de prendre en compte le fait que la surface des parcelles précitées avait déjà été entièrement utilisée dans le cadre de l'autorisation de construire DD 94'794/2.

- 10) Le TAPI a transmis son dossier sans observations.
- 11) Capelli a conclu, « avec suite de frais et dépens », au rejet du recours, à ce que soit constaté que les parcelles n^{os} 1880 et 1881 disposaient des droits à bâtir découlant de l'application de l'art. 59 LCI sous déduction des droits à bâtir déjà utilisés, et au renvoi du dossier d'autorisation de construire DD 108'958 au département.

Le département retenait, à tort, comme définitivement inconstructible la totalité de la surface des parcelles n^{os} 1880 et 1881, au lieu de prendre uniquement en compte le pourcentage de 20 % distribué aux autres parcelles lors de la mise en œuvre de l'autorisation DD 94'794/2. Lesdites parcelles n^{os} 1880 et 1881 étaient redevenues constructibles suite à l'attribution de nouveaux droits à bâtir conférés par la modification législative de l'art. 59 al. 1 et al. 4 let. a LCI, entrée en vigueur le 26 janvier 2013, visant à promouvoir une utilisation plus intensive du sol en 5^{ème} zone afin de répondre à la crise du logement. Priver ces parcelles de la densification supplémentaire possible résultant de la modification législative susmentionnée serait contraire au droit. La position du département contrevenait à la volonté du législateur en matière de densification et aux objectifs du plan directeur cantonal 2030 (ci-après : PDCn 2030) consistant en une utilisation optimale des potentiels constructibles des quartiers de villas.

Le refus du département constituait une restriction grave à la garantie de la propriété des propriétaires de deux parcelles précitées, puisqu'il les privait de la libre disposition de leurs terrains dans les limites du droit en vigueur et du solde des droits à bâtir de 24 % suite à la modification susmentionnée de l'art. 59 LCI. Outre qu'elle violait cette disposition, cette restriction ne se fondait sur aucune base légale mais sur une pratique non écrite du département, selon laquelle les surfaces des parcelles « virtuellement cédées » lors de la mise en œuvre de l'autorisation de construire DD 94'794/2 étaient totalement inconstructibles nonobstant une quelconque évolution législative du taux d'utilisation du sol. Le refus du département empêchait la construction de trois nouveaux logements sur les parcelles n^{os} 1880 et 1881 et ainsi la densification voulue par le législateur et le PDCn 2030. Faute de reposer sur une base légale et d'être justifié par un intérêt public, ledit refus violait la garantie de la propriété des propriétaires desdites parcelles.

- 12) Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a LPA).

Le fait de rendre une décision en constatation au sujet de la surface à bâtir disponible avant de se prononcer sur l'octroi d'un permis de construire ne prête pas le flanc à la critique (arrêt du Tribunal fédéral 1C_161/2010 du 21 octobre 2010 consid. 3.2). Toute construction sur une des parcelles visée par la restriction de propriété pourrait en l'occurrence impliquer le cas échéant une redéfinition de la surface constructible sur les parcelles voisines, de sorte que tous les propriétaires concernés disposent d'un intérêt manifeste à ce que les possibilités de bâtir soient définies préalablement à l'octroi du permis de construire.

- 2) Le présent litige porte sur la question de savoir si les propriétaires des parcelles n^{os} 1880 et 1881, au nom desquels agit l'intimée, peuvent bénéficier de l'augmentation des droits à bâtir – sous déduction de ceux déjà utilisés – résultant de la hausse des taux prévus à l'art. 59 LCI, en particulier du taux pour une construction à haute performance énergétique prévu par l'al. 4 let. a de cette disposition légale. Contrairement au TAPI et à l'intimée, le département considère que ladite augmentation doit profiter aux propriétaires des parcelles abritant les vingt villas construites dans le cadre de l'autorisation DD 94'794/2, au motif que cette dernière n'a pu se concrétiser que grâce à la cession des surfaces des parcelles n^{os} 1880, 1881, 1892 et 1893. Du point de vue du TAPI et de Capelli, seuls ont été cédés les droits à bâtir correspondant au taux de 20 % prévu dans l'ancienne teneur de l'art. 59 al. 1 LCI applicable au moment de la réalisation de l'autorisation de construire précitée.

- 3) a. L'art. 59 LCI régit le rapport des surfaces en 5^{ème} zone à bâtir. Ce rapport correspond à la notion d'IUS en zone de développement. Cette notion est définie, à l'art. 2A al. 4 de la loi générale sur les zones de développement du 29 juin 1957 (LGZD - L 1 35), comme étant le rapport entre la SBP destinée aux logements et aux activités et la surface totale des terrains. La notion de droits à bâtir est liée à celle de l'IUS qui les fixe, en zone de développement, sur une portion de territoire donnée, par le biais d'un plan localisé de quartier (ATA/505/2007 du 9 octobre 2007 consid. 4 ; aussi ATA/759/2015 du 28 juillet 2015 consid. 6, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_452/2015 du 11 novembre 2016).

b. Selon la teneur actuelle de l'art. 59 al. 1 LCI, entrée en vigueur le 26 janvier 2013, 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, respectivement à 30 % lorsque la construction est conforme à un standard de très haute performance énergétique, reconnue comme telle par le

service compétent. Ces pourcentages sont également applicables aux constructions rénovées qui respectent l'un de ces standards.

L'art. 59 al. 2 LCI dispose que, 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.

En vertu de l'art. 59 al. 4 let. a LCI, lorsque les circonstances le justifient et que cette mesure est compatible avec le caractère, l'harmonie et l'aménagement du quartier, le département peut autoriser, après consultation de la commune et de la commission d'architecture, 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 haute performance énergétique, 48 % lorsque la construction est conforme à un standard de très haute performance énergétique, reconnue comme telle par le service compétent.

L'application dans le temps du nouvel art. 59 LCI n'est pas réglée par des dispositions transitoires.

c. En août 1998, lors de l'octroi de l'autorisation de construire les vingt villas jumelées (DD 94'794/2), l'art. 59 al. 1 LCI prévoyait que la surface de la construction, exprimée en m² de plancher, ne devait pas excéder 20 % de la surface de la parcelle. Quant à l'art. 59 al. 4 let. a LCI, il disposait, dans sa teneur d'alors, que lorsque les circonstances le justifiaient et que cette mesure était compatible avec le caractère, l'harmonie et l'aménagement du quartier, le département pouvait autoriser, après consultation de la commune et de la commission d'architecture, un projet de construction en ordre contigu dont la surface de plancher habitable n'excédait pas 25 % de la surface du terrain.

d. Les taux de densité prévus aux art. 59 al. 1 et 59 al. 4 let. a LCI ont évolué, depuis octobre 2004, à la hausse dans le cadre de plusieurs modifications législatives, dont la dernière est entrée en vigueur le 26 janvier 2013. Celle-ci a ancré dans la loi, la possibilité – invoquée par Capelli – d'autoriser un projet de construction conforme à un standard de haute performance énergétique, sous forme d'habitat groupé, avec une surface de plancher habitable maximale de 44 %. Ce dernier changement législatif visait, par une augmentation des IUS, à promouvoir une utilisation plus intensive du sol en zones villas pour répondre à la crise du logement sévissant à Genève (exposé des motifs relatif au projet de loi [ci-après : PL] 10'891 ; ATA/659/2017 du 13 juin 2017 consid. 4b ; ATA/699/2015 du 30 juin 2015 consid. 8b).

L'implantation de l'habitat groupé, introduit à l'art. 59 al. 4 let. a LCI en janvier 2013, devait, selon les travaux préparatoires y relatifs, modifier, à terme, la configuration de la zone villa. Il ne s'agissait plus forcément de la villa au sens

compris autrefois, mais bien d'une nouvelle forme d'habitat groupé, plus contemporaine. Le législateur a souhaité encourager la réalisation de ces nouvelles formes d'habitat (groupé ou en ordre contigu), lorsqu'il a augmenté les IUS dérogatoires susceptibles d'être appliqués dans cette zone (cf. l'intervention de Monsieur Christophe AUMEUNIER, rapporteur de majorité, lors du premier débat consacré au PL 10'891, MGC 2012-2013 II D/9 p. 788 ss). Il a considéré cette évolution comme une réponse utile et nécessaire par rapport aux problèmes de l'exiguïté du territoire et de la pénurie de logements et manifesté sa volonté d'appliquer l'art. 59 al. 4 let. a LCI partout où les dérogations prescrites pouvaient avoir lieu (ATA/1274/2017 du 12 septembre 2017 consid. 6d ; ATA/828/2015 du 11 août 2015 consid. 8b).

- 4) a. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, rien n'empêche le propriétaire d'une parcelle quelconque, petite ou moyenne, d'acquérir une parcelle contiguë pour pouvoir augmenter la surface constructible de sa propriété ; et s'il peut acquérir une nouvelle parcelle dans ce but, il peut aussi, dans le même but, adopter cette autre solution qui consiste à convenir avec un propriétaire voisin que ce dernier mette à disposition, pour le calcul de la surface constructible, une surface de terrain qui n'a pas déjà servi à un tel calcul pour un bâtiment existant. Le transfert des possibilités de bâtir est admis en droit suisse, même sans disposition légale expresse, l'essentiel étant que la surface voisine mise à contribution pour le calcul de la surface constructible ne puisse plus servir ultérieurement à un tel calcul. Il en a été déduit que ceci implique pratiquement que la surface soit grevée d'une servitude de non-bâtir au profit de la collectivité (ATF 101 Ia 289 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_430/2015 du 15 avril 2016 consid. 5.1). Le transfert d'indice d'utilisation d'une parcelle à l'autre implique l'interdiction d'utiliser ultérieurement, pour le calcul de la surface constructible, la portion de terrain ainsi mise à contribution (arrêt du Tribunal fédéral 1P.577/2000 du 1^{er} décembre 2000 consid. 2b).

Les coefficients et les indices d'occupation et d'utilisation du sol doivent garantir des dégagements suffisants par rapport à l'importance de la construction et de son emprise au sol. Cet objectif serait compromis si une surface ayant déjà été mise à contribution pour calculer la densité d'une construction par rapport à une surface donnée puisse à nouveau être prise en considération pour ce faire à la suite d'un morcellement. Aussi, lorsqu'un bien-fonds a été construit de manière à épuiser les droits à bâtir, une division ultérieure de ce fonds ne saurait avoir pour conséquence de redonner de nouvelles possibilités de construire. L'interdiction qui en résulte d'utiliser, pour le calcul de la surface constructible, tout ou partie de la surface ayant déjà servi à un tel calcul ne constitue pas une restriction inadmissible à la propriété, comme l'a jugé à maintes reprises le Tribunal fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 1P.806/2006 du 10 mai 2007 consid. 3.4 ; ATF 108 Ib 116 consid. 2c), faute de quoi on parviendrait à détourner par ce biais la limite d'utilisation imposée par la réglementation cantonale ou communale à

une parcelle déterminée (arrêt du Tribunal fédéral 1P.577/2000 précité consid. 2c). Cette interdiction existe, à l'instar des autres restrictions de droit public à la propriété, indépendamment de son inscription au registre foncier en vertu de l'art. 680 al. 1 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210). Les cantons peuvent prévoir que de telles restrictions fassent l'objet d'une mention au registre foncier, conformément à l'art. 962 al. 1 CC, pour leur assurer une certaine publicité, mais une telle mention n'est pas exigée et n'a qu'une portée déclaratoire (arrêt du Tribunal fédéral 1P.806/2006 précité consid. 3.4).

Dans le canton de Genève, l'art. 267 RCI dispose que peuvent être mentionnées au RF les restrictions du droit de propriété résultant de l'application de la loi, notamment les mesures administratives et les règlements spéciaux (al. 1), et que la mention est inscrite au RF à titre déclaratif sur la seule réquisition du département accompagnée, s'il y a lieu, de la décision ou des conventions qui la concernent (al. 2).

b. Selon la chambre administrative, la constitution d'une servitude n'est pas indispensable pour empêcher la prise en compte ultérieure, lors d'un calcul de densité, de droits à bâtir cédés ou déjà utilisés, l'essentiel étant qu'une telle cession soit connue du département chargé de la délivrance des autorisations de construire (ATA/699/2015 du 30 juin 2015 consid. 7b ; ATA/98/2012 du 21 février 2012 consid. 6).

c. Dans une affaire de 2006, l'ancien Tribunal administratif, devenu la chambre administrative, a dû examiner la question du calcul des droits à bâtir pour un projet de transformation et d'agrandissement d'une villa jumelée faisant partie d'un ensemble de trois maisons contiguës qui avaient été construites en même temps sur une parcelle, à l'origine unique mais morcelée, à la suite de l'octroi de l'autorisation de construire initiale, en quatre parcelles distinctes. Ces dernières correspondaient chacune à une des trois villas et à un chemin commun à deux de celles-ci. La juridiction cantonale a confirmé la position du département consistant à calculer les droits à bâtir de la parcelle concernée par le nouveau projet de construction en tenant compte des quatre parcelles formant, au moment de la délivrance de l'autorisation initiale, la parcelle d'origine, et ce quand bien même la parcelle concernée par le nouveau projet comportait une surface supérieure à celle qui serait nécessaire pour assurer le respect de l'IUS, contrairement aux parcelles abritant les deux autres villas jumelées. Toute autre solution permettrait, selon l'ancien Tribunal administratif, d'augmenter à l'envi, par morcellements successifs des parcelles, le taux d'utilisation du sol, en violation des prescriptions légales en la matière (ATA/568/2006 du 31 octobre 2006 consid. 5). Cette méthode de calcul consistant à prendre en compte la surface de l'ensemble des parcelles concernées par un projet de construction de plusieurs villas a été confirmée par la chambre administrative (ATA/653/2014 du 19 août 2014

consid. 6 et 7 ; ATA/98/2012 précité consid. 7 ; ATA/453/2011 du 26 juillet 2011 consid. 11).

Dans l'affaire précitée de 2006, comme le taux d'utilisation du sol de 20 % – calculé sur l'ensemble de la surface de la parcelle d'origine – avait été atteint par la construction du projet initial, seule pouvait entrer en compte une augmentation des droits à bâtir fondée sur des taux légaux supérieurs, prévus par l'art. 59 LCI dans sa teneur de l'époque. Toutefois, selon l'ancien Tribunal administratif, toucher aux droits à bâtir d'une parcelle donnée, suite à un morcellement, revenait à modifier la situation de l'ensemble du périmètre initialement considéré et par conséquent les droits liés à chacune des parcelles ayant composé ledit ensemble. Le report du solde des droits à bâtir en faveur des parcelles concernées par le nouveau projet de construction n'était donc envisageable qu'avec l'accord de tous les propriétaires concernés, dans la mesure où ce calcul affectait également leurs droits (ATA/568/2006 précité consid. 6).

Cet arrêt a été confirmé par le Tribunal fédéral. Le nouveau projet de construction ne pouvait être autorisé que moyennant le consentement des propriétaires voisins des deux autres villas à ce que la surface déjà utilisée pour le calcul des droits à bâtir afférents aux villas jumelées réalisées conformément à l'autorisation de construire initiale puisse une nouvelle fois être prise en compte (arrêt du Tribunal fédéral 1P.806/2006 précité consid. 3.6).

- 5) a. En l'espèce, il n'est pas contesté que le taux – à l'époque maximal – de 20 % a été appliqué, dans le cadre de l'autorisation initiale de construire les vingt villas jumelées (DD 94'794/2), sur l'ensemble de la surface des deux anciennes parcelles n^{os} 313 et 724. Il n'est pas non plus contesté que les surfaces des parcelles n^{os} 1880 et 1881, visées par la demande d'autorisation litigieuse, ont servi au calcul du rapport de surface précité de 20 %.
- b. Conformément à la jurisprudence fédérale précitée, la surface des parcelles n^{os} 1880 et 1881 ne devrait plus être utilisée pour un nouveau calcul de surface constructible, étant donné qu'elle a été entièrement prise en compte dans le calcul du rapport de surface de 20 % lié à la construction susmentionnée des vingt villas. Or, aucune des parties ne conteste l'existence d'un supplément de surface constructible découlant de l'augmentation des taux légaux prévus à l'art. 59 LCI, et en particulier à l'art. 59 al. 4 let. a LCI, sous réserve de la réalisation des conditions de cette norme. L'interdiction – découlant de la jurisprudence précitée – d'utiliser une surface ayant déjà servi à un calcul de surface constructible vise à assurer le respect des taux légaux d'utilisation du sol, en particulier en cas de division ultérieure d'un bien-fonds construit au maximum des possibilités légales. Lorsque celles-ci augmentent à la suite d'une modification légale comme c'est le cas en l'espèce, l'interdiction susmentionnée perd, à hauteur du supplément légal autorisé, sa justification. Elle ne saurait donc être appliquée de manière absolue et empêcher l'application des nouvelles dispositions légales.

Par conséquent, la surface des parcelles n^{os} 1880 et 1881 doit pouvoir être, à nouveau, prise en compte dans le cadre du calcul d'un supplément de surface constructible découlant d'une hausse légale des taux d'utilisation du sol et les propriétaires de ces deux parcelles, considérées individuellement, doivent pouvoir bénéficier de ce supplément.

c. Ce nouveau calcul ne peut toutefois omettre de prendre en compte l'utilisation déjà effectuée de la surface constructible selon l'ancien droit, afin d'assurer le respect des taux légaux d'utilisation du sol.

La particularité du présent cas tient au fait qu'il existe, suite à la cession intervenue dans le cadre de l'autorisation initiale de construire DD 94'794/2, des parcelles dont le taux effectif d'utilisation du sol dépasse, dans les faits, le taux précité de 20 % en raison de l'attribution d'une partie des droits à bâtir découlant des parcelles n^{os} 1880, 1881, 1892 et 1893. Ainsi, même si toutes les parcelles ayant bénéficié de ladite cession ont utilisé l'intégralité des droits à bâtir correspondant au taux maximal de 20 % de l'époque portant sur l'ensemble de la surface des deux anciennes parcelles n^{os} 313 et 724, une déduction – juridique – de 20 % de droits à bâtir par parcelle ne correspond pas à la réalité des droits à bâtir effectivement utilisés sur chaque parcelle du périmètre correspondant aux anciennes parcelles n^{os} 313 et 724.

d. On ne saurait ainsi appliquer la même déduction – juridique – des 20 % de droits à bâtir de manière automatique à toutes les parcelles issues du morcellement des anciennes parcelles n^{os} 313 et 724, car cela aboutirait concrètement à un dépassement du taux maximal prévu selon la teneur actuelle de l'art. 59 al. 4 let. a LCI pour les parcelles ayant bénéficié des droits à bâtir cédés par les parcelles n^{os} 1880, 1881, 1892 et 1893 et atteint un rapport de surface supérieur à 20 %. Cela reviendrait à permettre une densification plus importante que celle autorisée par la loi et contreviendrait à celle-ci.

On ne voit néanmoins pas ce qui exclurait l'application des taux prévus par l'art. 59 al. 4 let. a LCI d'emblée aux parcelles n^{os} 1880, 1881, 1892 et 1893 considérées individuellement, ladite application n'étant pas subordonnée, selon le texte de la loi, à l'existence préalable d'une construction.

Il convient donc de tenir compte, sur chaque parcelle, des droits à bâtir concrètement utilisés. Cela a notamment pour conséquence que les parcelles n^{os} 1880 et 1881, vierges pour l'instant de toute construction, pourraient être construites à hauteur du taux maximal d'utilisation du sol prévu dans l'actuel art. 59 LCI sous déduction du taux – juridique – de 20 % déjà utilisé par elles, si les circonstances le permettaient.

e. Il y a, dans ce contexte, en particulier lieu de vérifier l'éventuel bien-fondé de la thèse du département, selon laquelle la mise à disposition de la

surface des parcelles n^{os} 1880 et 1881 en faveur des parcelles accueillant les vingt villas autorisées en 1998 aurait également visé à transférer à ces parcelles-ci d'éventuelles nouvelles possibilités de bâtir supérieures au 20 % cédé dans le cadre de l'autorisation délivrée en 1998.

À défaut de preuves tangibles – qui ne ressortent en l'espèce pas du dossier –, cette thèse ne peut pas être suivie, sous peine de priver les propriétaires des parcelles n^{os} 1880 et 1881 de la libre disposition de leur bien et ce en violation de leur garantie de la propriété ancrée à l'art. 26 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101). L'arrêt du Tribunal fédéral 1C_161/2010 invoqué par le département ne lui est, faute d'éléments de preuve dans le sens de sa thèse, d'aucune aide. À cet égard, la mention au RF de l'épuisement des droits à bâtir liés aux surfaces des parcelles n^{os} 1880, 1881, 1892 et 1893 – issues de la division des parcelles n^{os} 313 et 724 – n'a été requise le 16 novembre 2006 par le département que dans le sens où ces droits avaient servi au calcul du rapport de surfaces de 20 % relatif aux constructions sur les autres parcelles issues de la division des parcelles n^{os} 313 et 724, et non d'une manière générale ni avec exclusion d'éventuelles adaptations futures en cas de modification de la législation. Au surplus, rien ne permet en l'état de retenir que les personnes et autorités impliquées dans le cadre de l'autorisation de construire de 1998 et du morcellement subséquent aient alors envisagé la possibilité, dans le futur, d'une augmentation de la surface de plancher habitable aussi importante que, notamment, le 44 % de la surface du terrain lorsque la construction serait conforme à un standard de haute performance énergétique.

L'une des principales prémisses sur laquelle est fondée ladite thèse du département ainsi que son calcul exemplatif censé démontrer que le taux de 44 % pour les constructions à haute performance énergétique au sens de l'art. 59 al. 4 let. a LCI serait dans l'ensemble dépassé si toutes les parcelles issues de la division des parcelles n^{os} 313 et 724 souhaitaient en bénéficier est que seule serait déterminante la cession de la surface constructible (à savoir les m² de la parcelle) d'une parcelle en faveur d'une autre parcelle, et non une cession des droits à bâtir (m² de SBP). Or, d'une part, le transfert de droits à bâtir en tant que tels est autorisé, conformément à la jurisprudence rappelée plus haut, et la SBP sert précisément de base au calcul du rapport des surfaces en vertu de l'art. 59 al. 2 LCI. D'autre part, aucun des éléments du dossier relatifs à la procédure d'autorisation de construire de 1998 et au morcellement subséquent ne laisse en l'état penser qu'il y aurait eu cession de m² en tant que surface constructible plutôt que de droits à bâtir; la requête du département adressée le 16 novembre 2006 au RF montre le contraire. Au demeurant, si les m² des surfaces des parcelles n^{os} 1880, 1881, 1892 et 1893 avaient été cédés aux autres parcelles issues de la division des parcelles n^{os} 313 et 724, cela aurait correspondu de facto, à tout le moins économiquement, à une cession des parcelles en tant que telles.

Il est par ailleurs rappelé que, contrairement au cas tranché par l'ATA/568/2006 précité, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral 1P.806/2006, la présente situation fait suite à une modification légale, qui plus est importante.

f. En définitive, on ne voit pas ce qui empêche l'intimée, pour les propriétaires des parcelles n^{os} 1880 et 1881, de bénéficier du solde de droits à bâtir résultant de la différence entre le rapport de surfaces de 20 % déjà appliqué en 1998 et la possibilité offerte par le nouvel art. 59 al. 4 let. a LCI pour les constructions à haute performance énergétique, ce d'autant moins que la demande de l'intimée va dans le sens de la densification des zones constructibles voulue par le législateur genevois (ATA/1274/2017 du 12 septembre 2017 consid. 6).

g. Aucun accord s'y opposant, ancien ou récent, entre les propriétaires de ces parcelles et ceux des autres parcelles constituées à la suite du morcellement des anciennes parcelles n^{os} 313 et 724 ne ressort du dossier.

La législation cantonale en matière de police des constructions a pour but d'assurer la conformité des projets présentés aux prescriptions en matière de constructions et d'aménagements, intérieurs et extérieurs, des bâtiments et des installations. Elle réserve expressément le droit des tiers. Selon les principes généraux du droit, il n'appartient donc pas à l'administration de s'immiscer dans les conflits de droit privé pouvant s'élever entre le requérant d'une autorisation de construire et un opposant, celle-ci n'ayant pas pour objet de veiller au respect des droits réels et notamment des servitudes (art. 3 al. 6 LCI ; ATA/166/2018 du 20 février 2018 consid. 5 et les arrêts cités).

h. Le fait que le département ait octroyé, dans le passé, à deux reprises, une autorisation de construire sur les parcelles n^{os} 1880 et 1881 ne saurait lui être opposable, étant donné que ses décisions ont été annulées sur recours et ne sont ainsi jamais entrées en force.

i. Une instruction des autres conditions de la demande définitive d'autorisation de construire, notamment celles de l'art. 59 al. 4 let. a LCI, avec l'exercice du pouvoir d'appréciation du département en matière d'aménagement du territoire et de droit des constructions après consultation de la commune et de la commission d'architecture, comme le TAPI l'a lui-même considéré, reste nécessaire.

- 6) Au vu de ce qui précède, le département n'était pas fondé à constater que la construction de trois villas mitoyennes n'était pas possible au motif que les droits à bâtir liés aux parcelles n^{os} 1880 et 1881 étaient épuisés, ni à refuser, pour ce motif, d'entrer en matière sur la demande définitive d'autorisation de construire déposée par l'intimée. Le jugement querellé est conforme au droit.

Le recours sera en conséquence rejeté, la cause devant en outre être renvoyée au département afin qu'il procède à une instruction de la demande définitive d'autorisation de construire et rende une nouvelle décision, au sens des considérants.

- 7) Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu (art. 87 al. 1 LPA) et une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à l'intimée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 23 mai 2017 par le département de l'aménagement, du logement et de l'énergie contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 7 avril 2017 ;

au fond :

le rejette ;

renvoie la cause au département de l'aménagement, du logement et de l'énergie afin qu'il procède à une instruction de la demande définitive d'autorisation de construire et rende une nouvelle décision, au sens des considérants ;

dit qu'il ne pas perçu d'émolument ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à Capelli Suisse SA, 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 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 ;

communiqué le présent arrêt au département de l'aménagement, du logement et de l'énergie, à Me François Bellanger, avocat de Capelli Suisse SA, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

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

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :