

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2036/2007-DCTI

ATA/625/2009

**ARRÊT**

**DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**du 1<sup>er</sup> décembre 2009**

dans la cause

S\_\_\_\_\_  
représentée par Me Christian Pirker, avocat

contre

**COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIÈRE  
ADMINISTRATIVE**

et

**DÉPARTEMENT DES CONSTRUCTIONS ET DES TECHNOLOGIES DE  
L'INFORMATION**

et

**VILLE DE GENÈVE**

---

Projet

## EN FAIT

1. a. La S\_\_\_\_\_ (ci-après : la SI) est propriétaire de la parcelle n° \_\_\_\_\_, feuille \_\_\_\_\_ de la commune de Genève - Petit-Saconnex, à l'adresse rue J\_\_\_\_\_.
- b. Monsieur G\_\_\_\_\_ est l'administrateur unique de la SI et son fils, Monsieur P\_\_\_\_\_, en est le directeur.
2. La parcelle n° \_\_\_\_\_ est comprise dans le plan localisé de quartier n° \_\_\_\_\_ (ci-après : PLQ) du 28 août 2002 qui prévoit, à cet endroit, la construction d'un bâtiment (bâtiment G) affecté à des activités artisanales et commerciales et la constitution d'une servitude de passage public au bénéfice de la Ville de Genève (ci-après : la ville) destinée à un passage piétonnier entre la rue J\_\_\_\_\_ et la couverture des voies CFF, en bordure de l'avenue T\_\_\_\_\_.

A ce jour, aucune requête en autorisation visant la construction d'un immeuble n'a été déposée.

3. Le 13 février 2004, le département de l'aménagement, de l'équipement et du logement, devenu depuis le département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : le département), a délivré une autorisation, à titre provisoire, pour une durée de quatre ans, pour la construction sur la parcelle n° \_\_\_\_\_ d'un parking privé pour 23 voitures avec clôture et portail (APA \_\_\_\_\_). Les plans visés *ne varietur* prévoyaient la création d'un passage piétonnier de 2 mètres de large, à l'est du terrain. Cette décision est devenue définitive et exécutoire.
4. Les travaux ont débuté le 22 mars 2004.
5. A la suite d'une dénonciation, un inspecteur de la police des constructions s'est rendu sur place, le 24 août 2004. Selon le constat dressé, l'aménagement du parking provisoire ne respectait pas les plans autorisés et le passage piétonnier n'avait pas été réalisé.
6. Par décision du 30 août 2004, le département a ordonné à la SI de mettre immédiatement en œuvre les travaux relatifs à la création du passage piétonnier en application des art. 129 ss de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05). Cette décision pouvait faire l'objet d'un recours, dans les trente jours, auprès de la commission cantonale de recours en matière de constructions, devenue depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2009 la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission).

7. Par acte du 27 septembre 2004, la SI a saisi la commission d'un recours contre la décision précitée. Elle ne contestait pas le principe du passage, mais le fait que ce dernier devait être exécuté sans délai.

M. P\_\_\_\_\_ exploitait un garage. Les places de parking créées étaient nécessaires pour conserver son contrat de représentation. Lors de l'élaboration du PLQ, des discussions avec le conseiller administratif en charge du dossier avaient eu lieu et il avait été convenu que la servitude de passage prévue devait être considérée comme un principe, dont les modalités étaient encore à définir.

Le parking devait être protégé par une barrière, car les véhicules du garage avaient fait l'objet de nombreux actes de vandalisme. De plus, M. P\_\_\_\_\_ avait reçu des lettres anonymes menaçant ses biens et même sa personne.

8. Le 5 janvier 2005, la SI a déposé une demande d'autorisation de construire en procédure accélérée portant sur l'aménagement d'un parking provisoire avec clôture (APA \_\_\_\_\_).

9. Le 20 janvier 2005, la commission a suspendu l'instruction de la cause, d'entente entre les parties.

10. Des rencontres ont eu lieu entre la SI, la ville et l'Etat de Genève, notamment les 15 mars et 7 juin 2006. Selon les procès-verbaux tenus lors de ces séances, la SI devait produire un engagement ferme et définitif sur ses intentions d'aménagement des espaces extérieurs liés au bâtiment G prévu par le PLQ avant le 15 septembre 2006.

11. Par décision du 21 décembre 2006, la commission a prononcé la reprise de la procédure.

12. Lors de l'audience de comparution personnelle du 23 février 2007, la SI a indiqué qu'elle souhaitait différer l'exécution du passage piétonnier jusqu'à la réalisation des constructions prévues par le PLQ. Elle avait déposé une nouvelle requête en autorisation de construire, visant à régulariser les travaux tels qu'ils avaient été effectués.

De son côté, le département a persisté dans les termes de sa décision. La clôture n'avait pas été implantée conformément à l'autorisation délivrée.

13. Par décision du 10 avril 2007, la commission a rejeté le recours, dans la mesure où il était recevable.

Selon l'art. 33A du règlement d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses du 27 février 1978 (RCI - L 5 05 01), une fois le chantier ouvert, les travaux devaient être exécutés sans interruption notable et menés à bien dans un délai raisonnable. En l'espèce, le chantier avait été ouvert le 22 mars 2004

et les travaux concernant le passage piétonnier avaient été suspendus le 30 août 2004. L'ordre du département d'exécuter les travaux autorisés conformément à l'autorisation de construire était une mesure d'exécution. Partant, le recours était irrecevable en application de l'art. 59 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

A supposer que la décision du 30 août 2004 soit une mesure administrative, elle devait être confirmée, car la recourante n'entendait pas exécuter les travaux autorisés en tant qu'ils concernaient le passage piétonnier.

14. Le 23 mai 2007, la SI a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision précitée (cause A/2036/2007). Elle conclut à son annulation. Préalablement, elle sollicite l'audition notamment de Messieurs C\_\_\_\_\_ du service de l'urbanisme de la ville et R\_\_\_\_\_ du service des opérations financières de la ville. Ces personnes étaient intervenues lors des négociations et l'avaient confortée dans l'idée que la servitude ne serait constituée qu'au moment de la construction du bâtiment G.

MM. G\_\_\_\_\_ et P\_\_\_\_\_ avaient cherché à trouver un accord concernant l'aménagement de la servitude de passage comme le prévoyait le PLQ. Lors des discussions avec la ville, il avait toujours été clair que la servitude ne devait être créée que lors de la mise en œuvre du PLQ. La décision litigieuse ne respectait ainsi pas les principes de la bonne foi de l'administré et de la confiance. Elle violait également le principe de la proportionnalité, car elle péjorait la situation de la SI sans qu'il existe un intérêt public supérieur à exécuter la servitude. Aucun passage n'avait jamais existé, le département n'avait pas statué sur l'APA \_\_\_\_\_ et aucune convention concernant la servitude n'avait encore pu être établie. Enfin, la création du passage diminuerait la surface de l'exploitation actuelle sans que la contrepartie prévue, soit la création d'un nouvel immeuble, ne soit possible.

15. Le 18 juillet 2007, le département s'est opposé au recours.

Le passage public prévu par l'autorisation de construire et par le PLQ n'avait pas été réalisé. Le département était dès lors parfaitement légitimé à ordonner l'exécution des travaux conformément à l'autorisation de construire. De plus, la seule mesure susceptible de parvenir à une situation conforme au droit était d'ordonner la création du passage piétonnier. La décision était ainsi adéquate, aucune mesure moins incisive ne permettant d'atteindre le but recherché. Par ailleurs, M. G\_\_\_\_\_ n'avait pas remis à la ville un engagement définitif sur ses intentions concernant l'aménagement des espaces extérieurs liés au bâtiment G. Il était ainsi l'unique responsable des désagréments dont il se plaignait. La création d'un passage piétonnier améliorerait les conditions de déplacement dans le quartier et l'emportait sur l'intérêt privé de MM. G\_\_\_\_\_ et P\_\_\_\_\_. Enfin, la ville n'était pas compétente en matière de police des constructions et elle avait

exprimé, dans des courriers des 22 janvier et 23 février 2001, son souhait de maintenir le passage en cause.

16. Le juge délégué à l'instruction de la cause a procédé à un transport sur place le 24 septembre 2007. A cette occasion, il a constaté que 36 véhicules étaient stationnés sur la parcelle qui était entourée d'une barrière blanche d'environ 2 mètres de hauteur. A l'est, cette dernière était édifiée en limite de propriété. Selon M. P \_\_\_\_\_, le déplacement de la barrière supprimerait environ cinq places de parking.
17. a. Par décision du 29 novembre 2007, notifiée le 3 décembre 2007, le département a refusé l'APA \_\_\_\_\_, le projet ne tenant pas compte de la servitude de passage public prévue par le PLQ. Il a ainsi fait siens les préavis défavorables de la ville et de la direction de l'aménagement du territoire, émis respectivement les 2 février et 31 octobre 2005.
- b. Par décision du même jour, le département a infligé une amende de CHF 1'000.- à la SI.
18. Le 2 janvier 2008, la SI a recouru auprès du Tribunal administratif contre cette dernière décision (cause A/5/2008).
- Au moment du constat de l'infraction, la prescription était de trois ans en vertu de l'art. 137 al. 6 LCI dans sa teneur antérieure au 17 novembre 2006. La poursuite de l'infraction était dès lors prescrite le 25 août 2007.
19. a. Le même jour, la SI a recouru auprès de la commission contre le refus de l'APA \_\_\_\_\_.
- b. Le 5 février 2008, la ville est intervenue dans cette procédure en application de l'art. 145 al. 2 LCI.
20. Par décision du 7 janvier 2008, le Tribunal administratif a ordonné la jonction des causes A/2036/2007 et A/5/2008 sous le n° A/2036/2007, et suspendu l'instruction de la procédure jusqu'à droit jugé par la commission.
21. Le 19 mars 2008, la commission a rejeté le recours formé contre le refus du 29 novembre 2007 de délivrer l'APA \_\_\_\_\_.

L'aménagement d'un parking privé provisoire avec une clôture, supprimant le passage piétonnier entre la rue J \_\_\_\_\_ et l'avenue T \_\_\_\_\_ était contraire au PLQ. Par ailleurs, la recourante n'avait pas donné suite aux propositions de la ville à propos de l'implantation de la servitude d'usage public. Cette attitude n'était pas digne de protection et allait à l'encontre de l'intérêt général.

22. Par acte posté le 7 mai 2008, la SI a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision précitée du 19 mars 2008 (cause A/1626/2008) en concluant à son annulation. Elle a repris l'argumentation déjà développée à l'appui de son premier recours.
23. Par décision du 13 mai 2008, le Tribunal administratif a ordonné la reprise de la procédure A/2036/2007.
24. a. Le 10 juillet 2008, la ville s'est opposée au recours dans la cause A/1626/2008.

Autoriser un parking empiétant sur l'assiette de la servitude de passage instituée au profit de la ville conduisait à annuler purement et simplement ladite servitude. Le projet de la recourante n'était pas conforme au PLQ. Par ailleurs, c'était en raison de la passivité de la SI qu'aucune convention relative au contenu de la servitude n'avait pu encore être établie.

b. Le 14 juillet 2008, le département s'est également opposé au recours. Tant les principes de la bonne foi et de la confiance que celui de la proportionnalité étaient respectés.

25. Par décision du Tribunal administratif du 9 juin 2009, les procédures A/2036/2007 et A/1626/2008 ont été jointes sous le n° A/2036/2007.
26. Le 28 août 2009, le département a conclu au rejet du recours relatif à l'amende.

La recourante qui devait fournir, avant le 15 septembre 2006, un engagement ferme et définitif de ses intentions d'aménagement des espaces extérieurs liés au bâtiment G prévu par le PLQ, ne s'était pas exécutée. Elle était seule responsable du fait que l'instruction de l'APA \_\_\_\_\_ n'avait pas pu progresser pendant plus d'une année.

A la fin de l'instruction de l'APA \_\_\_\_\_, le département avait été en mesure d'affirmer que la clôture installée par la recourante n'était ni conforme à l'APA \_\_\_\_\_, ni autorisable. Ce constat était nécessaire pour fixer le montant de l'amende. Celle-ci ne pouvait donc être infligée avant la décision de refus de l'autorisation du 29 novembre 2007. La recourante étant seule responsable du délai écoulé, elle ne pouvait se prévaloir de la prescription, sous peine de commettre un abus de droit. L'amende de CHF 1'000.- était dès lors fondée. Par ailleurs, les aménagements réalisés devaient être considérés comme moyennement importants. Sur un plan subjectif, la recourante avait, à tout le moins, commis une négligence grave en ne respectant pas l'autorisation de construire. L'amende était ainsi légère au regard de l'infraction commise.

27. Le 22, respectivement le 24 septembre 2009, le département et la ville ont informé le juge qu'ils n'avaient pas d'autres requêtes à formuler.
28. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.
29. Il ressort encore des pièces du dossier les faits suivants :
- Dans un courrier du 23 février 2001, Monsieur Christian Ferrazino, alors conseiller administratif, a écrit à M. G\_\_\_\_\_ que la ville n'avait pas d'objection à la démolition du bâtiment sis sur la parcelle n° 1277 en vue de créer un parking clients provisoire lié au fonctionnement du garage. Il lui paraissait en revanche nécessaire de prévoir une organisation des lieux qui permette un accès piéton entre la rue J\_\_\_\_\_ et la couverture des voies CFF. Il précisait toutefois que la ville n'était qu'autorité de préavis ;
  - Le 4 juillet 2006, la ville a transmis à M. G\_\_\_\_\_ un projet de convention intégrant les conditions qu'elle entendait appliquer dans le périmètre du PLQ.

### **EN DROIT**

1. Interjetés en temps utile devant la juridiction compétente, les recours sont recevables de ce point de vue (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. a LPA).
2. a. A teneur de l'art. 60 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. Le Tribunal administratif a déjà jugé que les lettres a et b de la disposition précitée doivent 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/5/2009 du 13 janvier 2009 et les références citées).
- b. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 135 I 79 consid. 1 p. 82 ; 131 II 361 consid. 1.2 p. 365 ; 128 II 34 consid. 1b p. 36 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C.133/2009 du 4 juin 2009 consid. 3 ; 1C.76/2009 du 30 avril 2009 consid. 2 ; 6B.34/2009 du 20 avril 2009 consid. 1.3 ; H. SEILER, Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Berne 2007, n. 33 ad art. 89 LTF p. 365 ; K. SPUHLER/ A. DOLGE/ D. VOCK, Kurzkommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Zurich/St-Gall 2006, n. 5 ad art. 89 LTF p. 167). L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours ; s'il s'éteint pendant la procédure, le recours, devenu sans objet, doit être simplement radié du

rôle (ATF 125 V 373 consid. 1 p. 374 ; 118 Ib 1 consid. 2 p. 7 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C.76/2009 du 30 avril 2009 consid. 2 ; ATA/195/2007 du 24 avril 2007 ; ATA/175/2007 du 17 avril 2007 ; ATA/915/2004 du 23 novembre 2004) ou déclaré irrecevable (ATF 123 II 285 consid. 4 p. 286 et ss. ; 118 Ia 46 consid. 3c p. 53 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C.69/2007 du 11 juin 2007 consid. 2.3 ; ATA/192/2009 du 21 avril 2009 ; ATA/195/2007 du 24 avril 2007 ; ATA/640/2005 du 27 septembre 2005).

La condition de l'intérêt actuel fait défaut en particulier lorsque, par exemple, la décision ou la loi est révoquée ou annulée en cours d'instance (ATF 111 Ib 182 consid. 2 p. 185 ; 110 Ia 140 consid. 2 p. 141/142 ; 104 Ia 487 consid. 2 p. 488 ; ATA/124/2005 du 8 mars 2005 consid. 2), la décision attaquée a été exécutée et a sorti tous ses effets (ATF 125 I 394 consid. 4 p. 396-398 ; 120 Ia 165 consid. 1a p. 166 et les références citées ; ATA/328/2009 du 30 juin 2009 ; ATA/192/2009 du 21 avril 2009).

Il est toutefois renoncé à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque cette condition fait obstacle au contrôle de légalité d'un acte qui pourrait se reproduire en tout temps, dans des circonstances semblables, et qui, en raison de sa brève durée ou de ses effets limités dans le temps, échapperait ainsi toujours au contrôle de l'autorité de recours (ATF 135 I 79 consid. 1 p. 82 ; 131 II 361 consid. 1.2 p. 365 ; 129 I 113 consid. 1.7 p. 119 ; 128 II 34 consid. 1b p. 36 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B.34/2009 du 20 avril 2009 consid. 3 ; ATA/365/2009 du 28 juillet 2009 ; ATA/351/2009 du 28 juillet 2009 ; ATA/328/2009 précité ; ATA/146/2009 du 24 mars 2009). L'obligation d'entrer en matière sur un recours, nonobstant l'absence d'un intérêt actuel, ne saurait toutefois avoir pour effet de créer une voie de recours non prévue par le droit cantonal (ATF 135 I 79 consid. 1 p. 82 ; 131 II 361 consid. 1.2 p. 365 ; 128 II 34 consid. 1b p. 36 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C.133/2009 du 4 juin 2009 consid. 3 ; 1C.76/2009 du 30 avril 2009 consid. 2 ; 6B.34/2009 du 20 avril 2009 consid. 1.3).

c. En l'espèce, la recourante a un intérêt actuel à ce qu'il soit statué sur l'amende prononcée par le département le 29 novembre 2007. En revanche, la question de savoir si un tel intérêt existe encore dans le cadre des recours dirigés contre l'ordre du département du 30 août 2004 de créer un passage public et contre le refus du département du 29 novembre 2007 de délivrer l'APA \_\_\_\_\_ vu l'arrivée à échéance de l'autorisation de construire initiale, souffrira de rester ouverte au vu de ce qui va suivre.

3. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuve pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur

la décision à rendre. Le droit de faire administrer des preuves n'empêche pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celle-ci ne pourrait l'amener à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.2000/2003 du 7 octobre 2003, consid. 3.1 ; ATA/344/2008 du 24 juin 2008). Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant ; il suffit que le juge examine ceux qui lui paraissent pertinents (Arrêt du Tribunal fédéral 1P.32/2004 du 12 février 2004, consid. 6).

En l'espèce, le tribunal considère que le dossier est en état d'être jugé. En particulier, il sera renoncé à l'audition des collaborateurs de la ville, celle-ci n'étant pas de nature à modifier l'issue du litige.

4. Le litige devant le tribunal de céans porte sur le bien-fondé de la décision du département du 30 août 2004 ordonnant à la recourante de respecter l'APA \_\_\_\_\_, sur le refus de délivrer l'APA \_\_\_\_\_ visant à régulariser les travaux réalisés par la recourante et sur le prononcé d'une amende de CHF 1'000.-.

A. Refus de l'autorisation de construire (APA \_\_\_\_\_)

5. Selon l'art. 61 al. 1 LPA, un recours peut être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation ainsi que pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents.

6. Les projets de construction concernant des parcelles comprises dans le périmètre d'un PLQ doivent être conformes à celui-ci. Toutefois, lors du contrôle de conformité des requêtes en autorisation de construire avec le PLQ, le département peut admettre que le projet s'écarte légèrement du plan dans la mesure où la mise au point technique du dossier ou un autre motif d'intérêt général le justifie (art. 3 al. 3 de la loi sur l'extension des voies de communication et l'aménagement des quartiers ou localités du 9 mars 1929 - LExt - L 1 40).

En l'espèce, le PLQ, adopté le 28 août 2002, prévoit, sur la parcelle de la recourante, l'édification d'un bâtiment ainsi que la constitution d'une servitude de passage public. Or, la demande d'APA \_\_\_\_\_ qui tend à régulariser la situation de fait créée par la recourante supprime le passage et rend impossible la réalisation de la servitude à l'endroit fixé par le PLQ. En refusant de délivrer l'autorisation sollicitée, le département n'a ainsi pas abusé de son pouvoir d'appréciation. Sa décision du 29 novembre 2007 refusant l'APA 24227 est ainsi conforme au droit. Le recours sera rejeté sur ce point et la décision de la commission du 19 mars 2008 confirmée.

B. Ordre de mise en conformité

7. a. Aux termes de l'art. 59 let. b LPA, le recours n'est pas recevable contre les mesures d'exécution des décisions.

b. L'interdiction d'attaquer les mesures d'exécution vise à soustraire au contrôle juridictionnel les actes qui, sans les modifier ni contenir d'éléments nouveaux, ne servent qu'à assurer la mise en œuvre de décisions exécutoires au sens de l'art. 53 al. 1 let. a LPA. Le contrôle incident de ces dernières s'avère par conséquent exclu (ATA/841/2004 du 26 octobre 2004 ; ATA/240/2004 du 16 mars 2004). La notion de «mesures» à laquelle se réfère le texte légal s'interprète largement et ne comprend pas seulement les actes matériels destinés à assurer l'application de décisions, mais également toutes les décisions mettant ces dernières en œuvre (B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 265). Tel est en particulier le cas lorsque l'acte attaqué se fonde sur une décision qui est régulièrement entrée en force, sans contenir lui-même d'éléments nouveaux susceptibles de modifier la situation juridique de son destinataire (ATF 119 Ib 498 et les autres références citées ; Arrêts du Tribunal fédéral 1A.125/2002 et 1P.339/2002 du 23 septembre 2002, consid. 1 ; ATA/761/2005 du 8 novembre 2005).

En l'espèce, le département a constaté que les travaux exécutés par la recourante n'étaient pas conformes à ceux autorisés dans le cadre de l'APA \_\_\_\_\_ et a ordonné la réalisation du passage piétonnier. Le département a ainsi prononcé une mesure administrative prévue par les art. 129 ss LCI. L'ordre du département du 30 août 2004 n'est pas une simple mesure d'exécution mais bien une décision sujette à recours.

8. a. Selon l'art. 1 LCI, nul ne peut, sans y avoir été autorisé, élever en tout ou partie une construction ou une installation ou modifier la configuration du terrain.

b. Par constructions ou installations, on entend toutes choses immobilières ou mobilières édifiées au-dessus ou au-dessous du sol ainsi que toutes leurs parties intégrantes et accessoires (art. 1 al. 1 RCI).

Tel est le cas du parking réalisé sur la parcelle de la recourante.

9. Lorsqu'une construction ou une installation n'est pas conforme aux prescriptions de la LCI et de ses dispositions d'application, le département peut notamment ordonner la remise en l'état, la suppression ou la démolition (art. 129 lit. e et 130 LCI).

10. Pour être valable, un ordre de mise en conformité, qui comporte celui de supprimer les installations litigieuses, doit en outre respecter les conditions suivantes, en application des principes de la proportionnalité et de la bonne foi

(ATF 111 Ib 221 consid. 6 et jurisprudence citée ; ATA/434/2008 du 27 août 2008 et les références citées) :

- a. L'ordre doit être dirigé contre le perturbateur (ATF 114 Ib 47-48 ; 107 Ia 23).
- b. Les installations en cause ne doivent pas avoir été autorisées en vertu du droit en vigueur au moment de leur réalisation (ATF 104 Ib 304 ; ATA/83/2009 du 17 février 2009 et les références citées).
- c. Un délai de plus de trente ans ne doit pas s'être écoulé depuis l'exécution des travaux litigieux (ATF 107 Ia 121 = JdT 1983 I 299).
- d. L'autorité ne doit pas avoir créé chez l'administré concerné – par des promesses, des informations, des assurances ou un comportement – des attentes, dans des conditions telles qu'elle serait liée par le principe de la bonne foi (ATF 117 Ia 287 consid. 2b et jurisprudence citée ; ATA/83/2009 précité ; B. KNAPP, Précis de droit administratif, 4<sup>ème</sup> éd. 1991, n° 509, p. 108 ).

En particulier, les installations litigieuses ne doivent pas avoir été tolérées par l'autorité d'une façon qui serait constitutive d'une autorisation tacite ou d'une renonciation à faire respecter les dispositions transgressées (RDAF 1982 p. 450).

- e. 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/887/2004 du 16 novembre 2004 et jurisprudence citée).

En l'espèce, lors d'un contrôle effectué le 24 août 2004, un inspecteur de la police des constructions a constaté que les travaux effectués ne respectaient pas les plans autorisés sous APA \_\_\_\_\_, la recourante n'ayant, en particulier, pas réalisé le passage piétonnier. Cette dernière est ainsi perturbatrice par comportement. Comme énoncé ci-dessus, ces travaux ne sont pas autorisables. Par ailleurs, la recourante ne peut pas se prévaloir de garanties reçues de la ville, cette autorité n'étant pas compétente pour délivrer des autorisations de construire comme elle l'a rappelé dans un courrier du 23 février 2001 adressé à M. G\_\_\_\_\_.

11. Reste à examiner si le rétablissement de l'état antérieur ne porterait pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété.
12. Selon la jurisprudence, l'ordre de démolir une construction ou un ouvrage édifié sans permis et pour lequel une autorisation ne pouvait être accordée n'est en principe 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 la 216 consid. 4b p. 218). L'autorité doit renoncer à une telle mesure 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, si celui-ci pouvait de bonne foi se croire autorisé à construire ou encore s'il y a des chances sérieuses de faire reconnaître la construction comme conforme au droit qui aurait changé dans l'intervalle (ATF 123 II 248 consid. 4a p. 255 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_117/2008 du 12 août 2008 et les références citées ; ATA/83/2009 précité).

En l'espèce, il convient de prendre en compte l'intérêt public lié au respect de la loi ainsi que celui visant à améliorer les déplacements pédestres dans le quartier.

L'intérêt de la recourante, quant à lui, doit être qualifié de pure convenance personnelle. En effet, il consiste à ne pas devoir diminuer la surface d'exploitation du parking, correspondant à environ 5 places, contrairement à l'autorisation sollicitée et obtenue. Cet intérêt doit dès lors s'incliner devant l'intérêt public.

Enfin, la mesure envisagée est apte à atteindre le but visé et aucune autre mesure moins incisive s'impose qui respecterait mieux les intérêts privés de la recourante et permettrait néanmoins de retrouver une situation conforme au droit. La décision du département du 30 août 2004 est ainsi fondée.

La décision de la commission du 10 avril 2007 sera donc confirmée en tant qu'elle rejette le recours.

C. Amende administrative

13. La recourante allègue que l'amende est prescrite, point que le Tribunal administratif doit examiner d'office (ATA/194/2004 du 9 mars 2004 et les réf. citées).
14. Conformément au principe de la "*lex mitior*" (art. 2 al. 2 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CP - RS 311.0), qui vaut également en matière de prescription (art. 389 CP ; ATF 129 IV 49 consid. 5.1 p. 51 et les arrêts cités), le nouveau droit de la prescription ne s'applique en principe qu'aux infractions commises après son entrée en vigueur. Celles commises avant son entrée en vigueur sont soumises à l'ancien droit, à moins que le nouveau droit ne soit plus favorable à l'auteur de l'infraction (Arrêts du Tribunal fédéral 2A.310/2006 du 21 novembre 2006 consid. 3 et 6P.184/2004 du 9 mars 2005 consid. 8.1).
15. L'art. 137 al. 6 LCI, modifié le 17 novembre 2006, est entré en vigueur le 27 janvier 2007. Si, désormais, l'action pénale se prescrit par cinq ans, auparavant, la poursuite des contraventions se prescrivait par trois ans et la prescription absolue était de cinq ans.

En l'espèce, l'infraction a été constatée le 24 août 2004, soit avant l'entrée en vigueur du nouvel art. 137 al. 6 LCI, mais elle a été sanctionnée après celle-ci, par

décision du 29 novembre 2007. L'ancien délai étant plus favorable à la recourante, il convient d'appliquer l'art. 137 al. 6 LCI dans son ancienne teneur.

L'amende a été infligée plus de trois ans après le constat de l'infraction. Aucun acte interruptif de prescription n'ayant eu lieu durant cette période, elle est ainsi prescrite. La responsabilité qu'aurait la recourante quant à la durée de l'instruction de l'APA 24227 est irrelevante. L'amende de CHF 1'000.- sera donc annulée.

16. Au vu de ce qui précède, les recours seront partiellement admis. Les décisions de la commission des 10 avril 2007 et 19 mars 2008 seront confirmées. En revanche, l'amende prononcée le 29 novembre 2007 par le département sera annulée au vu de la prescription.

Un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante. Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge du département et une indemnité de procédure de CHF 500.- sera allouée à la recourante à la charge de l'Etat de Genève. Aucun émolument ne sera mis à la charge de la ville qui est intervenue dans le cadre de la procédure relative au refus de l'APA 24227 et dont les conclusions ont été admises (art. 87 LPA).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

admet partiellement les recours interjetés les 23 mai 2007, 2 janvier 2008 et 7 mai 2008 par la S\_\_\_\_\_ contre, respectivement, la décision de la commission cantonale de recours en matière de constructions du 10 avril 2007, l'amende prononcée par le département des constructions et des technologies de l'information le 29 novembre 2007 et la décision de la commission cantonale de recours en matière administrative du 19 mars 2008 dans la mesure où ils sont recevables ;

confirme la décision de la commission cantonale de recours en matière de constructions du 10 avril 2007 et celle du département des constructions et des technologies de l'information du 30 août 2004 ordonnant la création d'un passage public ;

annule la décision du département des constructions et des technologies de l'information du 29 novembre 2007 infligeant une amende de CHF 1'000.- à la SI ;

confirme la décision de la commission cantonale de recours en matière de constructions du 19 mars 2008 ainsi que le refus d'autorisation de construire du département des constructions et des technologies de l'information du 29 novembre 2007 ;

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

met à la charge du département des constructions et des technologies de l'information un émolument de CHF 500.- ;

alloue à la SI une indemnité de procédure de CHF 500.- à la charge de l'Etat 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 ;

communique le présent arrêt à Me Christian Pirker, avocat de la recourante, à la commission cantonale de recours en matière administrative ainsi qu'au département des constructions et des technologies de l'information et à la Ville de Genève.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy, Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. a. i :

le vice-président :

F. Rossi

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :