RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1439/2021 LCI JTAPI/1155/2021

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 17 novembre 2021

dans la cause

A_____ SA et **COMMUNE DE B_____**, représentées par Me Guillaume FRANCIOLI, avocat, avec élection de domicile

contre

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE

EN FAIT

1. A_____ SA est une société inscrite au registre du commerce de Genève ayant pour but toutes activités liées à l'exploitation d'un bureau d'ingénieurs, d'entreprise générale, de direction de travaux et pilotage de promotion immobilière.

2. La commune de B_____ est propriétaire des parcelles portant historiquement les n^{os} 1_____ et 2_____, situées sur son territoire, à l'adresse 3_____, 4_____ et 5_____, avenue du C_____, en zone de développement 3.

   Ces parcelles sont comprises dans le périmètre du plan localisé de quartier (ci-après : PLQ) n° 6_____ approuvé le 16 mai 2012 par le Conseil d'État.

   La légende dudit PLQ stipule, s'agissant de la façade Est du bâtiment A à construire sur les parcelles précitées, « façade sans jour ou jours fixes translucides admis ».

3. Le 10 septembre 2014, le département de l'aménagement, du logement et de l'énergie, devenu le 1er juin 2018 le département du territoire (ci-après : DT ou le département), a délivré à A_____ SA une autorisation de construire DD 7_____ ayant pour objet la construction d'un bâtiment de logements avec garage souterrain et déchetterie enterrée sur les parcelles précitées.

   L'autorisation était accordée conformément aux plans acceptés et prévoyait notamment, sous condition n° 12, que « la façade Est projetée sera translucide et fixe ».

4. Le 22 septembre 2015, le département a octroyé à A_____ SA une autorisation de construire complémentaire DD 7_____/2 visant à modifier le projet initial.

5. Par courrier du 18 juin 2018, l'office des autorisations de construire (ci-après : OAC) a informé l'architecte de A_____ SA avoir été saisi d'une plainte accompagnée d'un reportage photographique duquel il ressortait que la condition n° 12 de l'autorisation de construire DD 7_____ n'avait pas été respectée. Un délai de dix jours lui était imparti pour faire valoir son droit d'être entendu.

6. Par courrier du 21 juin 2018, l'architecte a confirmé à l'OAC que la condition n° 12 avait été respectée. En effet, les fenêtres posées avaient été vitrées avec des verres translucides dont l'ouverture n'était possible que pour le nettoyage.

7. Par décision I-8_____ du 20 novembre 2019, l'OAC, après avoir pris note des explications de l'architecte, lui a ordonné de rétablir une situation conforme au droit, dans un délai de nonante jours, en procédant à :

- la mise en place de vitrages totalement fixe (sans gonds) et translucides sur la façade Est ;

- la suppression des gardes corps installés devant les vitrages de la façade Est ;

- l'installation de brises vue ou de panneaux fixes et translucides sur les balcons de la façade Est, ces installations permettant ainsi de ne pas créer des vues droites sur la parcelle voisine.

Il était précisé que la sanction administrative portant sur la réalisation de travaux non conformes à l'autorisation de construire DD 7_____ ferait l'objet d'une décision séparée à l'issue du traitement du dossier d'infraction, raison pour laquelle elle restait en l'état expressément réservée.

8. Cette décision, qui n'a pas été contestée, est entrée en force.

9. Le 15 janvier 2020, l'architecte a répondu à l'OAC, lui faisant part de ses « réponses et propositions » quant aux « deux problématiques de distances et vues droites » soulevées dans son courrier du 20 novembre 2019 (vitrages et balcons donnant sur la façade Est). S'agissant en particulier des balcons, la demande visant à installer des brises vues ou des panneaux fixes et translucides ne semblait pas correspondre aux exigences du PLQ, lequel ne stipulait un traitement translucide ou opaque que des parties liées au corps principal, sans intégrer les balcons ou la galette du rez-de-chaussée.

10. Par décision du 29 janvier 2020, l'OAC a refusé d'entrer en matière sur la demande de l'architecte du 15 janvier 2020 qu'il a considérée comme une demande de reconsidération portant sur sa décision du 20 novembre 2019, les conditions n'en étant pas remplies.

11. Par acte du 2 mars 2020, A_____ SA a interjeté recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal).

12. Par courrier du 31 mars 2020, A_____ SA a retiré son recours en raison de l'accord trouvé avec l'OAC au sujet des vitrages de la façade Est.

13. Le 12 octobre 2020, A_____ SA (ci-après : la requérante), par l'intermédiaire de son architecte, a déposé auprès du département une demande d'autorisation de construire en procédure accélérée, enregistrée sous le numéro de dossier APA 9_____, portant sur la « modification de l'installation des panneaux fixes et translucides sur les balcons de la façade Est du bâtiment ».

Elle souhaitait supprimer les panneaux translucides qui étaient sur les balcons de la façade Est afin de libérer la vue dans l'angle et profiter de la lumière naturelle.

14. Le 16 octobre 2020, la direction des autorisations de construire a préavisé défavorablement le projet, référence faite aux art. 28 et ss de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05) et 10B du règlement d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses du 27 février 1978 (RCI – L 5 05.01) et aux motifs suivants : « courrier recommandé du 20 novembre 2019 » ; « notifier sur [le] formulaire de requête en 1ère page la régularisation de l'I/8_____ » ; notifier dans les plans projetés, dans la façade pignon Est, « vitrage translucides et fixes » ; munir les joues latérales Est des balcons et terrasse d'attique de brises-vues appropriés ».

15. Par courrier du 30 octobre 2020, le département a informé la requérante qu'il apparaissait d'emblée que le projet ne pourrait être autorisé dès lors que la requête déposée n'était pas conforme (art. 28 et ss LCI) et ne répondait pas au courrier de l'OCA du 20 novembre 2020 (recte : 2019). La décision de refus d'entrée se fondait sur l'art. 10B RCI. Dans ces conditions, il estimait qu'il était inutile de poursuivre l'instruction du dossier et de solliciter les préavis des autorités et organes compétents.

    La requérante était invitée à déposer un nouveau dossier corrigé et complété si elle souhaitait poursuivre le projet. Il lui était néanmoins également possible de requérir la poursuite de l'instruction de la requête sur demande écrite.

16. Par décision du 13 novembre 2020, l'OAC a infligé à l'architecte une amende administrative de CHF 2'000.- fondée sur le non-respect de son ordre du 20 novembre 2019.

    Le montant de l'amende tenait compte, tant de son attitude à ne pas se conformer à l'ordre du 20 novembre 2019 que de l'attestation globale de conformité transmise datée du 28 juin 2017 ne reflétant pas la vérité. Un nouveau délai de trente jours lui était imparti pour fournir un reportage photographique ou tout autre élément attestant de manière univoque de la bonne exécution de l'ordre du 20 novembre 2019.

    Il était rappelé que la sanction administrative portant sur la réalisation de travaux non conformes à l'autorisation de construire DD 7_____ ferait l'objet d'une décision séparée à l'issue du traitement du dossier d'infraction I-8_____, raison pour laquelle elle restait en l'état expressément réservée.

17. En date du 27 novembre 2020, la requérante a sollicité de l'OAC que l'APA 9_____ soit instruite conformément à la procédure.

    Le PLQ ne prévoyait pas que les balcons de la façade Est devaient être compris dans l'assiette de la « façade sans jour ou avec jour fixes translucides admis ». Le PLQ créait ou du moins n'excluait pas la création de vue droite depuis les balcons. Le projet réalisé et l'APA ne contrevenaient ainsi pas aux normes de

droit public sur les vues droites. Partant, l'APA, qui visait à modifier la DD par la suppression de la pose des panneaux fixes initialement prévus et qui n'avaient pas été posés et, ainsi, à conformer les balcons au PLQ, ne saurait être refusée au motif qu'elle contreviendrait au courrier du 20 novembre 2019, lequel imposait des mesures plus strictes que le PLQ.

18. Par courrier du 17 décembre 2020, A_____ SA a sollicité de l'OAC la suspension de la procédure relative à la sanction administrative portant sur la réalisation de travaux non conformes à l'autorisation de construire dans l'attente d'une décision dans le dossier APA.

    Le dépôt de l'APA tendait effectivement à modifier le projet initial, tel que réalisé à ce jour. Celui-ci prévoyait l'installation de panneaux fixes et translucides sur la face latérale des balcons en sollicitant la suppression desdits panneaux alors que ceux-ci n'avaient pas été installés. Bien que prévu par le projet autorisé, cette exigence ne ressortait pas du PLQ. L'assiette correspondant à la « façade sans jour ou jours fixes translucides admis » excluait en effet les balcons de l'immeuble.

19. Par courrier du 5 février 2021, l'OAC a informé l'architecte que le traitement de la procédure d'infraction I-8_____ reprendrait à l'issue de l'instruction de l'APA 9_____. La sanction administrative portant sur la réalisation de travaux non-conformes à l'autorisation de construire DD 7_____ serait prononcée ultérieurement, toutes autres mesures et/ou sanctions justifiées par la situation demeurant expressément réservées.

20. Par décision du 11 mars 2021 - intitulée « refus d'autorisation - en reconsidération de la décision en date du 30.10.2020 » -, le département a refusé de délivrer l'autorisation de construire APA 9_____, au motif que le projet n'était pas conforme à l'art. 131 LCI.

    L'autorisation DD 7_____ prévoyait différentes conditions, parmi lesquelles figurait le fait que la façade Est devait être translucide et fixe. Les plans (élévation Est) visés *ne varietur* prévoyaient la pose desdits panneaux également sur les balcons de cette façade. Cette exigence n'ayant pas été mise en œuvre, l'ordre avait été donné à l'architecte de rétablir une situation conforme au droit, en mettant en place, pour la façade Est, des vitrages fixes (sans gonds) et des brises vues fixes et translucides sur les balcons. Or, au lieu de se conformer à l'ordre donné, l'architecte avait déposé une APA prévoyant la suppression des éléments requis alors que ces mesures constructives n'avaient jamais été mises en œuvre. Bien qu'informée que l'instruction de cette requête s'avérait inutile, principalement en raison de sa non-conformité à l'ordre donné le 20 novembre 2019, la requérante avait demandé que son instruction ait lieu. Le procédé qui visait à tenter de tromper l'administration en cherchant à faire autoriser, après coup, la violation avérée d'une condition d'autorisation de construire n'était pas admissible et justifiait à lui seul le fait que l'autorisation ne soit pas délivrée. Pour

le surplus, il était contraire à l'ordre donné le 20 novembre 2019 et entré en force, dont la réalisation ne nécessitait pas le dépôt d'une requête en autorisation de construire. Enfin, le projet n'était, de surcroît, pas conforme à l'autorisation DD 7_____ entrée en force et c'était pour ce motif que les explications contenues dans le courrier de la requérante du 27 novembre 2020 ne pouvaient être retenues.

21. Par courrier du 19 mars 2021, l'OAC, se référant à la décision de refus précitée, a informé l'architecte de la reprise de la procédure d'infraction I-8_____. Son ordre du 20 novembre 2019 était confirmé et un nouveau délai de trente jours lui était imparti pour rétablir une situation conforme au droit, en procédant à l'installation de brises vues ou de panneaux fixes et translucides sur les balcons de la façade Est.

    S'agissant d'une mesure exécutoire d'une décision entrée en force, la présente n'était pas sujette à recours.

22. Par acte du 26 avril 2021, A_____ SA et la commune de B_____ (ci-après : les recourantes), sous la plume de leur conseil, ont interjeté recours auprès du tribunal contre la décision du département du 11 mars 2021, concluant, sur mesures provisionnelles et superprovisionnelles, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif jusqu'à droit jugé au fond, principalement, à l'annulation de la décision entreprise et à l'octroi de l'autorisation de construire sollicitée, subsidiairement au renvoi de la cause au département pour nouvelle décision dans le sens des considérants, sous suite de frais et dépens. Préalablement, elles sollicitaient l'audition de l'administrateur de A_____ SA et de l'architecte.

    La décision du 11 mars 2021 refusant l'autorisation de construire sollicitée constituait une décision négative et avait été qualifiée, de manière erronée, de décision en reconsidération. Or, en l'absence d'octroi de l'effet suspensif, des travaux de construction devraient être entrepris, lesquels seraient détruits ultérieurement si une autorisation était octroyée suite au recours. L'engagement financier relatif à ces travaux constituait un préjudice irréparable que seule une restitution de l'effet suspensif pourrait permettre d'éviter en maintenant les balcons en l'état et ce jusqu'à droit jugé au fond. L'intérêt privé d'éviter des travaux coûteux devait primer dans la mesure où aucune norme de droit public n'était enfreinte.

    Au fond, le projet respectait les exigences en matière de vues droites et de distance entre construction (art. 70 et 73 LCI). Il était également conforme au PLQ en vigueur. Par ailleurs, la décision du 11 mars 2021 devait être qualifiée de décision finale et l'interpellation de l'OAC du 30 octobre 2020, qui prévoyait la possibilité de requérir la poursuite de l'instruction de la requête sur demande écrite, ne constituait qu'une étape vers la décision finale de refus. Ainsi, en entrant en matière et en rendant une décision de refus, l'OAC disposait de toute la marge

de manœuvre pour rendre sa décision et n'était en aucune façon limitée par sa prise de position préliminaire antérieure.

23. Par décision sur effet suspensif et mesures superprovisionnelles du 3 mai 2021 (DITAI/212/2021), le tribunal a constaté que le recours du 26 avril 2021 déposé par A_____ SA et la commune avait un effet suspensif ex lege, déclaré sans objet la demande de restitution de ce dernier et rejeté la demande de mesures superprovisionnelles.

24. Le 12 mai 2021, le département a indiqué que la demande d'effet suspensif lui paraissait dépourvue d'objet. En effet, l'absence d'effet suspensif n'entrainerait pour les recourantes aucune conséquence, puisque la décision litigieuse n'impliquait, à elle seule, aucune exécution.

    La décision querellée refusant les travaux projetés, elle ne les contraignait pas à exécuter des travaux de construction. Partant, la position des recourantes ne pouvait être suivie s'agissant des travaux de construction qui pourraient s'avérer, selon elles, inutiles en cas d'admission de leur recours.

    Il soulignait que la position confuse des recourantes résultait du fait qu'elles confondaient la décision litigieuse avec l'ordre de remise en état, prononcé le 20 novembre 2019. Ce dernier était en force et ne constituait pas l'objet du litige.

    Dépourvues d'objet, les conclusions en restitution de l'effet suspensif prises par les recourantes devaient être rejetées.

25. Dans leurs observations du 26 mai 2021, les recourantes ont sollicité du tribunal le maintien de la situation préexistante, à savoir de ne pas devoir réaliser de panneaux fixes ou translucides sur les balcons de l'immeuble concerné, ainsi que l'audition de l'administrateur de A_____ SA et de l'architecte, afin d'éclaircir le déroulement des faits.

    Elles ne contestaient pas que l'autorisation de construire en force, DD 7_____ prévoyait l'installation de brises vues ou de panneaux translucides sur les balcons, lesquels n'avaient pas été réalisés par le maitre d'ouvrage. En revanche, cette situation n'empêchait pas ce dernier de solliciter l'autorisation du département de supprimer lesdits panneaux ou brises vues, ou de ne pas les réaliser.

    C'était pour cette raison qu'une demande d'autorisation de construire préalable (APA 9_____) avait été déposée. Elle tendait à modifier la construction autorisée en excluant la réalisation de panneaux fixes ou translucides sur les balcons de la façade Est du bâtiment. Le département avait admis le lien entre, d'une part, la procédure de sanction administrative et l'instruction de l'APA 9_____ et, d'autre part, l'intérêt à la suspension de celle-ci durant la durée de procédure relative à l'APA 9_____.

Elles ne comprenaient pas la position actuelle du département concernant la reprise de la procédure d'infraction, selon sa décision du 19 mars 2021, alors même que l'APA 9_____ était l'objet de la présente procédure.

26. Par décision sur effet suspensif et mesures provisionnelles du 2 juin 2021 (DITAI/261/2021), le tribunal a constaté que le recours du 26 avril 2021 déposé par A_____ SA et la commune avait un effet suspensif ex lege, déclaré sans objet la demande de restitution de ce dernier et rejeté la demande de mesures provisionnelles.

27. Dans ses observations au fond du 28 juin 2021, l'autorité intimée a conclu au rejet du recours, sous suite de dépens.

Le grief relatif à l'application des art. 70 et 73 LCI apparaissait mal fondé. En effet, la décision de refus contestée ne reposait nullement sur ces dispositions. La position des recourantes était d'autant plus difficilement soutenable si, par ce biais, elles tentaient de remettre en cause l'autorisation de construire délivrée le 10 septembre 2014 (DD 7_____), selon laquelle la façade Est devait être translucide et fixe (ch. 12 de l'autorisation) et des panneaux translucides devaient être posés sur les balcons de cette même façade (plan élévation Est visé *ne varietur*), étant relevé que ces mesures architecturales se fondaient sur le PLQ 6_____ qui imposait expressément cette même exigence. Autrement dit, suivre la thèse des recourantes reviendrait à procéder à un contrôle préjudiciel dudit plan. Or, les exigences restrictives permettant un tel contrôle n'étaient même pas alléguées.

S'agissant de la question de l'intitulé erroné de la décision, fusse-t-il le cas, il ne discernait pas en quoi cela affecterait les droits des recourantes. Celles-ci ne tiraient d'ailleurs aucune conséquence de cette éventuelle erreur sur la validité de la décision querellée. De plus, elles avaient pu faire valoir leur position.

Enfin, les mesures d'instruction tendant à l'audition de la requérante et de son architecte aux fins d'expliquer l'objectif de la requête APA s'avéraient inutiles, le but visé étant clair. Il s'agissait en effet de faire supprimer les mesures architecturales prévues par la DD alors qu'elles n'avaient en réalité même pas été mises en œuvre, ce que les recourantes avaient d'ailleurs reconnu. Ce procédé manquait d'ailleurs d'honnêteté puisqu'il intervenait après l'ordre donné à l'architecte de rétablir une situation conforme au droit.

28. Par réplique du 23 juillet 2021, les recourantes ont persisté dans leurs conclusions.

Il était incontesté que tant l'autorisation de construire DD 7_____ que l'ordre du 20 novembre 2019 constituaient des décisions définitives et exécutoires. Cela étant, celles-ci ne constituaient pas l'objet de l'APA. La décision litigieuse visait uniquement à exécuter l'ordre précité, sans traiter la nouvelle APA en tant que

telle. Partant, l'APA devait être instruite pour elle-même et devait être délivrée pour rétablir une situation conforme au droit.

Rien n'empêchait un propriétaire de solliciter une nouvelle autorisation au fil de l'évolution de son projet, afin de régulariser la situation. Or, l'APA visait justement à rétablir une situation conforme au droit en leur permettant de ne pas construire de baies vitrées telles que prévues dans la DD, lesquelles n'étaient exigées ni par la réglementation de la LCI sur les vues droites, ni par le PLQ.

29. Dans sa duplique du 12 août 2021, l'autorité intimée a persisté dans ses conclusions.

L'on ne discernait pas où les recourantes, qui ne contestaient pas que la DD et l'ordre du 20 novembre 2019 étaient définitifs et exécutoires, tout en relevant que la décision litigieuse visait à exécuter l'ordre précité sans traiter la requête en autorisation de construire en tant que telle, voulaient en venir avec cet argument, lequel ne leur était d'aucune utilité, puisque si la décision litigieuse devait être qualifiée de mesure d'exécution, leur recours serait irrecevable (art. 59 LPA).

De surcroît, contrairement à l'affirmation des recourantes, le département avait instruit la requête en autorisation de construire pour elle-même, ce qui avait permis de constater que non seulement le projet contournait des décisions en force, mais s'écartait aussi de la situation existante. Or, le fait de fonder la décision litigieuse sur ces circonstances ne violait aucune disposition légale et permettait d'éviter des décisions contradictoires.

EN DROIT

1. Le Tribunal administratif de première instance connaît des recours dirigés, comme en l'espèce, contre les décisions prises par le département en application de la LCI (art. 115 al. 2 et 116 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 143 et 145 al. 1 LCI).

2. Interjeté en temps utile et dans les formes prescrites devant la juridiction compétente, le recours est recevable au sens des art. 60 et 62 à 65 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

3. Les recourantes sollicitent l'audition de M. A_____, administrateur de A_____ SA, ainsi que celle de M. D_____, architecte.

4. 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 et d'obtenir qu'il y soit donné suite. Ce droit ne s'étend qu'aux éléments pertinents

pour l'issue du litige et n'empêche pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier. En outre, il n'implique pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATA/1350/2020 du 22 décembre 2020 consid. 2 et les nombreux arrêts cités).

5. En l'espèce, les pièces et les écritures versées à la procédure renseignent suffisamment le tribunal de céans pour résoudre le présent litige. Dès lors qu'elles n'apparaissent pas comme nécessaires et au regard des éléments qui suivent, il ne sera donc pas donné suite aux mesures d'instruction, en soi non obligatoires, requises par les recourantes.

6. 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). En revanche, les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA), non réalisée en l'espèce. Il n'en résulte toutefois pas que l'autorité est libre d'agir comme bon lui semble, puisqu'elle ne peut pas faire abstraction des principes constitutionnels régissant le droit administratif, notamment la légalité, la bonne foi, l'égalité de traitement, la proportionnalité et l'interdiction de l'arbitraire (ATA/366/2013 du 11 juin 2013 consid. 3a et la référence citée).

7. Saisi d'un recours, le tribunal applique le droit d'office. Il ne peut pas aller au-delà des conclusions des parties, mais n'est lié ni par les motifs invoqués par celles-ci (art. 69 al. 1 LPA), ni par leur argumentation juridique (cf. ATA/386/2018 du 24 avril 2018 consid. 1b ; ATA/117/2016 du 9 février 2016 consid. 2 ; ATA/723/2015 du 14 juillet 2015 consid. 4a). Aussi peut-il admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (cf. ATF 135 III 397 consid. 1.4 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_540/2013 du 5 décembre 2013 consid. 3 ; 2C_349/2012 du 18 mars 2013 consid. 2.1).

8. L'objet du litige est principalement défini par l'objet du recours (ou objet de la contestation), les conclusions du recourant et, accessoirement, par les griefs ou motifs qu'il invoque. L'objet du litige correspond objectivement à l'objet de la décision attaquée, qui délimite son cadre matériel admissible (cf. ATF 136 V 362 consid. 3.4 et 4.2 ; 134 V 418 consid. 5.2.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_641/2018 du 3 août 2018 consid. 3 ; 2C_53/2017 du 21 juillet 2017 consid. 5.1 , 2C_581/2010 du 28 mars 2011 consid. 1.5 ; ATA/1218/2017 du 22 août 2017 consid. 3b et l'arrêt cité ; ATA/590/2017 du 23 mai 2017 consid. 2b ; ATA/1050/2016 du 13 décembre 2016 consid. 3b). La contestation ne peut excéder l'objet de la décision attaquée, c'est-à-dire les prétentions ou les rapports

juridiques sur lesquels l'autorité inférieure s'est prononcée ou aurait dû se prononcer (ATA/1218/2017 du 22 août 2017 consid. 3b ; ATA/421/2017 du 11 avril 2017 consid. 5 et les arrêts citées ; ATA/1145/2015 du 27 octobre 2015 consid. 4b).

9. En l'espèce, la décision querellée a pour objet le refus de la demande d'autorisation de construire APA/9_____, qui vise la modification de l'autorisation de construire initiale DD 7_____ par la suppression des panneaux fixes et translucides litigieux.

10. Les recourantes se prévalent d'une erreur dans l'intitulé de la décision litigieuse, qualifiée selon elles à tort de « décision en reconsidération ».

11. Selon l'art. 53 al. 1 let. a LPA, une décision est exécutoire lorsqu'elle ne peut plus être attaquée par réclamation ou par recours.

12. La doctrine précise que lorsqu'une décision ne peut plus être attaquée par un moyen de droit ordinaire, elle est dite définitive ou entrée en force. On parle usuellement de force formelle de chose jugée (« formelle Rechtskraft »). On distingue parfois, suivant que l'auteur de la décision est une autorité administrative de première instance ou une autorité juridictionnelle ou de recours, entre force de chose décidée et force de chose jugée, mais cette terminologie différenciée ne s'est pas imposée universellement. La décision entrée en force sera réputée valable et produira ses effets, même si elle est viciée, à moins d'être annulée ou modifiée suite à l'usage d'un moyen de droit extraordinaire, d'être affectée d'un vice tellement grave qu'elle est nulle, ou d'être révoquée, étant rappelé que les décisions ne peuvent pas être revues par voie d'exception à l'occasion d'un acte subséquent les appliquant (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd., 2018, p. 307-308 n. 865).

    Une décision devient définitive - ou entre en force - lorsque le dernier moyen de droit ordinaire interjeté contre elle est rejeté, lorsque le délai pour utiliser un moyen de droit ordinaire vient à échéance sans avoir été utilisé, ou encore dès son prononcé, lorsqu'il n'existe aucun moyen de droit ordinaire ouvert contre elle (Thierry TANQUEREL, op.cit., p. 308 n. 866).

    Une décision est exécutoire lorsqu'elle ne peut plus être attaquée par un moyen de droit ordinaire, en d'autres termes lorsqu'elle est définitive (Thierry TANQUEREL, op.cit., p. 309 n. 870-871).

13. Selon l'art. 48 al. 1 LPA, les demandes en reconsidération de décisions prises par les autorités administratives sont recevables lorsqu'un motif de révision au sens de l'art. 80 let. a et b LPA existe (let. a) ou, alternativement, lorsque les circonstances se sont modifiées dans une mesure notable depuis la première décision (let. b).

À teneur de l'al. 2, les demandes n'entraînent ni interruption de délai ni effet suspensif.

14. L'autorité administrative qui a pris une décision entrée en force n'est obligée de la reconsidérer que si sont réalisées les conditions de l'art. 48 al. 1 LPA.

Une telle obligation existe lorsque la décision dont la reconsidération est demandée a été prise sous l'influence d'un crime ou d'un délit (art. 80 al. 1 let. a LPA) ou que des faits ou des moyens de preuve nouveaux et importants existent, que le recourant ne pouvait connaître ou invoquer dans la procédure précédente (art. 80 al. 1 let. b LPA : faits nouveaux « anciens » ; ATA/1620/2019 du 5 novembre 2019 consid. 3a ; ATA/1412/2017 du 17 octobre 2017 consid. 3a).

Une telle obligation existe également lorsque la situation du destinataire de la décision s'est notablement modifiée depuis la première décision (art. 48 al. 1 let. b LPA). Il faut entendre par là des faits nouveaux « nouveaux », c'est-à-dire survenus après la prise de la décision litigieuse, qui modifient de manière importante l'état de fait ou les bases juridiques sur lesquels l'autorité a fondé sa décision, justifiant par là sa remise en cause (ATA/1620/2019 précité consid. 3a ; ATA/159/2018 du 20 février 2018 consid. 3a ; ATA/1412/2017 précité consid. 3b). Pour qu'une telle condition soit réalisée, il faut que survienne une modification importante de l'état de fait ou des bases juridiques, ayant pour conséquence, malgré l'autorité de la chose jugée rattachée à la décision en force, que cette dernière doit être remise en question (ATA/1620/2019 précité consid. 3a ; ATA/159/2018 précité consid. 3a ; ATA/830/2016 du 4 octobre 2016 consid. 2a).

15. Une demande de reconsidération ne doit pas permettre de remettre continuellement en cause des décisions entrées en force et d'éluder les dispositions légales sur les délais de recours (ATF 136 II 177 consid. 2.1 ; Thierry TANQUEREL, op. cit., p. 489-490 n. 1417). C'est pourquoi, en principe, l'administré n'a aucun droit à ce que l'autorité entre en matière sur sa demande de reconsidération, sauf si une telle obligation de l'autorité est prévue par la loi ou si les conditions particulières posées par la jurisprudence sont réalisées (ATF 120 Ib 42 consid. 2b ; Thierry TANQUEREL, op. cit., p. 389-390 n. 1417).

16. Saisie d'une demande de reconsidération, l'autorité examine préalablement si les conditions de l'art. 48 LPA sont réalisées. Si tel n'est pas le cas, elle rend une décision de refus d'entrer en matière qui peut faire l'objet d'un recours dont le seul objet est de contrôler la bonne application de cette disposition (ATF 117 V 8 consid. 2 ; 109 Ib 246 consid 4a ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 1430). Si lesdites conditions sont réalisées, ou si l'autorité entre en matière volontairement sans y être tenue, et rend une nouvelle décision identique à la première sans avoir réexaminé le fond de l'affaire, le recours ne pourra en principe pas porter sur ce dernier aspect. Si la décision rejette la demande de reconsidération après

instruction, il s'agira alors d'une nouvelle décision sur le fond, susceptible de recours (Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 1431). Dans cette hypothèse, le litige a pour objet la décision sur réexamen et non pas la décision initiale (arrêts du Tribunal fédéral 2C_319/2015 du 10 septembre 2015 consid. 3 ; 2C_406/2013 du 23 septembre 2013 consid. 4.1 ; ATA/1244/2019 précité consid. 5c).

17. La demande en reconsidération au sens de l'art. 48 LPA doit être distinguée de la demande de reconsidération facultative, qui peut être déposée en tout temps, mais dans le cadre de laquelle l'autorité dispose d'un libre pouvoir d'appréciation (Stéphane GRODECKI/Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, 2017, p. 160 n. 610).

    Si l'autorité est entrée en matière, de sa propre volonté, quand bien même elle n'y était pas obligée, mais a rendu une décision identique à la première, un recours contre cette décision sera possible. Selon le Tribunal fédéral, en matière d'assurances sociales, un tel recours ne pourra porter que sur la question de savoir si les conditions d'une reconsidération de la décision d'origine étaient remplies ou non (ATF 117 V 8 consid. 2). Hors de ce contexte particulier, le recours doit pouvoir porter sur le fond de la nouvelle décision (Thierry TANQUEREL, op. cit., p. 493 n. 1431).

18. En l'espèce, il n'est pas contesté que la décision de refus d'autorisation du 11 mars 2021 (APA/9_____) est une décision finale au sens de l'art. 57 let. a LCI.

    Le fait que l'autorité intimée ait intitulé - à juste titre ou non - cette décision de « décision en reconsidération » n'a à cet égard pas d'incidence sur l'issue du litige, puisque la décision entreprise devrait alors être considérée comme une nouvelle décision remplaçant la décision antérieure.

    En effet, si l'on doit considérer le courrier de la requérante du 27 novembre 2020, qui fait suite au « refus d'entrée » de l'OAC du 30 octobre 2020, comme une demande de reconsidération – en l'occurrence facultative en l'absence de motif de reconsidération obligatoire –, il faut alors admettre que l'autorité intimée, en rendant une décision de refus, est entrée en matière et a rendu une nouvelle décision, elle-même susceptible d'un recours sur le fond comme le prévoit la doctrine précitée.

    Le grief doit donc être rejeté.

19. Les recourantes contestent le bien-fondé de la décision de refus. Elles soutiennent que le projet serait conforme aux art. 70 et 73 LCI (vues droites), ainsi qu'aux exigences du PLQ en vigueur.

    Cependant, comme le relève à juste titre l'autorité intimée, la décision de refus litigieuse ne repose pas sur la violation des dispositions et/ou du plan précités.

Partant, ce grief ne peut être que rejeté.

20. En l'occurrence, la décision querellée s'appuie, d'une part, sur l'art. 131 LCI et, d'autre part, sur la non-conformité du projet à l'ordre du 20 novembre 2019 et à l'autorisation de construire DD 7_____.

21. Selon l'art. 1 al. 1 LCI, 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 (let. a); modifier même partiellement le volume, l'architecture, la couleur, l'implantation, la distribution ou la destination d'une construction ou d'une installation (let. b), démolir, supprimer ou rebâtir une construction ou une installation (let. c), modifier la configuration du terrain (let. d).

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

23. Lorsque le département refuse une autorisation, il se prononce néanmoins sur tous les éléments qui la concernent (art. 3 al. 4 LCI).

24. Conformément à l'art. 129 let. e LCI, dans les limites des dispositions de l'art. 130 LCI, le département peut notamment ordonner, à l'égard des constructions, des installations ou d'autres choses, la remise en état, la réparation, la modification, la suppression ou la démolition.

    Ces mesures peuvent être ordonnées par le département lorsque l'état d'une construction, d'une installation ou d'une autre chose n'est pas conforme aux prescriptions de la loi, des règlements qu'elle prévoit ou des autorisations délivrées en application de ces dispositions légales ou réglementaires (art. 130 LCI).

25. Les propriétaires ou leurs mandataires, les entrepreneurs et les usagers sont tenus de se conformer aux mesures ordonnées par le département en application des art. 129 et 130 LCI (art. 131 LCI).

26. Selon l'art. 3 al. 7 LCI, le département peut traiter par une procédure accélérée les demandes d'autorisation relatives à des travaux, soumis à l'art. 1 LCI, portant sur la modification intérieure d'un bâtiment existant ou ne modifiant pas l'aspect général de celui-ci. La procédure accélérée peut également être retenue pour des constructions nouvelles de peu d'importance ou provisoires. Sont 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 répondent à certaines exigences de gabarit (art. 3 al. 3 RCI).

27. À teneur de l'art. 10A RCI, est réputée complémentaire la demande qui a pour objet la modification d'une autorisation principale en vigueur, pour laquelle l'attestation de conformité n'a pas encore été adressée au département ou pour laquelle le permis d'occuper n'a pas encore été délivré (al. 1). La demande qui a pour objet un projet sensiblement différent du projet initial ou qui porte sur l'adjonction au projet initial d'un ouvrage séparé et d'une certaine importance est traitée comme une demande nouvelle et distincte (al. 2).

Un projet sensiblement différent peut découler d'aspects architecturaux, de son implantation, ou encore de son volume. Cependant, dans ce dernier cas, il convient de distinguer entre une augmentation ou une diminution de l'importance du projet. Si, certes, par exemple, une augmentation très sensible de la hauteur ou de la profondeur du futur immeuble peut justifier de reprendre l'instruction du dossier à zéro, dès lors que de multiples aspects (architecturaux, spatiaux, de sécurité, de mobilité, etc.) peuvent être concernés, il n'en va pas de même lors d'une réduction sensible du projet. En effet, à mesure que se réduit l'envergure d'un projet, ses impacts se réduisent en principe également. Les organismes et autorités chargés de le préaviser peuvent à la rigueur constater qu'il continue malgré tout de comporter certains aspects négatifs qu'ils ont déjà critiqués, mais cela ne justifie pas de reprendre une instruction au début (cf. JTAPI/51/2018 du 18 janvier 2018 consid. 13).

28. En l'espèce, la requête APA 9_____ porte, comme son intitulé l'indique, sur la modification de l'installation des panneaux fixes et translucides sur les balcons de la façade Est du bâtiment. Cette APA vise à modifier la DD 7_____ par la suppression desdits panneaux, initialement prévus mais qui n'ont pas été posés. Elle vise ainsi également à régulariser la situation (non-conformité des balcons à l'autorisation de base DD 7_____), ayant donné lieu à l'ouverture de la procédure d'infraction I-8_____ et au prononcé de plusieurs décisions, dont l'ordre de remise en conformité du 20 novembre 2019, aujourd'hui en force et exécutoire.

À noter que les travaux litigieux ont déjà fait l'objet d'une première tentative de régularisation, qui s'est soldée, le 29 janvier 2020, par un refus d'entrée en matière sur la demande de l'architecte du 15 janvier 2020, considérée comme une demande de reconsidération portant sur la décision du 20 novembre 2019.

Se référant à l'art. 131 LCI, l'autorité intimée fonde son refus sur le fait que le projet ne serait pas conforme à des décisions en force, à savoir l'ordre du 20 novembre 2019 et la DD 7_____.

À cet égard, il convient de relever que les recourantes ne contestent pas que l'autorisation de construire DD 7_____ prévoit l'installation de brises vues ou de panneaux translucides sur les balcons, ni que ceux-ci n'ont pas été réalisés par le maître de l'ouvrage. Le fait que la construction actuelle ne soit actuellement pas

conforme à l'autorisation de base n'est pas non plus contesté, pas plus le fait que tant la décision DD 7_____ que l'ordre de remise en conformité du 20 novembre 2019 sont des décisions définitives et exécutoires. En revanche, elles estiment que cette situation n'empêche pas le maître de l'ouvrage de solliciter l'autorisation du département de supprimer – ou de ne pas les réaliser – les panneaux litigieux.

Sur ce point, il convient de leur donner raison. En effet, et comme l'admet l'autorité intimée, de pratique constante, rien n'empêche un propriétaire au bénéfice d'une autorisation de construire de solliciter ultérieurement une nouvelle autorisation au gré de l'évolution de son projet. Rien ne l'empêche non plus de déposer une demande d'autorisation de construire visant à régulariser des travaux non-conformes, soit parce qu'ils ont été entrepris sans autorisation, soit parce qu'ils n'ont pas été réalisés conformément à l'autorisation délivrée.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le département peut prendre des mesures visant à rétablir une situation conforme au droit, telle que l'injonction de déposer une demande en autorisation de construire permettant d'atteindre ce but. Une telle mesure concrétise le principe de la proportionnalité, dès lors qu'elle offre au recourant la possibilité de régulariser la situation et d'y collaborer (arrêt du Tribunal fédéral 1C_557/2019 consid. 2.3).

En l'occurrence, la requête d'APA tend justement à régulariser la situation, en proposant une variante s'agissant des balcons donnant sur la façade Est, qui modifie le projet autorisé.

Dans cette mesure, l'autorité intimée se devait d'instruire la requête pour elle-même, en examinant tous les éléments qui la concernent, notamment par exemple la question des vues droites.

En refusant l'autorisation de construire sollicitée sur la seule base de l'art. 131 LCI, le département a violé son pouvoir d'appréciation.

29. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et la décision litigieuse annulée. Le dossier sera renvoyé au département pour instruction de la demande d'autorisation APA 9_____ et nouvelle décision.

30. Vu l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émoluments.

L'avance de frais de CHF 900.- versés à la suite du dépôt du recours sera dès lors restituée aux recourantes.

31. Vu l'issue du litige, une indemnité de procédure de CHF 2'000.-, à la charge de l'État de Genève, soit pour lui le département, sera allouée aux recourantes (art. 87 al. 2 à 4 LPA et 6 RFPA).

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

1. déclare recevable le recours interjeté le 26 avril 2021 par A_____ SA et la commune de B_____ contre la décision du département du territoire du 11 mars 2021 ;

2. l'admet ;

3. annule la décision du département du 11 mars 2021 ;

4. renvoie le dossier au département pour nouvelle instruction dans le sens des considérants ;

5. dit qu'il n'est pas perçu d'émolument et ordonne la restitution aux recourantes, prises conjointement et solidairement, de l'avance de frais de CHF 900.- ;

6. condamne l'État de Genève, soit pour lui le département du territoire, à verser aux recourantes une indemnité de procédure de CHF 2'000.- ;

7. dit que, conformément aux art. 132 LOJ, 62 al. 1 let. a et 65 LPA, le présent jugement est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (10 rue de Saint-Léger, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les trente jours à compter de sa notification. L'acte de recours doit être dûment motivé et contenir, sous peine d'irrecevabilité, la désignation du jugement attaqué et les conclusions du recourant. Il doit être accompagné du présent jugement et des autres pièces dont dispose le recourant.

Siégeant : Caroline DEL GAUDIO-SIEGRIST, présidente, Saskia RICHARDET VOLPI et Diane SCHASCA, juges assesseures.

Au nom du Tribunal :

La présidente

Caroline DEL GAUDIO-SIEGRIST

Copie conforme de ce jugement est communiquée aux parties.

Genève, le Le greffier