



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2837/2013-LCI

ATA/1258/2015

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 24 novembre 2015

1^{ère} section

dans la cause

GAYANOAM SA

représentée par la régie Zimmermann SA, mandataire

contre

**COMMUNAUTÉ DES COPROPRIÉTAIRES D'ÉTAGES DE L'IMMEUBLE SIS
RUE TERRASSIÈRE 14**

représentée par Me Daniel Peregrina, avocat

et

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

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
12 août 2014 (JTAPI/864/2014)**

EN FAIT

- 1) Gayanoam SA (ci-après : Gayanoam ou la société) est une société anonyme inscrite au registre du commerce de Genève qui a pour but l'acquisition, la vente et la mise en location de locaux commerciaux, industriels et artisanaux. Elle a notamment pour administrateur Monsieur Pierre Alain ZIMMERMANN.
- 2) La parcelle n° 2'620, feuille 13 de la commune de Genève, section Eaux-Vives, à l'adresse rue de la Terrassière 14, abrite un immeuble comportant plusieurs habitations et une arcade commerciale sise au rez-de-chaussée, dont la partie 2.01 de 86 m² (ci-après : l'arcade). La parcelle est organisée en copropriété, sous la forme de la propriété par étages (ci-après : PPE).
- 3) Jusqu'en 2003, Monsieur Jean-Marie VALLADE-BLANCHET était propriétaire de l'arcade, dans laquelle était exploitée une boutique de vins et, dès 2002, un bar à vins avec petite restauration.
- 4) Le 24 septembre 2003, M. ZIMMERMANN et Monsieur Mark Murad ELEINI ont acquis l'arcade en copropriété, par moitié chacun.
- 5) Le 4 décembre 2003, MM. ZIMMERMANN et ELEINI ont déposé auprès du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement, devenu par la suite le département de l'aménagement, du logement et de l'énergie (ci-après : le département ou le DALE) une demande d'autorisation de construire en procédure accélérée, enregistrée sous n° APA/22'539, en vue de la transformation de l'arcade en bar à café.
- 6) a. Par décision du 23 avril 2004, le département a accordé à MM. ZIMMERMANN et ELEINI l'APA 22'539-2, subordonnée au respect des conditions figurant dans les préavis annexés, qui en faisaient partie intégrante, et pour autant que les ventilations de la cuisine ne constituent pas une gêne pour le voisinage.
b. À cette décision était jointe notamment celle rendue le même jour par l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), aux termes de laquelle les plans d'aménagement présentés étaient approuvés et qui constatait que l'établissement n'était pas équipé pour préparer ou servir de la restauration chaude, une hotte avec extraction en toiture devant le cas échéant être installée, sous réserve de l'obtention des autorisations ad hoc (dont les moteurs de ventilation et les extractions placées à l'extérieur du bâtiment, notamment dans les cours intérieures, pouvaient être une source de nuisances sonores pour le voisinage).

- 7) Le 14 juin 2004, MM. ZIMMERMANN et ELEINI ont transféré la propriété de l'arcade à Gayanoam.
- 8) L'APA 22'539-2 est entrée en force à l'issue d'un arrêt rendu le 19 septembre 2006 (ATA/501/2006) par l'ancien Tribunal administratif, devenu depuis lors la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), rejetant un recours de la communauté des copropriétaires de la PPE (ci-après : la communauté), laquelle se plaignait en particulier du risque de nuisances pour le voisinage de l'exploitation d'un bar dans l'arcade.

L'autorisation délivrée par le département était conforme aux dispositions légales applicables, les divers préavis joints ayant été rendus par différents services composés d'experts, étant précisé que la décision de l'OCIRT y était expressément mentionnée, selon laquelle l'établissement n'était pas en mesure de préparer ou de servir de la cuisine chaude, une autorisation complémentaire portant sur la construction d'une hotte avec extraction en toiture devant, le cas échéant, être sollicitée à cet effet. Il apparaissait toutefois que l'arcade était déjà exploitée alors même que les travaux prévus par l'autorisation de construire n'avaient pas été réalisés, le département étant compétent pour assurer le respect des autorisations accordées. Il appartenait également à l'autorité compétente de vérifier les allégations, selon lesquelles l'établissement préparait et servait des plats chauds en violation de la décision de l'OCIRT et, le cas échéant, d'intervenir, raison pour laquelle l'arrêt était également communiqué au département de l'économie, de l'emploi et des affaires extérieures, devenu dans l'intervalle le département de la sécurité et de l'économie (ci-après : DSE).

- 9) Par contrat du 21 juillet 2011, prenant effet au 15 août 2011, Gayanoam a remis l'arcade à bail à Messieurs Raphaël et Loris CASANOVA, « à l'usage exclusif d'un bar à vin et petite restauration (tapas) » (ci-après : le bar).
- 10) Ce contrat été transféré, à compter du 1^{er} juin 2013, à Monsieur Philippe MEYFARTH et Madame Rosa Maria DA SILVA CASTRO MEYFARTH.
- 11) a. Le 30 mai 2013, la communauté a écrit au département au sujet du bar exploité dans l'arcade, qui ne respectait selon elle pas l'APA 22'539-2 subordonnée à des conditions strictes, notamment s'agissant des installations de ventilation ne devant pas entraîner de gêne pour le voisinage. Une hotte avait été installée dans la cuisine de l'établissement et reliée à une nouvelle extraction d'air en façade, sous la terrasse du premier étage de l'immeuble, qui dégageait en permanence des odeurs de cuisine, alors même qu'aucune autorisation de ce type n'avait été accordée. Elle sollicitait dès lors l'intervention du département afin de faire respecter les prescriptions établies.
- b. Elle a annexé à son courrier un procès-verbal de constat établi le 21 mai 2013 par Monsieur André TRONCHET, huissier judiciaire, aux termes duquel,

dans les locaux situés au-dessus de l'arcade, des odeurs de cuisine, d'huile froide et d'épices étaient perceptibles, qui émanaient du bar, où la cuisinière, équipée de plaques en vitrocéramique sur lesquelles reposait une friteuse double, était surmontée d'une hotte reliée à un conduit d'évacuation qui ressortait à l'extérieur, au-dessous du balcon des locaux du premier étage de l'immeuble.

- 12) Le 17 juin 2013, le département a informé Gayanoam qu'il avait été saisi d'une plainte au sujet du bar sis dans l'arcade, qui servait des plats chauds cuisinés dans des installations n'ayant fait l'objet d'aucune autorisation de construire, en particulier s'agissant du système de ventilation utilisé, l'invitant à se déterminer à ce propos.
- 13) Le 1^{er} juillet 2013, Gayanoam a répondu au département. Les exploitants du bar ne préparaient pas de mets chauds, le contrat de bail à loyer ne les autorisant qu'à servir des plats froids ou réchauffés au four à micro-onde. Il en résultait qu'aucune odeur de cuisine ne pouvait émaner de l'arcade, ce d'autant qu'aucune ventilation n'avait été installée.
- 14) Par courrier du 12 juillet 2013, le département, constatant que des plats chauds étaient préparés dans le bar, où une ventilation avait été installée sans autorisation de construire, a ordonné à Gayanoam d'enlever ou de requérir une autorisation de construire « relative auxdites installations » dans un délai de trente jours.
- 15) Le 30 août 2013, le service de la consommation et des affaires vétérinaires (ci-après : SCAV) a rendu un rapport concernant le bar suite à un contrôle ayant porté sur les processus et les activités, les locaux, les équipements et les appareils effectué à la demande des exploitants. Il en résultait que les locaux et l'équipement, y compris la cuisine, étaient propres et en bon état et adaptés à la production actuelle de petite restauration, cuisine froide et réchauffage de plats.
- 16) Par acte du 4 septembre 2013, Gayanoam a recouru contre le courrier du département du 12 juillet 2013 auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), concluant à son annulation, à ce qu'il soit dit qu'aucune infraction n'avait été commise dans l'arcade et qu'aucun plat chaud n'y était préparé, qu'il soit constaté qu'aucune ventilation n'y avait été installée sans autorisation de construire et que l'ordre du département soit déclaré infondé, subsidiairement au renvoi du dossier au département.

L'acte querellé n'était pas compréhensible, dès lors que son dispositif se référait « auxdites installations », alors que ses considérants se limitaient à faire mention d'une ventilation. Il était au demeurant erroné, puisque des mets chauds n'étaient pas préparés dans l'arcade, le SCAV ayant même relevé que la cuisine était adaptée à la petite restauration, comme la pratiquaient les exploitants du bar. Quant à la ventilation, elle existait depuis plusieurs années et avait été installée

bien avant l'acquisition de l'arcade, puisqu'un bar à vin y était exploité. Il était au demeurant surprenant que le département lui reproche cette situation, alors qu'il en avait connaissance depuis de nombreuses années, acte à tout le moins contraire à la bonne foi, sinon prescrit.

- 17) Le 4 novembre 2013, la communauté a requis son appel en cause.
- 18) Le 8 novembre 2013, Gayanoam s'est opposée à cette requête, dès lors qu'en l'absence de toute autorisation de construire déposée, la communauté n'était pas touchée par la décision entreprise.
- 19) Le 11 novembre 2013, le département a répondu au recours, concluant à son rejet.

L'objet de l'acte litigieux résultait de son texte, qui était clair, selon lequel une ventilation avait été installée sans autorisation dans l'arcade, ce que le locataire avait au demeurant confirmé.

- 20) Par décision du 16 décembre 2013, le TAPI a ordonné l'appel en cause de la communauté, celle-ci disposant d'un intérêt digne de protection à ce que l'arcade ne soit pas dotée d'une installation de ventilation en raison des émissions incommodes pouvant en résulter.
- 21) Par arrêt du 4 février 2014 (ATA/64/2014), la chambre administrative a rejeté le recours formé par Gayanoam contre cette décision, qu'elle a confirmée.
- 22) Le 2 mai 2014, la communauté a répondu au recours, concluant à son rejet.

L'acte litigieux, dont le texte était clair, répondait aux exigences de motivation. Il était également fondé, dès lors que des plats chauds étaient préparés dans l'arcade, quand bien même celle-ci ne disposait pas des équipements ni des autorisations requis. Il n'était du reste pas déterminant de connaître la date à laquelle la ventilation avait été installée, puisque Gayanoam avait repris les droits et obligations de l'ancien propriétaire, cette situation ne la dispensant pas, même rétroactivement, de l'obligation de déposer une demande d'autorisation de construire auprès de l'autorité compétente, ce d'autant au regard des nombreuses nuisances olfactives générées.

- 23) Le 2 juin 2014, le département a produit différentes pièces, dont une décision du service du commerce (ci-après : Scom) du 20 août 2013 autorisant, jusqu'au 31 décembre 2014, la prolongation de l'horaire du bar jusqu'à 2h00, quel que soit le jour de la semaine, pour autant qu'un service de restauration chaude soit assuré jusqu'à 1h30.
- 24) Le TAPI a ordonné un transport sur place, qui a eu lieu le 3 juin 2014 en présence des parties. Selon ses constatations, la hotte de ventilation, telle que

mentionnée dans le constat de M. TRONCHET, était toujours installée. Une cuisinière, comprenant un four traditionnel et des plaques en vitrocéramique, sur lesquelles un grill était posé, se trouvait sous la hotte, la friteuse double ayant disparu. L'installation de ventilation était reliée à l'extérieur du bâtiment par une conduite d'aération posée de manière « artisanale » et donnait sur la cour intérieure de l'immeuble, où la terrasse de l'établissement était installée, sous le balcon de l'étage supérieur abritant les locaux du voisinage. La cuisine d'un restaurant tiers, qui donnait sur une ruelle à l'extrémité de la cour intérieure de l'immeuble, propageait des odeurs de cuisine, en particulier d'ail, perceptibles depuis la terrasse du bar. La carte de ce dernier proposait des mets froids, tels que du tartare, des tapas, des salades, des sandwichs ou des desserts, ainsi que certains plats chauds ou tièdes, comme des boulettes de viande, des crevettes marinées ou du poulpe. Selon les explications données par les exploitants, les mets proposés par le bar étaient préparés à l'avance, dans un autre de leurs restaurants, pour être réchauffés avant d'être servis à la clientèle.

25) Le 16 juin 2014, le DALE a persisté dans ses conclusions et dans les termes de ses précédentes écritures.

26) Le 19 juin 2014, Gayanoam en a fait de même, précisant que les odeurs de cuisine émanaient du restaurant voisin, ce que le transport sur place avait permis de constater, et n'étaient ainsi pas le fait du bar occupant l'arcade.

27) Le 4 juillet 2014, la communauté a également persisté dans les conclusions et termes de ses précédentes écritures, précisant qu'aucune des mesures préconisées par les autorités, notamment dans le cadre de l'APA 22'539-2, n'avaient été respectées par Gayanoam, de sorte que son recours était abusif.

28) Par jugement du 12 août 2014, le TAPI a rejeté le recours de Gayanoam.

Un système de ventilation ayant été installé sans autorisation dans l'arcade, le département devait ordonner la remise en état des lieux, à tout le moins demander le dépôt d'une autorisation de construire, en s'adressant à Gayanoam, propriétaire des locaux et perturbateur par situation, indépendamment de l'utilisation devant en être faite. La question de l'octroi d'une éventuelle dérogation à un ordre de remise en état était prématurée, dans la mesure où le département n'avait pas encore statué sur l'admissibilité de l'installation litigieuse au regard des prescriptions légales en la matière, qui devait être examinées dans le cadre de l'instruction relative à la requête en autorisation à déposer par la société. À ce stade, il ne pouvait ainsi être pris position sur des aspects n'ayant été ni examinés, ni tranchés par le département.

29) Par acte du 15 septembre 2014, Gayanoam a recouru auprès de la chambre administrative contre ce jugement, concluant, « avec suite de frais et dépens », à l'audition de différents témoins et, sur le fond, à son annulation ainsi qu'à celle de

la « décision » du département, à ce qu'il soit confirmé qu'aucune infraction n'avait été commise et constaté qu'aucun plat chaud n'était préparé dans l'arcade et qu'aucune ventilation ou installation n'y avait été installée sans autorisation de construire, subsidiairement au renvoi de la cause au TAPI ou au département pour le prononcé d'une nouvelle décision dans le sens des considérants.

Outre le fait qu'il n'avait procédé à l'audition d'aucun témoin, le TAPI n'avait pas examiné tous les griefs soulevés, en particulier celui en lien avec le manque de clarté de l'acte litigieux, dont le dispositif ne permettait pas de déterminer les installations devant être remises en état ou faire l'objet d'une demande d'autorisation de construire, ou encore celui en lien avec le principe de non-rétroactivité des lois, la ventilation ayant été installée à une date indéterminée ne permettant pas d'appliquer les lois actuellement en vigueur, ou celui tiré de la violation du principe de la bonne foi, le département ayant été au courant de la situation à tout le moins dès 2006, l'ayant tolérée depuis lors.

Le TAPI avait violé la loi, en retenant de manière infondée qu'une ventilation avait été installée sans autorisation et en ne tenant pas compte de l'arrêt déjà rendu sur ce point, qui n'avait au demeurant jamais été mis en œuvre par le département, démontrant ainsi la légalité de la situation. La ventilation était d'ailleurs préexistante à l'acquisition de l'arcade, ce dont témoignait l'exploitation qui en était faite à compter de 2002 sous la forme d'un bar à vins avec petite restauration et posait la question de la prescription, non examinée par les premiers juges. Le jugement entrepris était d'autant moins compréhensible qu'une autorisation de construire était en force, de sorte que le dépôt d'une nouvelle demande n'avait pas de raison d'être, les services compétents ayant déjà statué sur l'admissibilité de l'installation litigieuse.

Il avait également erré en considérant que la question de l'usage de la ventilation n'était pas pertinente, alors même que cet élément avait été retenu par le département à l'appui de sa décision. Dès lors que les locataires de l'arcade ne faisaient pas de cuisine chaude ou industrielle mais se limitaient à réchauffer des plats préparés à l'avance, la ventilation revêtait une utilité purement « décorative », ne nécessitant aucune demande d'autorisation. De plus, au vu de la situation préexistante, tolérée depuis de nombreuses années, l'obligation qui lui avait été imposée par le département était disproportionnée, l'autorité, en vertu du pouvoir d'appréciation dont elle disposait, ne devant pas nécessairement prononcer une telle mesure, pas davantage qu'elle ne devait s'adresser à l'unique propriétaire de l'arcade, mais, face à une pluralité de perturbateurs, aux exploitants, qui avaient repris le fonds de commerce comprenant la ventilation.

- 30) Le 25 septembre 2014, le TAPI a transmis son dossier sans formuler d'observations.

- 31) Le 30 octobre 2014, le département a répondu au recours, concluant, avec suite de frais, à son rejet.

Le dossier contenant suffisamment d'éléments pour que l'audition de témoins ne soit pas nécessaire et l'objet de l'acte entrepris étant clair, le droit d'être entendu de Gayanoam n'avait pas été violé. Sur le fond, l'installation d'une hotte avec une extraction en toiture devait faire l'objet d'une autorisation complémentaire à celle précédemment obtenue et entrée en force. Or, une telle autorisation n'avait pas été délivrée, l'éventuelle préexistence de l'installation n'y changeant rien, pas davantage que l'inaction de l'autorité, qui n'était pas constitutive d'une autorisation tacite ou d'une renonciation à faire respecter les dispositions transgressées, ou le fait que la ventilation ne soit pas utilisée. L'appréciation de Gayanoam, qui persistait à considérer que l'invitation à déposer une demande d'autorisation de construire constituait un ordre de remise en état, n'était au demeurant pas fondée.

- 32) Le 21 novembre 2014, la communauté a également répondu au recours, concluant, « avec suite de dépens », à son rejet dans la mesure de sa recevabilité.

La situation de l'arcade en 2002 était sans pertinence, de sorte que le TAPI avait, à juste titre, renoncé à examiner ce point, sans violer le droit d'être entendu de Gayanoam, qui perdait de vue que l'objet des décisions judiciaires préexistantes n'était pas de constater la conformité des installations actuelles avec l'autorisation n° APA 22'539-2 précédemment délivrée. Ce système de ventilation, qui y contrevenait, était ainsi illicite, comme l'avait à juste titre retenu le TAPI. Ayant la mainmise sur les locaux dont elle était propriétaire, il lui appartenait, en tant que perturbateur, de rétablir une situation conforme au droit. Il n'était toutefois pas déterminant de savoir si des plats chauds étaient réalisés dans le bar, ce d'autant que Gayanoam admettait que des mets y étaient réchauffés, ce qui générait les émanations olfactives dont se plaignait le voisinage. La mesure litigieuse respectait au demeurant le principe de la proportionnalité.

- 33) Le 22 décembre 2014, Gayanoam a persisté dans ses conclusions, requérant l'audition de MM. MEYFARTH et VALLADE-BLANCHET.

- 34) Le 23 décembre 2014, le département a persisté dans ses conclusions, n'ayant pas d'observations complémentaires à formuler.

- 35) Le 4 mars 2015, le juge délégué a procédé à l'audition de MM. MEYFARTH et VALLADE-BLANCHET, entendus en qualité de témoins.

a. M. MEYFARTH a expliqué que le bâtiment, ancien, était vétuste et mal isolé, raison pour laquelle les odeurs se répandaient à travers les parois. Son établissement se limitait à servir des plats froids, à l'exception de quelques mets réchauffés, préparés à l'extérieur, ce qui ne générait aucune nuisance olfactive. Il

était évident que la communauté ne souhaitait pas la présence d'un restaurant dans l'immeuble, raison pour laquelle elle se plaignait à son égard, alors même que le précédent locataire y cuisinait et y servait des plats chauds.

b. M. VALLADE-BLANCHET avait exploité l'arcade sous la forme d'un commerce de vins jusqu'en 2003, année durant laquelle il l'avait remise à son fils, qui avait converti les lieux en bar à vins, avec petite restauration, de la cuisine chaude y étant préparée. Son fils avait installé le système de hotte ; il ignorait s'il avait obtenu l'autorisation nécessaire pour ce faire.

36) Le 10 mars 2015, le département a transmis au juge délégué le dossier d'autorisation de construire n° APA 22'539 relatif au changement d'affectation de l'arcade.

37) Dans ses observations du 23 avril 2015, le département a persisté dans ses conclusions et les termes de ses précédentes écritures.

Les enquêtes avaient mis en évidence que la ventilation avait été installée au plus tôt vers 2003, Gayanoam ne pouvant se prévaloir d'aucun droit acquis à cet égard. La question de l'utilisation de la ventilation n'avait au demeurant aucune incidence sur sa licéité, seul objet du litige, qui avait été installée sans autorisation, ce qui ressortait du dossier.

38) a. Le 5 mai 2015, Gayanoam a persisté dans les conclusions et termes de son recours.

Dès lors qu'il ressortait des enquêtes que le bar ne préparait pas de plat chaud et que les odeurs de cuisine émanaient d'un autre établissement, situé à proximité, le comportement de la communauté était chicanier, celle-ci menant une véritable croisade à son encontre. Il était au demeurant démontré que la cuisine située dans l'arcade existait déjà en 1982, de même qu'un système de ventilation, de sorte que la décision du département, requérant qu'elle dépose une autorisation de construire, était infondée, ce d'autant que la prescription acquisitive était déjà largement atteinte.

b. Gayanoam a annexé à ses observations un plan du rez-de-chaussée de la rue de la Terrassière 14, à futur, déposé au département des travaux publics et visé ne varietur le 31 mars 1982.

39) Dans ses observations du 7 mai 2015, la communauté a persisté dans les conclusions et termes de ses précédentes écritures.

Les enquêtes avaient permis d'établir que les installations du bar n'étaient pas conformes aux exigences posées par le département pour l'exploitation d'un établissement public, de la cuisine chaude y étant servie tous les jours, notion ne dépendant pas du moyen utilisé pour chauffer les aliments. Les conditions figurant

dans l'autorisation n° APA 22'539-2 n'avaient du reste pas été respectées, alors même qu'elle était entrée en force, à l'échéance des procédures de recours. C'était donc de manière adéquate et proportionnée que le département était intervenu auprès de Gayanoam et pour lui rappeler que les conditions posées par l'APA 22'539-2 n'étaient pas respectées. Il pouvait en toute logique s'adresser à elle, en tant que perturbateur, étant précisé que le propriétaire de l'arcade avait également été à l'origine de la demande d'autorisation de construire susmentionnée.

- 40) Sur quoi, 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 et 63 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 149 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 - LCI - L 5 05).
- 2) La recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendu, l'acte entrepris étant incompréhensible, grief qui, parmi d'autres, n'aurait pas été examiné par le TAPI.
 - a. 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 en particulier le devoir, pour l'autorité, de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et exercer son droit de recours à bon escient. Le juge doit ainsi mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Il n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 139 IV 179 consid. 2.2 ; 138 IV 81 consid. 2.2 ; 134 I 83 consid. 4.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 8C_577/2014 du 8 octobre 2015 consid. 4.1 ; 1C_135/2015 du 17 septembre 2015 consid. 2 ; 2C_1153/2014 du 11 mai 2015 consid. 3.1).
 - b. L'objet du litige est principalement défini par l'objet du recours (ou objet de la contestation) et 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 (ATF 136 V 362 consid. 3.4 et 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_581/2010 du 28 mars 2011 consid. 1.5 ; ATA/138/2015 du 3 février 2015 ; ATA/603/2014 du 29 juillet 2014 ; ATA/751/2013 du 12 novembre 2013), qui

délimite son cadre matériel admissible. 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. L'objet d'une procédure administrative ne peut donc pas s'étendre ou qualitativement se modifier au fil des instances, mais peut tout au plus se réduire dans la mesure où certains éléments de la décision attaquée ne sont plus contestés (ATA/573/2015 du 2 juin 2015 ; ATA/336/2014 du 13 mai 2014 ; ATA/790/2013 du 3 décembre 2013 ; ATA/18/2013 du 8 janvier 2013).

c. En l'espèce, la recourante ne saurait se plaindre de ce qu'elle ignorait l'objet du courrier du département, qui se réfère expressément à la ventilation du bar, installation au sujet de laquelle elle est en litige depuis plusieurs années avec la communauté. Le fait que le dispositif mentionne des « installations » ne conduit pas à un autre résultat, ces termes devant être mis en relation avec les motifs y figurant, qui font état d'une ventilation ayant été installée sans autorisation de construire dans l'arcade. La recourante a d'ailleurs bien saisi l'objet du litige, puisqu'elle a contesté l'acte du département devant le TAPI, au moyen d'une motivation circonstanciée, puis devant la chambre de céans. Au vu de ces éléments, il ne pouvait être reproché au TAPI de ne pas avoir traité ce grief, ce d'autant qu'il n'est pas déterminant pour l'issue du litige.

Il en va de même des autres points soulevés par la recourante, qui n'auraient pas été examinés par le TAPI, comme le principe de non-rétroactivité ou de la bonne foi, pour peu qu'ils aient été mentionnés dans son acte de recours devant l'instance précédente. En tout état de cause, ceux-ci dépassent le cadre du litige, dont l'objet se limite à l'examen de la conformité au droit de l'injonction faite à la recourante soit d'enlever la ventilation, soit de requérir une autorisation de construire, sans que le fond de la contestation ne doive, à ce stade, être tranchée.

Il s'ensuit que le grief tiré de la violation du droit d'être entendu, sous ces différents aspects, sera écarté.

- 3) a. Aucune construction ou installation ne peut être créée ou transformée sans autorisation de l'autorité compétente (art. 22 al. 1 de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 - LAT - RS 700).

Sur tout le territoire genevois, nul ne peut, sans y avoir été autorisé, 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, modifier, même partiellement, le volume, l'architecture, la couleur, l'implantation, la distribution ou la destination d'une construction ou d'une installation ou démolir, supprimer ou rebâtir une construction ou une installation (art. 1 al. 1 let. a, b et c LCI). 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 du règlement d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses du 27 février 1978 - RCI - L 5 05.01).

Dès que les conditions légales sont réunies, le département est tenu de délivrer l'autorisation de construire (art. 1 al. 6 LCI). Aucun travail ne doit toutefois être entrepris avant que l'autorisation n'ait été délivrée (art. 1 al. 7 LCI).

b. Lorsque l'état d'une construction, d'une installation ou d'une autre chose n'est pas conforme aux prescriptions de la LCI, des règlements qu'elle prévoit ou des autorisations délivrées en application de ces dispositions légales ou réglementaires, 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 (art. 129 let. e et 130 LCI).

c. Les mesures nécessaires à éliminer une situation contraire au droit doivent être dirigées contre le perturbateur, à savoir celui qui a occasionné un dommage ou un danger par lui-même ou par comportement d'un tiers relevant de sa responsabilité (perturbateur par comportement), mais aussi celui qui exerce sur l'objet qui a provoqué une telle situation un pouvoir de fait ou de droit (perturbateur par situation ; ATF 139 II 185 consid. 14.3.2 ; 136 I 1 consid. 4.4.3 ; 122 II 65 consid. 6a ; ATA/824/2015 du 11 août 2015 ; ATA/83/2014 du 12 février 2014 ; ATA/152/2010 du 9 mars 2010). Le perturbateur par situation correspond avant tout au propriétaire, mais il peut également s'agir notamment du locataire, le critère déterminant étant le pouvoir de disposition, qui permet à celui qui le détient de maintenir la chose dans un état conforme à la réglementation en vigueur (ATF 114 Ib 44 consid. 2c/aa). En matière de police des constructions, l'acquéreur d'un fonds est réputé entrer en possession de celui-ci avec les droits et obligations qui lui sont rattachés (arrêt du Tribunal fédéral 1C_24/2012 du 19 avril 2012 consid. 3 ; ATA/868/2014 du 11 novembre 2014).

d. L'autorité ne doit pas avoir créé chez l'administré concerné, par des promesses, des informations, des assurances ou un comportement, des conditions telles qu'elle serait liée par le principe de la protection de la bonne foi au sens des art. 5 al. 3 et 9 Cst. (ATF 117 Ia 285 consid 2b ; ATA/569/2015 du 2 juin 2015 ; ATA/700/2014 du 2 septembre 2014 ; ATA/83/2009 du 17 février 2009), étant précisé que la passivité de l'autorité, qui n'intervient pas immédiatement à l'encontre d'une construction non autorisée, n'est en règle générale pas constitutive d'une autorisation tacite ou d'une renonciation à faire respecter les dispositions transgressées (ATA/824/2015 précité ; ATA/700/2014 précité ; ATA/529/1999 du 7 septembre 1999).

e. Lorsque le département invite au dépôt d'une demande d'autorisation de construire, il ne statue pas par voie de décision au sens de l'art. 4 al. 1 LPA. Il s'agit d'une démarche tendant à poser un cadre formel en initiant une procédure après constatation qu'une construction a été érigée sans droit. Cela ne présuppose

pas encore que l'autorisation de construire sera délivrée. Autrement dit, il s'agit d'une étape menant par la suite à la prise d'une décision. Ni le destinataire, ni un tiers ne voient leurs droits touchés par cette invite. Faute d'effet juridique rattaché à celle-ci, elle ne constitue donc pas une décision contre laquelle son destinataire et encore moins un tiers pourraient recourir. Au demeurant, l'invitation à déposer une demande d'autorisation de construire ne fait pas partie des mesures administratives énumérées par l'art. 129 LCI contre lesquelles un recours est admis. Il ne serait d'ailleurs pas conforme à la systématique de la LCI de faire figurer l'invitation à requérir une autorisation de construire parmi le catalogue des mesures administratives puisque celles-ci sont justement dispensées de la procédure d'autorisation. S'il est vrai que la doctrine considère qu'il ne sert à rien de demander une autorisation de construire en vue de régularisation lorsque la construction viole gravement le droit (Piermarco ZEN-RUFFINEN/Christine GUY-ECABERT, Aménagement, construction, expropriation, 2001, p. 425), cela ne signifie pas encore que le département aurait l'interdiction de procéder de la sorte. Au contraire, passer par une procédure en autorisation de construire en bonne et due forme est la meilleure manière de garantir les droits du détenteur de la construction et des tiers puisqu'elle mène à une décision dont la publicité est assurée au début puis au terme de la procédure (ATA/544/2014 du 17 juillet 2014).

- 4) En l'espèce, l'existence d'une hotte de ventilation dans la cuisine de l'arcade, reliée à l'extérieur par une conduite d'aération posée de manière artisanale et donnant sur la cour intérieure de l'immeuble, sous le balcon des étages supérieurs, comme l'a relevé le TAPI lors du transport sur place ainsi que l'huissier dans son constat, n'est pas contestée.

Il ressort du dossier que cette ventilation n'a fait l'objet d'aucune demande d'autorisation et qu'aucune autorisation n'a été délivrée à ce titre par les autorités compétentes. Ainsi, l'APA 22'539-2 du 23 avril 2004 en vue de la transformation de l'arcade en bar à café était subordonnée au respect des conditions figurant dans les préavis qui y étaient annexés, notamment la décision de l'OCIRT rendue le même jour, dont il ressort que l'établissement n'était pas équipé pour préparer ou servir de la restauration chaude, une hotte avec extraction en toiture devant le cas échéant être installée, sous réserve de l'obtention de l'autorisation correspondante. L'autorisation susmentionnée est entrée en force à l'issue de l'arrêt du 19 septembre 2006, lequel a confirmé sa conformité aux dispositions légales applicables, y compris s'agissant de la décision de l'OCIRT, l'ancien Tribunal administratif ayant précisé qu'une autorisation complémentaire portant sur la construction d'une hotte avec extraction en toiture devait être sollicitée.

Il importe peu que, comme l'allègue la recourante, la ventilation ait préexisté l'acquisition de l'arcade, les enquêtes ayant au demeurant permis de déterminer qu'elle avait été installée, sans autorisation, à tout le moins en 2003,

comme l'a indiqué M. VALLADE-BLANCHET devant la chambre de céans, et non pas, comme le soutient désormais la recourante, en 1982 déjà. Du point de vue du droit des constructions, il n'est pas non plus pertinent que l'installation en cause soit conforme à la préparation de petite restauration, comme l'a indiqué le SCAV, ce qui n'est en soi pas contesté, ou qu'elle soit ou non utilisée, sous peine de rendre vaine toute autorisation de construire. L'affirmation de la recourante, selon laquelle la ventilation n'aurait qu'un aspect décoratif, doit d'ailleurs être relativisée, notamment au vu de la décision du Scm ayant autorisé l'ouverture de l'établissement jusqu'à 2h00, pour autant qu'un service de restauration chaude soit assuré jusqu'à 1h30, malgré les déclarations contraires du locataire devant la chambre de céans.

C'est également à juste titre que l'autorité s'est adressée à la recourante en sa qualité de propriétaire de l'arcade et de perturbateur par situation, puisqu'elle était déjà partie à la procédure contentieuse en lien avec l'autorisation de construire n° APA 22'539-2 suite à son acquisition en 2004, les anciens propriétaires ayant déposé la demande d'autorisation susmentionnée en 2003. Il n'apparaît du reste pas déterminant que la recourante ait remis le fonds de commerce au locataire de l'arcade, éléments relevant du droit privé et ne liant pas l'autorité administrative, la recourante continuant à exercer sur les locaux un pouvoir de droit au sens de la jurisprudence.

Au vu de cette situation, le département devait ordonner à la recourante « d'enlever ou de requérir » une autorisation de construire concernant la ventilation, comme le prévoyait l'APA 22'539-2. Le fait qu'il ne soit pas intervenu plus tôt ne saurait lui être reproché ni constituer une autorisation tacite ou une renonciation à faire respecter les dispositions transgressées, conformément à la jurisprudence susmentionnée, étant précisé que l'arrêt du 19 septembre 2006 rappelait non pas au DALE, mais au DSE de vérifier que l'établissement en question ne servait que des mets froids, question qui n'est qu'indirectement liée à l'installation d'une ventilation, un contrôle systématique du département ne pouvant être exigé. C'est d'ailleurs bien la recourante qui devait intervenir activement, en déposant une demande d'autorisation de construire relative à la ventilation, comme le prévoyait l'APA 22'539-2, confirmé par l'ATA/501/2006 précité.

La mesure ordonnée ne saurait être qualifiée de disproportionnée, dès lors que le département s'est limité, en invitant la recourante à déposer une demande d'autorisation de construire, à poser un cadre formel visant à initier une procédure, au terme de laquelle cette requête doit être examinée et permettant, le cas échéant, si elle est refusée, de rétablir une situation conforme au droit. C'est dès lors à juste titre que le TAPI a considéré que les griefs soulevés par la recourante en lien avec cette demande étaient prématurés, à défaut d'avoir été, en l'état, déposée.

- 5) Il s'ensuit que le recours sera rejeté.
- 6) Un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe, et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 1 et 2 LPA). En revanche, une indemnité de procédure de CHF 1'000.-, à la charge de la société, sera accordée à la communauté, qui y a conclu (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 15 septembre 2014 par Gayanoam SA contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 12 août 2014 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Gayanoam SA un émolument de CHF 1'000.- ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à la communauté des copropriétaires d'étages de l'immeuble sis rue Terrassière 14, à la charge de Gayanoam SA ;

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

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 Gayanoam SA, représentée par la régie Zimmermann SA, mandataire, à Me Daniel Peregrina, avocat de la communauté des copropriétaires d'étages de l'immeuble sis rue Terrassière 14, au département de l'aménagement, du logement et de l'énergie, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeants : M. Verniory, président, Mmes Junod et Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :