

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4941/2007-DCTI

ATA/452/2008

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 2 septembre 2008

dans la cause

FONGEVA S.A.

représentée par Me Olivier Jornot, avocat

et

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

contre

PATRIMOINE SUISSE GENÈVE

représentée par Me Alain Maunoir, avocat

et

**COMMISSION CANTONALE DE RECOURS EN MATIÈRE DE
CONSTRUCTIONS**

EN FAIT

1. Fongeva S.A. (ci-après : la propriétaire) est propriétaire de l'immeuble d'habitation sis sur la parcelle 3270, issue de la réunion des parcelles n° 5 et 2456, feuille 1, Genève Eaux-Vives. Il s'agit d'un immeuble de la fin du XIXe siècle qui comprend deux entrées aux n° 5 et 7 rue de la Scie.

2. Par demande d'autorisation préalable de construire, enregistrée par le département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : DCTI) le 22 mars 2005, la propriétaire a sollicité l'autorisation de surélever et transformer l'immeuble précité.

Le projet consistait en la construction d'un étage en lieu et place de la toiture existante, surmonté d'un attique en retrait. Il comportait également deux constructions à l'arrière. L'une, verticale, s'insérait dans l'angle rentrant, côté Jura et s'élevait jusqu'à la hauteur de l'attique projeté, l'autre, une construction basse, venant remplir l'espace de la cour arrière existante. Les travaux induiraient la suppression de quatre appartements de deux pièces existants au 5^e étage et la création de quatre appartements en duplex totalisant 27 pièces (3 x 6,5 pièces et 1 x 7,5 pièces) aux 5^e et 6^e étages. Par ailleurs, la construction à l'arrière permettrait l'adjonction de deux pièces à l'un des appartements des étages inférieurs.

3. Dans le cadre de l'instruction de la requête, plusieurs préavis ont été délivrés par les services concernés :

- le service juridique compétent en matière de loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi) du 25 janvier 1996 (LDTR - L 5 20 ; ci-après le service juridique LDTR) a rendu un préavis favorable en date du 29 avril 2005,

- le 20 mai 2005, la Ville de Genève a émis un préavis favorable au projet,

- la commission des monuments, de la nature et des sites (ci-après : CMNS), après avoir émis plusieurs préavis et demandes de compléments, a finalement rendu, lors d'une séance plénière du 31 octobre 2006, un préavis de principe défavorable. L'immeuble devait être considéré comme un ensemble protégé au sens des articles 89 et suivants de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05). La CMNS s'opposait à la surélévation, l'estimant contraire aux normes en question. Elle n'avait pas d'objection en revanche quant à la partie arrière du projet.

4. Le DCTI a estimé que l'immeuble concerné ne constituait pas un ensemble au sens des articles 89 et suivants LCI et qu'en conséquence le préavis était du ressort de la commission d'architecture à laquelle le dossier a été transmis. Le

6 mars 2007, celle-ci a rendu un préavis favorable au projet dont étaient particulièrement appréciés "la cohérence et l'intégration par rapport aux immeubles voisins et le rétablissement d'une logique dans leurs relations".

5. Ignorant encore le nouveau préavis rendu par la commission d'architecture, la propriétaire a fait valoir, par pli du 20 mars 2007 adressé au département, que celui de la CMNS était contestable puisqu'elle avait envisagé le projet d'un point de vue juridique, sortant ainsi du rôle qui lui était attribué par la loi pour empiéter sur celui du DCTI. De surcroît, l'analyse de la CMNS était erronée étant donné que l'immeuble en cause ne constituait pas un ensemble protégé au sens des articles 89 et suivants LCI. En effet, malgré le fait qu'il possédait deux entrées, il fallait le considérer comme un immeuble unique parce qu'il avait été conçu comme tel d'un point de vue architectural. De plus, il ne figurait pas dans la liste des ensembles du XIXe et du début du XXe siècle dressée par la CMNS. La propriétaire invitait donc le DCTI à procéder à la pesée des intérêts exigée par la loi et à se prononcer sur la demande d'autorisation de construire sollicitée.
6. Par décision du 19 avril 2007, publiée dans la Feuille d'avis officielle (ci-après : FAO) le 25 avril 2007, le DCTI a délivré l'autorisation préalable de construire sollicitée. Il était fait mention de l'article 9 LDTR et la condition n° 5 réservait par ailleurs expressément l'application des dispositions de la LDTR.
7. Par acte déposé le 25 mai 2007, Patrimoine suisse Genève, association précédemment connue sous le nom de Société d'art public (ci-après : PSG), a interjeté un recours auprès de la commission cantonale de recours en matière de constructions (ci-après : CCRC) contre l'autorisation préalable de construire précitée.

L'immeuble en cause était un ensemble du XIXe siècle, protégé au sens des articles 89 et suivants LCI. En conséquence, comme l'avait relevé la CMNS, il ne pouvait être surélevé, sauf circonstances très particulières.
8. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 5 octobre 2007, la question de l'octroi d'une dérogation au gabarit au sens de l'article 11 LCI a été évoquée.
9. Après un nouvel examen du projet et constatant un dépassement du gabarit sur cour, le DCTI a sollicité un nouveau préavis de la commission d'architecture en vue de l'octroi de la dérogation prévue par l'article 11 LCI.
10. La commission d'architecture s'est déclarée favorable à une telle dérogation par préavis du 16 octobre 2007.
11. Le 24 octobre 2007, le DCTI a procédé dans la FAO, à la publication d'un avis rectificatif de la publication du 25 avril 2007, mentionnant la dérogation de l'article 11 LCI. Parallèlement, le département a demandé à la CCRC de suspendre

l'instruction de la cause pendante jusqu'à l'échéance du nouveau délai de recours. Le 19 novembre 2007, la PSG a déposé un recours auprès de la CCRC à l'encontre de cette nouvelle publication. Cette procédure (n° 9028) a été suspendue d'entente entre les parties lors de l'audience qui s'est tenue le 11 janvier 2008 devant la CCRC.

12. Par décision du 16 octobre 2007, notifiée aux parties le 13 novembre 2007, la CCRC a annulé l'autorisation préalable de construire, au motif que la procédure préalable violait le principe de coordination matérielle et formelle dès lors qu'elle n'était pas prévue par le renvoi de l'article 40 LDTR. En effet, cette dernière disposition ne renvoyait qu'aux articles 2 à 4 LCI de sorte que la procédure préalable prévue par l'article 5 LCI n'était pas applicable lorsque l'immeuble était assujetti à la LDTR, comme c'était le cas en l'espèce.

13. Par acte du 13 décembre 2007, la propriétaire a interjeté recours à l'encontre de la décision précitée auprès du Tribunal administratif en concluant à son annulation et à la confirmation de l'autorisation de construire querellée.

La CCRC avait violé le droit d'être entendu des parties puisque sa décision était basée sur une question de droit et qu'elle ne leur avait pas donné l'occasion de s'exprimer sur ce sujet.

La demande d'autorisation en cause étant soumise tant à la LDTR qu'à la LCI, il se justifiait de requérir une autorisation préalable, le renvoi de l'article 40 alinéa 1 LDTR n'excluant la demande préalable que dans l'hypothèse où la demande d'autorisation était soumise à la LDTR uniquement.

Pour le surplus, l'autorisation querellée était conforme à la LDTR, la question de savoir si le projet concerné était admissible au regard de l'article 9 LDTR devant être réglée au stade de la procédure d'autorisation définitive. L'autorisation était également conforme à la LCI. En effet, l'immeuble ne devait pas être considéré comme un ensemble au sens des articles 89 et suivants LCI. C'était ainsi à juste titre que le DCTI avait suivi le préavis favorable émis par la commission d'architecture, seule compétente en l'occurrence, en accordant l'autorisation préalable. Dans l'hypothèse où l'immeuble devait être considéré comme un ensemble, une dérogation au sens de l'article 92 alinéa 2 LCI se justifierait de toute manière.

14. Le 13 décembre 2007, le DCTI a également interjeté recours auprès du Tribunal administratif à l'encontre de la décision de la CCRC.

La LDTR n'excluait pas expressément toute possibilité de déposer une demande préalable pour un projet portant sur un immeuble soumis aux dispositions de la LDTR. Alors qu'en général les travaux assujettis à la LDTR consistaient en la rénovation, transformation ou changement d'affectation de

logements existants et qu'une procédure préalable qui avait trait au gabarit à l'implantation, au volume à la destination et à la dévestiture de constructions nouvelles, n'était d'aucune utilité, le cas particulier qui impliquait la modification du gabarit du bâtiment, justifiait le recours à une telle procédure. Par ailleurs, la procédure préalable n'était contraire ni à l'article 40 alinéa 2 LDTR ni au principe de coordination formelle et matérielle. La décision de la CCRC devait donc être annulée.

15. Par décision du 18 décembre 2007, le Tribunal administratif, a joint les deux recours en une seule procédure sous le n° A/4941/2007.
16. La PSG a conclu au rejet des deux recours le 25 janvier 2008.

L'article 40 alinéa 1 LDTR ne faisant aucune référence à l'article 5 LCI relatif aux demandes préalables, le législateur n'avait pas voulu que les projets soumis à la LDTR puissent faire l'objet d'une autorisation préalable. S'agissant de la volonté claire du législateur, l'interprétation du DCTI était contraire à la loi. La LDTR s'appliquait à toute transformation d'un immeuble d'habitation, y compris à sa surélévation (art. 3 al. 1 let. a et b LDTR). Le fait qu'il n'y ait pas d'autorisation préalable était conforme au principe de coordination matérielle. En effet, selon l'article 9 LDTR, une autorisation de transformer ne pouvait être délivrée notamment que si les logements concernés répondaient, quant à leur genre leur loyer ou leur prix, aux besoins prépondérants de la population, il fallait donc tenir compte de la typologie et de la surface des appartements. Cela imposait que le DCTI examine, avant d'autoriser une surélévation selon la LDTR que les gabarits prescrits par la LCI soient respectés mais également la prise en compte de la surface, le nombre de pièces, la typologie et le loyer des logements projetés. Lorsque la LDTR était applicable il n'était donc pas possible que le DCTI procède par étapes en délivrant d'abord une autorisation préalable qui n'appliquait que la LCI puis dans un second temps une autorisation définitive qui n'appliquerait que la LDTR. La seule manière d'éviter le risque de décisions contradictoires était de renoncer à l'autorisation préalable lorsque la LDTR était applicable. Enfin, le DCTI ayant omis de mentionner la dérogation de l'article 11 LCI lors de la publication de l'autorisation querellée, celle-ci devait être annulée également pour violation de l'article 3 alinéa 1 LCI.

EN DROIT

1. La décision querellée a été notifiée aux parties par pli recommandé du 12 novembre 2007. Les recours ont été mis à la poste le 13 décembre 2007. Interjetés en temps utile devant la juridiction compétente, les recours sont recevables (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 -

LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

Pour le surplus, c'est à juste titre que la CCRC avait reconnu à PSG la qualité pour recourir en première instance, celle-ci invoquant en l'espèce les dispositions de la LCI ce qu'elle est habilitée à faire au vu des buts statutaires visant la protection du patrimoine qu'elle poursuit (ATA/263/2007 du 22 mai 2007) et non celles de la LDTR pour lesquelles elle ne dispose pas de la qualité pour recourir, puisque ses buts statutaires ne visent pas la protection des locataires (ATA/162/1998 du 24 mars 1998).

2. La recourante se plaint tout d'abord de la violation de son droit d'être entendue parce qu'elle n'a pas eu la possibilité de s'exprimer sur l'argumentation juridique qui a motivé la décision de la CCRC.

a. Conformément à l'article 69 alinéa 1 LPA, l'autorité administrative chargée de statuer est liée par les conclusions des parties. Elle n'est en revanche pas liée par les motifs que les parties invoquent. Elle applique le droit d'office (ATA/196/2006 du 4 avril 2006 ; ATA/801/2005 du 8 novembre 2005).

b. Une décision entreprise pour violation du droit d'être entendu n'est pas nulle, mais annulable (Arrêt du Tribunal Fédéral 2P.207/2001 du 12 novembre 2001 consid. 5a et les arrêts cités). Toutefois, la violation du droit d'être entendu est réparable devant l'instance de recours si celle-ci jouit du même pouvoir d'examen des questions litigieuses que l'autorité intimée et si l'examen de ces questions ne relève pas de l'opportunité, car l'autorité de recours ne peut alors substituer son pouvoir d'examen à celui de l'autorité de première instance (Arrêt du Tribunal fédéral 2P.30/2003 du 2 juin 2003 consid. 2.4 et les arrêts cités; ATA/73/2005 du 15 février 2005; ATA/703/2002 du 19 novembre 2002 ; ATA/609/2001 du 2 octobre 2001 ; P. MOOR, Droit administratif : les actes administratifs et leur contrôle, vol. II, Berne 1991, ch. 2.2.7.4 p. 190). En outre, la possibilité de recourir doit être propre à effacer les conséquences de cette violation. Autrement dit, la partie lésée doit avoir le loisir de faire valoir ses arguments en cours de procédure contentieuse aussi efficacement qu'elle aurait dû pouvoir le faire avant le prononcé de la décision litigieuse (ACE A. Porta & Cie du 18 décembre 1991 consid. 4 et 6a in : SJ 1992 p. 528).

Il n'y a pas de violation du droit d'être entendu puisque selon l'adage "jura novit curia" repris par l'article 69 alinéa 1 LPA, la CCRC applique le droit d'office et qu'elle n'est pas liée par les motifs invoqués par les parties. De plus, dans le cas présent, la question litigieuse, soit de savoir si une demande préalable est admissible même lorsque les travaux envisagés sont soumis simultanément à la LCI et à la LDTR, ne relève pas de l'opportunité et le tribunal de céans jouit donc du même pouvoir d'examen que la CCRC pour trancher la question. Il s'ensuit que

s'il y avait eu violation du droit d'être entendu devant la CCRC, elle serait réparée devant le tribunal de céans.

En conséquence, le grief tiré de la violation du droit d'être entendu doit être rejeté.

3. Selon la CCRC, l'autorisation préalable de construire du 19 avril 2007 doit être annulée parce qu'elle viole le principe de la coordination formelle et matérielle. En effet, l'article 40 alinéa 1^{er} LDTR, en renvoyant uniquement aux articles 2 à 4 LCI exclut la procédure d'autorisation préalable de l'article 5 LCI lorsque l'autorisation de construire est soumise à la LDTR. En conséquence, l'article 40 alinéa 2 LDTR prévoyant l'ouverture d'une seule procédure en autorisation lorsqu'une demande est assujettie à plusieurs lois, il est impossible qu'il y ait une demande d'autorisation préalable lorsque tant la LDTR que la LCI sont applicables.

4. a. L'article 40 alinéa 1^{er} LDTR stipule que les articles 2 à 4 de la LCI sont applicables par analogie aux demandes d'autorisation découlant de la LDTR.

L'article 40 alinéa 2 LDTR prévoit que lorsque une demande est assujettie aux dispositions de l'une ou l'autre de ces lois, elle ne donne lieu qu'à l'ouverture d'une seule procédure en autorisation.

b. Selon l'article 25a de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT - RS 700), une autorité chargée de la coordination est désignée lorsque l'implantation ou la transformation d'une construction ou d'une installation nécessite des décisions émanant de plusieurs autorités. Aux termes de l'alinéa 2 lettre d, elle veille à la concordance matérielle ainsi qu'à une notification commune ou simultanée des décisions. L'alinéa 3 stipule encore que celles-ci ne doivent pas être contradictoires.

c. L'article 3A alinéa 1 LCI, sous l'intitulé "coordination et procédure directrice", stipule que lorsque plusieurs législations ayant entre elles un lien matériel étroit sont applicables à un projet de construction, la procédure directrice est celle relative aux autorisations de construire, à moins qu'une loi n'en dispose autrement ou sauf disposition contraire du Conseil d'Etat.

d. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (interprétation littérale). Si le texte légal n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique) (ATF 129 V 258 consid. 5.1 p. 263/264 et

les références citées). Le Tribunal fédéral utilise les diverses méthodes d'interprétation de manière pragmatique, sans établir entre elles un ordre de priorité hiérarchique (ATF 125 II 206 consid. 4a p. 208/209). Enfin, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Constitution (ATF 119 Ia 241 consid. 7a p. 248 et les arrêts cités).

Il ressort de l'article 40 alinéa 1 LDTR que la LDTR renvoie aux articles 2 à 4 LCI pour ce qui est des demandes d'autorisation qui découlent de la LDTR. Par ce renvoi, la LDTR paraît ainsi exclure la demande préalable qui est régie par l'article 5 LCI. L'article 40 alinéa 2 LDTR prévoit que lorsque une demande est assujettie à la LCI et à la LDTR elle donne lieu à l'ouverture d'une seule procédure en autorisation. Ce faisant cette disposition n'instaure aucune primauté de la LDTR sur la LCI. Elle se limite à indiquer qu'il convient de traiter les autorisations impliquant l'application des deux législations dans une seule et même procédure. L'article 3A LCI en revanche prévoit que "la procédure directrice est celle relative aux autorisations de construire", donc aux procédures d'autorisation de construire de la LCI. Cette norme a été adoptée précisément pour assurer la coordination formelle et matérielle lorsque plusieurs législations sont applicables à un même projet conformément à la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral (MGC 2001/V p.4643). Le législateur n'a pas indiqué qu'il entendait proscrire la demande préalable dans certaines hypothèses. Les autorisations sont régies par le chapitre I de la LCI qui traite aussi bien de la demande d'autorisation, exposée à l'article 2 LCI, de la procédure d'autorisation détaillée dans l'article 3 LCI ainsi que de la demande préalable dont il est question à l'article 5 LCI. Le renvoi de l'article 3A LCI n'exclut donc pas la demande préalable.

5. Tant la CCRC que PSG voient une violation du principe de coordination matérielle et formelle dans le fait que la demande préalable implique en pratique un double examen : tout d'abord un examen selon la LCI au stade de la demande préalable puis au stade de l'autorisation définitive l'étude des conditions de la LDTR.
 - a. Selon l'article 5 LCI, la demande préalable tend à obtenir du département une réponse sur l'implantation, la destination, le gabarit, le volume et la dévestiture du projet présenté.
 - b. Une demande préalable n'est, en effet, par définition, composée que d'un dossier simple, dont les éléments se limitent à définir les aspects essentiels du projet, à savoir l'implantation, le gabarit, la destination, le volume et la dévestiture. A ce stade, il ne peut donc être question d'une ouverture de chantier, laquelle n'a sa place qu'à la suite de la délivrance d'une autorisation de construire définitive, couvrant l'ensemble des aspects d'un projet (MGC 1991/V p.4869).

c. Dans la demande définitive existent tous les éléments, et largement développés, que l'on trouve dans la demande préalable. Si une personne veut présenter une demande définitive sans même connaître les possibilités d'usage d'un terrain, elle s'expose évidemment à des frais d'études qui, peut-être seront complètement perdus ou en tout cas partiellement inutiles parce que le projet envisagé devra être remplacé par autre chose (...) Si on commence par la définitive, le département l'examinera en partant de zéro, en reprenant les problèmes de principe qui auraient été examinés dans une demande préalable et il se peut qu'une partie ou la totalité de la demande définitive soit écartée parce qu'elle ne répond pas aux exigences de la loi (MGC 1961/I p. 375 ss).

d. Le tribunal de céans a eu plusieurs fois l'occasion de préciser la portée de la demande préalable de l'autorisation de construire : demande simplifiée, elle vise à épargner aux intéressés d'être contraints de dresser des plans de détail tant et aussi longtemps que les questions de principe ne sont pas résolues (ATA/162/1998 du 24 mars 1998 et les références citées). Le but de la demande préalable est de déposer dans un premier temps un dossier simplifié afin de gagner du temps et de réduire les frais. En effet, si l'un des éléments du dossier visé dans la demande préalable n'est pas conforme, il est inutile d'engager des frais supplémentaires pour présenter un projet plus précis afin de déposer une demande en autorisation définitive. On ne se trouve pas dans l'hypothèse de deux procédures simultanées pouvant donner lieu à deux décisions contradictoires. Il s'agit d'une procédure en deux étapes donnant lieu d'abord à une autorisation préalable puis à une autorisation définitive. En réalité, il n'y a pas de risque de décisions contradictoires : soit l'autorisation préalable est accordée et le requérant peut passer à l'étape suivante, soit elle est refusée et il n'y a pas lieu de passer au stade suivant. Le cas d'espèce est un exemple typique : si le projet est jugé contraire aux normes régissant la protection des ensembles du XIXe siècle, il n'y a même pas lieu d'en examiner les autres aspects et l'autorisation doit être refusée. Inutile donc d'engager les frais nécessaires à l'élaboration d'une demande en autorisation définitive. Il est vrai que le seul aspect de LDTR qui est tranché au stade de la demande préalable est la question de la destination des locaux. En revanche, les autres aspects de la LDTR tels que la prise en compte de la surface, le nombre de pièces, la typologie et le loyer des logements projetés ne sont tranchés qu'au stade de l'autorisation définitive, quand bien même ils auraient déjà été évoqués au stade de l'autorisation préalable. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'autorisation préalable réserve expressément l'application de la LDTR et en particulier de son article 9. De même, certains aspects de la LCI ne sont fixés que lors de l'octroi de l'autorisation définitive. Il est donc erroné de dire qu'on n'applique pas les deux législations de manière simultanée. Pour le surplus, s'il est vrai que les éléments qui ont été fixés par l'autorisation préalable ne peuvent plus être remis en cause au stade de l'autorisation définitive (art. 146 LCI), l'octroi de la seule autorisation préalable ne permet pas de débiter les travaux et partant, il n'y a pas de conséquence irréparable.

La CCRC a ainsi considéré à tort que la demande préalable était contraire au principe de la coordination matérielle et formelle. Le recours doit ainsi être admis sur ce point.

6. La propriétaire a repris devant le tribunal de céans son argumentation ayant trait à la conformité de la surélévation prévue avec les articles 89 et suivants LCI et l'a invité à se prononcer à ce sujet en invoquant l'économie de procédure.

L'autorité de recours, n'examine pas les prétentions et les griefs qui n'ont pas fait l'objet du prononcé de l'instance inférieure, sous peine de détourner sa mission de contrôle, de violer la compétence fonctionnelle de cette autorité-ci, d'enfreindre le principe de l'épuisement des voies de droit préalables et, en définitive, de priver les parties d'un degré de juridiction (ATA/168/2008 du 8 avril 2008 ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 390/391).

La CCRC n'ayant pas examiné le fond du litige, il y a lieu de ne pas priver les parties d'un degré de juridiction. La cause sera donc renvoyée à la CCRC afin qu'elle se prononce sur le fond du litige et notamment sur la conformité du projet aux articles 89 et suivants LCI.

7. Enfin, PSG fait valoir que l'autorisation préalable litigieuse doit être annulée pour violation de l'article 3 alinéa 1 LCI, la dérogation de l'article 11 LCI n'ayant pas été mentionnée lors de la publication du 25 avril 2007 dans la FAO mais ayant fait l'objet d'un avis rectificatif publié dans celle du 24 octobre 2007.

a. Selon l'article 3 alinéa 1 LCI, toutes les demandes d'autorisation sont rendues publiques par une insertion dans la FAO. Il est fait mention, le cas échéant, des dérogations nécessaires. L'alinéa 5 de cette même disposition reprend cette obligation lors de la délivrance d'une autorisation de construire.

b. Selon la jurisprudence, cette obligation de publication s'applique à toutes les dérogations accordées lors de la délivrance d'une autorisation de construire par le département (ATA/258/2000 du 18 avril 2000).

c. Le défaut de publication des dérogations n'entraîne pas la nullité de l'autorisation délivrée. Tout au plus empêche-t-il le délai de recours de courir, pour autant que des tiers aient subi un préjudice (ATA/147/2007 confirmé par l'Arrêt du Tribunal fédéral 1C.112/2007 consid. 7 du 29 août 2007), et il doit être analysé au regard des règles régissant la notification des décisions.

d. La notification irrégulière d'une décision ne doit entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 47 LPA).

La jurisprudence n'attache pas nécessairement la nullité à l'existence de vices dans la notification ; la protection des parties est suffisamment garantie lorsque la notification irrégulière atteint son but malgré cette irrégularité. Il y a

donc lieu d'examiner si la partie intéressée a réellement été induite en erreur par l'irrégularité de la notification et a subi un préjudice de ce fait.

Il convient à cet égard de s'en tenir aux règles de la bonne foi qui imposent une limite à l'invocation du vice de forme (ATF 131 I 153 consid. 4 p. 158 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2A.300/2006 du 27 février 2007 consid. 5.2 et références citées ; U. HÄFELIN/ G. MÜLLER/ F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5ème éd., Zürich-Bâle-Genève 2006, p. 354, n. 1645/1646 ; J.-F. EGLI, La protection de la bonne foi dans le procès, in Juridiction constitutionnelle et juridiction administrative, Zürich 1992, p. 231 ss). Cela signifie notamment qu'une décision, même notifiée de manière irrégulière, peut entrer en force si elle n'est pas déférée au juge dans un délai raisonnable (SJ 2000 I 118 consid. 4 ; ATA/714/2005 du 25 octobre 2005 consid. 3).

En l'espèce, PSG a pu interjeter recours à l'encontre de l'autorisation préalable publiée dans la FAO du 25 avril 2007. Au cours de la procédure devant la CCRC, référence a été faite à l'absence de publication de la dérogation de l'article 11 LCI. Le DCTI a fait publier un avis rectificatif mentionnant la dérogation précitée dans la FAO du 24 octobre 2007. PSG a recouru auprès de la CCRC à l'encontre de cette dernière publication le 19 novembre 2007. La procédure a été suspendue d'entente entre les parties en attente de l'arrêt du tribunal de céans. Au vu de ce qui précède, PSG ni aucune autre partie au présent litige n'ont subi de préjudice du fait de l'absence de mention de la dérogation de l'article 11 LCI dans la publication du 25 avril 2007. Il s'ensuit que l'autorisation préalable ne doit pas être annulée de ce fait. En conséquence, il conviendra que la CCRC, lorsque la cause lui aura été renvoyée, la joigne à la procédure n° 9028, pendante devant elle entre les mêmes parties et actuellement suspendue.

8. Les recours seront admis et la décision de la CCRC annulée. La cause est renvoyée à la CCRC afin qu'elle soit jointe à la procédure n° 9028 actuellement pendante devant elle et qu'une nouvelle décision soit rendue. Un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de PSG qui succombe. Une indemnité de procédure de CHF 2'000.- sera allouée à Fongeva S.A. qui obtient gain de cause (art. 87 LPA), à charge de PSG.

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevables les recours interjetés le 13 décembre 2007 par Fongeva S.A. et par le département des constructions et des technologies de l'information contre la décision de la commission cantonale de recours en matière de constructions du 16 octobre 2007 ;

au fond :

les admet ;

annule la décision attaquée ;

renvoie la cause à la commission cantonale de recours en matière de constructions afin qu'elle soit jointe à la procédure n° 9028 actuellement pendante devant elle et qu'une nouvelle décision soit rendue ;

met à la charge de Patrimoine suisse Genève un émolument de CHF 1'500.-;

alloue une indemnité de CHF 2'000.- à Fongeva S.A. à charge de Patrimoine suisse Genève ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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'article 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 Olivier Jornot, avocat de Fongeva S.A., au département des constructions et des technologies de l'information ainsi qu'à Me Alain Maunoir, avocat de Patrimoine suisse Genève et à la commission cantonale de recours en matière de constructions.

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

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

C. Del-Gaudio Siegrist

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :