

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1245/2014-LCI

ATA/1346/2015

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 15 décembre 2015**

**3<sup>ème</sup> section**

dans la cause

**Madame A\_\_\_\_\_**

représentée par Me Manuel Bolivar, avocat

contre

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

\_\_\_\_\_  
**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du  
20 février 2015 (JTAPI/224/2015)**

---

## EN FAIT

- 1) Madame A\_\_\_\_\_, née le \_\_\_\_\_ 1957 à Nyon, est locataire d'une villa sise B\_\_\_\_\_ à C\_\_\_\_\_, où elle est domiciliée.
- 2) La villa est sise sur la parcelle n° 1\_\_\_\_\_, plan 7, de la commune de C\_\_\_\_\_, située en cinquième zone au sens de l'art. 19 al. 3 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1987 (LaLAT – L 1 30).
- 3) Selon l'extrait du registre foncier, un bâtiment de 150 m<sup>2</sup> est sis sur la parcelle, aux fins d'habitation.
- 4) Le 10 décembre 2013, la brigade des mœurs de la police judiciaire genevoise (ci-après : la brigade des mœurs) dépendant du département de la sécurité et de l'économie (ci-après : DSE) a écrit au département de l'urbanisme, devenu depuis lors le département de l'aménagement, du logement et de l'énergie (ci-après : DALE) pour lui signaler l'existence de six villas dans lesquelles étaient exploités des salons de massage érotiques. La brigade des mœurs priait le DALE de vérifier la compatibilité de ces activités économiques avec l'affectation des zones dans lesquelles elles se situaient, de vérifier si, au regard des contrats de bail, l'activité économique de prostitution constituait une violation de la 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) et de donner, cas échéant, toute suite utile.
- 5) Le 7 février 2014, le DALE a informé Mme A\_\_\_\_\_ qu'il avait été saisi d'une plainte du DSE selon laquelle elle pratiquait une activité commerciale sous la forme de salons de massages érotiques dans la villa. Cette situation était susceptible de constituer une infraction à l'art. 1 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI – L 5 05).
- 6) Le 27 février 2014, Mme A\_\_\_\_\_ a transmis ses observations au DALE.

Le salon érotique « D\_\_\_\_\_ » était au bénéfice d'un bail commercial ; les autorités de la commune de C\_\_\_\_\_ étaient informées de l'activité qui y était pratiquée et y avaient donné leur accord.

Deux documents étaient joints à ses observations :

- une copie du contrat de bail à loyer pour locaux commerciaux, à teneur duquel Mme A\_\_\_\_\_ avait pris à bail dès le 1<sup>er</sup> juin 2010 la villa en question pour un loyer annuel de CHF 84'000.-, la destination des locaux étant « un salon de massage » ;

- une attestation du 26 juillet 2010 signée de la main du propriétaire selon laquelle il avait connaissance de l'exploitation d'un salon de massage érotique dans le cadre dudit bail et y avait donné son accord.

7) Par décision du 1<sup>er</sup> avril 2014, le DALE a ordonné à Mme A\_\_\_\_\_ de rétablir une situation conforme au droit en remettant à l'état d'origine la villa dans un délai de quarante-cinq jours à compter de la notification de la décision. Le DALE lui a également infligé une amende de CHF 3'000.-.

Le changement d'affectation de la villa avait été réalisé en l'absence d'une autorisation de construire et constituait par conséquent une infraction à l'art. 1 LCI. L'activité commerciale exercée, soit l'exploitation d'un salon érotique, n'était pas conforme à la cinquième zone et ne pouvait donc être maintenue en l'état.

Le montant de l'amende tenait compte de la gravité tant objective que subjective de l'infraction commise.

8) Par acte du 2 mai 2014, Mme A\_\_\_\_\_ a recouru contre cette décision auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI), concluant principalement à son annulation. Elle a conclu préalablement à être autorisée à prouver les faits allégués notamment par enquêtes et à ce que le DALE soit invité à justifier sa pratique en matière de dérogation pour d'autres salons de massage en zone villa. Elle proposait à titre de moyen de preuve sa propre audition et l'audition d'un représentant du DALE, du bailleur et du maire de la commune de C\_\_\_\_\_.

La villa constituait sa résidence principale, dont une partie uniquement servait à l'exploitation du salon de massage. L'activité n'entraînait aucune nuisance pour le voisinage et aucune plainte ne lui avait été communiquée – ni au propriétaire de la villa – à ce sujet.

Au début de l'activité litigieuse, la recourante s'était renseignée auprès des autorités communales. Le maire lui avait alors indiqué que les activités envisagées n'étaient pas de nature à violer l'ordre public, ni à constituer des désagréments pour les voisins.

Son activité n'avait pas nécessité de travaux de transformation de la villa.

Dans le canton de Genève, d'autres villas situées en cinquième zone proposaient également des services de massages érotiques, ce dont les autorités cantonales avaient connaissance.

La recourante a soulevé plusieurs griefs à l'encontre de la décision du DALE :

- La décision constituait une violation de sa liberté économique ;
- Elle violait le principe de la force dérogatoire du droit fédéral ;
- Elle violait le droit cantonal, plus précisément la LaLAT ;
- L'ordre de remise en état d'origine du bâtiment était illégal du fait que l'activité litigieuse était autorisable en vertu de l'art. 19 al. 3 LaLAT ;
- La décision était incompréhensible et insuffisamment précise pour permettre son exécution ;
- Le délai de quarante-cinq jours imparti pour la remise en état d'origine était trop court et violait le principe de proportionnalité ;
- Le DALE ne pouvait considérer que l'activité de la recourante contrevenait à la loi dans la mesure où il avait accepté des dérogations pour des activités similaires dans des villas ailleurs à Genève ; elle citait deux cas à titre d'exemple ;
- L'amende de CHF 3'000.- violait le principe de proportionnalité et n'était pas assez motivée.

9) Le 4 juin 2014, le DALE a transmis son dossier au TAPI sans observations.

10) Le 11 août 2014, Mme A\_\_\_\_\_ a déposé une demande d'autorisation auprès du DALE pour l'activité litigieuse. Suite aux demandes du TAPI des 1<sup>er</sup> juillet et 28 octobre 2014, elle l'a informé de ces démarches, précisant toutefois qu'elles ne signifiaient en rien la reconnaissance du fait que ladite activité serait sujette à autorisation.

11) Par jugement du 20 février 2015, le TAPI a partiellement admis le recours.

L'ordre de remise en état respectait les conditions posées par les art. 129 ss LCI.

Le DALE n'avait pas violé le principe de la bonne foi, de sorte que la recourante ne pouvait invoquer cet argument pour invalider l'ordre de remise en état.

Un ordre de remise en état n'était toutefois valable que si les installations en cause n'auraient pas été autorisables en vertu du droit en vigueur au moment de leur réalisation.

En l'espèce, l'activité ne pouvait être admise sur la base de l'art. 19 al. 3 LaLAT. Le DALE n'avait toutefois pas examiné si l'octroi d'une dérogation à l'art. 19 al. 3 LaLAT conformément à l'art. 26 al. 1 LaLAT et,

partant, l'autorisation du projet, étaient possibles. La décision du 1<sup>er</sup> avril 2014 devait donc être annulée sur ce point et le dossier renvoyé au DALE pour qu'il se prononce sur la demande d'autorisation de construire déposée par la recourante au mois d'août 2014.

L'amende de CHF 3'000.- était confirmée, la recourante ayant omis de solliciter une autorisation pour les activités pratiquées dans la villa qu'elle habitait.

- 12) Le 26 mars 2015, Mme A\_\_\_\_\_ a recouru contre le jugement du TAPI à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant à son annulation et à l'annulation de la décision du DALE du 1<sup>er</sup> avril 2014, « sous suite de frais et dépens ».

Le jugement du TAPI constituait un déni de justice formel. Il consacrait la violation du droit d'être entendu et constatait les faits de manière inexacte. Il violait sa liberté économique et contrevenait au principe de la force dérogatoire du droit fédéral. L'amende prononcée était illégale.

- 13) Le 19 mai 2015, le DALE a conclu au rejet du recours et à la confirmation du jugement du TAPI. Ses arguments seront repris en tant que besoin dans la partie en droit.
- 14) Le 15 juillet 2015, la recourante a répliqué, persistant dans ses conclusions.
- 15) Le 17 juillet 2015, les parties ont été informées que la cause était 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 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) Le litige porte sur la conformité au droit du jugement du TAPI.

L'objet du litige se limite donc à déterminer si c'est à juste titre que le DALE a considéré que l'exploitation d'un salon de massage érotique dans la villa concernée, située en cinquième zone, devait faire l'objet d'une demande d'autorisation au sens de l'art. 1 LCI et qu'il a infligé une amende de CHF 3'000.- à la recourante.

Le point de savoir si ladite transformation pouvait faire l'objet d'une dérogation ou non devra, cas échéant, faire l'objet d'un examen par le DALE, ce

dernier disposant d'un large pouvoir d'appréciation en matière de dérogation en zone à bâtir et jouissant d'un pouvoir de cognition plus étendu que le TAPI et la chambre administrative (art. 61 al. 1 et 2 LPA).

3) La recourante se plaint de ce que le TAPI aurait violé son droit d'être entendue en refusant « de recueillir les moyens de preuve de nature à influencer sur l'issue du litige » et d'entendre un représentant du DALE pour qu'il détaille la pratique du département relative aux salons de massage en zone villa. À noter que sur trois auditions sollicitées en première instance, la recourante n'invoque une violation de son droit d'être entendue que pour l'une d'entre elles. Elle ne réitère pas ses demandes d'audition devant la chambre de céans.

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 notamment le droit pour l'intéressé d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (ATF 135 I 279 consid. 2.3 p. 282 ; 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; arrêts du Tribunal fédéral 2D\_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3 ; 2C\_552/2011 du 15 mars 2012 consid. 3.1 ; ATA/828/2015 du 11 août 2015).

Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que ces dernières ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; 134 I 140 consid. 5.3 p. 148 ; ATA/828/2015 précité).

Selon la jurisprudence constante tant du Tribunal fédéral (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 I 425 consid. 2.1 et les arrêts cités ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_448/2014 du 5 novembre 2014 consid. 2.3 ; 2C\_1081/2013 du 2 juin 2014 consid. 4.3) que de la chambre de céans (ATA/828/2015 précité consid. 5c ; ATA/1000/2014 du 16 décembre 2014 consid. 6 ; ATA/481/2014 du 24 juin 2014 consid. 2c), le droit d'être entendu ne confère pas le droit à une audition orale, la procédure administrative étant en principe écrite (art. 18 LPA).

b. En l'espèce, le DALE s'est prononcé par écrit le 19 mai 2015 relativement à sa manière de traiter les cas similaires et au principe d'égalité de traitement. Il n'y a pas lieu de penser qu'il donnerait des explications différentes dans le cadre d'une audition, de sorte qu'une telle mesure d'instruction n'apparaît pas nécessaire, ce d'autant plus qu'il ressort de la jurisprudence récente de la chambre administrative que plusieurs situations semblables à celle de la recourante ont été traitées de la même façon par le DALE (ATA/824/2015 du 11 août 2015 ; ATA/822/2015 du 11 août 2015).

Il sera démontré ci-dessous que les pièces figurant au dossier sont suffisantes pour trancher le litige, sans qu'il soit nécessaire de procéder aux mesures d'instruction sollicitées, dans la mesure où elles ne sont pas de nature à influencer sur l'issue du litige, et que c'est par conséquent à bon droit que le TAPI n'a pas donné suite aux moyens de preuve proposés.

Le grief de violation du droit d'être entendu sera ainsi écarté.

- 4) La recourante se plaint de ce que le TAPI aurait commis un déni de justice formel, en omettant de se prononcer sur trois des huit griefs soulevés devant lui, soit sur la violation de la liberté économique, la violation du principe de la force dérogatoire du droit fédéral et la violation du principe d'égalité de traitement. Elle serait, de ce fait, empêchée de critiquer le jugement sur les points écartés.

a. Selon la doctrine, l'autorité qui refuse expressément de statuer, alors qu'elle en a l'obligation, commet un déni de justice formel (ATF 135 I 6 consid. 2.1), qui constitue une violation de l'art. 29 al. 1 Cst. Il en est de même de l'autorité qui ne statue que partiellement (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_578/2010 du 19 novembre 2010 ; 5A\_279/2010 du 24 juin 2010 consid. 3.3 et les références ; 2C\_601/2010 du 21 décembre 2010 publié in RDAF 2011 II 163 ss), notamment si elle ne traite pas d'un grief relevant de sa compétence, motivé de façon suffisante et pertinent pour l'issue du litige (SJ 2007 I 472 p. 473-474 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 1499).

La réparation d'un vice de procédure en instance de recours et, notamment, du droit d'être entendu, est possible lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (ATA/381/2013 du 18 juin 2013 consid. 4c et les références ; Pierre MOOR/Étienne POLTIER, Droit administratif, Les actes administratifs et leur contrôle, vol. 2, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2011, ch. 2.2.7.4 p. 323). 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 (ATA/381/2013 précité).

Il sera encore rappelé que la juridiction administrative applique le droit d'office. Elle ne peut aller au-delà des conclusions des parties, mais n'est pas liée par les motifs invoqués (art. 69 al. 1 LPA).

b. En l'espèce, le TAPI ne s'est pas prononcé sur le grief de la recourante tiré de la violation du principe d'égalité de traitement, selon lequel le DALE « avait accepté l'existence de dérogations » pour des activités similaires dans la même zone ailleurs à Genève. Ce faisant, la juridiction inférieure n'a pas commis de déni de justice dès lors qu'elle a donné suite à la conclusion de la recourante, soit l'annulation de l'ordre de remise en état, en se fondant sur d'autres motifs que

ceux invoqués, ce qu'elle était parfaitement en droit de faire conformément à l'art. 69 al. 1 LPA. La recourante n'a pas répété ledit grief devant la chambre de céans, et ce à juste titre. En effet, le TAPI a relevé que la question de la possibilité d'une dérogation n'avait précisément pas été abordée par le DALE. L'objet du litige se limite en conséquence devant la chambre de céans à la question de savoir si une autorisation était requise pour l'activité concernée et ne porte pas sur la question de fond de l'octroi d'une éventuelle dérogation, laquelle devra, au vu des arguments qui suivent, être examinée ultérieurement par le DALE. De ce point de vue, le grief de la recourante relatif au déni de justice sera écarté.

Le TAPI ne s'est pas non plus prononcé sur les griefs relatifs à la violation de la liberté économique et à la violation du principe de la force dérogatoire du droit fédéral, pourtant soulevés devant lui par la recourante et pertinents pour l'issue du litige, en tant qu'ils posent la question de la conformité au droit de l'assujettissement à autorisation de la transformation litigieuse. En confirmant la décision du DALE en tant qu'elle soumettait à autorisation la transformation litigieuse sans examiner ces deux griefs, le TAPI a commis un déni de justice formel.

La chambre de céans jouit du même pouvoir de cognition que le TAPI, conformément à l'art. 61 al. 1 et 2 LPA. Elle dispose en outre d'un dossier complet et de tous les éléments pour lui permettre d'établir les faits, de trancher le litige et de se prononcer sur les griefs soulevés en toute connaissance de cause, ce qu'elle fera ci-après. Il serait par ailleurs contraire au principe de l'économie de procédure de renvoyer la présente cause au TAPI sur ce point. Il ne sera donc pas donné suite à ce grief.

- 5) Dans un troisième grief, la recourante se plaint d'une constatation inexacte des faits.

Le TAPI a retenu que l'exercice d'une activité économique, soit l'exploitation d'un salon de massage érotique, dans la villa louée par Mme A\_\_\_\_\_ située en zone 5 constituait un changement d'affectation excédant le cadre de l'art. 19 al. 3 LaLAT et, partant, soumis à autorisation de construire. Il s'est fondé principalement sur l'intitulé du contrat de bail, visant des locaux commerciaux destinés à l'exploitation d'un salon de massage.

En cinquième zone à bâtir (zone villa), le propriétaire, l'ayant droit ou le locataire d'une villa peut, à condition que celle-ci constitue sa résidence principale, utiliser une partie de cette villa aux fins d'y exercer des activités professionnelles, pour autant qu'elles n'entraînent pas de nuisances graves pour le voisinage (art. 19 al. 3 in fine LaLAT).

Il ressort des délibérations du Grand Conseil que cet article, tel qu'il a été adopté le 22 janvier 1988, vise à permettre une activité sans nuisances dans les

zones villas. Seule une partie de la maison peut être utilisée à des fins professionnelles pour être certain que le caractère d'habitation reste prépondérant. Il n'est pas souhaitable que cette disposition permette par exemple à une personne, sous le couvert d'une boîte aux lettres, de transformer une villa en bureaux, bien qu'y étant domiciliée (Mémorial des séances du Grand Conseil, 1988, pp. 596 ss ; ATA N. du 18 octobre 1989 et les références citées).

Les éléments à disposition de la chambre administrative permettent d'établir que la villa en question, sise en cinquième zone, fait l'objet d'un contrat de bail pour « locaux commerciaux » et qu'elle est effectivement utilisée aux fins d'exploitation d'un salon de massage érotique, employant six hôtes (source : <http://www.angelsvilla.ch>, consulté le 10 décembre 2015). Au moins six pièces du bâtiment sont aménagées à cette fin (source : [http://www.\\_\\_\\_\\_\\_](http://www._____), consulté le 10 décembre 2015). Ainsi, bien que la recourante réside dans la villa à titre principal, ce que les différents documents produits prouvent, à l'instar du matériel de vote de l'intéressée, et que l'activité n'engendre apparemment pas de nuisances pour les voisins, force est de constater que les affirmations de la recourante selon lesquelles l'utilisation de la villa aurait pour but principal son logement et que l'activité économique serait accessoire sont inexactes. Bien au contraire, il y a lieu de considérer que l'activité liée au salon de massage est prépondérante, au vu de l'intitulé du contrat de bail concerné et la destination des locaux, à savoir exclusivement un salon de massage, de la correspondance de l'intéressée du 27 février 2014 dans laquelle elle rappelle être précisément au bénéfice d'un bail commercial, de l'attestation du propriétaire du 26 juillet 2010 ne faisant référence qu'au caractère commercial du bail, ainsi que de l'ampleur de l'activité économique, soit la surface de la villa qui lui est dédiée et le nombre de personnes employées.

Par conséquent, le TAPI a constaté et interprété les faits de manière correcte en considérant que l'activité économique était prépondérante par rapport au caractère d'habitation de la villa et, partant, qu'il s'agissait d'un changement d'affectation, de sorte que l'exception de l'art. 19 al. 3 2<sup>ème</sup> phrase LaLAT ne s'appliquait pas.

- 6) La recourante fait valoir que la décision querellée est contraire au principe de la force dérogatoire du droit fédéral, du moment que les dispositions fédérales ne prévoient pas que le droit cantonal puisse soumettre à autorisation un changement d'affectation ne nécessitant pas de travaux de construction, ni de transformation.
  - a. Le principe de la primauté du droit fédéral découlant de l'art. 49 Cst. fait obstacle à l'application de règles cantonales qui éludent des prescriptions de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en œuvre, ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementées de façon exhaustive (ATF 119 Ia 348

consid. 2c ; 117 Ia 328 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 1P.664/1999 et 1P.686/1999 du 1<sup>er</sup> septembre 2000 publié in RDAF 2002 I p. 25 consid. 2a ; ATA/552/2013 du 27 août 2013 ; ATA/187/2003 du 1er avril 2003).

Selon l'art. 22 LAT, aucune construction ou installation ne peut être créée ou transformée sans autorisation de l'autorité compétente (al. 1). À teneur de l'al. 2, l'autorisation est délivrée si la construction ou l'installation est conforme à l'affectation de la zone (let. a) et si le terrain est équipé (let. b). Le droit fédéral et le droit cantonal peuvent poser d'autres conditions (al. 3).

L'art. 1 al. 1 let. b LCI prévoit que sur tout le territoire du canton nul ne peut, sans y avoir été autorisé, modifier même partiellement le volume, l'architecture, la couleur, l'implantation, la distribution ou la destination d'une construction ou d'une installation.

b. La jurisprudence fédérale et cantonale est très extensive en matière d'assujettissement à l'autorisation de construire (Nicolas MICHEL, Droit public de la construction, 1996, n. 1417).

Le terme « transformation » de l'art. 22 al. 1 LAT vise également le changement d'affectation, soit la modification du but de l'utilisation, même lorsqu'il ne nécessite pas de travaux de construction (ATF 113 Ib 219 c. 4d = JdT 1989 I 461 ; Heinz AEMISEGGER/Alfred KUTTLER/Pierre MOOR/Alexander RUCH/Pierre TSCHANNEN [éd.], Commentaire de la loi sur l'aménagement du territoire, 2010, art. 22, p. 19 n. 34). En l'absence de travaux, un changement d'affectation ne peut être dispensé d'autorisation que si la nouvelle utilisation correspond à celle de la zone en question ou si son effet sur l'environnement et la planification s'avère manifestement mineur (ATF 113 Ib 219 = JdT 1989 I 461 consid 4d).

A été considéré comme non assujetti à l'autorisation en vertu de l'art. 1 LCI un projet consistant à installer, sans aucune modification, dans les bâtiments sis sur la parcelle en cause, une entreprise de miroiterie-vitrerie à la place d'une serrurerie. Aucun bâtiment n'est touché ni dans son aspect physique ni dans sa destination : il y a simplement remplacement d'une activité de type artisanal par une autre activité du même type, ce qui ne constitue pas un changement d'affectation (Nicolas MICHEL, op. cit., n. 1416 et la référence).

En revanche, les tribunaux ont admis que l'utilisation de logements à d'autres fins que l'habitation ou encore la conversion d'un local d'habitation en institut de beauté, même si celle-ci n'entraîne pas de travaux, constituent des changements d'affectation soumis à autorisation (Nicolas MICHEL, op. cit., n. 1398 ss et les références).

c. Selon la doctrine, l'exigence posée par l'art. 22 LAT est une exigence minimale ; les lois cantonales peuvent donc décider d'un régime plus sévère et soumettre à l'obligation du permis de construire des projets qui en seraient dispensés selon l'art. 22 LAT (Heinz AEMISEGGER/Alfred KUTTLER/Pierre MOOR/Alexander RUCH/Pierre TSCHANNEN [éd.], op. cit., art. 22, p. 4 n. 4 ; Nicolas MICHEL, op. cit., n. 1397 ss).

- 7) En l'espèce, la décision querellée, fondée sur le droit cantonal, assujettit à autorisation un changement d'affectation ne nécessitant pas de travaux de construction ou de transformation. Au vu des principes susmentionnés, force est de constater que cette exigence n'est pas contraire au but du droit fédéral et que, partant, le principe de la primauté du droit fédéral n'a pas été violé.
- 8) La recourante se plaint encore de la violation de sa liberté économique. Selon elle, aucune base légale, de rang cantonal ou fédéral ne soumet à autorisation l'exercice d'une activité professionnelle par le locataire d'une villa si celle-ci constitue sa résidence principale et si l'activité en question ne nécessite pas de travaux de transformation ou de construction.

La recourante ne saurait être suivie sur ce point.

L'article 27 Cst. garantit la liberté économique qui comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice.

- 9) En l'espèce, il est douteux que la liberté économique de la recourante soit touchée par l'assujettissement du changement d'affectation en question à autorisation, dans la mesure où l'obtention d'une autorisation ne constitue qu'une étape à l'exercice de son activité économique et où l'intéressée peut en tous les cas continuer d'exercer sa profession dans un autre immeuble.

Si une telle atteinte devait toutefois être avérée, la liberté économique de la recourante ne serait pas violée puisque la mesure en question est prévue par la loi, répond à un intérêt public et est proportionnée au but visé.

Contrairement à l'avis de la recourante, il a été établi ci-dessus que l'assujettissement à l'autorisation d'un changement d'affectation ne nécessitant pas de travaux est prévu par des bases légales claires, tant fédérales que cantonales, à savoir principalement les art. 22 LAT et 1 LCI.

Cet assujettissement répond à des intérêts publics ancrés dans la LAT, soit ceux de répartir judicieusement les lieux d'habitation et les lieux de travail (art. 3 al. 3 let. a LAT et 19 al. 3 LaLAT) et de préserver autant que possible les lieux d'habitation des atteintes nuisibles ou incommodes (art. 3 al. 3 let. b LAT), intérêts qui doivent être qualifiés de prépondérants par rapport à l'intérêt privé de

la recourante de pouvoir exercer son activité économique dans la zone villa sans requérir préalablement une autorisation.

L'obligation de requérir une autorisation est une mesure propre à protéger les intérêts susmentionnés. Peu incisive, elle consiste principalement pour l'administré en des démarches administratives, que la recourante a d'ailleurs entreprises sans difficultés particulières dès le 11 août 2014. Une telle mesure respecte donc le principe de proportionnalité.

Par conséquent, le fait de soumettre à autorisation l'exercice d'une activité économique sous la forme de l'exploitation d'un salon de massage érotique dans une zone villa ne viole pas la liberté économique de la recourante.

10) Au vu des considérations qui précèdent, le jugement querellé est conforme au droit en tant qu'il confirme la décision du DALE de soumettre l'activité de la recourante à autorisation et qu'il renvoie le dossier au DALE pour examen de la demande d'autorisation de la recourante du 11 août 2014.

11) La recourante estime que l'amende infligée par le DALE était illégale, son activité ne constituant pas un changement d'affectation de la villa. Même si tel devait être le cas, aucune autorisation de construire n'était requise, de sorte que la LCI n'avait pas été violée.

a. Est passible d'une amende administrative de CHF 100.- à CHF 150'000.- tout contrevenant à la LCI, à ses règlements d'application ainsi qu'aux ordres du DALE (art. 137 al. 1 LCI). Toutefois, lorsqu'une construction, une installation ou tout autre ouvrage a été entrepris sans autorisation mais que les travaux sont conformes aux prescriptions légales, le montant maximum de l'amende est de CHF 20'000.- (art. 137 al. 2 LCI). Il est tenu compte, dans la fixation du montant de l'amende, du degré de gravité de l'infraction (art. 137 al. 3 LCI).

b. Les amendes administratives prévues par les législations cantonales sont de nature pénale, car aucun critère ne permet de les distinguer clairement des contraventions pour lesquelles la compétence administrative de première instance peut au demeurant aussi exister. C'est dire que la quotité de la sanction administrative doit être fixée en tenant compte des principes généraux régissant le droit pénal (ATA/824/2015 du 11 août 2015 consid. 14b ; ATA/569/2015 du 2 juin 2015 consid. 27b ; ATA/147/2014 du 11 mars 2014 consid. 9c).

c. En vertu de l'art. 1 let. a de la loi pénale genevoise du 17 novembre 2006 (LPG - E 4 05), les dispositions de la partie générale du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) s'appliquent à titre de droit cantonal supplétif. On doit cependant réserver celles qui concernent exclusivement le juge pénal (ATA/824/2015 précité consid. 14c ; ATA/569/2015 précité consid. 27c ; ATA/147/2014 précité consid. 9d).

Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence (Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Félix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 252 n. 1179). Selon la jurisprudence constante, l'administration doit faire preuve de sévérité afin d'assurer le respect de la loi et jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour infliger une amende. La juridiction de céans ne la censure qu'en cas d'excès ou d'abus (ATA/569/2015 précité consid. 27c ; ATA/147/2014 précité consid. 9d ; ATA/160/2009 du 31 mars 2009 consid. 5c). Enfin, l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst. ; ATA/824/2015 précité consid. 14c ; ATA/147/2014 précité consid. 9d).

d. L'autorité qui prononce une mesure administrative ayant le caractère d'une sanction doit également faire application des règles contenues aux art. 47 ss CP (principes applicables à la fixation de la peine), soit tenir compte de la culpabilité de l'auteur et prendre en considération, notamment, les antécédents et la situation personnelle de ce dernier (art. 47 al. 1 CP). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (art. 47 al. 2 CP ; ATA/824/2015 précité consid. 14d ; ATA/569/2015 précité consid. 27d ; ATA/147/2014 précité consid. 9e).

- 12) En l'espèce, comme exposé ci-dessus, la recourante avait l'obligation de requérir une autorisation de construire pour transformer sa villa d'habitation en salon de massage érotique. Ne l'ayant pas fait, elle s'exposait à des sanctions en vertu de l'art. 137 LCI, de sorte que l'amende est fondée dans son principe, et ce même si l'installation devait être conforme aux prescriptions légales (art. 137 al. 2 LCI). La recourante ne peut se prévaloir à cet égard de ce que l'ordre de remise en état a été annulé par le TAPI. La recourante a tout au moins fait preuve de négligence en ne se renseignant pas auprès de l'autorité compétente sur la nécessité d'une autorisation de construire avant d'exploiter son salon de massage érotique dans une zone résidentielle. À ce titre, même à considérer que la recourante aurait effectivement obtenu des renseignements de la mairie selon lesquels elle pouvait, sans autre, exercer son activité commerciale, ceux-ci émanaient à l'évidence d'une autorité incompétente pour se prononcer sur la problématique soumise. En conséquence, la recourante ne pouvait en aucun cas se satisfaire de leur réponse.

Le montant de CHF 3'000.- apparaît au surplus tout à fait proportionné au regard de la violation de la loi précitée, se situant largement en-deçà du montant maximal d'amende possible de CHF 150'000.- (art. 137 al. 1 LCI), ou CHF 20'000.-, en fonction du caractère conforme ou non de l'activité litigieuse (art. 137 al. 2 LCI).

L'autorité intimée n'a dès lors pas excédé ni abusé de son pouvoir d'appréciation.

- 13) Mal fondé, le recours sera rejeté.
- 14) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de Mme A\_\_\_\_\_ (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 26 mars 2015 par Madame A\_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 20 février 2015 ;

**au fond :**

le rejette ;

met à la charge de Madame A\_\_\_\_\_ un émolument de CHF 500.- ;

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

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 ;

communiqua le présent arrêt à Me Manuel Bolivar, avocat de la recourante, au département de l'aménagement, du logement et de l'énergie, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeants : M. Verniory, président, Mme Payot Zen-Ruffinen, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :