RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1429/2022-LDTR **ATA/174/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 28 février 2023

dans la cause

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE - OAC **recourant**

contre

FONDATION A_____ **intimée**
représentée par Me Lucien Lazzarotto, avocat

_____

Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 13 septembre 2022 (JTAPI/960/2022)

EN FAIT

A. Par jugement du 13 septembre 2022, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a admis le recours formé par la Fondation A_____ (ci-après : la fondation) contre la décision du 18 mars 2022 par laquelle le département du territoire (ci-après : le département ou DT) lui a infligé l'amende administrative de CHF 5'700.- pour avoir entrepris des travaux sans autorisation dans un appartement de quatre pièces sis au rez-de-chaussée de l'immeuble du boulevard B_____ sur la parcelle n° 4'331 de la commune de C_____.

Bien que succincte, la décision querellée mentionnait les bases légales applicables ainsi que les procédures et les faits pertinents sur lesquels elle se fondait. Le département s'était expliqué sur les circonstances aggravantes ou atténuantes prises en compte dans ses observations du 23 juin 2022 et sa duplique du 4 août 2022 et la fondation avait eu l'occasion de se déterminer à cet égard, de sorte que le défaut de motivation avait pu être réparé.

Les travaux avaient été réalisés sans autorisation. Il paraissait toutefois difficile de retenir une quelconque volonté délictuelle de la part de la fondation.

Ce n'était qu'à l'issue d'une procédure judiciaire que l'obligation d'autorisation selon 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) avait été retenue. Dans son jugement du 6 octobre 2020, le TAPI avait constaté que les travaux réalisés en 2017 correspondaient à des travaux fréquemment réalisés lors d'un changement de locataire, n'apportant ni amélioration du confort ni de la qualité de l'appartement, que certains travaux prévus dans le cadre de l'autorisation de construire en procédure accélérée (ci-après : APA) 1_____ portaient sur des éléments ayant fait l'objet de travaux en 2017, démontrant qu'il n'y avait eu aucune volonté d'échelonner les travaux dans le temps, que le coût de ceux-ci, de CHF 6'835.24 la pièce, était inférieur au montant retenu par la jurisprudence pour les qualifier de grande ampleur et que si le montant mensuel du loyer, porté à CHF 2'800.- (soit CHF 33'600.- par an) après travaux, était certes plus élevé que la moyenne des loyers dans un immeuble semblable selon les statistiques genevoises pour 2017, arrêté à CHF 2'038.- (soit CHF 24'456.- par an), il ne pouvait être retenu que ce montant eut été justifié par les travaux réalisés, lesquels n'avaient aucunement changé l'affectation du logement. Il avait également relevé que si l'augmentation de loyer après travaux pouvait paraître élevée, il fallait garder à l'esprit qu'il s'agissait d'un appartement situé dans un périmètre protégé de D_____ dont la surface totale s'élevait à près de 90 m^2, soit une surface sensiblement supérieure à la surface moyenne pour un quatre pièces. Sur cette base, il avait considéré que

lesdits travaux devaient être qualifiés de pur entretien et, de ce fait, n'étaient pas assujettis à la LDTR.

Certes, dans son arrêt du 2 mars 2021, la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) n'avait pas suivi l'appréciation du TAPI. Néanmoins, il convenait de relever que c'était principalement en raison de l'impact des travaux sur le loyer, permettant de les assimiler à des travaux d'entretien différés, qu'elle avait retenu que les travaux en cause devaient être qualifiés de travaux de transformation assujettis à la LDTR. La chambre administrative s'était fondée sur une hausse de 75 % du loyer après travaux, au lieu de 60 % (arrêt du Tribunal fédéral 1C_195/2021 du 28 octobre 2021 consid. 4.2.2, p. 9), ce qui permettait de relativiser la prise en compte du critère de l'impact des travaux sur le loyer pour l'application de la LDTR.

Il en résultait que la qualification des travaux réalisés en 2017 et leur assujettissement à la LDTR n'avaient rien d'évident, y compris pour des professionnels de la branche. Si l'appréciation faite par la fondation s'était, in fine, révélée erronée, elle était en tout cas tout à fait défendable.

La fondation, qui était inscrite depuis 1996 au Registre du commerce (ci-après : RC) et poursuivait des buts caritatifs, sollicitait très régulièrement des APA pour la rénovation de son parc de logements, soit environ une dizaine par année, y compris pour les années précédant les faits ayant donné lieu à la décision litigieuse. Si cela démontrait effectivement qu'elle connaissait ses obligations de propriétaire, a contrario, cela illustrait également une bonne pratique de sa part en la matière. Le dépôt de pas moins de neuf requêtes d'APA pour la seule année 2017 tendait en tous les cas à démontrer sa volonté générale de l'époque de respecter la loi. Ces éléments, cumulés au fait – non contesté – qu'il s'agissait de la première et unique infraction de la recourante en matière de LDTR, permettaient de se convaincre que cette dernière avait agi de bonne foi, sans intention de contourner la loi. Il y avait lieu d'admettre que la recourante avait agi sous l'influence d'une appréciation erronée des faits (art. 13 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 - CP - RS 311.0) et qu'en raison de cette erreur, elle n'avait pas conscience de commettre une faute, que ce soit intentionnellement ou par négligence. En conséquence, l'infraction à la LDTR n'était pas réalisée.

B. **a.** Par acte remis à la poste le 12 octobre 2022, le département a recouru auprès de la chambre administrative contre ce jugement, concluant à son annulation.

La nécessité d'une autorisation avait été définitivement retenue par la chambre administrative, ce qui établissait l'existence d'une infraction. Le fait que le TAPI avait dans un premier temps soutenu le contraire était sans influence, sous peine d'exonérer tout auteur innocenté en première instance. L'absence d'antécédents n'était pas propre à établir la bonne foi, à peine d'exonérer toute première infraction. Le jugement attaqué ne contenait aucune explication au sujet des

précautions prises par la fondation pour pouvoir bénéficier de l'erreur sur les faits. Or, à défaut de s'être renseignée préalablement, celle-ci avait accepté le risque de contrevenir à la loi et son erreur était évitable. À tout le moins, son comportement remplissait les conditions de la négligence et sa connaissance de ses obligations de propriétaire était de nature à exclure sa bonne foi et ne l'exemptait pas de son devoir de se renseigner.

b. Le 14 novembre 2022, la fondation a conclu au rejet du recours, subsidiairement à la réduction de l'amende à un montant symbolique de CHF 100.-.

Le département considérait à tort comme acquise, à tout le moins par négligence, la volonté délictuelle de l'auteur d'une infraction à la LDTR. Elle avait la certitude que les travaux n'étaient pas assujettis à autorisation, sans quoi elle aurait demandé une APA. Cette certitude était excusable. Il était illogique de lui opposer l'obligation de se renseigner, sauf à vouloir faire soumettre au département toute intervention d'entretien. Le département ne justifiait pas le montant de l'amende. Il voulait en réalité pouvoir s'en tenir à une pratique consistant à « éliminer de l'équation » tout examen subjectif du comportement de l'auteur pour amender de manière mécanique tout contrevenant à la LDTR.

c. Le 14 décembre 2022, le département a persisté dans ses conclusions.

d. Le 16 décembre 2022, la cause a été gardée à juger.

C. **a.** Il ressort de la procédure les éléments pertinents suivants :

b. La fondation est inscrite au RC depuis le 20 décembre 1996. Elle a pour but de soutenir des activités culturelles, sociales et sportives d'intérêt général dans le canton de Genève et dans sa région. À cet effet, elle acquiert divers immeubles provenant du patrimoine issu respectivement de l'ancienne « Caisse d'Épargne de la République et Canton de Genève » et de l'ancienne « Banque Hypothécaire du Canton de Genève ». À ce titre, elle est propriétaire de la parcelle n° 4'331 de la commune de C_____ sur laquelle est érigé un bâtiment d'habitation et activités, sis boulevard B_____, d'une surface totale de 252 m^2.

c. Le 26 août 2019, la fondation a requis auprès du département une APA 1_____ portant sur la rénovation d'un appartement de quatre pièces situé au rez-de-chaussée de l'immeuble.

d. Interpellée sur des travaux effectués en juin 2017 et précédemment, la régie a exposé, par courriers des 17 septembre et 9 octobre 2019, que ceux-ci, d'un coût total de CHF 27'654.-, correspondaient à la pose d'un nouveau carrelage au sol de la salle de bain par-dessus l'existant, la pose d'une coque acrylique sur la baignoire et le remplacement du lavabo, la pose d'un nouveau carrelage au sol des WC par-dessus l'existant, le remplacement du plan de travail de la cuisine et des

appareils électroménagers, la remise en peinture des meubles de cuisine existants, un complément de faïences et la remise en peinture des murs et plafonds de l'appartement. Le carreleur n'avait jamais facturé ses interventions, devisées à CHF 6'613.90 le 2 juin 2017. Les WC avaient été remplacés en 2006 pour un montant de CHF 2'590.-.

e. Le 10 janvier 2020, l'office cantonal du logement et de la planification foncière (ci-après : OCLPF) a rendu un préavis favorable sous conditions. Le loyer de l'appartement ne devait pas excéder, après les travaux effectués sans autorisation de construire en juin 2017, son niveau à cette date, soit CHF 5'148.- la pièce par an, devait être appliqué avec effet rétroactif pour une durée de trois ans à partir de la remise en location après la fin des travaux, soit du 1er juillet 2017. Le loyer ne devait par ailleurs pas excéder, après les travaux visés par l'autorisation de construire requise, son niveau actuel de CHF 20'592.- par an, soit CHF 5'148.- la pièce par an, pendant une durée de trois ans à partir de la remise en location après la fin des travaux. L'APA 1_____ régularisait les travaux effectués sans autorisation en juin 2017 et visés par la procédure administrative I/2_____.

f. Le 17 janvier 2020, le département a délivré l'autorisation de construire APA 1_____, laquelle reprenait les conditions du préavis de l'OCLPF du 10 janvier 2020 (ch. 6 de l'autorisation).

g. Le 6 octobre 2020, le TAPI a admis le recours interjeté par la fondation contre la décision, considérant que les travaux effectués en 2017 devaient être qualifiés de travaux courants d'entretien.

h. Le 2 mars 2021, la chambre de céans a annulé ce jugement et restauré la décision d'autorisation de construire APA 1_____ du 17 janvier 2020, notamment les conditions contenues dans le préavis de l'OCLPF du 10 janvier 2020. Le coût des travaux par pièce, de CHF 6'835.25, était certes insuffisant pour permettre de les qualifier de grande ampleur. Toutefois, le loyer mensuel avait été porté à CHF 2'800.-, soit un loyer annuel de CHF 33'600.- après les travaux réalisés en 2017, ce qui représentait une hausse de 75 % par rapport au loyer avant travaux de CHF 19'200.-. La fondation n'avait en outre accompli pour ainsi dire aucun travail d'entretien entre 2003 et 2017. Ainsi, les travaux de 2017 constituaient des travaux différés et étaient assujettis à la LDTR.

i. Le 28 octobre 2021, le Tribunal fédéral a rejeté le recours formé contre cet arrêt La chambre administrative s'était fondée sur les critères de la nature, de l'ampleur et du coût des travaux ainsi que sur leur impact sur le loyer. Ces critères étaient pertinents. Même si la hausse était en réalité de 60 %, elle demeurait très importante et permettait de présumer qu'on se trouvait en présence de travaux de transformation (arrêt 1C_195/2021 précité consid. 4.2.2).

j. Le 18 mars 2022, le département, se référant à l'autorisation APA 1_____ et à l'arrêt du Tribunal fédéral du 28 octobre 2021, a, d'une part, ordonné à la fondation de rétablir une situation conforme au droit et, d'autre part, lui a infligé, en application des art. 44 LDTR et 137 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05), une amende administrative de CHF 5'700.- pour les travaux entrepris sans autorisation dans l'appartement concerné. Le montant tenait compte de la gravité tant objective que subjective de l'infraction commise.

k. Le 25 mars 2022, la fondation a transmis au département les justificatifs attestant de la mise en œuvre de l'ordre de rétablir une situation conforme au droit.

l. Le 1er avril 2022, la fondation a demandé au département de revoir l'amende infligée. Son principe et son montant étaient contestés, principalement pour absence de toute volonté délictuelle et, subsidiairement, en raison des critères à appliquer pour fixer la quotité d'une sanction.

m. Le 14 avril 2022, le département a maintenu les termes de sa décision du 18 mars 2022.

n. Le 5 mai 2022, la fondation a recouru contre la décision du département du 18 mars 2022 auprès du TAPI, concluant, principalement, à son annulation, subsidiairement, à la réduction « considérable » de sa quotité. La décision infligeant une amende souffrait d'un défaut de motivation. Le département se contentait d'indiquer que celle-ci tenait compte de la gravité tant objective que subjective de l'infraction commise, répétant abstraitement les principes généraux applicables, sans les concrétiser et les matérialiser au regard du comportement concret adopté. Cette pseudo-motivation ne permettait pas de comprendre les fondements, respectivement la quotité de l'amende prononcée. L'amende infligée n'était pas fondée dans son principe en raison de l'absence de toute volonté délictuelle. Si elle avait réalisé les travaux litigieux sans solliciter d'autorisation, c'était en toute bonne foi, convaincue, comme les professionnels en charge de son immeuble et les juges de première instance, qu'une telle autorisation n'était pas nécessaire. Par ailleurs, au vu de son statut et de son attitude générale en cas de travaux réalisés dans ses immeubles (celle-ci ayant déposé non moins de dix-sept demandes d'APA entre le 31 mars 2020 et le 31 décembre 2021 pour la rénovation de son parc de logements), elle avait incontestablement agi sans aucune volonté de se procurer des gains indus ou de contourner la loi. Le montant infligé était disproportionné au vu de son comportement (dépôt systématique de demandes d'autorisation pour ses travaux de rénovation, absence d'antécédents, absence de démarche motivée par la cupidité ou l'appât du gain). Le montant retenu, qui n'était pas arrondi au millier ou au demi-millier, semblait par ailleurs résulter d'un pourcentage appliqué aux loyers trop perçus, ce qui confirmait le caractère dogmatique et automatique de la sanction, sans prise en compte des

circonstances particulières. En fixant le montant de l'amende à CHF 5'700.-, ce qui représentait cinquante-sept fois le minimum légal, respectivement un quart du maximum applicable, le département avait excédé, voire abusé de son pouvoir d'appréciation. Au vu de l'absence de toute volonté délictuelle, le département aurait dû se limiter à ordonner le rétablissement d'une situation conforme au droit. Cas échéant, il se justifiait de réduire drastiquement le montant de l'amende et de le limiter à une somme purement symbolique.

o. Le 23 juin 2022, le département a conclu au rejet du recours. Il était avéré que les travaux réalisés étaient assujettis à la procédure d'autorisation de construire et que ceux-ci avaient été entrepris avant le dépôt d'une requête dans ce sens. Ce manquement constituait à lui seul une faute, laquelle pouvait être réalisée sous la forme d'une simple négligence. L'amende était ainsi fondée dans son principe. Son montant était également proportionné. La circonstance aggravante de la cupidité était réalisée du fait qu'à la suite des travaux, la recourante avait augmenté, sans autorisation du département, le loyer de 60 % en expliquant qu'il s'agissait là d'une simple actualisation du prix aux loyers du quartier. L'utilisation des loyers indûment encaissés à des fins caritatives demeurait sans influence. La volonté délictuelle n'avait pas été prise en compte. Cela étant, la preuve apportée par la fondation pour démontrer l'absence d'une telle volonté aurait été vouée à l'échec, la totalité des APA qu'elle indiquait avoir déposées l'ayant été postérieurement à celle qui avait donné lieu à l'infraction litigieuse. Par ailleurs, le montant de CHF 5'000.- était, par essence, adapté aux ressources financières d'une personne morale et correspondait à une pratique régulière du département, étant encore relevé que le bien juridiquement lésé revêtait un intérêt public. L'ensemble des circonstances utiles à la fixation du montant de la sanction avait ainsi bien été pris en compte. Au surplus, la recourante ne démontrait pas en quoi le fait de ne pas avoir arrêté l'amende litigieuse à une somme arrondie serait abusif. Elle ne donnait par ailleurs aucune indication sur sa situation financière et ne prétendait pas que le montant de l'amende ne serait pas compatible avec celle-ci.

p. Le 19 juillet 2022, la fondation a répliqué. Ses buts caritatifs statutaires étaient les garants de l'absence de toute volonté de s'enrichir personnellement, excluant ainsi la circonstance aggravante de la cupidité. Par ailleurs, le fait qu'une bonne partie de la hausse de loyer appliquée en 2017 pouvait se justifier par un ajustement aux prix du marché suffisait à réduire à néant le grief de cupidité, car le gain effectivement réalisé en raison des travaux demeurait limité. Au surplus, elle pouvait se prévaloir de multiples autres circonstances atténuantes : les modifications qui lui étaient reprochées étaient peu importantes et difficilement assimilables à une rénovation ; elle n'avait aucun antécédent ; elle n'avait pas été mue par des motivations condamnables, en particulier la cupidité ; elle avait toujours collaboré avec le département ; il ne s'était agi que d'une erreur isolée, ne visant qu'un appartement.

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. Les parties ne contestent pas la soumission des travaux à la LDTR et à la LCI – la fondation a documenté le 25 mars 2022 avoir mis en œuvre l'ordre de rétablir une situation conforme au droit et notamment remboursé le trop-perçu des loyers. Elles divergent sur le principe et la quotité de l'amende.

2.1.1 Celui qui contrevient aux dispositions de la LDTR est passible des mesures et des sanctions administratives prévues par les art. 129 à 139 LCI, et des peines plus élevées prévues par le code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0 ; art. 44 al. 1 LDTR).

2.1.2 Selon l'art. 137 al. 1 LCI, est passible d'une amende administrative de CHF 100.- à CHF 150'000.- tout contrevenant à la LCI (let. a), aux règlements et arrêtés édictés en vertu de la LCI (let. b) et aux ordres donnés par le département dans les limites de la LCI et des règlements et arrêtés édictés en vertu de celle-ci (let. c). Le montant maximum de l'amende est de CHF 20'000.- lorsqu'une construction, une installation ou tout autre ouvrage a été entrepris sans autorisation mais que les travaux sont conformes aux prescriptions légales (art. 137 al. 2 LCI). Il est tenu compte, dans la fixation du montant de l'amende, du degré de gravité de l'infraction ; constituent notamment des circonstances aggravantes la violation des prescriptions susmentionnées par cupidité, les cas de récidive et l'établissement, par le mandataire professionnellement qualifié, d'une attestation, au sens de l'art. 7 LCI, non conforme à la réalité (art. 137 al. 3 LCI).

Le montant maximum de l'amende a été modifié le 1er septembre 2010 et porté de CHF 60'000.- à CHF 150'000.-.

2.1.3 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/440/2019 du 16 avril 2019 ; ATA/19/2018 du 9 janvier 2018).

2.1.4 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 CP s'appliquent à titre de droit cantonal supplétif. On doit cependant réserver celles qui concernent exclusivement le juge pénal (ATA/440/2019 précité ; ATA/19/2018 précité). Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme

d'une simple négligence. Selon la jurisprudence constante, l'administration doit faire preuve de sévérité afin d'assurer le respect de la loi (ATA/19/2018 précité).

2.1.5 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/19/2018 précité).

2.1.6 Selon l'art. 13 CP, quiconque agit sous l'influence d'une appréciation erronée des faits est jugé d'après cette appréciation si elle lui est favorable (al. 1). Quiconque pouvait éviter l'erreur en usant des précautions voulues est punissable pour négligence si la loi réprime son acte comme infraction par négligence (al. 2). Agit sous l'emprise d'une erreur sur les faits celui qui n'a pas connaissance ou qui se base sur une appréciation erronée d'un élément constitutif d'une infraction pénale (ATF 129 IV 238 consid. 3.1 p. 240). L'intention délictuelle fait alors défaut. L'erreur ne peut conduire à un acquittement que si elle est excusable (Michel DUPUIS/Bernard GELLER/Gilles MONNIER/Laurent MOREILLON/Christophe PIGUET/Christian BETTEX/Daniel STOLL [éds], Code pénal - Petit commentaire, 2ème éd., n. 18 ad art. 13). Si elle est évitable et que l'auteur n'use pas des précautions voulues pour l'éviter, il est punissable par négligence. Tout comme les infractions punissables par négligence, il convient de prendre en compte les circonstances et la situation personnelle de l'auteur (ATF 119 IV 255 consid. 2c). On assimile à l'erreur sur les faits le cas où l'auteur retient par erreur pour donné un état de fait qui, s'il était vraiment réalisé, serait de nature à rendre justifié son comportement (justification putative) (ATF 134 II 35 consid. 5.3).

2.1.7 Selon l'art. 21 CP, intitulé « erreur sur l'illicéité », quiconque ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite n'agit pas de manière coupable. Le juge atténue la peine si l'erreur était évitable. Cette disposition implique que l'auteur ait cru à tort que son comportement était licite parce qu'il ignorait que l'acte qu'il commettait était interdit ou punissable et, en outre, qu'il avait eu des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir. La réglementation de l'erreur sur l'illicéité est stricte. Elle repose sur l'idée que le sujet de droit doit faire l'effort d'acquérir la connaissance des lois et que son ignorance ne l'absout que dans des circonstances particulières (ATF 129 IV 238 consid. 3.1). Selon la jurisprudence, cette erreur est admise à la double condition que l'auteur a agi en se croyant être en droit de le faire et qu'il avait des « raisons

suffisantes » de se tromper. Pour exclure l'erreur, il suffit que l'auteur ait eu le sentiment de faire quelque chose de contraire à ce qui se doit (ATF 104 IV 217 consid. 2) ou qu'il eût dû avoir ce sentiment. Il en va de même s'il a été expressément informé de la situation juridique par l'autorité compétente ou qu'il en a éludé les prescriptions. Lorsque le doute est permis quant à la légalité du comportement, l'auteur doit, dans la règle, s'informer de manière plus précise auprès de l'autorité compétente (ATF 129 IV 6 consid. 4.1 et les références citées ; arrêts du Tribunal fédéral 6A.54/2006 du 13 février 2007 ; 6A.94/2006 du 29 mars 2007 ; ATA/19/2009 du 13 janvier 2009 et les références citées).

2.1.8 Le département jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer la quotité de l'amende. La chambre de céans ne le censure qu'en cas d'excès ou d'abus. Sont pris en considération la nature, la gravité et la fréquence des infractions commises dans le respect du principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101 ; ATA/440/2019 précité ; ATA/945/2018 du 18 septembre 2018 ; ATA/19/2018 précité).

2.1.9 Doivent être notamment prises en compte au titre de circonstances aggravantes, le fait d'avoir agi par cupidité, la récidive, la profession de l'auteur de l'infraction ainsi que le nombre élevé ou la proportion importante des appartements ou immeubles concernés par la violation de la LDTR. Au titre de circonstances atténuantes, doivent être prises en compte notamment l'absence de volonté délictuelle, une violation de la LDTR sur un appartement ou un immeuble isolé seulement, le fait qu'une réaffectation en logement soit aisée (Emmanuelle GAIDE/Valérie DÉFAGO GAUDIN, La LDTR Démolition, transformation, rénovation, changement d'affectation et aliénation immeubles de logements et appartements, p. 490-491 et les jurisprudences citées). La doctrine cite ainsi parmi les exemples de circonstances aggravantes, outre celles mentionnées par la loi, le nombre élevé ou la proportion importante des appartements ou immeubles concernés par la violation de la LDTR ainsi que le montant élevé du trop-perçu de loyer touché (ibid. p. 490). Il doit être tenu compte de la capacité financière de la personne sanctionnée (ATA/806/2005 du 29 novembre 2005 consid. 3d).

2.1.10 Il ressort de la jurisprudence cantonale que le montant maximum de l'amende, de CHF 60'000.- en vigueur jusqu'au 1er septembre 2010, a été infligé à un administrateur de sociétés immobilières pour avoir loué après des travaux non autorisés des appartements à des loyers bien plus élevés que ceux bloqués par le département dans les autorisations rétroactives (ATA/195/2005 du 5 avril 2005 confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 11P.309/2005 du 1er novembre 2005).

Le maximum a aussi été infligé à un propriétaire ayant loué des appartements de plusieurs de ses immeubles à des loyers plus élevés que les loyers fixés dans les autorisations de construire afin d'obtenir un gain illicite de plusieurs centaines de milliers de francs, ayant agi intentionnellement et par cupidité, étant en outre

multirécidiviste, ayant enfin tenu des propos mensongers et exercé des pressions à l'égard des locataires et ayant antidaté des contrats de bail rectifiés (ATA/195/2005 du 5 avril 2005 confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 11P.309/2005 du 1er novembre 2005).

Un quart du montant maximum, soit CHF 15'000.-, a été infligé à un propriétaire ayant transformé, sans autorisation, des chambres en appartement et ayant perçu des loyers supérieurs à ceux finalement autorisés (ATA/567/2005 du 16 août 2005 consid. 30).

Dans un litige plus récent, l'objet porté devant la chambre administrative s'est limité à la question de savoir s'il convenait de faire obligation au bailleur d'établir et de communiquer à la locataire un nouvel avis de fixation du loyer initial. L'obligation faite au bailleur de rembourser le trop-perçu à la locataire concernée, réduite par le TAPI de CHF 40'662.- à CHF 20'862.-, ainsi que le montant de l'amende infligée, diminuée de CHF 8'100.- à CHF 5'000.-, n'étaient plus litigieux, compte tenu de l'absence de recours du DT sur ces points (ATA/1343/2020 du 22 décembre 2020).

Dans un arrêt du 23 février 2021, la chambre administrative a confirmé une amende de CHF 225'000.- infligée au recourant ; les quatre sociétés recourantes dont ce dernier était administrateur président en répondant solidairement, pour infractions à la LDTR à la suite de quatre arrêts, confirmés par le Tribunal fédéral. Le but des opérations montées par le recourant consistait à éluder l'examen visant à la protection du parc locatif et donc à violer l'art. 39 al. 1 LDTR. L'amende pouvait aller jusqu'à CHF 225'000.- compte tenu du concours d'infractions. La faute était très lourde et relevait d'un mépris total du but de la loi et des intérêts publics protégés. La solidarité entre les quatre entreprises était toutefois réduite proportionnellement au nombre d'appartements concernés leur appartenant (ATA/186/2021 du 23 février 2021, confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 1C_191/2021 du 21 mars 2022).

Dans un arrêt du 23 juin 2022, la chambre de céans a confirmé une amende de CHF 10'160.- infligée à une société qui avait rénové trois appartements soumis à la LDTR sans demander d'autorisation. Pour l'un des appartements, les hausses de loyer avaient atteint 47 % puis 135 % environ. La recourante, par ailleurs expérimentée dans l'immobilier, ne pouvait se prévaloir de son ignorance, dès lors qu'elle était assistée de mandataires professionnellement qualifiés, dont elle devait assumer les actes, et d'une régie. Le fait qu'elle avait demandé et obtenu des autorisations pour d'autres appartements de l'immeuble dénotait qu'elle connaissait bien ses obligations (ATA/651/2022 du 23 juin 2022 consid. 15).

2.2.1 En l'espèce, le TAPI a jugé que, comme le relevait la fondation, ce n'était qu'à l'issue d'une procédure judiciaire que l'obligation d'autorisation LDTR avait été retenue, les juges cantonaux ayant, en première instance, suivi son analyse. Ce

raisonnement ne peut être confirmé. Comme le fait observer le département, il pourrait être invoqué par tout contrevenant pour se soustraire à une sanction lorsqu'il aurait obtenu gain de cause en première instance.

Le TAPI retient que la chambre de céans aurait admis l'application de la LDTR principalement en raison de l'impact des travaux sur les hausses de loyer. Ce critère est toutefois essentiel compte tenu des objectifs de la LDTR et selon la jurisprudence susmentionnée, et il a été appliqué dans le cadre d'une appréciation globale, qui tenait également compte de l'ampleur des travaux et de la quasi absence de travaux durant environ quatorze ans.

Le TAPI considère que la hausse de loyer était de 60 % et non de 75 % comme retenu par la chambre de céans, ce qui permettrait selon lui de relativiser la prise en compte du critère de l'impact des travaux sur le loyer et sur l'application de la LDTR. Or, ce critère conduit ou non à l'application de la loi, de sorte qu'une fois la hausse jugée déterminante, son ampleur est sans effet sur l'assujettissement des travaux à autorisation. Le Tribunal fédéral, qui a relevé l'erreur de calcul, n'en a d'ailleurs pas moins considéré la hausse comme très importante et permettant de présumer qu'on se trouvait en présence de travaux de transformation (arrêt du Tribunal fédéral 1C_195/2021 précité consid. 4.2.2).

Le TAPI estime que l'assujettissement des travaux à la LDTR n'avait rien d'évident, y compris pour des professionnels de la branche, et que si l'appréciation de la fondation s'était in fine révélée erronée, elle était en tout cas tout à fait défendable. Il retient également l'expérience de la recourante, son but caritatif, sa bonne pratique en matière d'autorisations de construire dénotant sa volonté générale de respecter la loi. Il conclut que la fondation avait agi sous l'influence d'une appréciation erronée des faits et n'avait pas conscience de commettre une faute, que ce soit intentionnellement ou par négligence.

Il ne peut être souscrit à ce raisonnement.

Tout d'abord, il n'est pas certain qu'une erreur de la fondation aurait porté sur les faits – soit la relative absence de travaux entre 2003 et 2017, l'accomplissement de plusieurs travaux en 2017, leur nature et leur coût et enfin l'augmentation du loyer, autant d'éléments non contestés – plutôt que sur leur qualification – de travaux d'entretien différés – et leur soumission à la LDTR, soit des questions de droit.

Quoi qu'il en soit, dans chacune des hypothèses, si l'erreur était évitable, la sanction est encourue comme en cas de négligence si celle-ci est poursuivie (art. 13 al. 2 CP) ou la peine est atténuée (art. 21 2^{e} phr. CP).

Or, dans son recours devant le TAPI, la fondation fait certes état de sa « grande surprise » lorsque le département retient l'assujettissement à la LDTR des travaux

accomplis en 2017, mais n'explique ni d'ailleurs n'allègue l'erreur qui l'aurait conduite à ne pas solliciter d'autorisation en 2017, ni les précautions qu'elle aurait alors prises pour l'éviter. Devant la chambre de céans, la fondation n'a pas plus décrit l'erreur dont elle aurait été la victime au moment des faits.

L'appréciation ultérieure de l'assujettissement par le TAPI, favorable à la fondation – pas plus d'ailleurs que l'absence d'antécédents, la longue expérience, la bonne pratique, la volonté de respecter la loi ou le but charitable – ne saurait pallier ce défaut d'allégation ni déployer d'effet absolutoire a posteriori. Au contraire, l'expérience de l'intimée et sa bonne pratique auraient dû la conduire à s'interroger à l'époque des faits sur l'assujettissement des travaux de 2017 à la LDTR – étant observé que celle-ci, qui allègue ses nombreuses demandes d'APA, n'expose pas en quoi la situation litigieuse aurait différé des autres cas au point de la dissuader dans le cas d'espèce de demander une autorisation.

Le département peut être suivi lorsqu'il soutient que la fondation aurait pu se renseigner. Il s'agit d'une pratique notoire des mandataires qualifiés et de l'autorité en matière de construction, soit dans un domaine où la prévisibilité est essentielle et les ajustements fréquents. C'est à tort que la fondation se plaint d'une extension de la surveillance de l'État : il était au contraire de sa diligence de se renseigner, afin précisément de prévenir une faute de sa part et l'intervention consécutive de l'État. Selon la jurisprudence, en effet, celui qui exécute des travaux sans s'être préoccupé de la nécessité de requérir une autorisation prend le risque de contrevenir à la loi, tout en mettant l'autorité devant le fait accompli, et ce quand bien même les travaux sont par la suite autorisés (ATA/86/2006 du 14 février 2006 consid. 9d ; ATA/354/2005 du 24 mai 2005 consid. 9c).

C'est ainsi en violation de la loi que le TAPI a appliqué la circonstance de l'erreur sur les faits à l'intimée et l'a exemptée de toute sanction. La même conclusion s'imposerait si le TAPI avait retenu l'erreur de droit.

2.2.2 L'intimée se plaint de la quotité de l'amende et conclut subsidiairement à sa réduction.

La circonstance du but social d'une personne morale, fût-il caritatif, désintéressé ou altruiste, retenue par le TAPI à l'appui d'une exculpation, est sans effet sur la faute et partant la quotité de la sanction (ATA/292/2022 du 22 mars 2022 consid. 6). Il en va de même des années d'expérience et de « bonne pratique » ainsi que de la volonté de respecter la loi, étant rappelé que si les antécédents constituent une circonstance aggravante, l'absence d'antécédents est une circonstance neutre qui n'a pas l'effet de minorer la sanction. La fondation ne soutient par ailleurs pas que le montant de l'amende mettrait en péril son existence ou que ses ressources ne lui permettraient pas d'y faire face.

En l'espèce, la quotité de l'amende n'apparaît pas disproportionnée compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont jouit le département en la matière, de l'important intérêt public à assurer le respect de la LDTR (arrêt du Tribunal fédéral 1C_143/2011 du 14 juillet 2011 consid. 2.2 ; ATA/1298/2020 du 15 décembre 2020 consid. 3) qui est en jeu, de la jurisprudence susévoquée et des circonstances topiques – un appartement rénové sans autorisation, des hausses de loyer importantes encaissées puis remboursées, pas d'antécédents, une maîtresse de l'ouvrage expérimentée et assistée de mandataires qualifiés et pas de volonté délictuelle.

La fondation se plaint du défaut de motivation du montant de l'amende. Le TAPI a cependant retenu à juste titre que l'intimée avait compris la motivation de l'amende et de sa quotité, qui tenait compte de la gravité tant objective que subjective de l'infraction commise et avait été explicitée par le département durant la procédure.

La fondation fait valoir l'absence de cupidité. Toutefois, cette circonstance est réalisée dès que le propriétaire fixe le loyer sans l'approbation nécessaire de l'État et perçoit de façon indue son montant et ce même s'il l'affecte ensuite à des œuvres charitables (ATA/292/2022 précité consid. 6a).

La fondation reconnaît que l'absence d'antécédents n'a qu'exceptionnellement pour effet de minorer la sanction. Le précédent qu'elle cite (ATF 136 IV 1) confirme ce principe et évoque l'exception du chauffeur professionnel condamné pour la première fois alors qu'il roule depuis de nombreuses années et conclut que celle-ci ne s'applique pas à la recourante du cas d'espèce. La fondation n'explique pas en quoi cette exception devrait lui être appliquée.

Enfin, la fondation se plaint de ce que le montant ne constitue pas un chiffre rond. Elle n'établit toutefois pas en quoi cette circonstance dénoterait un abus ou un excès du pouvoir d'appréciation du département et ne rend pas vraisemblable que le montant serait l'expression d'une tarification fondée sur le seul montant des loyers encaissés.

Le grief est infondé et il n'y a pas lieu de faire droit à la conclusion subsidiaire de l'intimée de réduire l'amende à un montant symbolique de CHF 100.-.

Le recours sera admis, le jugement annulé et la décision du département restaurée en tant qu'elle condamne la fondation à une amende de CHF 5'700.-.

3. Vu l'admission du recours, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de l'intimée, qui succombe (art. 87 LPA). Aucune indemnité ne sera allouée.

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 12 octobre 2022 par le département du territoire - OAC contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 13 septembre 2022 ;

au fond :

l'admet ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 13 septembre 2022 ;

restaure la décision I-2_____ du 18 mars 2022 en ce qu'elle prononce une amende de CHF 5'700.- contre la Fondation A_____ ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge de la Fondation A_____ ;

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 ;

communique le présent arrêt au département du territoire - OAC, à Me Lucien Lazzarotto, avocat de la Fondation A_____, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mmes Krauskopf et Lauber, M. Mascotto, Mme Michon Rieben, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :	la présidente siégeant :
F. Scheffre	F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :