RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/1650/2005-TPE** **ATA/86/2006**

# ARRÊT

# DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

# du 14 février 2006

dans la cause

**Z_____**
représentée par Me Jean-François Marti, avocat

contre

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

et

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

## EN FAIT

1. La Z_____ (ci-après : la Z_____), de siège à Zurich, est propriétaire d'un immeuble locatif érigé sur la parcelle 5464, feuille 40, de la commune de Genève-Cité, à l'adresse _____, rue du M_____.

2. Par contrat du 25 septembre 2001, la Z_____ a remis à bail un appartement de six pièces et demie situé au sixième étage de l'immeuble précité à Mesdames T_____ et P_____. Ledit contrat devait entrer en vigueur le 1er novembre 2001.

   Avant l'entrée des locataires dans le logement, la Z_____ a fait exécuter un certain nombre de travaux, les locataires procédant également à plusieurs travaux consentis par la bailleresse en les prenant à leur charge.

3. Par arrêt du 28 septembre 2004 (ATA/75/2004), le Tribunal administratif a jugé que les travaux de réfection effectués par la Z_____ dans l'appartement précité devaient être considérés comme des travaux de rénovation et, comme tels, soumis à la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation du 25 janvier 1996 (LDTR - L 5 20).

   En conséquence, il appartenait au département de l'aménagement de l'équipement et du logement, devenu depuis lors le département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : le département), de fixer un loyer maximum après travaux, sans tenir compte des montants payés par les locataires, et de fixer un dies a quo pour le contrôle des loyers ainsi instaurés, en s'assurant, conformément au principe de la force dérogatoire du droit fédéral, que celui-ci était compatible avec le jugement prononcé par le Tribunal des baux et loyers (ci-après : TBL) le 2 mai 2003 et dont aucune des parties n'avait appelé. Pour mémoire, le montant du loyer annuel admis par le TBL s'élevait à CHF 28'320.-, charges non comprises.

   Pour le surplus et en tant que de besoin, référence est faite audit arrêt.

4. Le 4 janvier 2005, la Z_____ a déposé auprès du département une demande en procédure accélérée visant à régulariser la situation des travaux entrepris sans autorisation (APA 24.261-7).

   a. Dans le cadre de l'instruction de la demande, le département a recueilli le préavis du service juridique/LDTR. Celui-ci a été favorable et la condition 2 précise que le loyer de l'appartement après travaux n'excédera pas CHF 22'750.- l'an. Ce loyer sera appliqué pour une durée de trois ans avec effet rétroactif dès la date de la prise d'effet du bail, soit le 1er novembre 2001.

b. Invitée par le département à déposer un plan financier en application de l'article 11 LDTR, la Z_____ s'y est refusée, par courrier du 17 février 2005.

5. Le 12 avril 2005, le département a délivré l'autorisation sollicitée, sur la base de l'article 9 LDTR. La condition 6 de l'autorisation reprend celle énoncée dans le préavis du service juridique/LDTR, susmentionné.

Par décision du même jour, le département a imparti à la Z_____ un délai de 30 jours pour restituer le trop-perçu de loyer aux locataires de l'appartement en cause et lui a infligé une amende administrative de CHF 1'000.-.

6. Le 17 mai 2005, la Z_____ a déposé auprès du Tribunal administratif un recours contre la décision précitée (A/1650/2005).

En substance et en résumé, le département était lié par la décision du TBL, fixant le loyer de l'appartement à CHF 28'320.- par an. L'amende administrative n'était pas justifiée, la Z_____ invoquant l'erreur sur les faits, conformément à l'article 19 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.O).

Elle conclut à l'annulation de la décision querellée avec suite de frais et dépens.

Parallèlement, la Z_____ a interjeté recours auprès de la commission cantonale de recours en matière de constructions (ci-après : la commission) à l'encontre de la fixation du loyer.

En conséquence, la procédure A/1650/2005 a été suspendue en application de l'article 14 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

7. Statuant le 11 octobre 2005, la commission a rejeté le recours de la Z_____.

La compatibilité de l'article 11 LDTR avec le droit fédéral, notamment l'article 269 a lettre b de la loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations CO - RS 220) était admise par le Tribunal fédéral. Le loyer fixé en application des articles 9 alinéa 4 et 11 LDTR, compte tenu du coût des travaux devait être confirmé. L'ordre de restitution du trop-perçu était fondé.

8. La Z_____ a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision précitée par acte du 25 novembre 2005 (A/4130/2005).

Elle a persisté dans ses arguments développés antérieurement et conclut à l'annulation de la décision querellée.

9. L'instruction de la cause A/1650/2005 a été reprise le 30 novembre 2005.

10. Dans ses observations du 30 janvier 2006, communes aux deux causes, le département s'est opposé aux recours, faisant siens les arguments de la commission quant au montant du loyer et l'ordre de restitution du trop-perçu. Au sujet de l'amende administrative, le département relevait que la recourante était une professionnelle de l'immobilier et qu'elle ne pouvait ignorer son obligation de requérir une autorisation pour exécuter les travaux de rénovation. Si tant est qu'elle eût des doutes à cet égard, il lui appartenait de se renseigner auprès du département. Ainsi, avait-elle agi à tout le moins par négligence. L'amende administrative était fondée dans son principe. Sa quotité - peu élevée - était proportionnée à la faute commise.

## EN DROIT

1. 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 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Lorsque différentes affaires se rapportent à une situation identique ou une cause juridique commune, l'autorité peut d'office les joindre en une même procédure (art. 70 al. 1 LPA). Tel est le cas en l'espèce, de sorte que les causes seront jointes sous le numéro A/1650/2005.

**I. Fixation du loyer par le département :**

3. La LDTR poursuit un but de politique sociale, en particulier celui de viser au maintien, après transformation, de logements à des prix répondants aux besoins prépondérants de la population. Pour ce faire, il appartient notamment au département de fixer, comme condition de l'autorisation, le montant maximum du loyer des logements après travaux (art. 10 al. 1 première phrase LDTR). Ce montant est déterminé selon différents paramètres (art. 11 LDTR).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les règles de la LDTR ayant pour objectif le contrôle des loyers sont conformes au droit civil fédéral (ATF 119 Ia 348 ; 116 Ia 401 ; O. BINDSCHEDLER et F. PAYCHÈRE, « La jurisprudence récente du Tribunal administratif du Canton de Genève en matière d'entretien des immeubles » in RDAF 1998, p. 368 et ss, notamment p. 370).

4. La recourante soutient que le département est lié par le montant du loyer fixé le 2 mai 2003 par le TBL dans un jugement l'ayant opposé aux locataires de l'appartement en cause.

a. D'après le principe de la primauté du droit fédéral consacré à l'article 49 alinéa 1er de la Constitution fédérale (article 2 DT ancienne teneur), les cantons ne peuvent édicter de règles contraires au droit fédéral. En revanche, selon la règle énoncée à l'article 6 du Code Civil, les cantons peuvent adopter des normes de droit public dans un domaine réglé par le droit civil fédéral, pour autant que le législateur fédéral n'ait pas entendu réglementer la matière de façon exhaustive, que les règles cantonales se justifient pas un intérêt public pertinent et qu'elles n'éludent pas le droit civil fédéral, ni n'en contredisent le sens ou l'esprit (ATF 120 Ia 299, 303 et les références citées).

b. Même si une législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut toutefois subsister dans le même domaine si la preuve est rapportée qu'elle poursuit un autre but que celui recherché par la mesure fédérale. Il n'y a alors pas de véritable conflit entre la norme fédérale et la norme cantonale (A. AUER, G. MALINVERNI et M. HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume I, 2000, n° 1031).

Outre le fait que la jurisprudence a reconnu à la LDTR sa compatibilité avec les dispositions concernant le droit de propriété et la liberté économique consacrées aux articles 26 alinéa 1 et 27 alinéa 1er Cst. féd. (ATF 116 Ia 401 déjà cité), même si elle pouvait avoir certains effets de politique économique, elle a également reconnu que les règles de droit public cantonal qui soumettaient à autorisation les transformations de maisons d'habitation et imposaient un contrôle des loyers, n'étaient en principe pas contraires aux règles de droit civil fédéral qui régissaient les rapports entre bailleurs et locataires (ATF 116 Ia 401 déjà cité, p. 410).

Il résulte de ce qui précède que nonobstant le jugement en force du TBL, le département restait en droit de fixer le montant du loyer, afin que ce dernier n'échappe pas à son contrôle et respecte le but de préservation de l'habitat que vise la LDTR. Dans cette démarche, le résultat auquel abouti le mécanisme LDTR n'est en soi pas déterminant pour conférer un poids prépondérant soit au droit civil fédéral, soit au droit public cantonal.

5. Lorsque des travaux ont été réalisés, il n'est plus possible de les remettre en cause, au motif que les logements transformés ne répondraient pas à un besoin prépondérant de la population. Dès lors, le seul moyen de s'assurer du respect des objectifs poursuivis par la LDTR est de contraindre le propriétaire à appliquer des loyers répondant désormais aux besoins prépondérants de la population pendant la durée prévue par la loi, à savoir conformément à l'article 12 LDTR, pendant une

durée de trois ans en cas de transformations simples (ATA du 7 février 1995 S.I. Rue de l'Évêché 5).

6. Selon l'article 10 LDTR, le département fixe, comme condition de l'autorisation, le montant maximum des loyers des logements après travaux. La durée du contrôle est de trois ans pour les immeubles transformés ou rénovés. Elle peut être portée à cinq ans en cas de transformation lourde (art. 12 LDTR). Ce contrôle ne s'opère toutefois que sur les appartements qui correspondent à un besoin prépondérant de la population.

Ce besoin touche les catégories d'appartements où sévit la pénurie (art. 25 à 39 LDTR). La détermination des catégories d'appartements touchés par ces restrictions fait l'objet chaque année d'un arrêté pris par le Conseil d'Etat. En l'espèce, selon l'arrêté déterminant au moment des faits comme selon celui actuellement en vigueur du 29 novembre 2004 (L 5 20.03), il y a pénurie dans toutes les catégories d'appartements destinés à être loués et cela pour les appartements de 1 à 7 pièces inclusivement.

Lorsque les logements répondent aux besoins prépondérants de la population, le loyer après transformation doit être compris entre CHF 2'400.- et CHF 3'225.- la pièce par année (art. 9 al. 3 et 11 al. 2 LDTR). Si le loyer avant transformation ou rénovation dépasse le niveau des loyers répondant aux besoins prépondérants de la population, il est maintenu par le département au même niveau lorsqu'il apparaît qu'il permet économiquement au propriétaire de supporter le coût des travaux sans majoration de loyer (art. 11 al. 3 LDTR).

En l'espèce, le loyer avant travaux s'élevait à CHF 16'800.- par an, soit CHF 2'585.- la pièce par an, de sorte que l'article 11 alinéa 2 LDTR trouve à s'appliquer.

7. Le règlement sur les démolitions, transformations et rénovations du 29 avril 1996 (RDTR – L 5 20.01) prévoit qu'il appartient au requérant de démontrer, par toutes pièces utiles, qu'il n'est pas en mesure de supporter économiquement le coût des travaux sans majoration de loyer. Par pièces utiles, le département fait prioritairement référence à un calcul de rendement de l'immeuble. Subsidiairement, il peut être recouru à une étude comparative entre les loyers de l'immeuble et ceux résultant des statistiques publiées chaque année par le canton, étant précisé qu'à année de construction égale, la limite au-delà de laquelle le propriétaire est présumé pouvoir supporter économiquement le coût des travaux sans majoration de loyer est fixée, sauf exception, au 3$^{e}$ quartile. Le département tient compte, dans son appréciation, des autres facteurs de hausse et de baisse à prendre en considération au sens des articles 269 et suivants du code des obligations (art. 5 al. 2 RDTR).

En l'espèce, le département a expressément invité la recourante à produire un plan financier, ce que cette dernière a refusé de faire. La recourante ne conteste au demeurant pas les paramètres retenus par le département, de sorte que le loyer de CHF 2'585.-/pièce par an ne peut être que confirmé. Certes, ce montant est inférieur à celui fixé par le TBL. Cette différence ne fonde pas pour autant une incompatibilité, que la recourante est par ailleurs bien en peine de démontrer. La référence au jugement du TBL contenue dans l'arrêt du Tribunal administratif du 28 septembre 2004 ne peut s'entendre que comme loyer maximal autorisable. Toute autre interprétation, et en particulier celle retenue par la recourante, reviendrait à vider de son sens la LDTR.

Quant à la durée du contrôle de trois ans et à l'effet rétroactif remontant à la conclusion du bail, ces deux éléments ne sont pas discutés par la recourante et ne peuvent être que confirmés.

**II. Décision de restitution du trop-perçu des loyers :**

8. La recourante conteste devoir restituer la différence entre les loyers perçus et ceux fixés par l'autorité intimée.

Selon la jurisprudence bien établie du tribunal de céans - et confirmée par le Tribunal fédéral (Arrêt du Tribunal fédéral 1A.37/2000 du 13 avril 2000) -, une mesure visant la restitution des loyers trop-perçus est une forme de remise en état au sens de l'article 129 lettre e de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05) (ATA/567/2005 du 16 août 2005 et les références citées). Une mesure visant rétroactivement les loyers pratiqués constitue une mesure de rétablissement d'une situation conforme au droit ; l'ordre de restituer le trop-perçu des loyers répond à un intérêt public et respecte le principe de la proportionnalité (ATA/774/1999 du 21 décembre 1999 et références citées; RDAF 1994 p. 107).

En l'espèce, le montant du loyer fixé par le département étant confirmé, l'ordre de restitution des loyers ne peut que l'être également.

**III. Amende administrative :**

9 a. Est passible d'une amende administrative de CHF 100.- à CHF 60'000.- tout contrevenant à la LCI et à la LDTR (art. 137 al. 1 LCI en relation avec l'art. 44 al. 1 LDTR). 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, la récidive étant considérée comme une circonstance aggravante (art. 137 al. 3 LCI).

b. Les amendes administratives sont de nature pénale, car aucun critère ne permet de les distinguer clairement des amendes ordinaires pour lesquelles la compétence administrative de première instance peut au demeurant aussi exister (ATA/362/2005 du 24 mai 2005 ; ATA/813/2001 du 4 décembre 2001; P. MOOR, Droit administratif: Les actes et leur contrôle, tome 2, Berne 2002, ch. 1.4.5.5 pp. 139-141; P. NOLL et S. TRECHSEL, Schweizerisches Strafrecht: allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, AT I, 6ème édition, Zurich 2004, p. 37). C'est dire que la quotité de la peine administrative doit être fixée en tenant compte des principes généraux régissant le droit pénal. En vertu de l'article 1 alinéa 2 de la loi pénale genevoise du 20 septembre 1981 (LPG – E 3 1), il y a lieu de faire application des dispositions générales contenues dans le Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.O), sous réserve des exceptions prévues par le législateur cantonal à l'article 24 LPG.

c. Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence. Selon des principes qui n'ont pas été remis en cause, l'administration doit faire preuve de sévérité afin d'assurer le respect de la loi (A. GRISEL, Traité de droit administratif, vol. 2, Neuchâtel, 1984, pp.646-648 ; ATA G. du 20 septembre 1994) et jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour infliger une amende (ATA/245/1999 du 27 avril 1999 ; ATA G. du 20 septembre 1994 ; Régie C. du 8 septembre 1992). La juridiction de céans ne la censure qu'en cas d'excès (ATA/131/1997 du 18 février 1997). Enfin, l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (ATA/443/1997 du 5 août 1997). Il est ainsi tenu compte, dans la fixation du montant de l'amende, du degré de gravité de l'infraction et de la situation du recourant, par application analogique de l'article 63 CP.

d. En l'espèce, en effectuant les travaux litigieux et en concluant des contrats de bail à des conditions de loyer supérieures à la limite maximale autorisée par la loi et fixée dans l'autorisation de construire, la recourante a contrevenu aux dispositions de la LCI et de la LDTR. Il s'ensuit que le principe d'une amende administrative à son encontre est acquis.

Conformément aux dispositions précitées, le maximum de l'amende est de CHF 20'000.- lorsque les travaux litigieux sont conformes aux prescriptions légales. L'autorité est liée par ce maximum et ne peut s'en écarter sans excéder son pouvoir d'appréciation.

En l'espèce, les travaux litigieux ont finalement été autorisés. Reste que la recourante a exécuté les travaux litigieux sans s'être préoccupée de la nécessité de requérir une autorisation, prenant ainsi le risque de contrevenir à la loi, tout en mettant l'autorité devant le fait accompli. En fixant à CHF 1'000.- le montant de l'amende infligée, le département a fait une application des plus mesurées du principe de la proportionnalité. La décision sera également confirmée sur ce point.

10. En tous points mal fondés, les recours seront rejetés. Un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 LPA). Aucune indemnité ne sera allouée.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS**
**LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**préalablement :**

ordonne la jonction des causes A/1650/2005 et A/4130/2005 sous numéro A/1650/2005 ;

**à la forme :**

déclare recevables les recours interjetés les 17 mai 2005 et 25 novembre 2005 par la Z_____ contre la décision du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement du 12 avril 2005 et celle de la commission cantonale de recours en matière de constructions du 11 octobre 2005 ;

**au fond :**

les rejette ;

met à la charge de la recourante un émolument de CHF 1'500.- ;

communique le présent arrêt à Me Jean-François Marti, avocat de la recourante, ainsi qu'au département des constructions et des technologies de l'information et à la commission cantonale de recours en matière de constructions.

Siégeants : M. Paychère, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Thélin, juges, M. Hottelier, juge suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste : le président :

C. Del Gaudio-Siegrist F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :