du 31 août 1999

dans la cause

R. B. et H. S.
représentés par Me Dominique Burger, avocate

contre

ASSOCIATION GENEVOISE DE DÉFENSE DES LOCATAIRES

COMMISSION DE RECOURS INSTITUÉE PAR LOI SUR LES CONSTRUCTIONS ET INSTALLATIONS DIVERSES

A/288/1999-TPE

EN FAIT

1. Le 24 novembre 1993, le département de l'aménagement, de l'équipement et du logement (ci-après : le département) a délivré une autorisation de construire DD 92'492 à P. S.A., représentée par le bureau d'architectes ..... S.A. Cette autorisation concernait la construction d'un immeuble comprenant 36 pièces de logement ainsi que des bureaux et commerces avec garage souterrain, appartenant à M. P. R. sur la parcelle ...., feuille .. de la commune de Lancy, au ..... Une moitié du rez-de-chaussée était commerciale.

2. Le 14 novembre 1994, le département a délivré une autorisation complémentaire de construire DD 92'492/2 à P. S.A., représentée alors par le bureau d'architectes S. & F.. Cette autorisation concernait le même bâtiment, appartenant désormais à MM. R., S. et F., et prévoyait la suppression au sous-sol de 4 parkings et de l'escalier extérieur, la modification de la toiture plate initialement prévue en toit à 2 pans, la modification de la typologie des appartements du rez-de-chaussée au troisième étage, soit le remplacement des appartements initialement projetés par 10 appartements de 4 et 5 pièces, portant le nombre de pièces de logement à 51. La suppression des arcades se trouvant au rez-de-chaussée, ainsi que la suppression de l'ascenseur étaient également prévues. La construction de l'immeuble a été entreprise conformément à cette dernière autorisation.

3. Au mois de décembre 1997, M. P. X., ...a manifesté son intérêt à acquérir l'appartement duplex n° 5 de 6 pièces au rez-de-chaussée de l'immeuble afin d'y exercer sa profession. Domicilié dans le canton de Vaud, il entendait cependant réserver une partie des locaux à titre de logement afin de pouvoir y passer la nuit lorsqu'il serait trop fatigué pour rejoindre son domicile. Il était pour l'heure installé dans un collectif médical au Petit-Lancy qu'il désirait quitter tout en conservant sa clientèle.

4. Le 11 février 1998, les propriétaires de l'immeuble, soit désormais MM. B. et S., ont déposé une demande d'autorisation concernant l'appartement en question afin de le modifier pour y créer un cabinet médical.

5. Le 16 avril 1998, le département a délivré une autorisation de construire APA 14'170 conforme à la demande susmentionnée, et publiée dans le feuille d'avis officielle le 20 avril 1998.

6. Par acte du 20 mai 1998, l'Association genevoise de défense des locataires (ci-après: l'ASLOCA) a recouru à la Commission de recours instituée par la loi sur les constructions et les installations diverses (ci-après: la commission), concluant à l'annulation de l'autorisation du département du 16 avril 1998, au motif que l'autorisation aurait dû indiquer l'existence d'une dérogation aux articles 7 et 8 de la loi sur les constructions, les démolitions et les transformations de maisons d'habitation du 25 janvier 1996 (LDTR - L 5 20), dès lors que l'immeuble était achevé, les locaux aménagés et destinés à l'habitation. C'était ainsi à tort que le département avait autorisé la transformation d'un appartement en surface commerciale, sans exiger le changement d'affectation d'une surface compensatoire, ce qui conduisait sans raison valable à une diminution du nombre de logements existants.

7. Par courrier du 26 juin 1998, MM. B. et S. ont fait part à la commission de leurs observations relatives au recours de l'ASLOCA du 20 mai 1998, concluant à son rejet au motif que l'autorisation n'avait pas à être délivrée en application de la LDTR car l'immeuble était encore en cours de construction. Cette position a été confirmée tant par MM. B. et S. que par le département lors d'une audience du 16 octobre 1998 à la commission.

8. S'en est suivi un échange d'écritures dont il ressort que les parties ont campé sur leurs positions.

9. Par décision du 26 février 1999, la commission a admis le recours et conclu à l'annulation de l'autorisation APA 14'170 du département. Selon la jurisprudence du Tribunal administratif, le changement d'affectation d'un appartement destiné au logement en un cabinet de phytothérapeute dans un bâtiment en cours de construction devait être soumis à la LDTR. Il était sans pertinence que les locaux aient été occupés et n'aient pas encore reçu le permis d'habiter. En l'espèce, l'autorisation litigieuse avait donc été délivrée à tort. En outre, le changement d'affectation n'avait pas fait l'objet d'une compensation selon l'article 8 alinéa 2 LDTR.

10. Par acte du 1er avril 1999, MM. B. et S. ont formé recours contre la décision de la commission, concluant à son annulation et à la confirmation de l'autorisation querellée du département.

Lorsque l'autorisation avait été requise, l'immeuble était en cours de construction. Aucun appartement n'était alors terminé et les locaux destinés au Dr X. n'étaient pas encore habitables. La jurisprudence invoquée par la commission n'était pas applicable au cas d'espèce, dès lors qu'un appartement non encore achevé ne pouvait appartenir au parc locatif existant.

En outre, il s'agissait de prendre en considération que l'autorisation DD 92'492 du 24 novembre 1993 ne prévoyait que 36 pièces de logement, alors que l'autorisation DD 92'492/2 du 14 novembre 1994 portait ce nombre à 51. C'était seulement en cours de construction, et en raison du souhait de l'acquéreur de donner à cet appartement une affectation mixte, que les recourants avaient requis une dernière autorisation. Ainsi, même en faisant abstraction des pièces qui restaient affectées au logement dans les locaux du Dr X., l'immeuble comptait encore bien plus de pièces d'habitation que le bâtiment autorisé à l'origine. Or, la LDTR était applicable en cas de suppression de logements. Son article 8 alinéa 2 prévoyait du reste expressément qu'en cas de changement d'affectation, c'étaient les surfaces de logement "supprimées" qui devaient être compensées par la réaffectation simultanée de surfaces commerciales en logement.

En l'espèce, force était d'admettre que les recourants avaient augmenté les surfaces de logement. Ainsi, refuser de prendre en considération le première autorisation délivrée, alors même que la construction du bâtiment sur la base de la deuxième autorisation n'était pas terminée et que les locaux n'avaient jamais été occupés, constituait manifestement une violation de la LDTR.

Par analogie, l'article 3 alinéa 4 LDTR précisait qu'il n'y avait pas de changement d'affectation lorsque des locaux à usage commercial étaient temporairement affectés à l'habitation. La loi prévoyait donc elle-même qu'il était possible de se référer à la situation passée.

En l'espèce, la moitié du rez-de-chaussée avait

été initialement prévue pour être destinée à des commerces. Ce projet avait été écarté ultérieurement pour revenir à la création de locaux à caractère mixte mais globalement à un immeuble qui comportait un nombre d'habitations plus important. L'on ne pouvait dès lors pénaliser les recourants pour ce motif.

En outre, si la demande complémentaire de 1994 avait porté sur une affectation commerciale du bâtiment au rez-de-chaussée, les recourants auraient nécessairement reçu cette autorisation puisque l'autorisation alors en force prévoyait la création de locaux commerciaux et que la surface de logements globale se trouvait en tout état de cause augmentée.

De plus, s'agissant d'un immeuble situé en 4e zone, l'article 19 alinéa 2 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1997 (LALAT - L 1 30) prévoyait expressément que des activités pouvaient y être autorisées lorsqu'elles n'étaient pas susceptibles de provoquer des nuisances ou des inconvénients graves pour le voisinage ou le public. Dès lors que les immeubles avoisinants comportaient presque tous des rez-de-chaussée commerciaux et des étages de logements, un tel projet s'inscrivait parfaitement dans les réalisations souhaitables.

La commission avait ainsi violé l'esprit et la lettre de la LDTR en annulant l'autorisation délivrée par le département.

11. L'ASLOCA a répondu le 5 mai 1999. Elle concluait à la confirmation de la décision de la commission.

Les travaux projetés revenaient à convertir un appartement de 6 pièces en un cabinet médical, avec une seule pièce destinée au logement. Or, il avait déjà été jugé qu'il ne pouvait exister aucune clause du besoin concernant l'ouverture de nouveaux cabinets médicaux. De plus, l'offre de surfaces commerciales était très grande et des logements existants ne devaient pas être soustraits au parc locatif.

L'appartement pouvait être habité dès la fin du mois de février 1998, date à laquelle le premier appartement de l'immeuble était terminé et l'immeuble chauffé. Les dernières finitions, telles que les papiers-peints et les carrelages, étaient usuellement choisies par l'acquéreur, de sorte que les travaux qui en

résultaient avaient été délibérément retardés afin de faciliter la vente des appartements. Ces travaux n'avaient en aucun cas fait obstacle à l'habitabilité de l'immeuble.

La jurisprudence citée par la commission était pertinente dans le cas d'espèce et avait été rendue à bon droit par le Tribunal administratif.

C'était sur la base de l'autorisation du 14 novembre 1994 que l'immeuble avait été construit et qu'il était devenu habitable, de sorte que le plan initial était sans pertinence.

La pénurie subsistait dans les catégories de logements supérieures à 3 pièces, raison pour laquelle l'habitat locatif devait être préservé de manière stricte.

Enfin, la 4e zone était destinée principalement aux maisons d'habitation, comportant en principe plusieurs logements. Des activités pouvaient y être autorisées lorsqu'elles n'étaient pas susceptibles de provoquer des nuisances ou des inconvénients graves pour le voisinage ou le public. Les locaux de l'immeuble en question étaient cependant aménagés et destinés à l'habitation, de sorte que la question de savoir si un cabinet médical, dont la création nécessitait des travaux importants d'un coût de CHF 25'000.-, faisait partie des activités susmentionnées pouvait rester ouverte.

12. Le 7 mai 1999, le département a déclaré s'en rapporter à l'appréciation du Tribunal administratif. Il a cependant émis quelques doutes sur la pertinence de la jurisprudence citée par la commission, dès lors que l'immeuble ici en cause était classé en zone 4B et des activités pouvaient être autorisées lorsqu'elles n'entraînaient pas d'inconvénients pour le voisinage et le public, ce qui était le cas en l'espèce. Il existait par ailleurs un intérêt public à l'aménagement d'un cabinet médical dans un village, sauf à vouloir concentrer ces cabinets au centre-ville.

De plus, l'autorisation de construire DD 92'492 du 24 novembre 1993 ne comportait aucune condition relative à l'application de la LDTR puisqu'il ne s'agissait pas in cas d'une démolition-reconstruction ou d'une transformation.

En outre, le projet initial autorisé comportait d'ores et déjà une part d'activités au rez-de-chaussée de

l'immeuble, part qui avait par la suite été réduite. Il était normal qu'un projet de construction évolue et, dans ce genre de situation, une application rigoureuse de la LDTR aurait pour effet de figer par avance la détermination des affectations et d'empêcher ultérieurement le propriétaire de s'adapter aux sollicitations du marché.

Au vu de ces éléments, il paraissait difficile de faire une application analogique de la jurisprudence du Tribunal administratif dans toutes les situations sans verser dans l'arbitraire.

13. MM. B. et S. ont répliqué le 7 juin 1999. Ils ont en substance persisté dans les termes de leur recours du 1er avril 1999, apportant toutefois quelques précisions de fait relativement aux affirmations de l'ASLOCA.

Si le coût devisé des travaux se montait à CHF 25'000.-, le coût effectif ne s'élevait finalement qu'à CHF 16'300.-, l'acquéreur ayant renoncé à certaines interventions.

L'immeuble construit pas les recourants n'était pas un bâtiment locatif, mais un immeuble soumis au régime de la PPE et qui n'avait donc aucun locataire.

A la date du dépôt de la requête visant à modifier la distribution interne des locaux destinés à M. X., aucun appartement de l'immeuble n'était terminé. L'immeuble n'était pas habitable et personne ne l'occupait. Ce n'était qu'à la fin du mois de février qu'avait été achevé le premier appartement, où un acquéreur s'était installé au mois de mars 1998, devenant ainsi le premier occupant de l'immeuble. La question du chauffage de l'immeuble était sans pertinence pour définir la date à laquelle l'immeuble était habitable dès lors que la chaleur était nécessaire pour le séchage des chapes flottantes, enduits de plâtre, etc., afin de permettre la mise en place des parquets et autres revêtements muraux. A la date du dépôt de la demande d'autorisation, les travaux qu'il restait à entreprendre n'étaient pas de purs travaux de finition puisque, outre les revêtements de murs et de sols et les appareils sanitaires, ni la cheminée, ni surtout les escaliers intérieurs n'étaient encore montés. Contrairement aux affirmations de l'ASLOCA, il semblait évident que l'absence d'escaliers intérieurs dans un appartement en duplex faisait obstacle à son habitabilité. L'appartement

en question ne pouvait ainsi en aucun cas recevoir un quelconque habitant en février 1998.

Enfin, retenir que l'on était en présence d'un changement d'affectation par rapport à l'autorisation du 14 novembre 1994, sans égard à l'autorisation principale du 24 novembre 1993, et alors même que l'immeuble n'était pas achevé lors de la demande de l'autorisation litigieuse, constituerait une violation de la LDTR et serait constitutif d'arbitraire. En effet, il n'était pas possible de faire abstraction de l'autorisation de base, qui permettait la réalisation d'une plus grande partie de surfaces commerciales. Il était de plus normal qu'un projet de construction évolue et qu'il puisse être adapté aux sollicitations du marché.

14. L'ASLOCA a dupliqué le 8 juillet 1999, persistant dans ses conclusions du 5 mai 1999.

Le fait que le premier appartement avait été effectivement habité au mois de mars 1998 démontrait que l'immeuble pouvait être habité dès la fin du mois de février 1998. La demande d'autorisation avait été reçue par le département en date du 25 février 1998, soit quelques jours seulement avant que la première occupante de l'immeuble n'y habite, de sorte qu'il était surprenant d'affirmer que l'immeuble n'était pas habitable au moment du dépôt de la demande.

Quant à l'allégué selon lequel la mise en place d'escaliers intérieurs n'avait pas encore été effectuée, il était imprécis, dès lors que rien n'indiquait si le duplex était prévu dès l'origine ou s'il résultait de la demande d'un acquéreur qui avait voulu acheter deux appartements en les reliant l'un à l'autre. Dans le premier cas, il s'agissait d'un travail mineur entrant dans le cadre des finitions d'un appartement, et dans le second cas, d'un aménagement relativement modeste, résultant d'une demande de l'acheteur, assimilable à un aménagement au gré du preneur. Il était également possible que l'escalier n'ait pas été mis en place en raison d'un délai de livraison du menuisier ou parce que le constructeur se réservait la possibilité de renoncer à un duplex au profit de deux appartements séparés, dans l'hypothèse où il ne trouverait pas un acquéreur pour un logement aussi vaste. En tout état de cause, il s'agissait effectivement d'un travail de finition dans le cadre d'une construction où tous les autres éléments essentiels étaient déjà réalisés.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 8 al.1 ch. 86 de la loi sur le Tribunal administratif et le Tribunal des conflits du 29 mai 1970 – LTA – E 5 05; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 – LPA – E 5 10).

2. Par changement d'affectation, on entend, selon l'article 3 alinéa 3 LDTR, toute modification, même en l'absence de travaux, qui a pour effet de remplacer des locaux à destination de logements par des locaux à usage commercial, administratif, artisanal ou industriel.

   Il n'y a pas de changement d'affectation lorsque des locaux à usage commercial, administratif, artisanal ou industriel ont été temporairement affectés à l'habitation et qu'ils retrouvent leur destination commerciale, administrative, artisanale ou industrielle antérieure (art. 3 al. 4 LDTR).

3. L'article 8 alinéa 2 LDTR prescrit qu'en cas de changement d'affectation, les surfaces de logements supprimées seront compensées par la réaffectation simultanée de surfaces commerciales ou administratives en logements. Dans ce cas, les locaux réaffectés au logement doivent être d'une surface au moins équivalente, situés en règle générale dans le même quartier et offrir des conditions de logement et de loyer au moins équivalentes.

4. Selon la jurisprudence du Tribunal administratif, la changement d'affectation d'un appartement destiné au logement en un cabinet de phytothérapeute, dans un bâtiment en cours de construction, doit être soumis à la LDTR (ATA DTP et T. du 15 décembre 1992).

5. En l'espèce, le point de savoir si le logement était terminé au moment du dépôt de la demande d'autorisation en procédure accélérée APA 14'170 est contesté.

   Ladite demande a été déposée par les recourants en date du 11 février 1998. Or, il est établi qu'à cette date, des travaux relativement importants devaient encore être effectués. Même si, comme l'affirme l'ASLOCA, ces

travaux ont été retardés de manière délibérée, afin de faciliter la vente des appartements dans la mesure où les finitions pouvaient ainsi être choisies par l'acquéreur, il n'en demeure pas moins extrêmement douteux que l'immeuble, même chauffé, ait été concrètement susceptible d'être habité en l'absence notamment d'appareils sanitaires, de cuisines et d'escaliers intérieurs.

6. Les recourants allèguent en outre qu'il s'agit de prendre en compte l'autorisation initiale et de constater que le nombre de logements créés est en définitive supérieur à celui prévu dans cette autorisation.

7. a. Seules les demandes concernant un objet sensiblement différent du projet initial ou l'adjonction au projet initial d'un ouvrage séparé et d'une certaine importance seront traitées comme demandes nouvelles et distinctes (ATA G. du 29 juin 1985).

b. En revanche, des modifications qui ne font pas perdre au projet initial son caractère premier, mais l'améliorent, doivent faire l'objet d'une demande complémentaire (ATA G. précité).

c. En l'espèce, l'autorisation complémentaire DD 92'492/2 ne modifie ni le gabarit, ni l'implantation, ni le nombre d'étages de l'immeuble, dont la structure d'origine reste ainsi identique. Elle améliore en outre sensiblement l'autorisation principale du point de vue du logement, puisqu'il prévoit 15 pièces d'habitation supplémentaires.

d. Dans les circonstances du cas d'espèce, il s'agit donc de faire preuve de souplesse dans l'application de la LDTR, dont il faut rappeler que le but est de préserver l'habitat et les conditions de vie existants ainsi que le caractère actuel de l'habitat dans les zones prévues par la loi (art. 1 al. 1 LDTR). Or, l'évolution du projet de construction du cas d'espèce, pris dans sa globalité, ne va pas, de toute évidence, à l'encontre de ce but. En effet, par analogie avec la jurisprudence susmentionnée, la demande APA 14'170 doit être appréciée par rapport à l'autorisation initiale. Il est dès lors inapproprié d'invoquer la disparition de logements due à la création du cabinet médical, puisque même en considérant que l'autorisation APA 14'170 conduit à la suppression de 5 pièces de logement prévues dans l'autorisation complémentaire, l'immeuble dans son

ensemble comprend encore 10 pièces de logement de plus que le nombre autorisé à l'origine.

8. En outre, à teneur de l'article 19 alinéa 2 LALAT, la 4e zone est destinée principalement aux maisons d'habitation, comportant en principe plusieurs logements. Lorsqu'elles ne sont pas susceptibles de provoquer des nuisances ou des inconvénients graves pour le voisinage ou le public, des activités peuvent également y être autorisées.

En l'espèce, aucun inconvénient ou nuisance ne devrait résulter de l'activité médicale de M. X., ni n'a été invoqué par l'ASLOCA. De plus, en considérant l'évolution globale du projet de construction, il apparaît que le projet initial comportait déjà une part d'activités au rez-de-chaussée de l'immeuble, qui a été réduite par la suite.

9. Il convient enfin de remarquer qu'un pouvoir discrétionnaire est reconnu à l'autorité administrative afin qu'elle puisse mener une politique aussi conforme que possible à l'intérêt public. Il tend à la laisser juge de l'opportunité de prendre telle ou telle décision dans le cadre des compétences que le législateur lui reconnaît (B. KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle 1991, n° 160, p. 34).

Or, s'il ne résulte pas du texte de la loi que des locaux à destination de logements, ce qui est le cas de locaux en construction au bénéfice d'une autorisation de construire pour des logements, doivent avoir été effectivement occupés ou avoir obtenu un permis d'occuper pour être considérés comme maison d'habitation et soumis à la norme générale de l'article 5 LDTR (ATA DTP et T. précité), il n'en résulte pas non plus que de tels locaux non encore achevés doivent être dans tous les cas soumis strictement à cette norme.

10. Ainsi, les circonstances particulières du cas d'espèce, en particulier l'évolution globale du projet de construction favorable au parc locatif, diffèrent de celles qui ont amené le Tribunal administratif à rendre la jurisprudence invoquée par la commission, ce qui permet de s'en écarter et de ne pas soumettre le changement d'affectation autorisé par le département à la LDTR. La décision d'octroyer l'autorisation APA 14'170 ne constitue ainsi pas un abus du pouvoir d'appréciation du département et il se justifie de la confirmer.

11. Au vu de ce qui précède, la décision de la commission sera annulée et l'autorisation litigieuse confirmée.

12. Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu. Une indemnité de CHF 1'500.- sera allouée aux recourants, à charge de l'ASLOCA.

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 1er avril 1999 par R. B. et H. S. contre la décision de la commission de recours instituée par la loi sur les constructions et installations diverses du 26 février 1999;

au fond :

l'admet;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument;

annule la décision de la commission du 26 février 1999;

confirme l'autorisation du département du 16 avril 1998;

alloue aux recourants une indemnité de procédure de CHF 1'500.-, à charge de l'ASLOCA;

communique le présent arrêt à Me Dominique Burger, avocat des recourants, ainsi qu'à la commission de recours instituée par la loi sur les constructions et les installations diverses, à l'ASLOCA et au département de l'aménagement, de l'équipement et du logement.

Siégeants : M. Schucani, président, M. Thélin, Mmes Bonnefemme-Hurni et Bovy, M. Paychère, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

le secrétaire-juriste : le vice-président :

O. Bindschedler Ph. Thelin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :
Mme N. Mega