

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2893/2009-LDTR

ATA/737/2010

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 2 novembre 2010

dans la cause

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

contre

G_____ S.A.

représentée par Me Jean-François Marti, avocat

et

ASLOCA ASSOCIATION GENEVOISE DE DÉFENSE DES LOCATAIRES

**Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière
administrative du 4 mars 2010 (DCCR/291/2010)**

EN FAIT

1. G_____ S.A. (ci-après : G_____), de siège à Genève est propriétaire d'un immeuble d'habitation situé sur la parcelle n° _____, feuille Z_____ de la commune de W_____ à l'adresse, Y_____, Genève.
2. Le 10 juillet 2008, G_____ a déposé auprès du département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : le département) une demande d'autorisation en procédure accélérée portant sur la rénovation de deux appartements au deuxième et troisième étages de l'immeuble susmentionné. Dite demande a été enregistrée sous n° APA 30084.

Il résulte de cette demande les éléments suivants :

L'appartement du deuxième étage vacant, compte 7,5 pièces et a une surface de 176 m² (ci-après : l'appartement du deuxième étage). Le coût des travaux projetés s'élève à CHF 425'734.-. Le loyer annuel actuel est de CHF 65'376.-, soit CHF 8'717.- la pièce par an. Après travaux, le loyer annuel sera augmenté de CHF 24'959.- et atteindra le montant de CHF 90'335.- soit CHF 12'045.- la pièce par an.

L'appartement du troisième étage est vacant et compte 6,5 pièces et a une surface de 150 m² (ci-après : l'appartement du troisième étage). Le coût des travaux projetés s'élève à CHF 427'017.-. Le loyer annuel actuel est de CHF 12'240.-, soit CHF 1'883.- la pièce par an. Après travaux, il sera augmenté de CHF 25'034.-, ce qui le porte à CHF 37'274.-, soit CHF 5'734.- la pièce par an.

3. A la demande du département, G_____ a complété son dossier de pièces. Le coût des travaux a été rabaissé de CHF 30'000.- par appartement.
4. Plusieurs correspondances ont été échangées entre le département et G_____ concernant l'affectation de l'appartement du deuxième étage. En substance et en résumé, il en résulte que le 1^{er} août 1990, G_____ avait conclu un contrat de bail avec le Docteur Guy Loutan, les locaux étant affectés au logement et à un cabinet médical. L'avis de fixation des loyers lors de la conclusion d'un nouveau bail stipulait que le dernier loyer annuel en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1990 s'élevait à CHF 28'500.- et le nouveau loyer dès le 1^{er} août 1990 à CHF 36'000.-. Le 16 juillet 1997, ce bail a été transféré au nom de MM. Guy Loutan et A_____. Le 5 novembre 2001, un nouveau contrat de bail a été conclu par G_____ avec Monsieur et Madame V_____, lesdits locaux étant affectés à un cabinet d'esthétique et de médecine chinoise. Le montant du loyer était de CHF 62'640.- par an, indexé à l'indice suisse des prix à la consommation. Au terme de l'échange de correspondance avec le département, G_____ a

confirmé qu'elle entendait renoncer à une affectation mixte de cet appartement qui devait retrouver sa vocation de logement familial.

5. Le département et G_____ ont également eu un échange de correspondance concernant le loyer de référence avant travaux de ce même appartement du deuxième étage.

a. G_____ estimait que le loyer avant travaux devait être fixé à CHF 47'220.-, déterminé comme suit :

En prenant en considération le loyer de CHF 36'000.- en vigueur dès le 1^{er} août 1990, voire celui de CHF 40'380.- en vigueur dès le 1^{er} avril 1993, voire encore celui de CHF 43'056.- en vigueur dès le 1^{er} septembre 1999, et en leur appliquant l'évolution de l'indice suisse des prix à la consommation, les calculs s'établissaient de la manière suivante :

<u>Date</u> :	<u>Montant</u> :	<u>Indice</u> :	<u>Variation</u> :
Départ août 1990	CHF 36'000.-	122.3	
Arrivée novembre 2008	CHF 47'274.-	160.6	31.3 %
Départ avril 1993	CHF 40'380.-	138.4	
Arrivée novembre 2008	CHF 46'857.-	160.6	16.0 %
Départ septembre 1999	CHF 43'056.-	105.3	
Arrivée novembre 2008	CHF 47'431.-	116.0	10.2 %

b. Pour le département, le loyer ajusté avant travaux était de CHF 36'090.- calculé de la manière suivante :

Adaptation à l'indice : 120.90 en juin 1990 (selon avis de fixation)
160.6 en novembre 2008
soit une hausse de $32.83 \% \times 40 \% = +13.13 \%$

Taux hypothécaire : 6.00 % en juin 1990 (selon avis de fixation)
3.50 % en novembre 2008
Soit une baisse de -21.88%

Charges : hausse admise : 0.5% sur 18 ans $+9.00 \%$

Total de la hausse : $+0.25 \%$

Ainsi, le loyer avant travaux ajusté sera de CHF 36'000.- x 1.0025 = CHF 36'090.- l'an.

6. Le département a recueilli les préavis nécessaires qui tous ont été favorables.

En particulier, le préavis du service juridique/LDTR du 9 janvier 2009 fixait les conditions suivantes :

1. Les dispositions 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) seront respectées ;
2. Le loyer de l'appartement de 6,5 pièces rénové n'excédera pas, après travaux, CHF 23'725.- l'an, soit CHF 3'650.- la pièce l'an. Ce loyer sera appliqué pour une durée de trois ans dès la fin des travaux et la remise en location de l'appartement concerné ;
3. Le loyer de l'appartement de 7,5 pièces rénové n'excédera pas, après travaux, CHF 36'090.- l'an, soit CHF 4'812.- la pièce l'an. Ce loyer sera appliqué pour une durée de trois ans dès la fin des travaux et la remise en location de l'appartement concerné ;
4. Tous travaux supplémentaires devront faire l'objet d'une demande complémentaire.

Pas d'avis aux locataires.

7. Par décision du 3 février 2009, publiée dans la Feuille d'Avis Officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) le 6 du même mois, le département a accordé l'autorisation sollicitée. Les conditions 5, 6, 7, 8 reprennent celles posées dans le préavis LDTR précité.
8. G_____ a saisi la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : la commission) d'un recours contre la décision précitée, se limitant à discuter le montant du loyer de l'appartement du deuxième étage fixé à CHF 36'090.- l'an par le département (recours 9430).
9. Par acte du 9 mars 2009, l'association genevoise de défense des locataires (ci-après : ASLOCA) a saisi la commission d'un recours contre la décision du 3 février 2009. Les loyers fixés dans ladite décision étaient contraires à l'art. 6 LDTR et ceci sans aucune explication. Elle conclut à ce que les loyers soient ramenés à CHF 3'363.- la pièce par an, soit un loyer annuel de CHF 21'860.- pour l'appartement du troisième étage et de CHF 25'223.- pour l'appartement du deuxième étage (recours 9432).
10. Les parties ont été entendues en audience de comparution personnelle le 12 juin 2009.

Le département a confirmé que selon la note technique LDTR, la moyenne des surfaces des pièces de l'appartement de 6,5 pièces était de 24 m².

L'ASLOCA a exposé qu'à sa connaissance, en 1997, le Dr Loutan n'habitait déjà plus dans l'appartement de 7,5 pièces. En 1984, le département avait refusé un changement d'affectation de cet appartement. L'ASLOCA pensait donc que depuis 1997, voire même avant, le logement avait été occupé et affecté illégalement uniquement à titre de cabinet médical. Le loyer de cet appartement devait être fixé en retenant le montant de CHF 28'500.- conformément à l'avis de fixation du loyer du 30 juillet 1999.

G_____ a confirmé qu'actuellement, ledit appartement était uniquement affecté à titre commercial.

Enfin, le département a confirmé qu'aucune procédure d'infraction pour cet appartement n'avait été ouverte.

Les parties se sont déclarées d'accord avec la jonction des deux procédures, l'ASLOCA s'opposant à la levée de l'effet suspensif sollicitée par G_____. Le département s'en est rapporté à justice sur ce point.

11. La commission a joint les deux recours sous le numéro de procédure A/2893/2009.
12. Par décision du 18 septembre 2009, la commission a rejeté la demande de retrait d'effet suspensif sollicitée par G_____.
13. Statuant le 4 mars 2010, la commission a admis le recours de l'ASLOCA et rejeté celui de G_____, le dossier étant renvoyé au département pour qu'il rende une nouvelle décision au sujet de l'appartement du deuxième étage.

En retenant que l'appartement du troisième étage (6,5 pièces) bénéficiait d'une surface locative si importante qu'elle lui permettait de dépasser la fourchette prévue à l'art. 9 al. 3 LDTR, le département avait fait une mauvaise application de l'art. 9 al. 4 LDTR. La surface moyenne des pièces était certes confortable mais pas exceptionnelle au point qu'un dépassement se justifierait. La décision du département était annulée.

Elle l'était également pour ce qui concernait l'appartement du deuxième étage (7,5 pièces) si tant est que le département ne pouvait pas se baser sur le bail conclu avec le Dr Loutan le 1^{er} août 1990 pour fixer le loyer de référence, ledit contrat mentionnant que la destination des locaux consistait en logement familial, habitation bourgeoise et cabinet médical. Les locaux étaient donc à ce moment-là destinés en tout cas pour partie à une affectation commerciale, en violation flagrante des prescriptions de la LDTR relatives au changement d'affectation et de locaux d'habitation. Le loyer de base qui aurait dû être retenu était celui découlant du dernier contrat de bail mentionnant une destination des locaux à usage d'habitation uniquement.

14. Le département a saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée par acte du 9 avril 2010.

L'appartement de 6,5 pièces bénéficiait d'une surface habitable (157 m² au total, soit 24 m² la pièce) plus élevée que celle de l'ensemble des appartements de 6 pièces (121 m², soit 20 m² la pièce) disponible dans le canton de Genève, toutes époques de construction confondues. De manière incompréhensible, la commission avait considéré que cette comparaison ne pouvait se faire qu'en tenant compte de l'année de construction de l'immeuble en cause pour arriver à la conclusion que la surface habitable de cet appartement n'était pas plus importante que celle des appartements construits à la même époque. Ce faisant, la commission avait erré. Rien dans la loi ne justifiait qu'il soit procédé à une telle distinction. Par ailleurs, il était faux de prétendre que le projet de modification de l'art. 9 al. 3 LDTR, refusé par le peuple en votation populaire, permettrait de justifier cette manière de procéder. En l'occurrence, le département n'avait fait qu'appliquer une exception prévue par la loi. Admettre le contraire reviendrait à ne jamais appliquer l'art. 9 al. 4 LDTR.

Concernant l'appartement de 7,5 pièces, de pratique constante, le département avait toujours toléré qu'un appartement puisse, à titre exceptionnel, être en partie utilisé pour l'exercice d'une activité professionnelle, sans pour autant qu'une demande en autorisation de construire n'ait à être déposée pour l'obtention d'un changement d'affectation. Dès lors, pour contrôler le loyer proposé, le département avait pris l'état locatif prévalant avant travaux au jour où cet appartement avait été proposé au Dr Loutan. Ledit montant avait été adapté à l'indice suisse des prix à la consommation, à l'évolution du taux hypothécaire ainsi qu'à la hausse des charges. En revanche, le montant du loyer proposé aux locataires V_____ n'avait pas été retenu, dans la mesure où il concernait un usage exclusivement commercial. Le département peinait à comprendre les raisons pour lesquelles la commission avait estimé que la base de calcul retenue pour le contrôle des loyers était erronée. Partant, la décision litigieuse devait être annulée.

15. Le 20 avril 2010, la commission a déposé ses dossiers sans observations.
16. Dans sa réponse du 10 mai 2010, l'ASLOCA s'est opposée au recours. Concernant l'appartement de 6,5 pièces le département avait accepté de dépasser le loyer légal maximum de CHF 3'363.- la pièce l'an, conformément à l'art. 9 al. 3 LDTR, en augmentant de 10 % en vertu de l'al. 5 de cette même disposition légale. Or, il résultait du texte de l'art. 9 al. 4 LDTR qu'une telle augmentation était exceptionnelle et devait être accordée avec une motivation. Enfin, cette majoration de loyer devait s'appliquer uniquement aux pièces importantes et non à la totalité de l'appartement comme cela ressortait de l'art. 9 al. 2 LDTR. Or, le département avait majoré les loyers de toutes les pièces.

S'agissant de l'appartement du deuxième étage, G_____ avait commis une grave infraction en transformant un logement de 7,5 pièces en un appartement avec une affectation mixte comportant une activité commerciale.

Dès lors, c'était le loyer antérieur à celui qui avait été fixé dans le contrat de bail avec le Dr Loutan qui devait être pris en considération, soit CHF 28'500.-. L'ASLOCA s'interrogeait sur la question de savoir quel était le montant de l'amende notifiée à G_____ vu l'importance du loyer trop perçu.

Par ailleurs, le dispositif de la décision du 4 mars 2010 de la commission était incomplet, celle-ci n'ayant pas annulé les loyers contestés de sorte qu'ASLOCA reprenait ses conclusions initiales tout en demandant quel était le montant de l'amende. Elle conclut préparatoirement, à ce qu'il soit ordonné au département de produire l'amende notifiée à G_____ et principalement, à l'annulation de l'augmentation du loyer de 6,5 pièces, celui devant être fixé à CHF 20'178.- au maximum correspondant à CHF 3'363.- la pièce l'an et, à l'annulation des loyers de l'appartement de 7,5 pièces appliqués par G_____ à partir du 1^{er} août 1990 et, à la fixation du loyer au montant antérieur de CHF 28'500.-, avec suite de frais et dépens.

17. G_____ a présenté ses observations le 17 mai 2010.

Elle conclut à l'admission du recours formé par le département s'agissant de l'appartement du troisième étage.

Concernant celui du deuxième étage, le loyer autorisé devait être fixé à CHF 47'220.- par an, soit le loyer actualisé à l'indice suisse des prix à la consommation. A l'époque de la conclusion du bail en 1990, le prix à la pièce par an était déjà de CHF 4'800.-. Le loyer avant transformation ou rénovation dépassant manifestement le niveau des loyers répondant aux besoins prépondérants de la population, il devait être maintenu par le département à son niveau actuel. Rien ne permettait de douter du fait que le Dr Loutan ait effectivement fait un usage mixte du logement litigieux.

Elle conclut à l'annulation de la décision litigieuse et, à ce que le loyer autorisé pour l'appartement du deuxième étage soit fixé à CHF 47'220.-, l'autorisation du 8 (recte 3) février 2009 étant confirmée pour le surplus, avec suite de frais et dépens.

18. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2.
 - a. La LDTR a pour but de préserver l'habitat et les conditions de vie existants ainsi que le caractère actuel de l'habitat dans les zones visées expressément par la loi (art. 1 al. 1^{er} LDTR). La loi prévoit notamment à cet effet, tout en assurant la protection des locataires et des propriétaires d'appartements, des restrictions à la démolition, à la transformation et au changement d'affectation des maisons d'habitation (art. 1 al. 2 let. a LDTR). Une autorisation est nécessaire pour toute transformation ou rénovation de tout ou partie d'une maison d'habitation (art. 9 al. 1^{er} LDTR).

 - b. La LDTR vise à protéger les locataires contre des changements d'affectation quantitatifs du parc locatif, soit contre le remplacement de locaux d'habitation par des locaux commerciaux ou à usage professionnel, mais aussi et de façon primordiale, à les protéger contre des changements d'affectation qualitatifs. Sont en effet également visés les travaux de rénovation qui ont pour conséquence de faire basculer des catégories de logement conçues pour des familles modestes et nombreuses dans des catégories de logement destinées à des personnes aisées et sans enfant, ou des catégories d'immeubles à loyer bas ou modérés vers des loyers d'appartements de luxe (A. MAUNOIR, La nouvelle LDTR au regard de la jurisprudence, les démolitions et les transformations, RDAF 1996 p. 314).

3. En fonction des objectifs rappelés ci-dessus, la LDTR a mis en place un régime d'autorisation pour tous travaux d'entretien dépassant l'entretien usuel, couplé pour une durée limitée, à un contrôle de l'impact sur le loyer, applicable à toute catégorie d'habitation touchée par la pénurie. Ce régime est compatible avec la garantie de la propriété protégé par l'article 26 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et par le principe de la force dérogatoire du droit fédéral régi par l'article 49 de la Cst. (ATF 116 1a p. 401, consid. 6a p. 412 et consid. 9c p. 415).

4. Aux termes de l'art. 9 al. 2 LDTR, l'autorisation de construire n'est accordée que si les logements transformés répondent quant à leur genre, leur loyer ou leur prix aux besoins prépondérants de la population. En matière de loyer, correspondent à de tels besoins prépondérants des loyers accessibles à la majorité de la population (art. 9 al. 3 LDTR), soit des loyers compris entre CHF 2'503.- et CHF 3'363.- la pièce par année (Arrêté du Conseil d'Etat du 21 juin 2006 relatif à la révision des loyers répondant aux besoins prépondérants de la population, publié dans la FAO du 30 juin 2006, auquel renvoie l'art. 6 al. 3 LDTR).

Cette fourchette de loyers peut être exceptionnellement dépassée si la surface brute locative est importante (art. 9 al. 4 LDTR).

Appartement du 2^{ème} étage

5. L'arrêté du Conseil d'Etat du 4 février 2009 déterminant les catégories d'appartement où sévit la pénurie (ArAppart - L 5 20.03) ne concerne pas les appartements de 7,5 pièces, ce qui a une incidence sur le type de contrôle auquel il est soumis, de sorte que le type de contrôle auquel celui-ci est soumis est différent.
6. Le département accorde l'autorisation si les logements transformés répondent, quant à leur genre, leur loyer ou leur prix, aux besoins prépondérants de la population (art. 9 al. 2 ab initio LDTR). Le département tient compte, dans son appréciation, des éléments suivants :
 - 1°) du genre, de la typologie et de la qualité des logements existants ;
 - 2°) du prix de revient des logements transformés ou nouvellement créés, notamment dans les combles ;
 - 3°) du genre de l'immeuble ;
 - 4°) du nombre de pièces et de la surface des appartements ainsi que de la surface des logements nouvellement créés ;
 - 5°) des exigences liées à l'objectif de préservation du patrimoine (art. 9 al. 2 in fine LDTR).

Il convient, à ce stade, de distinguer le cas des logements dont le genre, le loyer ou le prix avant travaux correspond aux besoins prépondérants de la population et celui des logements qui n'entrent déjà plus dans cette catégorie (ATA/492/1999 du 31 août 1999).

S'agissant des premiers, l'art. 9 al. 2 LDTR prévoit la possibilité pour le département de refuser l'autorisation lorsqu'ils ne répondraient plus, après transformation, aux besoins prépondérants de la population, quant à leur genre, leur loyer ou leur prix. En ce qui concerne les autres logements, le Tribunal fédéral a clairement indiqué que le législateur ne pouvait pas étendre l'interdiction de transformer à des logements dont la conservation ne répond pas à l'intérêt public de lutte contre la pénurie de logements (ATF 105 Ia 362 consid. 5 p. 367). Le Tribunal administratif du canton de Neuchâtel a rendu un arrêt similaire, considérant qu'une mesure restreignant la garantie de la propriété n'était pas conforme, notamment au principe de la proportionnalité, lorsqu'elle ne permettait pas de lutter effectivement contre la pénurie de logements ; il n'y avait ainsi pas de raison d'interdire la vente d'un appartement dont le loyer était prohibitif (Arrêt K. du Tribunal administratif neuchâtelois du 23 mai 1990, in Revue de jurisprudence neuchâteloise 1990, p. 256). Le Tribunal fédéral a encore jugé, à propos de l'art. 6 al. 6 de l'aLDTR (correspondant à l'actuel art. 9 al. 2), que la loi « ne répond à

l'intérêt public que dans la mesure où elle vise à maintenir l'affectation des logements qui répondent, par leur loyer, leur prix et leur conception, aux besoins prépondérants de la population. Les restrictions à la propriété qu'elle institue doivent être propres à atteindre ce but. A cet égard, s'il se justifie d'empêcher que des logements à loyer modéré ne soient transformés en appartements de luxe, l'intérêt public ne commande pas, en revanche, de limiter la rénovation et la transformation de logements de luxe préexistants. Le législateur aurait sans doute pu limiter le champ d'application de la loi à certains logements à loyer modéré et en exclure les logements de luxe ; il aurait aussi pu se fonder sur un critère qualitatif permettant de distinguer entre les logements à préserver et ceux dont les propriétaires pourraient librement disposer. Le Grand Conseil n'a pas envisagé ces possibilités » (ATF 107 Ia 418 consid. 11 ; ATA N. du 29 avril 1997).

Selon la jurisprudence du Tribunal administratif, lorsque les loyers des logements considérés dépassent, déjà avant travaux, la limite fixée par les art. 6 al. 3 et 9 al. 3 LDTR, soit CHF 3'225.- par pièce et par année, ils échappent à l'application des art. 6 al. 2 et 9 al. 2 LDTR et donc ne peuvent entraîner un refus d'autorisation (ATA SI L. du 27 janvier 1998 ; SI T. et SI D. du 8 avril 1997).

7. En l'espèce, le loyer avant travaux était de CHF 65'376.-, soit CHF 8'717.- la pièce par an, montant largement supérieur aux CHF 3'225.-, portés à CHF 3'363.- par l'arrêté du Conseil d'Etat du 21 juin 2006, mentionnés ci-avant. Par conséquent, c'est à juste titre que le département a accordé l'autorisation sollicitée.
8. La décision du département est assortie d'une condition fixant le montant du loyer après travaux, soit CHF 36'090.- par an (CHF 4'812.- la pièce par an) pendant trois ans dès la fin des travaux et la remise en location de l'appartement concerné.

Selon l'art. 10 al. 1 LDTR, le département fixe, comme condition de l'autorisation, le montant maximum des loyers des logements après travaux.

Toutefois, selon l'al. 2 de la même disposition, il renonce à la fixation des loyers et des prix prévue à l'al. 1 lorsque cette mesure apparaît disproportionnée, notamment :

- a) lorsque les loyers après transformations demeurent peu élevés ;
- b) lorsque les logements à transformer sont des logements de luxe ou que leurs loyers dépassent d'ores et déjà d'au moins 2 fois et demie les besoins prépondérants de la population.

Cette dernière disposition légale démontre qu'un appartement loué, avant travaux, pour un montant dépassant les besoins prépondérants de la population, n'est pas soustrait *ipso facto* au contrôle des loyers. Seul un loyer, avant travaux,

deux fois et demie supérieur à la limite de CHF 3'363.- par pièce et par année entraîne un tel effet.

9. En l'espèce, le loyer par pièce et par année s'élève à CHF 8'717.-. Il est donc plus de deux fois et demie supérieur à la limite de CHF 3'363.-. A rigueur de texte, cet appartement est donc soustrait au contrôle des loyers.
10. Se pose toutefois la question du loyer de référence. Pour le département, le loyer de référence avant travaux doit être celui fixé par avis du 30 juillet 1990 ajusté en fonction de l'adaptation à l'indice du taux hypothécaire et des charges.

Pour G_____, il convient d'opérer une moyenne dont le point de départ est le montant du loyer du bail du Dr Loutan.

Pour l'ASLOCA, le loyer de référence est celui qui prévalait lorsque l'appartement était loué conformément à sa vocation de logement, soit antérieurement au bail du Dr Loutan.

La commission a fait droit aux conclusions de l'ASLOCA sur ce point.

La question préalable à résoudre est celle de la validité du bail mixte consenti au Dr Loutan, lequel occupait partiellement les locaux à titre de logement et partiellement pour son cabinet médical. Le département plaide que de pratique constante, il a toujours toléré qu'un appartement puisse à titre exceptionnel être en partie utilisé pour l'exercice d'une activité professionnelle, sans pour autant qu'il demande qu'une autorisation de construire soit déposée pour l'obtention d'un changement d'affectation.

Cette pratique est assurément contraire à la LDTR et en particulier à l'art. 3 al. 3.

Le Tribunal administratif a déjà jugé qu'un changement d'affectation devait faire l'objet d'une autorisation (ATA/410/2005 du 7 juin 2005 ; ATA/632/2005 du 27 septembre 2005 a contrario).

Le laxisme du département est connu des autorités politiques. Ainsi, à l'occasion de la discussion du projet de loi 8694 modifiant la LDTR, le député Hiler a relevé : « Tout d'abord, la non-application de la LDTR dans les faits... vous avez raison, Madame la députée, les contrôles en la matière sont effectivement très faibles ! On observe, en particulier, de nombreux changements d'affectation... » (Mémorial des séances du Grand Conseil, 55^{ème} législature, 3^{ème} année, session 05 (février 2004) - séance 24 du 13 février 2004 à 17h00, p. 4). Au cours de cette même séance, le Conseiller d'Etat en charge du département a confirmé qu'un certain nombre de violations de la loi avaient été constatées pour une part à raison de fraudes à la loi, et pour une part, à raison de la faiblesse des contrôles du département. « C'est une question d'organisation et de

répartition des moyens et des ressources dont nous pourrions discuter » (intervention L. Moutinot eodem loco p.11 i.f. et 12).

11. Au vu de ce qui précède, le Tribunal administratif ne saurait souscrire à la pratique constante dont se réclame le département. Il faut admettre que, sauf autorisation délivrée par le département, l'affectation mixte d'un appartement destiné au logement est contraire à la LDTR. Il s'ensuit que le loyer de référence doit être celui correspondant à la destination des locaux à usage d'habitation. Sur ce point, la décision de la commission doit être confirmée et le recours rejeté.

Appartement du troisième étage

Ce logement qui compte 6,5 pièces est soumis à l'ArAppart.

12. La discussion porte sur l'argument soulevé par l'ASLOCA à savoir que le montant de CHF 3'650.- la pièce par an fixé dans l'autorisation délivrée par le département à G_____ est contraire à l'art. 6 LDTR dans la mesure où il excède le plafond de CHF 3'363.- la pièce par an.

Le département allègue qu'en faisant droit aux conclusions de l'ASLOCA, la commission a fait une mauvaise application de l'art. 9 al. 4 LDTR, aux termes duquel la fourchette des loyers peut exceptionnellement être dépassée si la surface brute locative des pièces est importante.

Il est établi par les plans figurant dans le dossier, que les pièces de cet appartement sont spacieuses (157 m² pour 6,5 pièces, soit 24 m² la pièce). La commission a d'ailleurs retenu que cette surface habitable était plus élevée que celle de l'ensemble des appartements de 6 pièces (121 m², soit 20 m² la pièce) disponibles dans le canton de Genève, toutes époques de construction confondues.

Dans son arrêt du 27 septembre 2005 déjà cité, le tribunal de céans a considéré qu'une surface de 25 m² était particulièrement généreuse pour une pièce (ATA/632/2005).

Dans le même ordre d'idée, à l'occasion des débats législatifs dont il a été ci-avant question, le député Pagani a constaté que les normes habituelles étaient de 18 m² la pièce (eodem loco p. 59).

Sur la base de cette constatation, il faut admettre que l'art. 9 al. 4 LDTR peut s'appliquer au cas d'espèce où la surface des pièces est importante.

Au demeurant, la fourchette de loyers fixés par la loi n'est dépassée que de CHF 287.-, ce qui représente CHF 24.- par mois. L'augmentation paraît dès lors mesurée et admissible.

Sur ce point, le recours sera admis et la décision de la commission annulée.

13. Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis. Aucun émolument ne sera mis à la charge du département (art. 11 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 (RFPA - E 5 10.03)).

Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de G_____ qui a appuyé les conclusions du département. Une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à l'ASLOCA qui obtient partiellement gain de cause, à concurrence de CHF 500.- pour l'Etat de Genève et de CHF 500.- pour G_____ (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 9 avril 2010 par le département des constructions et des technologies de l'information contre la décision du 4 mars 2010 de la commission cantonale de recours en matière administrative ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule la décision du 4 mars 2010 de la commission cantonale de recours en matière administrative en ce qui concerne l'appartement du troisième étage ;

rétablit dans cette mesure l'autorisation du 3 février 2009 délivrée par le département des constructions et des technologies de l'information à G_____ S.A. ;

confirme la décision du 4 mars 2010 de la commission cantonale de recours en matière administrative pour le surplus ;

met à la charge de G_____ S.A. un émolument de CHF 500.- ;

alloue à l'Association genevoise de défense des locataires une indemnité de procédure de CHF 500.- à charge de l'Etat de Genève et une indemnité de procédure de CHF 500.- à charge de G_____ S.A. ;

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 des constructions et des technologies de l'information, à Me Jean-François Marti, avocat de G_____ S.A., à l'ASLOCA Association genevoise de défense des locataires ainsi qu'à la commission cantonale de recours en matière administrative.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, Mmes Hurni et Junod, M. Dumartheray juges,
M. Torello, juge suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :

M. Tonossi

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :