

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE  
G \_\_\_\_\_

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3323/2017-LDTR

ATA/870/2019

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 7 mai 2019**

dans la cause

A \_\_\_\_\_

contre

**DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE - OFFICE CANTONAL DU LOGEMENT  
ET DE LA PLANIFICATION FONCIÈRE**

**Mme et M. B \_\_\_\_\_**  
représentés par Me Nicolas Wyss, avocat

**Mme et M. C \_\_\_\_\_**

**M. D \_\_\_\_\_**

\_\_\_\_\_

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du  
13 mars 2018 (JTAPI/230/2018)**

---

## EN FAIT

- 1) Le 16 décembre 2016, Mme et M. B\_\_\_\_\_ (ci-après : les consorts B\_\_\_\_\_ ) sont, dans le cadre de la succession de feu M. E\_\_\_\_\_ B\_\_\_\_\_ décédé en 2010, devenus propriétaires des lots de copropriétés conférant un droit d'usage exclusif portant sur deux appartements n° 4.01 et 5.01, de sept pièces chacun, aux 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> étages de l'immeuble sis \_\_\_\_\_, F\_\_\_\_\_, feuillets n° 6, respectivement 7 sur la parcelle 1\_\_\_\_\_ de la commune de G\_\_\_\_\_, section H\_\_\_\_\_.

Ces deux appartements font partie des cinq appartements situés dans cet immeuble de cinq étages (dont le 1<sup>er</sup> est occupé par des locaux commerciaux au-dessus du rez-de-chaussée, au niveau duquel se trouvent trois arcades), plus deux étages de combles. Les cinq appartements occupent les 2<sup>ème</sup> au 5<sup>ème</sup> étages ainsi que le 1<sup>er</sup> étage des combles (cahier de répartition des locaux, propriété par étages [ci-après : PPE], établi le 11 mars 2002 par des géomètres).

À teneur du contrat de vente signé le 29 septembre 2000 devant notaire et enregistré au registre foncier (ci-après : RF) le 2 octobre 2000, feu M. E\_\_\_\_\_ B\_\_\_\_\_ avait acheté ledit immeuble à I\_\_\_\_\_ SA et à MM. J\_\_\_\_\_, K\_\_\_\_\_, L\_\_\_\_\_ et M\_\_\_\_\_, avec notamment la précision, sous « entrée en jouissance », que « l'acquéreur entre immédiatement en possession et jouissance de l'immeuble qui lui est présentement vendu libre de tous bail, biens et personnes, à l'exception de l'arcade de 3,75 mètres sur 5,75 mètres, actuellement louée à Mme N\_\_\_\_\_, jusqu'au [30 septembre 2001], en vertu d'un bail dont l'acquéreur déclare avoir reçu une photocopie et qu'il reprend par les présentes en l'acquit et à la décharge des vendeurs ».

- 2) Par requête du 11 mai 2017, Me O\_\_\_\_\_, notaire, a sollicité, pour le compte des consorts B\_\_\_\_\_, l'autorisation d'aliéner les appartements susvisés.
- 3) Par arrêtés du 11 juillet 2017 (VA 13'170 et 13'171), publiés dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après FAO) du même jour, le département de l'aménagement, du logement et de l'énergie, devenu le département du territoire (ci-après : DT ou département), par l'office cantonal du logement et de la planification foncière (ci-après : OCLPF), a autorisé l'aliénation, par les consorts B\_\_\_\_\_, de l'appartement n° 4.01 au profit de Mme et M. C\_\_\_\_\_, et de l'appartement n° 5.01 au profit de M. D\_\_\_\_\_, lesdits appartements étant destinés à l'habitation, à l'exclusion de toute activité commerciale ou administrative.

L'immeuble dans lequel étaient compris lesdits appartements était soumis au régime de la PPE depuis octobre 2003. Les requérants les avaient acquis par

voie de succession en décembre 2016 et souhaitaient aujourd'hui les revendre. Les appartements en cause n'avaient jamais été loués, ni offerts en location, et avaient toujours été occupés par les membres de la famille des requérants, et seraient destinés à l'habitation personnelle des acquéreurs.

- 4) Par acte du 25 juillet 2017, l'A\_\_\_\_\_ (ci-après : A\_\_\_\_\_ ) a déposé un recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) contre lesdites autorisations de vente, concluant, préalablement, à ce qu'il soit constaté qu'il n'existait aucun motif d'autorisation d'aliéner les lots 5.01 et 4.01, au sens des art. 39 al. 2 et 4 de la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi) du 25 janvier 1996 (LDTR - L 5 20) et, principalement, à l'annulation des arrêtés du département du 11 juillet 2017 et au refus de toute autorisation d'aliénation concernant cet immeuble. Subsidièrement, les arrêtés devaient être annulés et la cause renvoyée au département pour instruction dans le sens des considérants, le tout « sous suite de frais et dépens ».

L'immeuble en cause, construit entre 1919 et 1945, ayant été, jusqu'en octobre 2000, propriété d'I\_\_\_\_\_ SA et de MM. J\_\_\_\_\_, K\_\_\_\_\_, L\_\_\_\_\_ et M\_\_\_\_\_, il était contesté que les appartements en cause n'aient jamais été loués, ni offerts en location, ce qui excluait le motif d'autorisation de l'art. 39 al. 4 let. c LDTR.

Les motifs d'autorisation d'aliénation prévus aux let. a et b de l'art. 39 al. 4 LDTR n'étaient pas non plus remplis. Les appartements n'étaient en effet pas soumis, depuis leur construction, au régime de la PPE ou à une forme de propriété analogue, respectivement le 30 mars 1985. En outre, il ressortait du dossier qu'au moment de l'acquisition des appartements le 29 septembre 2000 par feu M. E\_\_\_\_\_ B\_\_\_\_\_, l'immeuble n'était pas soumis à un régime de PPE. Ce point n'avait en tout état pas été instruit par le DT. Les appartements n'avaient en outre jamais fait l'objet d'autorisations d'aliéner auparavant. La pesée entre l'intérêt privé des acquéreurs et l'intérêt public et général à maintenir, en période de pénurie de logement, l'affectation locative des appartements loués n'avait enfin fait l'objet d'aucun examen par le département ; la primauté du premier était contestée.

- 5) Dans leur réponse du 15 septembre 2017, les consorts B\_\_\_\_\_, sous la plume de leur avocat, ont conclu à ce que l'A\_\_\_\_\_ soit déboutée de l'ensemble de ses conclusions.

À teneur d'une attestation du 4 septembre 2017 de Me P\_\_\_\_\_, ancien avocat de feu M. E\_\_\_\_\_ B\_\_\_\_\_ et selon ses propres constatations, l'immeuble anciennement propriété de celui-ci et sis \_\_\_\_\_, F\_\_\_\_\_, n'avait jamais été loué à des tiers, puisque son usage avait toujours été exclusivement destiné à la famille B\_\_\_\_\_, dont chacun des enfants disposait d'un appartement.

Dans une affaire présentant un état de fait similaire (JTAPI/1298/2016 du 8 novembre 2016, en force), le TAPI avait jugé que c'était à bon droit que le département avait analysé des demandes d'autorisation d'aliéner deux appartements à la lumière de l'art. 11 al. 3 du règlement d'application de la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation du 29 avril 1996 (RDTR - L 5 20.01) adopté par le Conseil d'État, en lien avec l'art. 39 al. 1 et 4 let. c LDTR, et considéré leur affectation depuis leur acquisition par le propriétaire intimé, près de 18 ans plus tôt, sans s'étendre sur l'éventuelle offre en location par un propriétaire précédent. Cette jurisprudence devait s'appliquer au cas d'espèce, les pièces produites démontrant que les appartements des intimés n'avaient jamais été loués, ni offerts en location et qu'ils avaient été exclusivement occupés par les membres de la famille B\_\_\_\_\_.

- 6) Les époux C\_\_\_\_\_ et M. D\_\_\_\_\_ n'ont donné aucune suite aux courriers du 15 août 2017 du TAPI les invitant à se déterminer sur le recours de l'A\_\_\_\_\_.
- 7) Dans sa réponse du 10 octobre 2017, le département, par l'OCLPF, a conclu au rejet du recours.

Dans le cadre de l'instruction des requêtes, il avait vérifié auprès de l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM) si les appartements en cause étaient occupés par des membres de la famille des intimés, et il avait acquis la conviction que lesdits appartements n'avaient jamais été loués. Il avait dès lors rendu ses décisions en application de l'art. 39 al. 4 let. c LDTR en lien avec l'art. 11 al. 3 RDTR, renvoyant pour le surplus au jugement JTAPI/1298/2016 précité dont les considérants en droit pouvaient s'appliquer mutatis mutandis au cas d'espèce.

- 8) Par réplique du 2 novembre 2017, l'A\_\_\_\_\_ a maintenu que les appartements avaient été précédemment loués, comme en attestait l'extrait du Savoir, annuaire genevois, 1998, qu'elle versait à la procédure et qui mentionnait, à l'adresse \_\_\_\_\_, F\_\_\_\_\_, une boutique, le « Q\_\_\_\_\_ R\_\_\_\_\_ », deux fois « R\_\_\_\_\_ » ainsi que deux personnes physiques dont Mme N\_\_\_\_\_.

Or la lettre de l'art. 39 al. 4 let. c LDTR était claire et prévoyait, sans ambiguïté, que l'autorisation d'aliéner un appartement n'était délivrée que si celui-ci n'avait jamais été loué. Toute autre interprétation serait contraire à la loi.

Cela étant, si par impossible une autre interprétation devait être suivie, il fallait retenir, sur la base de l'attestation du notaire des intimés, que les appartements avaient bien été loués depuis 2000, non pas à des tiers mais à des membres de la famille. Les intimés n'auraient pas sollicité d'autorisation d'aliéner si tel n'avait pas été le cas.

- 9) Le 17 novembre 2017, les consorts B\_\_\_\_\_ ont dupliqué, relevant notamment que les informations parues dans le Savoir de 1998 n'étaient pas pertinentes dans la mesure où ils n'étaient pas encore propriétaires des lots concernés à cette date.

Selon une nouvelle attestation de Me P\_\_\_\_\_, du 16 novembre 2017, aucun des appartements de l'immeuble ayant appartenu à son ancien mandant, puis à son hoirie, n'avait été loué à des tiers ni aux membres de la famille B\_\_\_\_\_. Les appartements avaient été occupés par chacun des enfants de feu M. E\_\_\_\_\_ B\_\_\_\_\_ dans un contexte familial et sans aucune contrepartie financière de ceux-ci vis-à-vis de feu leur père. Il n'y avait ainsi jamais eu de contrat de bail, ni explicitement ni tacitement.

- 10) Dans sa duplique du 30 novembre 2017, le département a encore relevé que les intimés avaient soumis à autorisation les opérations projetées en suivant sa directive du 30 août 2004 qui impliquait que « dans tous les cas où le vendeur possède plus d'un logement dans l'immeuble concerné, une requête en autorisation d'aliéner doit être sollicitée auprès du département », « [l'art. 11 al. 3 RDTR] ne [pouvant] être invoqué que si le vendeur ne possède qu'un seul logement dans l'immeuble en cause ».

- 11) Par jugement du 13 mars 2018 notifié le 15 mars suivant à l'A\_\_\_\_\_, le TAPI a rejeté le recours de celle-ci et a mis à sa charge un émolument de CHF 700.-, de même qu'une indemnité de procédure de CHF 1'000.- en faveur des consorts B\_\_\_\_\_.

Il n'était pas contesté que les appartements en cause entraient, de par leur nombre de pièces, dans les catégories de logement où sévissait la pénurie, les dispositions de la LDTR étant dès lors applicables au présent litige.

Il ressortait pour le surplus des pièces du dossier, soit en particulier de l'attestation de Me P\_\_\_\_\_, lequel engageait sa responsabilité par sa signature, que les appartements propriétés des intimés n'avaient jamais été loués, ni offerts en location et qu'ils avaient toujours été occupés par ceux-ci et/ou des membres de leur famille.

Comme cela ressortait de la jurisprudence, en particulier le JTAPI/1298/2016 précité, il n'y avait pour le surplus pas lieu d'instruire la question de l'« offre en location » desdits appartements par les propriétaires précédents, dans la mesure où seules étaient visées par l'art. 39 al. 1 et 4 LDTR, en lien avec l'art. 11 al. 3 RDTR, les locations du fait de l'actuel propriétaire desdits biens.

L'A\_\_\_\_\_ n'apportait de son côté aucun élément qui permettrait de retenir le contraire. Le département n'avait ainsi pas excédé son pouvoir d'appréciation

en délivrant les autorisations d'aliéner litigieuses puisqu'aucun élément en sa possession ne permettait de douter de l'occupation par les propriétaires et/ou leur famille des appartements.

- 12) Par acte expédié le 30 avril 2018 au greffe de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : chambre administrative), l'A\_\_\_\_\_ a formé recours contre ce jugement, concluant à son annulation et reprenant pour l'essentiel les conclusions de son recours devant le TAPI, ajoutant conclure à la constatation du caractère illégal de l'art. 11 al. 3 RDTR et à ce qu'ordre soit donné au DT de le réviser, ainsi qu'à la constatation que l'hypothèse de l'art. 39 al. 4 let. c LDTR n'était pas réalisée puisque, manifestement, l'immeuble avait vu historiquement ses appartements être destinés à la location et loués bien avant que la famille des consorts B\_\_\_\_\_ n'acquière ce bâtiment, de même qu'à la constatation qu'aucun des autres motifs d'autorisation énoncés à l'art. 39 al. 4 LDTR n'était ici satisfait.

L'immeuble en cause avait, en 1986 et jusqu'à la date indéterminée de l'acquisition de la propriété commune par I\_\_\_\_\_ SA et MM. J\_\_\_\_\_, K\_\_\_\_\_, L\_\_\_\_\_ et M\_\_\_\_\_, été en mains d'une unique propriétaire, Mme S\_\_\_\_\_.

- 13) Par courrier du 4 mai 2018, le TAPI a transmis son dossier à la chambre administrative sans formuler d'observations.
- 14) Dans leur réponse du 4 juin 2018, les consorts B\_\_\_\_\_ ont conclu, « avec suite de frais et dépens », au rejet du recours de l'A\_\_\_\_\_, dont les conclusions nouvelles étaient irrecevables, et à la confirmation des autorisations de vente contestées.

L'art. 11 al. 3 RDTR n'imposait aucune obligation supplémentaire au citoyen, de sorte qu'on ne voyait pas pour quel motif cette disposition devrait être qualifiée d'illégale.

Par surabondance, une partie de la famille B\_\_\_\_\_ avait décidé de retourner vivre dans son pays d'origine. Par conséquent, aucun motif ne justifiait que les intimés gardent la propriété des appartements en question, dont ils n'avaient plus d'utilité. Au contraire, ces deux logements seraient très utiles à leurs nouveaux acquéreurs qui projetaient d'y vivre et qui libéreraient de ce fait les logements qu'ils louaient actuellement. Par ailleurs, compte tenu de l'emplacement prestigieux et du caractère luxueux de ces appartements, le prix défini par les parties était conforme au marché et ceux-ci devaient être qualifiés de logements de luxe, qui, conformément à l'art. 6 al. 3 LDTR, n'entraient pas dans les besoins prépondérants de la population que la LDTR protégeait. Par conséquent, aucun intérêt public prépondérant ne s'opposait à ce que les deux appartements, luxueux, soient aliénés par des personnes qui ne vivraient plus à G\_\_\_\_\_ à des acquéreurs qui souhaitaient habiter dans lesdits appartements, ce

d'autant moins que ces logements n'étaient manifestement pas visés par le champ d'application de la LDTR.

À l'appui de cet argument subsidiaire, les intimés ont produit un constat établi le 30 mai 2018 par un huissier judiciaire relatif à l'immeuble et à l'appartement situé au 2<sup>ème</sup> étage, avec des photographies.

- 15) Dans sa réponse du 13 juin 2018, le DT a conclu au rejet du recours.

L'art. 11 al. 3 RDTR n'était pas illégal.

En lien avec cette disposition réglementaire, le département avait la conviction que les appartements en cause n'avaient jamais été loués par leurs propriétaires actuels.

- 16) Le 31 août 2018, l'A\_\_\_\_\_ a répliqué, persistant dans les conclusions de son recours.

Le chapitre VII ne prévoyait pas d'exception pour les logements de luxe, et la préservation du parc locatif concernait toutes les catégories d'appartements, y compris de luxe. Cet argument des intimés était dès lors infondé.

Dans le cadre de la pondération des intérêts en présence en application de l'art. 39 al. 2 LDTR, le projet des consorts B\_\_\_\_\_ de se défaire de leur bien en Suisse, en raison de leur souhait de retourner vivre dans leur pays d'origine, ne les empêchait nullement de vendre l'intégralité des appartements de l'immeuble ensemble plutôt qu'à la découpe. On ignorait en outre combien de temps ils seraient restés domiciliés dans les logements qu'ils souhaitaient vendre et quand ils auraient quitté la Suisse. L'intérêt public prévalait sur les intérêts privés des intimés.

- 17) Par pli du 17 septembre 2018, la chambre administrative, constatant que les autres parties, y compris Mme et M. C\_\_\_\_\_ et M. D\_\_\_\_\_, n'avaient pas formulé d'observations dans le délai imparti, a gardé la cause à juger.

- 18) Pour le surplus, les arguments des parties seront, en tant que de besoin, repris dans la partie en droit ci-après.

## EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable de ces points de vue (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du

26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a et 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

En outre, de jurisprudence constante, l'A\_\_\_\_\_ jouit de la qualité pour recourir au sens de l'art. 45 al. 5 LDTR (ATA/31/2017 du 17 janvier 2017 consid. 1 ; ATA/701/2016 du 23 août 2016 et les références citées).

Le recours est dès lors recevable.

- 2) Le litige porte sur la conformité au droit des arrêtés rendus par le département le 11 juillet 2017 (VA 13'170 et 13'171) autorisant l'aliénation des deux appartements de sept pièces en cause.

Selon la recourante, ces appartements, depuis qu'ils sont devenus propriété de feu M. E\_\_\_\_\_ B\_\_\_\_\_, n'ont plus été loués, après l'avoir été auparavant.

Cela étant, à son avis, l'expression « jusqu'alors offert en location » qui définit le champ d'application de l'art. 39 LDTR (art. 39 al. 1 LDTR) ne peut être comprise autrement que dans le sens qu'un propriétaire qui souhaite aliéner un bien, qui a historiquement appartenu au parc locatif, serait tenu de se soumettre au processus d'autorisation d'aliéner, sauf exception. L'art. 11 al. 3 RDTR violerait ainsi la systématique légale.

L'A\_\_\_\_\_ allègue que les deux appartements en cause ont historiquement été loués, avant l'acquisition de l'immeuble par feu M. E\_\_\_\_\_ B\_\_\_\_\_ le \_\_\_\_\_ 2000, quand bien même ni le département ni le TAPI n'auraient instruit ce point. En effet, selon ladite association, il ressort de l'extrait du Savoir, annuaire genevois, 1998, qu'elle a produit le 2 novembre 2017, que les appartements de l'immeuble sis \_\_\_\_\_, F\_\_\_\_\_ étaient occupés par différentes personnes qui étaient sans lien manifeste entre elles et donc, sans aucun doute, des locataires de Mme S\_\_\_\_\_.

- 3) a. En vertu de l'art. 25 LDTR, pour remédier à la pénurie d'appartements locatifs dont la population a besoin, tout appartement jusqu'alors destiné à la location doit conserver son affectation locative, dans les limites du chapitre VII relatif aux mesures visant à lutter contre la pénurie d'appartements locatifs et allant de l'art. 25 à l'art. 39 (al. 1). Il y a pénurie d'appartements lorsque le taux des logements vacants considéré par catégorie est inférieur à 2 % du parc immobilier de la même catégorie (al. 2). Les appartements de plus de sept pièces n'entrent pas dans une catégorie où sévit la pénurie (al. 3).
- b. Aux termes de l'art. 39 al. 1 LDTR, l'aliénation sous quelque forme que ce soit (notamment cession de droits de copropriété d'étages ou de parties d'étages, d'actions, de parts sociales), d'un appartement à usage d'habitation, jusqu'alors offert en location est soumise à autorisation dans la mesure où l'appartement

entre, à raison de son loyer ou de son type, dans une catégorie de logement où sévit la pénurie.

c. Les catégories de logements où sévit la pénurie sont déterminées chaque année par arrêté du Conseil d'État en fonction du nombre de pièces par appartement (art. 11 al. 1 RDTR). Le Conseil d'État a constaté, pour 2017, 2018 et 2019, qu'il y a pénurie, au sens des art. 25 et 39 LDTR, dans toutes les catégories des appartements d'une à sept pièces inclusivement (arrêtés du Conseil d'État déterminant les catégories de logement où sévit la pénurie en vue de l'application des art. 25 à 39 LDTR des 11 janvier 2017, 29 novembre 2017 et 19 décembre 2018 - ArAppart - L 5 20.03).

Les deux appartements de sept pièces concernés par la présente procédure entrent dans ces catégories et leur vente est donc, sous cet angle, soumise à autorisation.

d. Selon l'art. 11 al. 3 RDTR, par appartement jusqu'alors offert en location, au sens de l'art. 39 al. 1 LDTR, il faut entendre, soit : l'appartement loué lors du dépôt de la requête en autorisation d'aliéner (let. a) ; l'appartement vide ou vacant lors du dépôt de la requête en autorisation d'aliéner, mais qui a précédemment été loué par son propriétaire actuel (let. b) ; l'appartement occupé, lors du dépôt de la requête en autorisation d'aliéner, par son propriétaire, si celui-ci a précédemment loué l'appartement considéré (let. c).

Dans sa jurisprudence récente, le TAPI a considéré que les définitions de l'art. 11 al. 3 RDTR n'apparaissent pas comme une condition légale supplémentaire mais comme une précision d'une disposition qui doit être conforme à la ratio legis de l'art. 39 al. 1 LDTR. Les termes « jusqu'alors », utilisés par le législateur, expriment une notion de temps et correspondent au moment précis où il y a une rupture d'une situation existante. En précisant que le propriétaire actuel est visé par l'art. 39 LDTR, le Conseil d'État n'a pas donné une définition plus étroite que celle entendue par le législateur puisque cette précision correspond à la volonté de celui-ci qui entendait préserver le parc locatif existant. Dans ces conditions, c'était à juste titre que le département avait instruit les demandes d'autorisation d'aliéner à la lumière de l'art. 11 al. 3 RDTR en considérant leur affectation depuis leur acquisition par le requérant de l'autorisation d'aliéner sans s'étendre sur l'éventuelle offre en location d'un propriétaire précédent (JTAPI/230/2018 du 13 mars 2018, présentement attaqué ; JTAPI/1298/2016 précité).

Selon certains auteurs de doctrine, pour savoir si l'appartement est loué (art. 11 al. 3 let. a RDTR) ou l'a été (art. 11 al. 3 let. b et c RDTR), on détermine si le propriétaire actuel a conclu un bail depuis qu'il a acquis l'appartement. Le fait que l'appartement ait été loué par d'anciens propriétaires n'est pas pertinent. En effet, l'art. 11 al. 3 let. b RDTR se réfère au « propriétaire actuel ». Cette

disposition est plus précise que l'art. 11 al. 2 RDTR, lequel mentionne « qui n'a jamais été loué ni offert en location ». Par ailleurs, c'est l'al. 3 qui définit les appartements assujettis à autorisation, tandis que l'art. 11 al. 2 RDTR règle uniquement la possibilité de fournir une attestation notariale. Enfin, du fait de l'acquisition de l'appartement par son propriétaire actuel, qui l'a soit occupé au début de son acquisition soit laissé vide, l'appartement est définitivement sorti du contrôle des aliénations dans le cadre de son autorisation individualisée. Ainsi, l'art. 11 al. 3 let. b RDTR prime l'art. 11 al. 2 RDTR. Par conséquent, les « compteurs sont remis à zéro » à chaque vente d'appartement où l'on détermine si l'appartement est demeuré ou est devenu locatif durant la période de propriété du vendeur (Emmanuelle GAIDE/Valérie DÉFAGO GAUDIN, La LDTR : Démolition, transformation, rénovation, changement d'affectation et aliénation : immeubles de logement et appartements : loi genevoise et panorama des autres lois cantonales, 2014, p. 409).

L'art. 11 al. 3 RDTR n'est toutefois applicable que si le vendeur ne possède qu'un seul appartement dans l'immeuble. Lorsque le vendeur détient plusieurs ou tous les appartements d'un immeuble et que l'un d'eux est vacant depuis qu'il en est propriétaire, cet appartement est aussi assujetti à la procédure d'autorisation d'aliéner. En effet, le département doit s'assurer que le propriétaire ne tente pas de contourner la LDTR en vendant les appartements les uns après les autres, en affirmant à chaque fois que l'appartement à vendre n'aurait pas été loué ou offert en location depuis son acquisition et qu'il l'aurait habité ou remis à titre gratuit à un proche (Emmanuelle GAIDE/Valérie DÉFAGO GAUDIN, op. cit., p. 409).

- 4) a. À teneur de l'art. 39 al. 2 LDTR, le département refuse l'autorisation lorsqu'un motif prépondérant d'intérêt public ou d'intérêt général s'y oppose. L'intérêt public et l'intérêt général résident dans le maintien, en période de pénurie de logements, de l'affectation locative des appartements loués.

Selon l'art. 13 al. 1 RDTR, dans le cadre de l'examen de la requête en autorisation, le département procède à la pesée des intérêts publics et privés en présence. À teneur de l'al. 3, l'intérêt privé est présumé l'emporter sur l'intérêt public lorsque le propriétaire doit vendre l'appartement pour l'un des motifs suivants : nécessité de liquider un régime matrimonial ou une succession (let. a) ; nécessité de satisfaire aux exigences d'un plan de désendettement (let. b) ; prise d'un nouveau domicile en dehors du canton (let. c).

b. Aux termes de l'art. 39 al. 4 LDTR intitulé « motifs d'autorisation », le département autorise l'aliénation d'un appartement si celui-ci : a été dès sa construction soumis au régime de la PPE ou à une forme de propriété analogue, sous réserve du régime applicable à l'aliénation d'appartements destinés à la vente régi par l'art. 8A de la loi générale sur les zones de développement du 29 juin 1957 (LGZD - L 1 35 ; let. a) ; était, le 30 mars 1985, soumis au régime de la PPE ou à une forme de propriété analogue et qu'il avait déjà été cédé de manière

individualisée (let. b) ; n'a jamais été loué (let. c) ; a fait une fois au moins l'objet d'une autorisation d'aliéner en vertu de la présente loi (let. d). L'autorisation ne porte que sur un appartement à la fois. Une autorisation de vente en bloc peut toutefois être accordée en cas de mise en vente simultanée, pour des motifs d'assainissement financier, de plusieurs appartements à usage d'habitation ayant été mis en propriété par étages et jusqu'alors offerts en location, avec pour condition que l'acquéreur ne peut les revendre que sous la même forme, sous réserve de l'obtention d'une autorisation individualisée au sens du présent alinéa. L'al. 5 de l'art. 39 LDTR, intitulé « relogement du locataire », précise qu'au cas où l'autorisation est délivrée, celle-ci peut être soumise à certaines conditions concernant le relogement du locataire.

En cas de réalisation de l'une des hypothèses de l'art. 39 al. 4 LDTR, le DT est tenu de délivrer l'autorisation d'aliéner, ce qui résulte des interprétations tant littérale – le texte indique que l'autorité « accorde » l'autorisation, sans réserver d'exception – qu'historique – l'art. 9 al. 3 aLDTR, dont le contenu est repris matériellement à l'art. 39 al. 4 LDTR, prévoyait expressément que l'autorité ne pouvait refuser l'autorisation – du texte légal. Il n'y a donc, le cas échéant, pas de place pour une pesée des intérêts au sens de l'art. 39 al. 2 LDTR. Les conditions posées à l'art. 39 al. 4 LDTR sont par ailleurs alternatives, ce qui résulte notamment de l'incompatibilité entre les let. a et b de cette disposition (ATA/38/2017 du 17 janvier 2017 consid. 8a ; ATA/1069/2016 du 20 décembre 2016 consid. 4a et les références citées).

À l'inverse, au vu de la marge d'appréciation dont elle dispose, et lorsqu'aucun des motifs d'autorisation expressément prévus par l'art. 39 al. 4 LDTR n'est réalisé, l'autorité doit rechercher si l'intérêt public l'emporte sur l'intérêt privé du recourant à aliéner l'appartement dont il est propriétaire (arrêt du Tribunal fédéral 1P.2/1999 du 19 avril 1999 consid. 2f, rés. in SJ 1999 II 287 ; ATA/80/2014 du 12 février 2014 consid. 6 ; ATA/266/2013 du 30 avril 2013 consid. 7 ; ATA/104/2011, ATA/103/2011, ATA/102/2011 et ATA/101/2011 du 15 février 2011, confirmés par les arrêts du Tribunal fédéral 1C\_137/2011, 1C\_139/2011, 1C\_141/2011 et 1C\_143/2011 du 14 juillet 2011).

D'après certains auteurs de doctrine, l'aliénation d'un appartement qui n'a jamais été loué doit être autorisée (art. 39 al. 4 let. c LDTR). Dans ce cas, on ne se trouverait pas en présence d'un appartement locatif et la vente n'aurait donc pas pour effet de sortir un logement du parc locatif. L'appartement ne serait ainsi pas assujéti à la procédure d'autorisation. Si une autorisation était néanmoins sollicitée, le département devrait l'autoriser. La notion d'appartement qui « n'a jamais été loué » s'examinerait en rapport avec celle d'appartement « jusqu'alors offert en location ». La preuve que l'appartement n'aurait jamais été loué pourrait être difficile à apporter, puisqu'il s'agirait d'un fait négatif. Le département devrait donc être souple. En cas de doute de celui-ci, devraient suffire comme

preuve une attestation de l'OCPM démontrant que le vendeur serait ou aurait été domicilié à l'adresse de l'immeuble, une attestation de voisins, voire la taxation fiscale de laquelle ressortirait l'absence de location. Si les conditions légales de l'art. 39 al. 4 let. c LDTR étaient remplies, le département aurait l'obligation d'accorder l'autorisation, car la loi ne lui accorderait aucune marge d'appréciation (Emmanuelle GAIDE/Valérie DÉFAGO GAUDIN, op. cit., p. 416 s.).

c. Il existe une contradiction logique – à tout le moins apparente – entre le texte de l'art. 39 al. 1 LDTR et celui de l'art. 39 al. 4 let. c LDTR. En effet, la première de ces deux dispositions semble exclure du champ des objets soumis à autorisation d'aliéner les appartements n'étant pas « jusqu'alors loués », tandis que la seconde prévoit l'octroi de l'autorisation – présupposant donc l'assujettissement à l'obligation de requérir celle-ci – pour les appartements n'ayant jamais été loués (ATA/356/2012 du 5 juin 2012 consid. 10). Dans cet arrêt, la chambre de céans a considéré que sa jurisprudence, selon laquelle la vente d'un appartement est soumise à autorisation pour autant que ce dernier entre, du fait de son loyer ou de son type, dans une catégorie de logements où sévit la pénurie, doit à cet égard être suivie. Il se justifie en effet, pour des raisons liées à la sécurité juridique, que les propriétaires n'estiment pas eux-mêmes si la vente projetée doit être soumise à autorisation, mais bien plutôt que la question soit soumise au département qui appliquera le cas échéant l'art. 39 al. 4 LDTR (ATA/356/2012 précité consid. 8d et 10, critiqué sur ce point par Emmanuelle GAIDE/Valérie DÉFAGO GAUDIN, op. cit., p. 410 s.).

- 5) a. En l'espèce, les intimés, propriétaires des deux appartements en cause dans l'immeuble sis \_\_\_\_\_, F\_\_\_\_\_, ont sollicité du DT l'autorisation de les aliéner, ce qui était conforme à la pratique instituée par la directive du 30 août 2004 citée par le département dans sa duplique du 30 novembre 2017.

Vu lesdites demandes, il convient en tout état de cause d'examiner si les autorisations accordées le 11 juillet 2017 par le DT aux intimés étaient conformes à l'art. 39 al. 4 LDTR, en particulier à sa let. c.

b. Or la consultation du RF permet de constater que les conjoints B\_\_\_\_\_ sont propriétaires non seulement des deux appartements concernés, mais aussi de l'entier de l'immeuble sis sur la parcelle 1\_\_\_\_\_. Feu M. E\_\_\_\_\_ B\_\_\_\_\_, seul, a d'ailleurs acquis l'entier de cet immeuble le 29 septembre 2000.

Ceci paraît contredire une individualisation effective des locaux quand bien même ils seraient officiellement en PPE.

c. Il y a lieu d'interpréter l'art. 39 al. 4 let. c LDTR dans le cadre d'une interprétation non seulement littérale mais aussi systématique, en lien avec notamment les art. 39 al. 1 LDTR et le cas échéant 11 al. 3 RDTR, et téléologique

(au sujet des différentes méthodes d'interprétation, notamment ATF 137 IV 180 consid. 3.4), à défaut d'une interprétation historique faute de travaux préparatoires portant précisément sur la problématique présentement litigieuse.

En vertu de l'art. 25 al. 1 LDTR, tout appartement « jusqu'alors destiné à la location », notion que rien ne permet de différencier sur le fond de celle d'appartement « jusqu'alors offert en location » selon l'art. 39 al. 1 LDTR, doit conserver son affectation locative, dans les limites des autres dispositions du chapitre VII. Or, d'une part, c'est sur cet al. 1 que porte, expressément, l'art. 11 al. 3 RDTR, et non sur l'al. 4 let. c de l'art. 39 LDTR. Si le Conseil d'État avait voulu appliquer l'art. 11 al. 3 RDTR à cet al. 4 let. c, il n'aurait pas manqué de le préciser. D'autre part, l'art. 11 al. 3 RDTR ne s'applique pas si le vendeur possède plus d'un logement dans l'immeuble en cause, comme dans le cas présent. Par ailleurs, l'art. 39 al. 4 let. c LDTR ne contient pas une formulation correspondant au contraire de « jusqu'alors offert en location » (al. 1) comme par exemple « n'est jusqu'à présent pas offert en location », mais une formulation indiquant, comprise littéralement, que l'appartement en question, en tant que tel et indépendamment du propriétaire actuel et des propriétaires successifs, n'a jamais été loué. Le fait que cette loi a, conformément à son art. 1 al. 1, pour but de préserver l'habitat et les conditions de vie existants ainsi que le caractère actuel de l'habitat dans les zones visées à l'art. 2 LDTR ne s'oppose pas à cette interprétation.

Ainsi, à tout le moins pour les propriétaires de plus d'un appartement dans le même immeuble, comme en l'occurrence, il y a lieu d'investiguer l'historique complet de l'immeuble et des appartements, y compris celui de l'acquisition par le dernier et actuel propriétaire, afin de déterminer si les appartements en cause ont été une fois loués (art. 39 al. 4 let. c LDTR a contrario) et/ou ont fait une fois au moins l'objet d'une autorisation d'aliéner au sens de la LDTR (art. 39 al. 4 let. d LDTR) qui les aurait retiré du marché locatif (Emmanuelle GAIDE/Valérie DÉFAGO GAUDIN, op. cit., p. 422).

d. De telles investigations font défaut en l'espèce.

Or elles sont nécessaires pour déterminer si les conditions de l'art. 39 al. 4 let. c et/ou d LDTR sont ou non remplies. En effet, les attestations de Me P\_\_\_\_\_ et la clause du contrat de vente du 29 septembre 2000 indiquant l'absence de bail préexistant ne permettent pas d'exclure que des locataires auraient habité dans l'un ou les deux appartements en cause auparavant et ne précisent rien quant à la question de savoir si ce contrat de vente a fait l'objet d'une autorisation d'aliéner ou aurait dû en faire l'objet. Au surplus, les indices présentés par l'A\_\_\_\_\_ découlant de l'extrait du *Savoir*, annuaire genevois, 1998, ne sauraient être d'emblée écartés. Enfin, il convient de s'assurer que la LDTR ne soit pas contournée par la vente des deux appartements par les propriétaires de l'immeuble entier.

Des investigations complémentaires et approfondies s'imposent donc, qu'il appartiendra au DT d'accomplir, notamment auprès du RF, ce qui permettra que la décision qui s'ensuivra puisse faire l'objet d'un recours devant le TAPI puis devant la chambre de céans.

- 6) Vu ce qui précède, le recours de l'A\_\_\_\_\_ sera admis partiellement, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur la recevabilité de toutes ses conclusions, les arrêtés du 11 juillet 2017 et le jugement querellé seront annulés et la cause sera renvoyée au DT afin qu'il procède à une instruction puis rende une nouvelle décision, au sens des considérants.
- 7) Vu cette issue, un émoulement de CHF 1'500.- sera mis à la charge des consorts B\_\_\_\_\_, solidairement entre eux (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à la recourante, qui n'y a pas conclu (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

### **PAR CES MOTIFS**

#### **LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

admet partiellement, dans la mesure où il est recevable, le recours interjeté le 30 avril 2018 par A\_\_\_\_\_ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 13 mars 2018 ;

annule le jugement du Tribunal administratif de première instance du 13 mars 2018 ainsi que les arrêtés du 11 juillet 2017 (VA 13'170 et 13'171) du département du territoire - office cantonal du logement et de la planification foncière ;

renvoie la cause au département du territoire - office cantonal du logement et de la planification foncière afin qu'il procède à une instruction puis rende une nouvelle décision, au sens des considérants ;

met un émoulement de CHF 1'500.- à la charge de Mme et M. B\_\_\_\_\_, solidairement entre eux ;

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 ;

communiqué le présent arrêt à la recourante, à Me Nicolas Wyss, avocats des intimés, à Mme et M. C \_\_\_\_\_, à M. D \_\_\_\_\_, au département du territoire - office cantonal du logement et de la planification foncière, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance .

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, MM. Thélin, Pagan et Verniory, Mme Cuendet, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :