RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/512/2007-DCTI **ATA/607/2007**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 27 novembre 2007

dans la cause

RLS FINANCE S.A.

contre

DÉPARTEMENT DES CONSTRUCTIONS ET DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION

EN FAIT

1. RLS Finance S.A. (ci-après : la propriétaire) est une société anonyme constituée en 1968, ayant son siège à Genève. Elle est principalement active dans le domaine des opérations immobilières et financières.

2. Les 5 et 6 juillet 1994, RLS Finance S.A. a acquis de Monsieur Jean-Pierre Aubert, un immeuble de 312m^2 sis à la rue Maurice 1-3 (parcelle n° 4458 du registre foncier de la Ville de Genève). D'après les plans, celui-ci est composé d'un sous-sol, d'un rez-de-chaussée et de quatre étages en hauteur, dont le dernier forme les combles.

3. Par pli du 8 décembre 2006, faisant suite à une demande d'autorisation pour des transformations intérieures de bureaux reçue le 20 novembre 2006, le département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : le département) a interpellé l'architecte mandaté et lui a rappelé que l'immeuble en question était classé en immeuble d'habitation. Or, un changement d'affectation sans autorisation était contraire à l'article 7 de la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitations du 25 janvier 1997 (LDTR - L 5 20).

   Quand bien même l'extrait du registre foncier indiquait une destination de bureaux, cet immeuble était voué à l'habitation au vu des archives du département.

   Le département relevait encore que, par courrier du 28 avril 1987, constatant le changement d'affectation illicite auquel il avait été procédé dans l'immeuble en 1971, le conseiller d'Etat qui était à l'époque chargé du département des travaux publics, avait concédé à l'ancien propriétaire, M. Aubert, une tolérance lui permettant d'une part d'utiliser le 1er étage à des fins commerciales et, d'autre part, qu'une ou deux pièces des appartements situés dans les étages soient utilisées à des fins professionnelles. Cette tolérance ne constituait toutefois en aucun cas une autorisation de changer l'affectation des locaux et était strictement liée à l'occupant, soit la société Aubert & Cie S.A., de sorte que si cette dernière « venait à quitter les appartements du 1er étage de l'immeuble en cause, ceux-ci devraient être restitués à leur affectation première d'habitation, et ne pourraient en aucun cas être loués ou vendus pour un usage commercial ».

   En annexe à la lettre du département, figurait la lettre du conseiller d'Etat du 28 avril 1987.

4. Par courrier du 20 décembre 2006, la propriétaire a demandé au département d'être mise au bénéfice de la prescription trentenaire.

C'était en 1971 que M. Aubert avait changé l'affectation des 1er et 2ème étages sans autorisation. Ceux-ci avaient depuis lors toujours abrité des bureaux, y compris au moment du rachat de l'immeuble en 1994. Cette affectation remontait donc à plus de trente cinq ans.

5. Par courrier du 21 décembre 2006 adressé à RLS Finance S.A., M. Aubert a confirmé que les locaux des 1er et 2ème étages avaient été employés comme bureaux pour sa société Aubert et Cie S.A. dès 1971 et ce, jusqu'en 1994, date de la vente de l'immeuble à RLS Finance S.A.

6. Par décision du 18 janvier 2007, le département a ordonné à la propriétaire de rétablir une situation conforme au droit en réaffectant les 1er et 2ème étages de l'immeuble à leur destination d'origine, soit deux logements, dans un délai de 90 jours dès l'entrée en force de la décision.

La tolérance accordée en 1987 à M. Aubert ne constituait en aucun cas une autorisation de changer l'affectation des locaux et était strictement liée à l'occupant, soit Aubert & Cie S.A. Partant, c'était à présent sans autorisation que les 1er et 2ème étages de l'immeuble concerné étaient affectés à des fins commerciales.

Par ailleurs, la propriétaire ne pouvait être mise au bénéfice d'une prescription trentenaire qui visait au maintien d'une situation non conforme au droit perdurant depuis plus de trente ans. En effet, compte tenu de l'octroi en 1987 d'une tolérance limitée dans le temps à l'ancien propriétaire, le bénéfice de la situation acquise ne pouvait être invoqué.

7. Le 12 février 2007, agissant par ses propres organes, la propriétaire a interjeté recours auprès du Tribunal administratif contre la décision du département. Elle conclut principalement à l'annulation de la décision du 18 janvier 2007.

Les locaux des deux étages litigieux avaient été occupés par la société Aubert et Cie S.A. de 1971 jusqu'au rachat de l'immeuble en 1994. C'était ensuite la Société Financière Privée S.A., devenue depuis lors Société Bancaire Privée S.A. qui les avaient repris. Le 1er étage était actuellement occupé à titre de bureaux par Renaissance Investment Management S.A. depuis le 1er janvier 2007. Quant au 2ème étage, celui-ci était également affecté à des fins commerciales depuis le 15 juin 2006 par la société Equalia (Suisse) S.A.

La tolérance qui avait été accordée en 1987 à M. Aubert ne concernait que le 1er étage. Partant, la prescription trentenaire était indiscutablement acquise en ce qui concerne le 2ème étage.

Concernant les locaux du 1er étage, la prescription trentenaire n'avait pas été interrompue par la lettre du conseiller d'Etat du 28 avril 1987. En effet, la

tolérance qui avait été accordée à M. Aubert n'avait pas suspendu le caractère illicite du changement d'affectation. Celui-ci perdurait donc depuis plus de trente six ans.

La recourante se prévalait de plus de sa bonne foi car, lors de l'achat de l'immeuble en 1994, celui-ci était à destination de bureaux.

8. Dans sa réponse datée du 15 mars 2007, le département conclut au rejet du recours intenté par la propriétaire et à la confirmation de la décision attaquée.

L'affectation commerciale de l'immeuble effectuée par l'ancien propriétaire était connue du département et avait été expressément tolérée. Dans ce contexte, la recourante ne pouvait bénéficier de la prescription trentenaire car celle-ci ne trouvait application qu'à l'égard des situations illicites.

De plus, n'ayant pas eu connaissance du rachat de l'immeuble par la recourante en 1994 ni du fait que celui-ci avait continué à être affecté à des fins commerciales depuis lors, le département ne pouvait avoir toléré une situation qu'il ignorait. Partant, on ne pouvait lui reprocher de ne pas avoir mis fin plus tôt à une situation non-conforme au droit.

Enfin, la bonne foi invoquée par la recourante devait en l'espèce être écartée. En effet, s'il était vrai que le registre foncier mentionnait à tort que l'immeuble était destiné à des fins commerciales, celui-ci ne jouissait pas de la foi publique. Il convenait donc d'examiner l'ensemble des circonstances dans lesquelles était intervenue l'acquisition de l'immeuble. Or, la lettre de M. Aubert du 21 décembre 2006 ne mentionnait pas les conditions selon lesquelles la vente s'était réalisée et en particulier si, à cette occasion, il avait été fait état de l'existence d'une tolérance *ad personam* et si les 1er et 2ème étages étaient utilisés conformément aux termes de la tolérance qui lui avait été concédée. De plus, le fait que les autres étages de l'immeuble étaient destinés à des fins d'habitation aurait dû attirer l'attention de la recourante. Enfin, l'intérêt public à la mise sur le marché de logements devait l'emporter, en période de grave pénurie.

9. Le 5 octobre 2007, une audience de comparution personnelle a été ordonnée par le Tribunal administratif.

La recourante était représentée par Monsieur Riccardo Aldo Federico Tattoni, membre de sa direction. Ce dernier a affirmé que, lors de la vente, les locaux litigieux étaient occupés par la société de M. Aubert depuis plus de vingt-cinq ans.

A l'occasion des négociations qui avaient précédé l'achat de l'immeuble, M. Tattoni avait été témoin d'une conversation téléphonique entre M. Aubert et un membre du département des travaux publics. Ce dernier savait que les locaux litigieux étaient à usage commercial.

M. Aubert n'avait fait mention d'aucune restriction quant à la personne qui pouvait les utiliser.

Les 1er et 2ème étages étaient toujours, à l'heure actuelle, occupé par des bureaux. Quant aux 3ème et 4ème étages, M. Tattoni comptait les reprendre à titre privé afin de s'y loger.

Le département a déposé un jeu de six plans de l'immeuble qui dataient de juin 1986. Ces plans ont été visés *ne varietur* par le Tribunal administratif.

Sur demande de l'intimé, un transport sur place a été ordonné par le Tribunal administratif.

10. Par courrier du 25 octobre 2007, l'office du registre foncier a fait parvenir au Tribunal administratif, sur demande de celui-ci, un extrait complet du registre foncier concernant l'immeuble litigieux.

11. Le 1er novembre 2007, le Tribunal administratif a procédé au transport sur place en présence des parties.

Les caves étaient constituées de demi-niveaux qui regroupaient toutes les pièces comprises sous le 1er étage d'après le plan 69/02 coupe AA visé *ne varietur*. Le demi-niveau supérieur y figurait en tant que rez-de-chaussée, occupé par un cabinet de physiothérapie.

En accédant au niveau désigné comme le 1er étage sur le plan 69/02 précité, on trouvait dans les escaliers une porte qui donnait sur la rue Maurice et qui était à niveau avec celle-ci.

Le local du 1er étage comportait seulement des fenêtres au niveau de la promenade Saint-Antoine, à laquelle il n'y avait pas d'accès direct. Les pièces qui donnaient sur la rue Maurice se situaient à un niveau qui correspondrait au 1er étage du coté du 3. Ils étaient actuellement loués à la société ARH (Suisse) S.A. L'une des pièces visitées était munie d'une cuisine et une autre d'une cheminée.

Le niveau correspondant au 2ème étage sur les plans était occupé par la société Equalia (Suisse) S.A. qui les utilisait en tant que bureaux. Ces locaux bénéficiaient également d'une cheminée, d'une cuisine équipée qui paraissait récente sans pour autant être neuve et d'une salle de bain avec douche. Les locaux n'avaient pas été modifiés par l'actuel locataire, arrivé au mois de juin 2006.

La surface du 3ème étage sur les plans était actuellement en travaux et avait conservé l'apparence d'un appartement. Il s'y trouvait entre autres une cheminée, une cuisine ainsi qu'une salle d'eau d'une surface équivalente à celle du 2ème étage. L'appartement disposait également d'une pièce de coin entre la promenade de

Saint-Antoine et la rue Maurice. Les murs étaient recouverts de boiseries, certaines agrémentées de peintures.

A l'issue de la mesure d'instruction, les parties n'avaient pas présenté d'autre réquisition.

12. Le 14 novembre 2007, les parties ont été informées que la cause était 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. 1er let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Le présent arrêt a pour objet les appartements indiqués comme 1er et 2ème étages sur les plans 69/02 coupe AA et 69/03 coupe BB visés *ne varietur*, pour lesquels le département a ordonné la remise en l'état.

3. A teneur de l'article 7 LDTR, nul ne peut, sous réserve de l'octroi d'une dérogation au sens de l'article 8 LDTR, changer l'affectation de tout ou partie d'un bâtiment. L'article 3 alinéa 3 LDTR prévoit que, par changement d'affectation, on entend toute modification, même en l'absence de travaux, qui a pour effet de remplacer les locaux à destination de logements par des locaux à usage commercial, administratif, artisanal ou industriel.

En l'espèce, l'immeuble de la rue Maurice est inscrit au registre foncier avec l'affectation "habitation-activités" tel que cela ressort de l'extrait officiel demandé par le tribunal de céans. Or, les 1er et 2ème étages abritaient des locaux commerciaux depuis 1971, soit, à l'époque, les bureaux de Aubert & Cie S.A. Un changement d'affectation a par conséquent eu lieu sans qu'aucune autorisation n'ait été délivrée par le département.

4. Selon les articles 129 et 130 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05), lorsque l'état d'une construction n'est pas conforme aux prescriptions de cette loi, de ses règlements d'application ou des autorisations délivrées, le département peut ordonner, notamment la remise en état initial. Ces dispositions sont applicables en matière de LDTR par le biais de l'article 44 LDTR.

Cependant, de jurisprudence constante du tribunal de céans, un ordre de remise en l'état doit, en application des principes de la proportionnalité et de la bonne foi, respecter les conditions suivantes pour être valable (ATA/484/2007 du

2 octobre 2007 ; ATA/678/2006 du 19 décembre 2006). L'ordre doit être dirigé contre le perturbateur, les installations en cause ne doivent pas avoir été autorisées en vertu du droit en vigueur au moment de la réalisation, un délai de plus de trente ans ne doit pas s'être écoulé depuis l'exécution des travaux litigieux, l'intérêt public au rétablissement d'une situation conforme au droit doit l'emporter sur l'intérêt privé de l'intéressé au maintien de l'installation litigieuse et l'autorité ne doit pas avoir créé des expectatives la liant en vertu du principe de la bonne foi (ATA/544/2006 du 10 octobre 2006 et les références citées).

5. a. S'agissant en particulier de la condition temporelle, le Tribunal fédéral a, en se référant à la prescription acquisitive en matière immobilière, également arrêté le délai à partir duquel les autorités ne peuvent plus ordonner le rétablissement d'une situation conforme au droit à une durée de trente ans (Arrêt du Tribunal fédéral 1P. 153/2003 du 25 avril 2003 consid. 3 et les références citées; ATA/354/2004 du 16 novembre 2004).

Il serait en effet choquant et contraire à la sécurité du droit que l'autorité puisse contraindre un propriétaire, après plus de trente ans, à éliminer une situation contraire au droit. Une telle solution doit aussi être écartée pour des raisons pratiques, car il apparaît extraordinairement difficile d'élucider les circonstances de fait et de droit qui existaient plus de trente ans auparavant ; tel est notamment le cas lorsqu'il s'agit de déterminer la pratique des autorités communales et cantonales des constructions, qui revêt une grande importance pour l'interprétation et l'application des prescriptions en matière de constructions. Une dérogation à ce principe peut être admise lorsque le rétablissement d'une situation conforme au droit s'impose pour des motifs de police au sens étroit (JT 1983 I 299, consid 1a et b ; ATA/216/2003 du 15 avril 2003).

Le délai de trente ans à partir duquel les autorités ne peuvent plus ordonner le rétablissement d'une situation conforme au droit s'applique également aux cas de changement d'affectation. En effet, la sécurité du droit doit être garantie également en la matière (ATA/632/2005 du 27 septembre 2005).

b. En l'espèce, la situation des deux niveaux litigieux doit être distinguée. La tolérance accordée par le conseiller d'Etat en 1987 ne portait en effet que sur l'un de ces deux niveaux. D'après le transport sur place, les deux demi-niveaux qui figurent sur les plans comme juste en dessous du 1er étage ne peuvent être qualifiés de rez-de-chaussée, mais uniquement de sous-sols. Ainsi, la lettre du conseiller d'Etat, qui octroyait une tolérance pour les "locaux du 1er étage" et pour une ou deux pièces des appartements des étages supérieurs, portait en réalité sur le niveau désigné par les plans comme 2ème étage ainsi que sur les deux niveaux qui le surplombent. Partant, la situation quant à la prescription trentenaire n'est pas la même pour les deux appartements litigieux :

i. S'agissant du local du 1er étage, celui-ci n'a jamais fait l'objet d'une quelconque tolérance octroyée par le département. L'illicéité du changement d'affectation perdure donc sans interruption depuis 1971. La prescription trentenaire est par conséquent acquise et le département ne peut plus en ordonner la remise en l'état. Le recours doit donc être admis sur ce point.

ii. Quant au local du 2ème étage sur les plans, celui-ci a bénéficié d'une tolérance attestée par la lettre du conseiller d'état, qui a interrompu l'illicéité du changement d'affectation. En effet, la prescription trentenaire ne s'applique pas à l'égard de situations connues de l'administration et qui ont été expressément tolérées par cette dernière à certaines conditions restrictives. Celle-ci n'a tout au plus commencé à courir qu'en 1994, lors du départ du bénéficiaire de la tolérance.

6. L'article 129 LCI précité reconnaît une certaine marge d'appréciation à l'autorité dans le choix de la mesure adéquate pour rétablir une situation conforme au droit, dont elle doit faire usage dans le respect des principes de la proportionnalité, de l'égalité de traitement et de la bonne foi, et en tenant compte des divers intérêts publics et privés en présence (Ch. ACKERMANN SCHWENDENER, Die klassische Ersatzvornahme als Vollstreckungsmittel des Verwaltungsrechts, Zurich 2000, p. 2). C'est ainsi qu'il peut être renoncé à une remise en état des lieux, lorsque la violation est de peu d'importance, lorsque cette mesure n'est pas compatible avec l'intérêt public ou encore lorsque le propriétaire a pu croire de bonne foi qu'il était autorisé à édifier ou à modifier l'ouvrage et que le maintien d'une situation illégale ne se heurte pas à des intérêts publics prépondérants (Arrêt du Tribunal fédéral 1P.273/2006 du 28 juillet 2006 ; ATF 111 Ib 213 consid.6 p. 221 et les arrêts cités).

La recourante invoque la protection de la bonne foi en arguant qu'elle s'est fondée sur l'extrait du registre foncier lors de l'acquisition de l'immeuble en 1994 qui indiquait que celui-ci était affecté à des fins commerciales, ce que le département ne nie pas.

7. Ainsi que le relève le département, la foi publique attachée au registre foncier ne s'étend pas aux indications figurant à l'état descriptif, telle que la mention de l'affectation des bâtiments (ATF 119 II 216 consid. 3 p. 218 ; ATF 106 II 341 consid. 1a p. 342 ; ATF 105 Ia 219 consid. 2 p. 221 ; D. BÄNZIGER-COMPAGNONI, Die Offentlichkeit des Grundbuches, thèse Zurich 1993, p. 71 ; H. DESCHENAUX, Le registre foncier, Traité de droit privé suisse, vol. V/II, 2, 1983, p. 54). Le Tribunal fédéral a cependant relevé, dans un arrêt récent, que cela ne signifiait pas pour autant que cette inscription était dépourvue de toute portée, s'agissant de déterminer si l'acquéreur était ou non de bonne foi, en particulier lorsque la destination réelle de l'immeuble lors de son acquisition correspondait à celle indiquée dans l'état descriptif du bâtiment mentionné au registre foncier. En pareil cas, on ne saurait exiger de l'acquéreur qu'il se renseigne plus avant sur l'exactitude de l'indication figurant au registre

foncier, notamment en consultant les archives de l'office cantonal de la population (Arrêt du Tribunal fédéral 1P. 745/2006 du 26 janvier 2007 et la référence citée).

En l'occurrence, la bonne foi de la recourante dans cette affaire ne saurait être mise en doute. En effet, le département, auquel il appartient de renverser la présomption de la bonne foi, n'a pas été en mesure de démontrer que les organes de la société savaient ou auraient dû savoir, au moment de l'acquisition de l'immeuble, que ce dernier était voué au logement. Au contraire, tous les éléments qui étaient à l'époque à leur disposition tendaient à leur laisser croire à une affectation commerciale des locaux litigieux. En 1994, ils avaient en effet procédé à l'acquisition d'un immeuble, qui était occupé à des fins de bureaux et dont l'inscription au registre foncier confirmait cette affectation commerciale. Partant, leur bonne foi ne saurait être remise en question.

8. Lorsque, comme en l'espèce, le destinataire de l'ordre de remise en l'état peut se prévaloir de sa bonne foi, seul un intérêt public particulièrement important peut justifier une telle mesure qui porte une atteinte grave à la propriété (ATF 111 Ib 213 consid. 6 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1P.273/2006 du 28 juillet 2006 précité). D'après l'intimé, la pénurie qui sévit actuellement sur le marché du logement à Genève devrait l'emporter sur les intérêts privés de la recourante.

Un logement correspond en principe par son genre aux besoins prépondérants de la population lorsqu'il entre dans la catégorie des appartements dans lesquels règne la pénurie au sens de l'article 25 LDTR. Il y a pénurie d'appartements lorsque le taux des logements vacants, considérés par catégorie, est inférieur à 2 % du parc immobilier de la même catégorie (art. 25 al. 2 LDTR). Selon l'arrêté du Conseil d'Etat pour la période pertinente, les logements où sévit la pénurie sont ceux entre une et sept pièces (arrêté du Conseil d'Etat du 18 janvier 2006 - L 5 20.03 ; ATA/372/2007 du 31 juillet 2007). Or, il résulte des plans versés au dossier que les appartements litigieux, en tant qu'ils comportent tous deux un nombre de pièces supérieur à sept, ne sont pas touchés par la pénurie. Aucun intérêt public primordial ne s'oppose donc à ce que ceux-ci conservent l'affectation commerciale qui subsiste déjà depuis trente six ans.

9. Le recours s'avère ainsi bien fondé pour les appartements litigieux tant du 1er que du 2ème étage. La décision attaquée sera donc annulée.

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge du département, qui succombe (art. 87 LPA ; ATA/423/2005 du 14 juin 2005). Aucune indemnité ne sera allouée à la recourante, car elle comparait en personne et ne soutient pas avoir exposé des frais particuliers pour sa défense (ATA/74/2002 du 5 février 2002).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 12 février 2007 par la société RLS Finance S.A. contre la décision du département des constructions et des technologies de l'information du 18 janvier 2007 ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision attaquée ;

met à la charge du département des constructions et des technologies de l'information un émolument de CHF 2'000.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants 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'article 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 à la société RLS Finance S.A. ainsi qu'au département des constructions et des technologies de l'information.

Siégeants : M. Paychère, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :	le président :
C. Del Gaudio-Siegrist	F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :