RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/588/2004-TPE **ATA/955/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

Du 7 décembre 2004

dans la cause

FINIAL HOLDING S.A.
représentée par Me Jacques Gautier, avocat

contre

DEPARTEMENT DE L'AMENAGEMENT, DE L'EQUIPEMENT ET DU LOGEMENT

EN FAIT

1. Finial Holding S.A. (ci-après : Finial) domiciliée à Genève - dont le but social est l'acquisition, la vente, l'administration et le contrôle de participations à toutes entreprise commerciales, industrielles et financières - est propriétaire des lots de propriété 6.02, 6.03, 6.04 et 6.06 correspondant à divers appartements situés au 4ème étage des immeubles sis sur la parcelle 3992, feuille 26, de la commune de Genève, Petit-Saconnex, à l'adresse 121 et 123, rue de Lausanne.

2. Par courriers des 28 octobre 2002, 13 février et 26 mai 2003, Me Pierre Mottu, notaire, agissant au nom et pour le compte de Finial, a interpellé le département de l'aménagement de l'équipement et du logement (ci-après : DAEL ou département) au sujet de l'affectation des lots précités précisant que ces derniers avaient toujours été destinés à l'usage de bureaux.

3. En réponse à ces courriers, le DAEL a pris position comme suit, le 14 juillet 2003, tout en invitant Me Mottu à se déterminer :

   - Les appartements Nos 6.02, 6.03 semblaient avoir fait l'objet d'une autorisation en changement d'affectation en date du 8 février 1977 (APL 678) ;

   - l'appartement No 6.04 ne semblait pas avoir fait l'objet d'une autorisation mais paraissait avoir été utilisé comme local commercial depuis 1974 ;

   - l'appartement No 6.06 semblait avoir fait l'objet d'une autorisation en changement d'affectation en date du 19 mars 1980 (APL 1522).

   Dans le cadre de cette requête en autorisation, un courrier du 7 mars 1980, mentionnait clairement que l'appartement No 6.04 était utilisé comme bureau, tel que cela ressortait de l'état locatif annexé.

4. Par courrier du 13 août 2003, Finial a confirmé que les lots 6.02, 6.03 et 6.06 avaient fait l'objet de changements d'affectation dûment autorisés. S'agissant du lot 6.04, son changement d'affectation avait été autorisé dans le cadre de l'autorisation complémentaire APL 678/2 ayant pour objet la réunion des lots 6.03 et 6.04.

5. Le 12 septembre 2003, le département a informé Finial qu'il admettait l'affectation commerciale des lots 6.02, 6.03 et 6.06. Le lot 6.04 n'avait par contre pas perdu sa vocation d'habitation et il contestait formellement que l'autorisation de construire complémentaire APL 678/2 ait emporté changement d'affectation.

6. Les 13, 27 novembre et 18 décembre 2003, Finial et le département ont encore échangé divers courriers relatifs à l'affectation du lot 6.04.

7. Par décision du 17 février 2004, le DAEL a ordonné à Finial, en sa qualité de propriétaire, de rétablir une situation conforme au droit en réaffectant le lot 6.04 à sa destination originelle d'habitation, dans un délai de 90 jours. La destination actuelle du lot consistait en effet en un changement d'affectation illicite et prohibé par l'article 7 de la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation du 25 janvier 1996 (LDTR – L 5 20).

Quand bien même ce lot figurait comme « local commercial » dans le registre de l'office cantonal de la population depuis le 1er mars 1974, cette indication n'emportait pas changement d'affectation. D'ailleurs, le cahier de répartition des locaux ainsi que le feuillet 3992 du registre foncier désignaient le lot 6.04 comme « appartement ». Enfin, aucune des autorisations par lettre délivrées successivement par le DAEL n'avait porté sur le changement d'affectation du lot litigieux.

8. Finial a recouru contre ladite décision par-devant le Tribunal administratif le 19 mars 2004. Elle conclut, principalement à son annulation, à ce que l'affectation commerciale du lot 6.04 soit constatée ainsi qu'au versement d'une équitable indemnité de procédure et, subsidiairement, à ce que l'affectation commerciale du lot 6.04 soit autorisée, aussi longtemps qu'elle en sera propriétaire soit, plus subsidiairement, à tout le moins jusqu'à l'échéance au 31 mars 2008 du bail du 12 février 2003.

Pour le surplus et dans la mesure où le DAEL ne prouvait pas que le lot 6.04 ait été affecté au logement antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi restreignant les démolitions et transformations de maison d'habitation en raison de la pénurie de logements du 17 octobre 1962 (L 5 9), il ne saurait prétendre aujourd'hui, que cette affectation était illicite. Le département n'était de toute manière plus en droit d'exiger la réaffectation de l'appartement litigieux en logement sous peine de violer le principe de la bonne foi ainsi que la prescription acquisitive trentenaire de l'article 662 du code civil suisse du 28 mai 1907 (CCS – RS 210).

Enfin, en délivrant l'autorisation de réunir les lots 6.03 et 6.04 (APL 678/2 du 16 mars 1977), le département avait expressément admis l'utilisation commerciale de l'ensemble de ces locaux. Cette affectation avait par ailleurs été confirmée dans le cadre de l'APL 1522 du 19 mars 1980.

9. Le département a fait parvenir ses observations au recours le 25 mai 2004.

a. Il résultait du texte clair de l'autorisation APL 678 du 8 février 1977 que son seul objet consistait dans « le changement de destination des appartements mentionnés en référence», soit les deux appartements situés au 121, rue de Lausanne, correspondant aux lots de propriété 6.02 et 6.03. Quant à l'autorisation complémentaire APL 678/2, elle avait pour seul objet « les travaux sollicités,

conformément aux plans ». Enfin, l'autorisation de construire APL 1552 du 19 mars 1980 visait à changer la destination de l'appartement (lot 6.06) en vue d'en faire un usage commercial.

b. De même, du point de vue de la prescription acquisitive, sa décision était bien-fondée, dès lors que le délai de 30 ans nécessaire pour pouvoir s'en prévaloir n'était pas échu au jour où la décision querellée avait été rendue, l'utilisation commerciale effective coïncidant au plus tôt avec le début du bail. Quand bien même, l'ordre de rétablir la situation conforme devait être confirmé puisque le département n'avait jamais toléré un changement d'affectation de l'appartement litigieux.

Enfin, l'intérêt privé du recourant devait céder le pas à l'intérêt public du DAEL de mettre sur marché un logement correspondant aux besoins prépondérants de la population.

10. a. Finial a répliqué le 2 juillet 2004.

Le département avait délivré les autorisations de changer d'affectation des lots 6.02, 6.03 (APL 678) et 6.06/43 (APL 1522) et celle de joindre les lots 6.03 et 6.04 (APL 678/2) en sachant que ces requêtes étaient motivées par le fait que le lot 6.04 était déjà utilisé comme bureau. S'agissant de la prescription acquisitive, il ressortait de la jurisprudence du Tribunal fédéral que le délai de 30 ans devait être considéré comme un maximum. Enfin, elle mettait en avant sa bonne foi et le fait que l'ordre d'affecter à l'habitation le lot 6.04 entraînerait une perte de valeur importante pour l'ensemble de ses biens immobiliers sis au 121 et 123 rue de Lausanne.

b. Dans sa duplique du 18 août 2004, le département a formellement contesté avoir eu connaissance de l'affectation commerciale du lot 6.04 avant d'être interpellé par Me Mottu. En particulier, aucune pièce dans le dossier APL 1522 ne démontrait qu'il aurait formellement admis et partant acquiescé l'ensemble des éléments résultant de l'état locatif produit.

11. Le 24 août 2004, le juge délégué a informé les parties 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. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. a. Le 17 octobre 1962 a été adoptée la loi sur les démolitions et transformation d'habitation (LD), soit la première loi restreignant les démolitions et transformations de maisons d'habitation en raison de la pénurie de logements. Cette loi établissait le principe selon lequel, sauf dérogation, nul ne peut faire modifier sensiblement la destination d'une maison d'habitation occupée ou inoccupée. C'est cette loi qui était en vigueur au moment de l'octroi des autorisations APL 678, APL 678/2 et APL 1552.

b. La législation a par la suite été modifiée et complétée à plusieurs reprises. Elle a toutefois maintenu le principe de l'interdiction du changement d'affectation des bâtiments d'habitation, sauf dérogation du DAEL. Dans sa teneur actuelle, la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation du 25 janvier 1996 (LDTR - L 5 20) est une loi qui a été adoptée le 25 janvier 1996.

3. En l'espèce, les parties s'accordent sur le fait que l'immeuble comprenant le lot No 6.04 était à l'origine conçu comme un immeuble destiné au logement. La recourante conteste toutefois le bien-fondé de la décision du département au motif que l'autorisation APL 678/02 aurait emporté un changement d'affectation du lot 6.04. Elle se prévaut ensuite, de la prescription acquisitive trentenaire considérant d'une part, que l'administration - ayant toujours eu connaissance de l'utilisation commerciale du lot 6.04 de par la teneur des requêtes en autorisation portant sur les lots 6.02, 6.03, 6.06 - aurait toléré cette situation depuis plus de 30 ans et relevant, d'autre part, sa bonne foi quant à l'utilisation à des fins commerciales du lot 6.04.

Le tribunal de céans devra trancher la question de savoir si l'affectation commerciale du lot 6.04 visé par la décision du DAEL a été autorisée ou si elle peut être admise pour un autre motif.

4. Pour déterminer la portée des autorisations de construire APL 678, 678/2 et 1522, il convient de se référer aux méthodes usuelles d'interprétation et recourir en premier lieu à la méthode d'interprétation littérale. Si le texte de ces dernières n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera sa véritable portée en le dégageant de sa relation avec les autres autorisations, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté de son auteur (interprétation historique). Le sens que prend le texte de l'autorisation dans son contexte est également important.

En l'espèce, il ressort du texte clair de l'autorisation APL 678 du 8 février 1977 que son objet consiste dans le « changement de destination des appartements mentionnés en référence », soit les deux appartements situés au 121, rue de Lausanne, correspondant aux lots de propriété 6.02 et 6.03. Le lot 6.04 objet du présent litige n'est pas concerné par cette autorisation.

De même, il résulte du texte clair de l'autorisation complémentaire APL 678/2 du 16 mars 1977 que l'objet de cette dernière consiste dans « les travaux sollicités, conformément aux plans », soit le percement d'une ouverture entre les appartements correspondant aux lots 6.03 et 6.04. Aucun autre point, soit en particulier la question d'un changement d'affectation du lot 6.04, n'y est traité. Or, un tel changement pour être valable, ne saurait se faire sans requête et autorisation expresses.

Enfin, l'autorisation de construire APL 1552 du 18 mars 1980 visait à « changer la destination de l'appartement mentionné sous rubrique à effet de l'utiliser à usage commercial », soit l'appartement correspondant au lot 6.06.

La lettre de ces trois autorisations est ainsi parfaitement claire. En aucun cas, elles ne visent la destination du lot No 6.04, soit plus encore son changement.

Partant, sous cet angle, le recours doit être rejeté.

5. L'affectation commerciale du lot 6.04 n'ayant pas été autorisée, elle est donc illicite. Reste toutefois à examiner si, en vertu de la prescription acquisitive, le DAEL était toujours en droit d'exiger la réaffectation de l'appartement litigieux.

6. a. En se référant à la prescription acquisitive en matière immobilière, le Tribunal fédéral a 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; JT 1983 I 299; 1981 I 250).

Selon la Haute Cour, 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 (ATA/216/2003 du 15 avril 2003).

b. 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/358/2004 du 4 mai 2004 ; ATA/216/2003 précité).

En l'espèce, le Tribunal de céans est dans l'impossibilité de déterminer la date exacte à laquelle le lot 6.04 a été utilisé pour la première fois comme local commercial. Il résulte des pièces du dossier que Madame Anne-Lies Danial Hirschi, épouse de Monsieur Atef Anial, alors actionnaire unique de la recourante, a acquis le certificat d'actions se rapportant à l'appartement correspondant au lot de propriété 6.04 le 4 mai 1973 et qu'elle a, le même jour, signé un contrat de bail à loyer. Il ressort ensuite du registre de l'office cantonal de la population, que l'appartement y figurait comme « local professionnel » à partir du 1er mars 1974. Enfin, la recourante s'est inscrite au registre du commerce le 8 juillet 1975 et indique que les locaux correspondants au lot 6.04 ont d'abord été utilisés « pour des activités préparatoires nécessaires à ce projet ». Sur la base des informations en sa possession, le DAEL admet pour sa part que le lot 6.04 ait été utilisé à des fins commerciales depuis 1974.

Au vu de ce qui précède, c'est donc au plus tard la date du 1er mars 1974 que le Tribunal Administratif retiendra comme point de départ de l'utilisation commerciale du lot 6.04. Il en découle que le délai de trente ans nécessaire pour pouvoir se prévaloir de la prescription acquisitive, pouvait, sauf faire preuve de formalisme excessif, être considéré comme échu au jour du prononcé de la décision querellée, soit le 17 février 2004.

7. Quand bien même, le délai de trente ans ne serait pas atteint dans la présente espèce, la solution demeurerait la même.

Le Tribunal fédéral a en effet jugé qu'un ordre de démolition, respectivement d'évacuation, n'est de façon générale valable qu'en l'absence de tolérance de la part de l'autorité. Sont ainsi réservés les cas où l'autorité intervient avant l'expiration du délai de 30 ans, mais où elle a toléré pendant des années les constructions ou parties de constructions non conformes, alors qu'elle les connaissait ou aurait pu les connaître en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances; dans un tel cas, la protection de la bonne foi devrait au besoin être assurée (ATA/529/1999 du 7 septembre 1999). La tolérance ne sera toutefois retenue que dans des circonstances exceptionnelles. Ainsi, la passivité de l'autorité qui n'intervient pas immédiatement à l'encontre d'une construction non autorisée n'est en règle générale pas constitutive d'une autorisation tacite ou d'une renonciation à faire respecter les dispositions transgressées. Seul le fait que l'autorité aurait sciemment laissé le propriétaire construire de bonne foi l'ouvrage non réglementaire, ou qu'elle aurait incité le constructeur à édifier un bâtiment, pourrait obliger cette autorité à tolérer ensuite l'ouvrage en question (ATA/358/2004 et ATA/216/2003 précités). Ce principe trouve application ici mutatis mutandis.

Tel est précisément le cas en l'espèce dès lors que dans le cadre de la troisième requête en autorisation, datée du 7 mars 1980, il est expressément fait référence à l'affectation commerciale du lot 6.04, utilisé comme bureau. A partir

de cette date, le département avait ainsi parfaitement connaissance de l'affectation commerciale de l'appartement litigieux. Il n'est cependant intervenu qu'en 2004, qui plus est suite à l'interpellation de la recourante, pour exiger que l'appartement litigieux soit à nouveau affecté à l'habitation.

8. Le recours sera ainsi admis.

Vu l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument. Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera allouée à la recourante, à la charge de l'Etat de Genève.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 19 mars 2004 par Finial Holding S.A. contre la décision du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement du 17 février 2004;

au fond :

l'admet;

annule la décision de la commission cantonale de recours en matière de construction du 17 février 2004 ;

alloue une indemnité de CHF 1'500.- à Finial Holding S.A., à la charge de l'Etat de Genève ;

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

communique le présent arrêt à Me Jacques Gautier, avocat de la recourante ainsi qu'au département de l'aménagement, de l'équipement et du logement.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Paychère, Mme Hurni, M. Thélin, Mme Junod juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :	la vice-présidente :
M. Tonossi	L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :