

du 28 octobre 2003

dans la cause

FONDATION DE LA COMMUNE DE BERNEX POUR LE LOGEMENT

représentée par Me Jean-Marc Siegrist, avocat

contre

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

**EN FAIT**

1. La Fondation de la commune de Bernex pour le logement (ci-après : La fondation) est propriétaire de la parcelle No 3069, feuille 44 du cadastre de la commune de Bernex, laquelle supporte un bâtiment situé au No 255 rue de Bernex.

Il s'agit de l'ancienne gendarmerie de Bernex vouée depuis plusieurs années à l'habitation.

2. Désireuse de procéder à la rénovation de son bâtiment, la fondation a donné mandat à un architecte de la place afin d'établir le coût de la construction, ainsi qu'à la Régie C. - devenue depuis lors la Régie R. - (ci-après : la régie) pour qu'elle s'occupe de toutes les questions administratives, notamment celles liées à la fixation des futurs loyers applicables.

La fondation désirait en effet bénéficier du "bonus LDTR" dans la mesure du possible et envisageait de soumettre son bâtiment et son futur état locatif à la législation sur le logement (catégorie HLM).

3. A cette fin, la fondation adressa à l'Office cantonal du logement (COL), sur formule officielle, un plan financier daté du 10 juin 1999.

La demande portait sur 8 logements, de 29 pièces au total, ainsi que d'une surface commerciale de 36 m<sup>2</sup> et de 9 emplacements de parking intérieurs.

Le prix du terrain et des bâtiments existants était arrêté à CHF 691'220.--, tandis que l'ensemble des travaux s'élevait à CHF 1'782'750.--.

L'OCL donna son accord de principe par lettres des 22 septembre et 21 décembre 1999.

4. Le chantier a débuté à la fin de l'année 1999.
5. Le département de l'aménagement, de l'équipement et du logement (ci-après : le département) a délivré l'autorisation de construire le 6 mars 2000. L'octroi d'un bonus conjoncturel à la rénovation de CHF 145'530.-- était accordé, le loyer après travaux ne devant pas excéder CHF 3'225.-- par an et par pièce, subvention

cantonale déduite.

6. Au cours de l'exécution des travaux, il se révéla que le coût allait être sensiblement plus élevé que prévu. L'augmentation ascendant à quelque CHF 700'000.--.

Aussi, lettre de l'architecte à l'appui, la régie écrivit le 13 novembre 2001 au département afin de lui demander de bénéficier d'un coût de CHF 3'500.-- à la pièce. Le département a répondu par courrier du 19 novembre 2001 qu'il était prêt à entrer en matière sur une modification du prix à la pièce. Aussi la régie était-elle invitée à déposer une demande complémentaire en autorisation de construire portant sur la modification du plan financier, en joignant toutes pièces justificatives à l'appui, notamment le coût définitif des travaux, le plan financier ainsi que l'accord de l'OCL y relatif.

7. Dans le même temps, l'OCL constatait dans une lettre à la régie du 16 novembre 2001 que les travaux de construction étaient suffisamment avancés pour permettre la préparation de l'arrêté de mise en location provisoire. A cet effet, l'OCL demandait à la régie de lui adresser un plan financier intermédiaire et un projet d'état locatif.

8. La régie s'est exécutée par lettre du 18 décembre 2001. Étaient joints à ce courrier un nouveau plan financier daté et signé le 18 décembre 2001, ainsi que, sur formule officielle, une proposition d'état locatif après travaux. Le loyer de chacun des huit logements et celui de la surface commerciale étaient indiqués. L'état locatif total, y compris les garages, s'élevait à CHF 130'800.--. En regard de deux des logements figurait sur la formule officielle une croix désignant les deux appartements devant faire partie du contingent d'attribution que l'OCL se réservait.

Ce document a été approuvé par l'OCL le 20 décembre 2001.

9. Aux mois de novembre et décembre 2001, les candidats qui s'étaient annoncés pour la location des logements réservés commencèrent à se manifester. Ils souhaitaient en effet être avisés suffisamment tôt de l'évolution de leur dossier afin d'être en mesure de résilier leur bail à l'avance.

10. Le 16 janvier 2002, le conseil de la fondation s'est réuni en présence d'un représentant de la régie. Il s'agissait de faire le point sur l'attribution des logements qui était en cours.
11. Le 23 janvier 2002, la régie se conforma à l'invitation contenue dans la lettre du département du 19 novembre 2001 et déposa une demande d'autorisation complémentaire destinée à obtenir une modification du plan financier.
12. Le 24 janvier 2002, la régie adressa à l'OCL une série de six dossiers de candidature, comprenant les demandes de logement sur formule officielle de l'OCL signées par les candidats. Les locations devaient débiter à partir du 1er février 2002.

A ce sujet, plusieurs entretiens téléphoniques eurent lieu entre l'OCL et la régie, notamment parce que l'OCL informa la régie que le revenu d'un candidat - il s'agissait d'un couple - dépassait le barème autorisé. A la suite de ces entretiens, la régie écrivit le 13 février 2002 une lettre à l'OCL et un fax le 18 février afin d'appuyer la candidature de ce couple pour différents motifs. Dans la lettre du 13 février, la recourante indiquait que l'entrée dans les locaux initialement prévue le 15 février serait probablement reportée au 1er mars en raison de l'attente de l'approbation des loyers par le Conseil d'Etat.
13. Les 28 février et 5 mars 2002, la régie adressa à l'OCL deux nouvelles candidatures. La location devait débiter le 16 mars 2002.
14. Le département a délivré l'autorisation de construire complémentaire portant sur la modification du plan financier. Dite autorisation a été publiée dans la FAO du 29 avril 2002.
15. Par arrêté du 26 juin 2002, le Conseil d'Etat a approuvé l'état locatif à hauteur de CHF 130'800.--, tel que figurant dans le document que l'OCL avait approuvé le 20 décembre 2001. Qualifié de provisoire dans cet arrêté, l'état locatif devait devenir définitif après l'achèvement des travaux (sic). Conformément au règlement, le service compétent se réservait "un cinquième au moins du nombre d'appartements et de pièces de l'immeuble". Dans le cas particulier, ces appartements étaient désignés par une croix dans l'état locatif, et

ils étaient au nombre de deux.

En réalité, tous les appartements étaient déjà occupés, pour la plupart dès le 1er mars 2002.

16. Sur une formule pré-imprimée datée du 8 juillet 2002, non signée, l'OCL a informé la régie qu'elle refusait la demande de location présentée par Mme R. Celle-ci souhaitait occuper le logement No 11, de quatre pièces, au premier étage de l'immeuble, celui-là même en regard duquel figurait une croix sur l'état locatif approuvé le 20 décembre précédent, ce qui correspondait à l'un des deux appartements faisant partie du contingent d'attribution de l'OCL.

Dans cette formule, ce dernier avait mis une croix à côté du motif suivant : respect du barème d'accès. Les termes suivants étaient ajoutés à la main : dépassement même après la naissance de l'enfant.

Etait joint à ladite formule le dossier de Mme R. en retour.

17. Estimant que la fondation avait commis plusieurs infractions, à savoir la mise à disposition de la totalité des appartements de l'immeuble à divers locataires avant l'adoption de l'arrêté du Conseil d'Etat du 26 juin 2002, la mise en location d'un appartement à des locataires ne répondant pas aux normes légales (celui de Mme R. et de son compagnon, M. M.) ainsi que l'attribution des deux appartements que l'OCL s'était réservés, l'OCL a infligé à la fondation, par décision du 22 août 2002, une amende de CHF 37'000.--.

Cette amende se décomposait comme suit : sept appartements attribués sans acceptation formelle, soit CHF 1'000.-- par appartement. Attribution des deux logements faisant partie du contingent de l'OCL, CHF 10'000.- par appartement. Mise en location de l'appartement de Mme R. et de M. M. : CHF 10'000.--.

En outre, l'OCL ordonnait à la fondation de résilier le bail de Mme R. et de M. M. à la plus proche échéance utile.

18. La fondation a recouru auprès du Tribunal administratif par acte du 25 septembre 2002. Elle a rappelé que son but était la mise à disposition de logements à des conditions sociales, ne poursuivant aucun

but lucratif. Lui infliger une amende aussi lourde l'empêcherait de satisfaire à ses objectifs. Très tôt elle avait communiqué à l'OCL le nom des candidats qui s'étaient manifestés, notamment par écrit le 24 janvier 2002. Au cours des nombreuses discussions qui avaient eu lieu sur cette question, jamais, à aucun moment, l'OCL n'avait exprimé le souhait qu'il lui soit réservé deux logements pour son propre contingent. S'agissant des candidatures, l'OCL avait donné son accord oralement. Il l'avait aussi accordé implicitement, puisqu'à la suite des six dossiers envoyés le 24 janvier 2002, l'OCL en avait refusé un par écrit, ce qui avait entraîné un échange de correspondances sur le dossier en question.

La recourante avait toujours agi de bonne foi puisque l'autorisation complémentaire délivrée le 24 avril 2002 mentionnait en toutes lettres que le département avait accepté le coût des travaux supplémentaires et le plan financier du 18 décembre 2001. D'ailleurs, tous les dossiers répondaient - et répondent encore - aux exigences légales et réglementaires. Si bien que l'arrêté du Conseil d'Etat ne devait représenter qu'une formalité, puisque tous les candidats, sauf un, avaient été acceptés.

Très tôt des candidatures avaient afflué à la mairie de Bernex, siège de la fondation, et celle-ci ne pouvait imaginer laisser les appartements vides jusqu'à l'été 2002, alors que les travaux étaient achevés le 1er mars 2002, et que certains candidats avaient résilié leur bail. Si infraction il y avait eu, elle était bénigne et avait permis de mettre sur le marché plusieurs logements beaucoup plus tôt que s'il avait fallu attendre la décision formelle du Conseil d'Etat.

S'agissant du couple R. / M., ils avaient annoncé le revenu réalisé durant l'année 2000. Mme R. avait laissé entendre qu'elle espérait avoir un enfant et souhaitait en conséquence réduire son temps de travail. En réalité, les revenus pour l'année 2001 dépassaient le barème donnant droit à ce type de logement, ce que la recourante ignorait. Si les intéressés avaient annoncé correctement leur revenu, la régie aurait bien évidemment refusé leur dossier. Aussi la recourante estimait-elle qu'elle avait été trompée. Toujours est-il que le dossier R. / M. a été transmis à l'OCL par la régie le 4 avril 2002, complété le 13 avril 2002 et verbalement accepté par cet office. Aussi, Mme R. et son ami sont entrés en possession de l'appartement le 15 mai 2002. Dans cette

affaire, la recourante a estimé n'avoir commis aucune infraction.

La fondation a conclu à titre principal à l'annulation de la décision et, subsidiairement, à ce que le Tribunal réduise "considérablement" l'amende infligée.

19. L'OCL s'est opposé au recours. Plusieurs infractions graves avaient été commises. Les deux appartements dont l'attribution lui était réservée figuraient sur l'état locatif du 18 décembre 2001, signé par le président de la fondation, et identifiés au moyen d'une croix dans la colonne ad hoc. Il s'agissait de l'appartement No 03 de deux pièces au rez et du No 11 de quatre pièces au premier étage. La législation réservait expressément au service compétent l'attribution de logements qu'il pouvait affecter à des situations d'urgence. Sur les quelque trois mille demandes de logement en attente auprès de l'OCL, nombreuses étaient les situations d'urgence devant être traitées dans les meilleurs délais. La recourante a ainsi empêché l'OCL d'accomplir une de ses missions essentielles. Le montant de l'amende infligée, de CHF 10'000.-- par appartement, reflétait la gravité de l'infraction.

S'agissant de la mise à disposition des appartements par la recourante, l'OCL a précisé qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur les candidatures avant l'adoption de l'arrêté de mise en location par le Conseil d'Etat. Selon sa pratique, l'OCL procédait à un examen préalable des candidatures qui lui parvenaient avant l'arrêté du Conseil d'Etat et les dossiers des candidats locataires étaient simplement préavisés à titre de renseignement. La recourante était d'ailleurs parfaitement au courant, puisque dans sa lettre du 13 février 2002 adressée à l'OCL, elle avait précisé que l'entrée des locaux serait reportée en raison de l'attente de l'approbation des loyers par le Conseil d'Etat. Or, elle avait volontairement choisi de remettre tous les appartements de l'immeuble à des locataires, avant l'arrêté du Conseil d'Etat, et avant même que l'autorisation de construire complémentaire ne soit délivrée, le 25 avril 2002. Ainsi, l'amende à hauteur de CHF 1'000.-- par appartement était raisonnable.

Il en était de même de l'appartement attribué à un couple qui n'y avait pas droit.

Globalement, l'amende de CHF 37'000.-- n'était pas

disproportionnée puisque, à teneur de la loi, elle aurait pu s'élever à près de 20 % du prix de revient de l'immeuble, lequel dépassait CHF 3 millions.

20. Dans une lettre spontanée du 10 janvier 2003, la recourante a informé le Tribunal administratif que l'OCL lui avait demandé, par lettre du 19 décembre 2002, de retirer la résiliation du bail de l'appartement de M. M. et de Mme R., car cette dernière avait cessé toute activité lucrative dès le 1er octobre 2002 et que le revenu du couple n'était dès lors plus supérieur au barème d'entrée permettant d'accéder au logement qu'ils occupaient. Or, dans ses écritures, la fondation avait toujours allégué que Mme R. entendait s'arrêter de travailler pour s'occuper de son enfant à naître.

### **EN DROIT**

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56 A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOGE - 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. Le Conseil d'Etat encourage la construction de logements d'utilité publique par voie notamment de prêts ou de subventions (article 1 alinéa 1 et 2 lettre b de la loi générale sur le logement et la protection des locataires du 4 décembre 1977 (LGL - I 4 05). Les logements situés dans des immeubles construits avec l'aide de l'Etat sont soumis à un contrôle (art. 1 al. 3 LGL).

La loi prévoit différentes catégories d'immeubles pouvant bénéficier de l'aide de l'Etat (art. 16 al. 1 LGL), soit des immeubles HBM, HLM et HM. L'accès à des logements subventionnés est réservé à des personnes dont le revenu n'excède pas un barème d'entrée fixé par la loi, notamment aux articles 30 et ss de la loi.

Selon l'article 6 alinéa 2 du règlement d'exécution de la loi générale sur le logement et la protection des locataires du 24 août 1992 (RLGL - I 4 05.01), le choix des locataires est réservé au service compétent pour un cinquième au moins du nombre d'appartements et de pièces de chaque immeuble dans les différentes catégories de logement. Toutefois, le propriétaire peut, pour de justes motifs, en particulier

pour des raisons de solvabilité, demander la modification de ce choix. Il existe en outre une exception pour les HBM (art. 6 al. 3 RLGL).

En ayant disposé de la totalité des logements compris dans l'immeuble dont elle est propriétaire, et ce en faveur des locataires de son choix sans avoir réservé à l'OCL deux appartements pour son propre contingent, la fondation a violé la disposition précitée. La gravité d'une telle violation sera examinée ci-après.

3. Toute personne désirant être mise au bénéfice de la loi doit présenter une demande écrite au service compétent et fournir un certain nombre de documents (article 66 alinéa 1 RLGL).

Le service compétent peut donner un accord de principe dont il fixe les conditions et la durée de validité. Toutefois, aucun bail ne peut être conclu avant que le Conseil d'Etat n'ait approuvé l'état locatif détaillé que le bénéficiaire de l'accord de principe est autorisé à appliquer, à titre provisoire, jusqu'à l'obtention définitive du bénéfice de la loi (art. 73 al. 1 RLGL).

Le Conseil d'Etat a approuvé l'état locatif par arrêté du 26 juin 2002. Les baux ayant été signés avant cette date, et les locataires ayant pris possession de leur logement dès le 1er mars 2002, la fondation a violé la disposition précitée. La gravité d'un tel manquement sera examinée ci-après.

4. Aux termes de l'article 34 alinéa 1 LGL, l'aide de l'Etat peut être supprimée ou rapportée en cas d'inobservation des conditions légales et réglementaires. En outre, il est dû, par le propriétaire qui n'a pas observé ces conditions, une amende administrative dont le montant peut atteindre 20 % du prix de revient total de l'immeuble (article 34 alinéa 2 LGL).
5. Dans le cas d'espèce, l'on doit se poser préalablement la question de savoir s'il est admissible d'infliger une amende à la fondation, personne morale. L'article 34 LGL ne spécifie pas de manière expresse que la société réponde solidairement du paiement de l'amende. Cette disposition n'indique pas davantage que les organes de la fondation ou les personnes physiques ayant agi pour le compte de celle-ci peuvent se voir infliger une sanction.

a. L'impunité des personnes morales est en Suisse une règle générale non écrite (P. GRAVEN, La responsabilité pénale du chef d'entreprise et de l'entreprise elle-même, Sem. Jud. 1985 page 515). Les amendes pénales ne peuvent être appliquées qu'à celui qui a commis une faute, intentionnellement ou par négligence (A. GRISEL Traité de droit administratif 1984 page 647). La punissabilité implique une faute et la répression purement objective doit être considérée comme arbitraire (P. MOOR, Droit administratif, Les actes administratifs, II page 96). Seules des dérogations législatives devraient permettre aux pénalités administratives d'échapper aux principes généraux du droit pénal (Ch.-A. JUNOD, Infractions administratives et amendes d'ordre, Sem. Jud. 1979 page 171).

b. Plusieurs lois fédérales ont introduit une base légale spécifique instituant une capacité pénale des personnes morales. Datant du 22 mars 1974 notamment, la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA - RS 313.0) a introduit une disposition permettant de condamner au paiement de l'amende la personne morale à la place des personnes physiques, sous certaines conditions et pour des amendes ne dépassant pas CHF 5'000.-- (articles 6 et 7). La loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 16 décembre 1983 (LFAIE - RS 211.412.41) a prévu que les dispositions précitées s'appliquaient par analogie (article 34). La loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD RS 642.11) a prévu que lorsque certaines infractions avaient été commises au profit d'une personne morale, celle-ci était punie d'une amende (article 181). De même, la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID RS 642.14) a prévu une disposition analogue : la personne morale est tenue d'une amende (article 57).

Ce sont certes là des exceptions qui ne sont pas susceptibles d'ébranler le principe "societas delinquere non potest", selon lequel une entreprise, soit une personne morale, à l'inverse d'un être humain, ne peut pas être coupable et ne peut, par conséquent, pas être condamnée (P. MULLER, L'expert-comptable suisse, ST - 2003 - I - page 11).

c. Sur le plan cantonal, de nombreuses lois ont introduit des dispositions semblables. Ainsi, la loi sur les constructions et les installations diverses du 14

avril 1988 (LCI - L 5 05) en son article 137 alinéa 5, de même la loi sur la restauration, le débit de boissons et l'hébergement du 17 décembre 1987 (LRDBH - I 2 21) dispose que les sanctions sont applicables aux personnes qui ont agi dans la gestion d'une personne morale, celles-ci répondant solidairement des amendes (article 74 alinéa 3). La loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation du 25 janvier 1996 (LDTR - L 5 20) a introduit une disposition semblable (article 44). De même encore, la loi sur les services des taxis, du 26 mars 1999 (LST - H 1 30) (article 31 alinéa 3). La loi sur les gravières et exploitations assimilées du 28 octobre 1999 (L 3 10) en son article 30 alinéa 4.

d. L'article 34 LGL n'a prévu aucune disposition de ce genre. Elle se limite à prévoir une amende à l'endroit du propriétaire. Selon les principes dégagés ci-avant, seul le propriétaire personne physique peut être punissable, faute d'une disposition permettant d'infliger une amende à une personne morale, fût-elle propriétaire. De plus, l'article 34 LGL n'a pas prévu de sanctionner à la place de la personne morale les organes qui ont agi pour elle.

Aussi, dès lors que le principe de la légalité ainsi qu'un souci élémentaire de sécurité juridique commande d'exiger que ces normes dérogatoires trouvent leur expression, ou tout au moins leur base, dans une norme légale expresse (Ch.-A. JUNOD, op. cit. page 183), la fondation recourante ne saurait se voir infliger une amende, faute de base légale.

6. Le recours sera ainsi admis et la décision du département annulée. Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge de la recourante et une indemnité de CHF 2'000.-- lui sera allouée.

**PAR CES MOTIFS**  
**le Tribunal administratif**  
**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 25 septembre 2002 par la Fondation de la commune de Bernex pour le logement contre la décision du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement du 22 août 2002;

**au fond :**

l'admet;

annule la décision du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement du 22 août 2002;

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

dit qu'une indemnité de CHF 2'000.-- sera allouée à la recourante;

communique le présent arrêt à Me Jean-Marc Siegrist, avocat de la recourante, ainsi qu'au département de l'aménagement, de l'équipement et du logement.

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

Au nom du Tribunal administratif :  
la greffière-juriste adj. : le président :

M. Tonossi

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

N. Mega