RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2037/2022 LDTR JTAPI/1438/2022

JUGEMENT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

du 19 décembre 2022

dans la cause

A_____, représentée par Me Romolo MOLO et Me Maurice UTZ, avocats, avec élection de domicile

contre

Monsieur B_____, représenté par Me Jacques-Alain BRON, avocat, avec élection de domicile

C_____ SA, représentée par Me Jacques-Alain BRON, avocat, avec élection de domicile

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE-OCLPF

EN FAIT

1. Par acte notarié du 9 novembre 2012, Monsieur B_____ est devenu propriétaire de l'appartement n° 1_____, de quatre pièces, au 1er étage de l'immeuble sis D_____, parcelle n° 2_____ de la commune de Genève, section E_____. Ledit immeuble avait été soumis au régime de la propriété par étages (ci-après : PPE) par acte notarié dûment enregistré et inscrit au Registre foncier le 14 juillet 2011.

2. Par requête du 24 mai 2022, Maître F_____, notaire, a sollicité, pour le compte de M. B_____, l'autorisation d'aliéner l'appartement susvisé.

3. Par arrêté du 7 juin 2022 (VA 3_____), publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du même jour, le département du territoire (ci-après : le département), par l'office cantonal du logement et de la planification foncière (ci-après : OCLPF), a autorisé l'aliénation, par M. B_____, de l'appartement n° 1_____ au profit de la société C_____ SA, ledit appartement étant destiné à l'habitation, à l'exclusion de toute activité commerciale ou administrative.

   L'immeuble dans lequel était compris l'appartement n° 1_____ était soumis à la PPE depuis sa construction, soit depuis juillet 2011. M. B_____ avait acquis cet appartement en novembre 2012 et le prix de vente était fixé à CHF 771'200.-.

4. Par acte du 20 juin 2022, l'A_____ a déposé un recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le tribunal) contre ladite autorisation de vente, concluant, principalement, à l'annulation de l'arrêté du département du 7 juin 2022 et, subsidiairement, au renvoi de la cause au département pour nouvelle instruction, le tout sous suite de frais et dépens.

   L'appartement en question était soumis à l'art. 8A de la loi générale sur les zones de développement du 29 juin 1957 (LGZD - L 1 35) de sorte que, pour savoir si cette loi avait été correctement appliquée, il importait de savoir si cet appartement avait été loué. Or, le dossier était muet à ce sujet.

5. M. B_____ et C_____ SA ont répondu au recours le 15 juillet 2022.

   M. B_____ avait acquis l'appartement considéré en novembre 2012, de sorte que le régime prévu à l'art. 8A LGZD, entré en vigueur le 19 novembre 2016, ne s'appliquait pas. La vente devait bien être autorisée du fait que l'appartement avait été soumis, dès sa construction, au régime de la PPE au sens de l'art. 39 al. 4 let. a 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). Il s'agissait d'un motif automatique d'autorisation, qui ne laissait pas place à une pesée d'intérêts. De même, la

question de savoir si l'appartement avait été loué ou non depuis sa construction ne pouvait pas avoir d'incidence sur l'autorisation à accorder.

6. Le département, soit pour lui l'OCLPF, a répondu au recours le 18 août 2022.

M. B_____ avait acquis l'appartement bien avant l'entrée en vigueur de l'art. 8A LGZD, de sorte que le régime prévu à cette disposition n'était pas applicable à sa situation. La question de savoir si l'appartement avait été loué n'avait aucune incidence sur l'autorisation délivrée, étant précisé qu'il s'agissait d'un motif automatique.

7. L'A_____ a répliqué le 19 septembre 2022.

Le but de la LGZD, s'agissant des appartements destinés à la vente, était de mettre à la disposition de la classe moyenne des appartements à un prix accessible pour elle et non de permettre aux promoteurs-constructeurs d'immeubles construits sous régime LGZD de thésauriser les appartements pendant la période de contrôle des prix, puis de les revendre à un prix spéculatif à l'expiration de ladite période.

A première vue, la vente contestée paraissait comme devoir être autorisée. Toutefois, le principe de la bonne foi et, notamment, l'entorse manifeste aux buts de la LGZD, déjà avant sa modification de 2016, y faisaient obstacle. En effet, les promoteurs-constructeurs et leurs familles s'étaient attribués l'ensemble des appartements individualisés de l'immeuble, soit à eux-mêmes, à leurs proches ou à des personnes morales qu'ils contrôlaient. Le but de la LGZD, soit l'accès à la propriété de la classe moyenne, était ainsi réduit à néant. Ces mêmes promoteurs-constructeurs et leurs familles réaliseraient de substantiels bénéfices spéculatifs lorsqu'ils revendraient leurs lots de PPE à l'expiration du contrôle des prix de vente, qui interviendrait le 31 octobre 2022.

Le caractère frauduleux de l'opération sautait aux yeux lorsqu'on constatait que l'un des promoteurs-constructeurs, en la personne de M. B_____, entendait aliéner l'objet du litige à une société dont il était l'administrateur-président et cela, vraisemblablement pour des raisons fiscales et sans bénéfice. Les bénéfices pouvaient toutefois être réalisés à l'expiration de la période de contrôle. Dans la mesure où M. B_____ était un professionnel de l'immobilier, il n'ignorait rien des buts de la LGZD au moment de l'acquisition de l'appartement litigieux. Sa bonne foi à cet égard était nulle et inexistante. Ainsi, l'arrêté entrepris, en autorisant l'aliénation en application de l'art. 39 al. 4 let. a LDTR, permettait d'éviter l'application de l'art. 5 al. 1 let. b aLGZD.

8. Dans sa duplique du 29 septembre 2022, l'OCLPF a indiqué ne pas avoir d'observations complémentaires à formuler. Il s'en tenait à sa décision et précédentes écritures.

9. M. B_____ et C_____ SA ont également dupliqué par courrier de leur conseil du 24 octobre 2022.

   La qualité pour recourir devait être niée à l'A_____ dans la mesure où, dans son recours, elle n'invoquait pas la LDTR (dont il avait été admis par la jurisprudence qu'elle avait qualité pour agir) mais la LGZD. Or, cette dernière loi, ne prévoyait pas que les associations de locataires d'importance cantonale avaient qualité pour agir. L'intérêt public invoqué par l'A_____ pour motiver son recours était celui de l'accession à la propriété de la classe moyenne de la population. Toutefois, il ressortait de ses statuts que son but était de défendre la situation des locataires, y compris en matière d'aménagement du territoire, mais en aucun cas l'intérêt de la classe moyenne de la population d'accéder à la propriété. Ainsi, ni elle, ni ses membres, n'étaient concernés statutairement ou en tant que locataires par cet objectif.

   S'agissant de l'art. 8A LGZD, celui-ci n'avait pas d'effet rétroactif et ne s'appliquait pas au cas d'espèce. De même, il ne pouvait pas être retenu que l'esprit de la LGZD avait été violé puisque, avant sa modification du 19 novembre 2016, aucune disposition de cette loi ne prévoyait que les logements destinés à la vente réalisés en zone de développement devaient être occupés par leurs propriétaires, ou revendus à des personnes souhaitant les occuper elles-mêmes. Quiconque pouvait devenir propriétaire d'appartements en PPE, réalisés en zone de développement, sans nécessairement vouloir l'occuper personnellement. La chambre constitutionnelle avait par ailleurs statué que louer et vendre son bien étaient des droits défendus par la garantie du droit de propriété au sens de l'art. 26 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst - RS 101) et par la liberté économique (art. 27 Cst). Ainsi, l'exercice de ces droits, était admis sans restriction par la LGZD, avant sa modification du 19 novembre 2016. Ce n'était qu'au moment de l'adoption de l'art. 8A LGZD que l'accent avait été mis sur l'accession à la propriété, comme habitation de son propriétaire, en exigeant que les biens constitués en PPE et acquis en zone de développement soient occupés par leur propriétaire. Il en découlait qu'avant l'adoption de l'art. 8A LGZD, ni son esprit, ni aucune de ses dispositions ne permettait d'exception à la délivrance automatique d'une autorisation de vente en application de l'art. 39 al. 4 lit. a LDTR lorsque les conditions de cet article étaient satisfaites, y compris pour les propriétaires originaires, promoteurs constructeurs. Enfin, l'esprit de la LGZD avant sa modification en 2016, ne constituait pas une base légale permettant d'interdire la vente du cas d'espèce. Le fait que l'appartement ait été loué ou non était sans incidence sur l'application de l'art. 39 al. 4 lit. a LDTR, étant rappelé que c'était à juste titre que le département n'avait pas à indiquer si l'appartement vendu avait été loué avant de délivrer l'autorisation de vente contestée.

10. Le 28 octobre 2022, l'A_____ a présenté des observations spontanées sur l'écriture de M. B_____ et C_____ SA du 24 octobre 2022.

Avec son recours, elle visait le maintien de l'affectation locative de l'appartement, à un loyer abordable pour la majorité de la population. Si l'autorisation contestée était confirmée, l'appartement pouvait être revendu par C_____ SA sans même demander d'autorisation au département conformément à ce que l'art. 12A 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) prévoyait. Son prix pouvait ainsi être augmenté sans limite ni contrôle aucun, dès le 31 octobre 2022 et, ensuite, il pouvait être reloué à un loyer qui ne serait plus abordable pour la majorité de la population.

Son recours s'inscrivait ainsi dans la ligne de son but statutaire tel qu'indiqué à l'art. 1, 2ème paragraphe des statuts, à savoir de « conserver des loyers et des prix abordables pour l'ensemble de la population ». Elle avait ainsi la qualité agir.

Il était nécessaire de se placer dans la situation juridique précédant l'entrée en vigueur de l'art. 8A LGZD. Or, une fraude systématique, à large échelle, visant à contourner les buts de la loi, n'était déjà pas permise avant 2016. Ainsi, cela ne revenait pas à appliquer rétroactivement l'art. 8A LGZD, mais à trancher la question de l'illicéité des pratiques qui contrevenaient aux objectifs de l'art. 5 LGZD ancienne teneur.

L'arrêt de la Chambre constitutionnelle, ne pouvait pas s'appliquer à un système d'accaparement frauduleux portant sur plusieurs immeubles. Le promoteur de l'immeuble concerné, avait attribué six appartements sur sept en zone de développement à un cercle restreint de familles comportant notamment M. B_____. C'était donc de telles pratiques, qui avaient conduit le législateur à adopter l'art. 8A LGZD, lequel faisait désormais obstacle à l'application automatique de l'art. 39 al. 4 let. a LDTR. Cela ne signifiait toutefois nullement la légalisation des abus antérieurs.

11. M. B_____ et C_____ SA ont, à leur tour et sous la plume de leur conseil, formulé des observations sur l'écriture de l'A_____ du 28 octobre 2022 et confirmé leurs précédentes écritures.

L'A_____ savait parfaitement qu'elle agissait dans le cas d'espèce en dehors de ses buts, de ses compétences et de l'intérêt de ses membres. Son recours relevait de l'action populaire, voire politique.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile et dans les formes prescrites devant la juridiction compétente (art. 115 et 116 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre

2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 45 al. 1 LDTR ; art. 143 et 145 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 - LCI - L 5 05), le recours est recevable sous l'angle des art. 60 et 62 à 65 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. 6 LDTR (ATA/870/2019 du 7 mai 2019 consid. 1 ; ATA/31/2017 du 17 janvier 2017 consid. 1).

Le recours est dès lors recevable.

2. Selon l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), ou pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En revanche, les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA), en soi non réalisée dans le cas d'espèce. Il n'en résulte toutefois pas que l'autorité est libre d'agir comme bon lui semble, puisqu'elle ne peut pas faire abstraction des principes constitutionnels régissant le droit administratif, notamment la légalité, la bonne foi, l'égalité de traitement, la proportionnalité et l'interdiction de l'arbitraire (ATA/366/2013 du 11 juin 2013).

3. L'objet du litige est l'arrêté du département du 7 juin 2022 autorisant l'intimé B_____ à aliéner l'appartement n° 1_____ de quatre pièces.

4. La LDTR a pour but de préserver l'habitat et les conditions de vie existants, en restreignant notamment l'aliénation des appartements destinés à la location (art. 1 al. 1 et 2 let. c LDTR), ce qui procède d'un intérêt public important (ATF 128 I 206 consid. 5.2.4 ; 113 Ia 134 consid. 7a ; 111 Ia 26 consid. 3a et les arrêts cités ; cf. aussi arrêts du Tribunal fédéral 1C_497/2012 du 9 janvier 2013 consid. 3.3 ; 1C_137/2011 du 14 juillet 2011 consid. 2.2).

5. Ces mesures de restriction sont prévues à l'art. 39 LDTR, qui dispose à son alinéa premier que l'aliénation, sous quelque forme que ce soit (notamment cession de droits de copropriété d'étages ou de parties d'étages, d'actions et 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 logements où sévit la pénurie.

Le Conseil d'Etat a constaté depuis plusieurs années qu'il y a pénurie dans toutes les catégories des appartements de 1 à 7 pièces inclusivement (cf. arrêté du Conseil d'Etat déterminant les catégories d'appartement où sévit la pénurie en vue de l'application des articles 25 à 39 LDTR - ArAppart - L 5 20.03, dont la dernière version est entrée en vigueur le 1er janvier 2022).

6. 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, alternativement :

   a) l'appartement loué lors du dépôt de la requête en autorisation d'aliéner ;

   b) 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 ;

   c) 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.

7. Il n'est en l'espèce pas contesté que l'aliénation de l'appartement litigieux est soumise à autorisation du département.

8. Le département peut refuser l'autorisation lorsqu'un motif prépondérant d'intérêt public ou d'intérêt général s'y oppose, ceux-ci résidant dans le maintien, en période de pénurie de logements, de l'affectation locative des appartements loués (art. 39 al. 2 LDTR ; ATA/80/2014 du 12 février 2014). Cela étant, l'art. 39 al. 4 LDTR stipule que l'aliénation d'un appartement est autorisée si celui-ci :

   a) a été soumis au régime de la propriété par étages ou à une forme de propriété analogue dès sa construction ;

   b) s'il était, le 30 mars 1985, soumis au régime de la propriété par étage ou à une forme de propriété analogue et qu'il avait déjà été cédé de manière individualisée ;

   c) s'il n'a jamais été loué ;

   d) s'il a fait une fois au moins l'objet d'une autorisation d'aliéner en vertu de la présente loi.

   L'hypothèse visée à l'art. 39 al. 4 let. a LDTR n'exige pas l'individualisation de l'appartement, mais sa soumission au régime de la PPE ou à une forme de propriété analogue dès sa construction (ATA/80/2014 du 12 février 2014 ; ATA/799/2013 du 10 décembre 2013).

   Les quatre hypothèses visées par l'art. 39 al. 4 LDTR constituent des « *motifs d'autorisation* », qui, lorsqu'ils sont réalisés, obligent le département à délivrer l'autorisation d'aliéner (ATA/80/2014 du 12 février 2014 6 ; ATA/144/2013 du 5 mars 2013 ; ATA/784/2012 du 20 novembre 2012 ; ATA/490/2012 du 31 juillet 2012 consid. 5 ; ATA/356/2012 du 5 juin 2012).

   Il s'agit de conditions alternatives, la réalisation de l'une d'entre elles étant suffisante pour la délivrance de l'autorisation, étant précisé qu'il n'y a alors pas place pour une pesée des intérêts en présence (ATA/80/2014 du 12 février 2014 ; ATA/144/2013 du 5 mars 2013 ; ATA/784/2012 20 novembre 2012 ; ATA/490/2012 du 31 juillet 2012 ; ATA/356/2012 du 5 juin 2012).

En revanche, au vu de la marge d'appréciation dont elle dispose, 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'emporterait sur l'intérêt privé du requérant 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 ; ATA/144/2013 du 5 mars 2013 ; ATA/490/2012 31 juillet 2012).

9. En l'occurrence, la simple lecture des divers documents figurant dans le dossier et notamment l'acte notarié du 9 novembre 2012 (cf. art. IV de cet acte), permet de se convaincre, sans doute possible, du fait que l'immeuble litigieux était destiné, dès l'origine, à être soumis au régime de la PPE. Les appartements le composant, y compris l'appartement faisant l'objet de la décision attaquée, ont toujours été vendus conformément à ce régime.

   Par conséquent, c'est à juste titre que le département a délivré l'autorisation d'aliéner l'appartement en application de l'art. 39 al. 4 let. a LDTR. Il y était d'ailleurs tenu et a agi dans la légalité. De même, il n'y a pas d'élément, et la recourante n'en avance aucun, permettant au tribunal de céans de retenir que le département aurait versé dans l'arbitraire ou violé un quelconque autre principe régissant le droit administratif.

   Quant aux développements de la recourante en lien avec la violation de l'esprit de la LGZD, déjà avant sa modification de 2016, le tribunal de céans est uniquement compétent pour analyser si le département a correctement appliqué la loi telle qu'elle était en vigueur ce qui est le cas. Savoir si, au final, les objectifs de la loi sont atteints dans le cadre de son application concrète, relève des compétences du législateur à qui il revient, cas échéant, de faire les modifications qu'il jugerait nécessaires.

10. Mal fondé, le recours sera dès lors rejeté.

11. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 900.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA et 1 et 2 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - RFPA - E 5 10.03).

    Cette dernière sera également condamnée à verser une indemnité de procédure de CHF 1'000.- aux intimés à titre de dépens (art. 87 al. 2 à 4 LPA et 6 RFPA), étant rappelé que, de jurisprudence constante, une telle indemnité ne constitue qu'une *participation* aux honoraires d'avocat (ATA/897/2015 du 1er septembre 2015 ; ATA/214/2014 du 1er avril 2014 ; cf. aussi arrêt du Tribunal fédéral 2C_152/2010 du 24 août 2010).

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

DE PREMIÈRE INSTANCE

1. déclare recevable le recours interjeté le 20 juin 2022 par l'A_____ contre la décision du département du territoire du 7 juin 2022 ;

2. le rejette ;

3. met à la charge de la recourante, un émolument de CHF 900.-, lequel est couvert par l'avance de frais ;

4. condamne l'A_____ à verser aux intimés une indemnité de procédure de CHF 1'000.- ;

5. dit que, conformément aux art. 132 LOJ, 62 al. 1 let. a et 65 LPA, le présent jugement est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (10 rue de Saint-Léger, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les trente jours à compter de sa notification. L'acte de recours doit être dûment motivé et contenir, sous peine d'irrecevabilité, la désignation du jugement attaqué et les conclusions du recourant. Il doit être accompagné du présent jugement et des autres pièces dont dispose le recourant.

Siégeant : Endri GEGA, président, Evis BARANYAI, Claire BOLSTERLI, Thierry ESTOPPEY et Jean-Michel KARR, juges assesseurs.

Au nom du Tribunal :

Le président

Endri GEGA

Copie conforme de ce jugement est communiquée aux parties.

Genève, le La greffière