

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4396/2019-LDTR

ATA/1382/2021

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 21 décembre 2021

dans la cause

A _____ SA

représentée par Me Erin Wood Bergeretto, avocate

contre

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE - OAC

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
25 mars 2021 (JTAPI/304/2021)**

EN FAIT

- 1) La société A_____ SA (ci-après : la A_____) est propriétaire de la parcelle n° 1_____ de la commune de B_____ à l'adresse _____ chemin C_____, laquelle contient un immeuble édifié en 1978.
- 2) Le 16 juin 2015, un inspecteur de l'office cantonal du logement et de la planification foncière (ci-après : OCLPF) s'est rendu dans un appartement de cinq pièces Situé au 3^{ème} étage de l'immeuble (ci-après : l'appartement) où il a constaté que des travaux d'aménagement intérieur avaient été réalisés sans autorisation. Étaient notamment jointes au rapport de visite quinze photographies prises durant le contrôle.
- 3) Le 6 janvier 2016, le département de l'aménagement, du logement et de l'énergie, devenu depuis lors le département du territoire (ci-après : le département), a informé la régie Rosset & Cie (ci-après : la régie), en charge de la gérance de l'immeuble, des constatations faites par son inspecteur. La cuisine avait subi une rénovation complète : changement du carrelage, de la faïence, des meubles « haut et bas », d'une armoire haute, des deux plans de travail, de l'évier, de la batterie, de l'électricité, de la lumière, de la cuisinière, du four, de la hotte et du lave-vaisselle. Dans la salle de bain, le carrelage, la faïence, le lavabo, la baignoire, les accessoires et batteries, la peinture et l'électricité avaient été changés. Il y avait également eu une rénovation des « locaux secs » s'agissant de la peinture des sols, des murs, des plafonds et des menuiseries. Le loyer annuel était passé de CHF 14'700.- à CHF 26'160.-.

Tous les documents relatifs aux travaux et à leurs coûts devaient être produits.

- 4) Le 22 janvier 2016, la régie a exposé que les travaux effectués en 2010 pour un montant de CHF 34'245.25 toutes taxes comprises (ci-après : TTC) n'excédaient pas l'entretien courant, l'appartement n'ayant pas changé de standing. Le loyer avait été fixé selon les loyers usuels du quartier et n'avait pas été contesté par les locataires. Les travaux n'étaient pas soumis à autorisation.

Elle annexait les factures des travaux réalisés en 2010 ainsi que celles des travaux réalisés entre 2003 et 2007, soit la pose d'une nouvelle peinture à la suite de dégâts d'eau, la pose de nouveaux joints dans la salle de bain, la dépose d'une moquette et la pose d'un parquet dans une chambre, ainsi que le remplacement d'un WC dans la salle de douche.

- 5) Le 13 juillet 2016, le département a ordonné à la régie de requérir une autorisation de construire relative aux travaux constatés dans un délai de trente jours, toutes mesures ou sanctions étant réservées.
- 6) Le 14 mars 2017, le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI) a déclaré irrecevable le recours de la A_____ du 14 septembre 2016 contre la décision du 13 juillet 2016, dans la mesure où elle n'avait pas démontré l'existence d'un préjudice irréparable, alors qu'elle recourait contre une décision incidente (JTAPI/273/2017).
- 7) Le 8 mai 2018, la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) a confirmé le jugement du TAPI (ATA/433/2018).
- 8) Le 13 août 2018, la régie a déposé auprès du département une demande d'autorisation de construire en procédure accélérée (ci-après : APA) portant sur des « travaux d'entretien courant – logement de 5 pièces au 3^{ème} ».

Les travaux effectués n'étaient pas assujettis à une autorisation de construire, ni aux règles de la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation du 25 janvier 1996 (LDTR - L 5 20), dans la mesure où il s'agissait de travaux que le propriétaire était tenu de réaliser en vertu de son obligation d'entretien de la chose louée.

Le 16 juillet 2010, Mme D_____ et M. E_____ avaient emménagé dans l'appartement, avec un loyer annuel net fixé à CHF 26'160.-. Les précédents locataires avaient versé un loyer annuel net de CHF 14'700.- à compter du 16 mai 2005.

Les travaux réalisés avant l'entrée de Mme D_____ et M. E_____ comprenaient le remplacement de l'agencement de cuisine, le remplacement de l'équipement électroménager (cuisinière, four et réfrigérateur), l'installation d'une hotte en remplacement de l'ancienne, la réfection du câblage électrique cuisine et salon, la pose d'un carrelage sur l'existant (cuisine et salle de bain), la pose de faïence sur l'existant (cuisine et salle de bain), le remplacement d'un lavabo (sinistre locataire sortant), le remplacement du mélangeur et de la batterie de bain, coupure, vidange et dépose des installations sanitaires en attendant la réfection du carrelage de la salle de bain, la réfection du tub de douche, le rafraîchissement de la peinture (cuisine, salon, chambre, entrée et boiseries) et le ponçage et imprégnation du parquet. Leur coût total s'élevait à CHF 34'254.25 TTC (CHF 32'048.65 hors taxes [ci-après : HT]), ce qui représentait un coût par pièce de CHF 6'409.-. Dans la cuisine, l'agencement avait été remplacé à l'identique par du mobilier neuf d'un standard équivalent et aucun meuble n'avait été ajouté. Le tableau électrique du logement n'avait pas non plus été modifié ; seul un câble avait été tiré dans la cuisine. Les nouvelles faïences aux murs de la cuisine et de la salle de bain avaient été collées sur les anciennes. Un lavabo dans la salle de bain

avait dû être remplacé en raison d'une fissure. Le tub de douche avait été réparé et la peinture de l'appartement rafraîchie. Finalement, le parquet avait uniquement été imprégné et vitrifié, à l'exclusion de quelques plinthes abîmées qui avaient été changées. Ces travaux avaient été réalisés après treize ans d'occupation par les précédents locataires. Il ne s'agissait ni d'un entretien différé, ni d'un changement de standing.

- 9) Dans le cadre de l'instruction de cette demande, les instances de préavis consultées se sont prononcées favorablement.

Le 3 octobre 2018, l'instance LDTR a notamment émis un préavis favorable, sous conditions que les dispositions de la LDTR soient respectées et que le loyer de l'appartement n'excède pas CHF 17'025.- par an après travaux, soit CHF 3'405.- la pièce par an. Ce loyer devait être appliqué pour une durée de trois ans après travaux, à la date de la mise en location pour M. E_____ et Mme D_____, soit le 16 juillet 2010.

- 10) Le 13 novembre 2018, le département a délivré l'autorisation de construire sollicitée APA 2_____, sous réserve que les conditions figurant dans le préavis de l'instance LDTR, qui faisaient partie intégrante de l'autorisation, soient strictement respectées.

- 11) Le 16 novembre 2018, la régie a réclamé que le département lui indique la raison pour laquelle les travaux avaient été assujettis à la LDTR, alors même qu'il ne s'agissait que de travaux d'entretien. La décision n'était pas motivée, de sorte qu'elle était dans l'incapacité d'en comprendre les fondements. Il n'était fait aucune référence à son courrier explicatif du 13 août 2018. Dans l'intervalle, la décision du 13 novembre 2018 devait être retirée ou considérée comme nulle.

- 12) Le 26 novembre 2018, le département a ordonné à la régie de rétablir, dans un délai de trente jours, une situation conforme au droit. Une amende administrative de CHF 8'400.- lui était infligée, qui tenait compte de la gravité tant objective que subjective de l'infraction commise, du montant du loyer trop-perçu ainsi que de son statut de professionnelle de l'immobilier.

Au sujet du rétablissement de la Situation, la décision indiquait :

« [...] nous vous ordonnons [...] de rétablir une Situation conforme au droit [...] en établissant un nouveau bail à loyer, dans le respect de l' [...] APA [...] et en remboursant le trop-perçu au locataire concerné.

« Nous vous prions de bien vouloir nous faire tenir dans le même délai tous documents et justificatifs établis dans ce sens, y compris de l'avis de fixation du loyer initial également conforme aux termes de l'autorisation de construire, dans l'hypothèse où un tel avis aurait été notifié lors de la conclusion du précédent bail ».

Le trop-perçu portait sur la période de trois ans débutant le 16 juillet 2010.

- 13) Le 7 décembre 2018, la régie et la A_____ ont interjeté recours contre les décisions du département des 13 et 26 novembre 2018 par-devant le TAPI, en concluant à leur annulation et à ce qu'il soit constaté que les travaux réalisés dans l'appartement ne nécessitaient pas d'autorisation de construire et n'étaient pas assujettis à la LDTR.
- 14) Le 22 août 2019, le TAPI a confirmé la décision du 13 novembre 2018 et annulé celle du 26 novembre 2018, dans la mesure où elle imposait le remboursement du trop-perçu au locataire de loyers – dont la régie n'était plus en possession pour les avoir reversés à la propriétaire. La question de la prescription de l'ordre de remboursement du trop-perçu de loyer pouvait ainsi souffrir de rester ouverte. Il a par ailleurs confirmé le principe de l'amende mais réduit son montant à CHF 4'000.- (JTAPI/751/2019 dans la cause A/4334/2018).

Au sujet du rétablissement de la Situation, le jugement indiquait :

« Quant au fait d'imposer l'établissement d'un nouveau contrat de bail, il s'agit uniquement d'établir un nouveau contrat de bail qui, tout en conservant la date du 16 juillet 2010, indiquera le loyer fixé pendant trois ans dans la décision litigieuse, soit CHF 17'025.-. Le fait que les locataires aient quitté l'appartement n'est pas pertinent, puisqu'il ne s'agit pas d'entamer une nouvelle relation contractuelle avec ceux-ci (JTAPI/944/2017 du 12 septembre 2017 consid. 26). Par ailleurs, une telle modification est essentielle puisque ledit loyer doit servir de base aux éventuelles modifications contractuelles ultérieures, qui seront régies par le droit fédéral du bail. Cette interprétation s'inscrit dans la logique de la LDTR dont l'objectif est de maintenir le logement concerné dans la catégorie à laquelle il appartient.

« Par conséquent, l'ordre de remise en conformité doit être confirmé s'agissant de l'établissement d'un nouveau contrat de bail et annulé s'agissant de la restitution du loyer trop-perçu » (JTAPI/751/2019 précité si 27).

- 15) Le 31 octobre 2019, se fondant sur ce jugement, le département a ordonné à la A_____ l'établissement, dans un délai de trente jours, d'un nouveau contrat de bail dans le respect des conditions de l'APA 2_____, ainsi que le remboursement du « trop-perçu au locataire concerné ». La A_____ devait également lui faire parvenir, dans le même délai, tous les documents et justificatifs établis dans ce sens, y compris l'avis de fixation de loyer initial conforme aux termes de l'autorisation de construire, dans l'hypothèse où un tel avis aurait été notifié lors de la conclusion du précédent bail.
- 16) Le 29 novembre 2019, la A_____ a recouru auprès du TAPI contre cette décision, concluant à son annulation et à ce qu'il soit dit et constaté que les

travaux réalisés ne nécessitaient pas une autorisation de construire et n'étaient pas assujettis à la LDTR. À titre préalable, la procédure devait être suspendue jusqu'à droit jugé dans la cause A/4334/2018.

Le droit d'exiger la restitution du loyer trop-perçu était prescrit, en application de l'art. 67 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220) applicable par analogie, le délai d'un an ayant commencé à courir depuis la réception du courrier de la régie du 22 janvier 2016.

La procédure devait être suspendue dans la mesure où la décision querellée faisait double emploi avec celles notifiées les 13 et 26 novembre 2018.

Le recours a été enregistré sous la référence A/4396/2019.

- 17) Le 16 janvier 2020, d'entente entre les parties, le TAPI a suspendu l'instruction de la cause A/4396/2019.
- 18) Le 30 avril 2020, la chambre administrative a admis partiellement le recours formé par la régie et la A_____, annulé le jugement du 22 août 2019 et la décision du département du 26 novembre 2018 en tant qu'ils ordonnaient à la régie d'établir un nouveau contrat de bail et rejeté le recours pour le surplus (ATA/422/2020).

Les travaux étaient assujettis à la LDTR en raison de leur importance et nonobstant le coût par pièce, et soumis à autorisation de construire. Le montant du loyer LDTR, fixé par l'autorisation de construire du 13 novembre 2018 à CHF 17'025.- par an pour une durée de trois ans à compter du 16 juillet 2010, n'avait fait l'objet d'aucune contestation et était confirmé.

La réduction par le TAPI de l'amende à CHF 4'000.- était confirmée.

Au sujet du rétablissement de l'état antérieur, la chambre de céans avait indiqué :

« En l'espèce, il ressort du dossier que les locataires entrés dans l'appartement après la réalisation des travaux litigieux ont quitté le logement le 31 juillet 2016. Il ne peut dès lors être ordonné à la régie d'établir un nouveau bail corrigé, soit un contrat bilatéral, alors même que les locataires concernés n'ont plus aucun lien avec l'objet du bail.

« La chambre de céans considère, revenant ainsi partiellement sur sa précédente jurisprudence (ATA/269/2012 précité), que la solution serait toutefois autre s'agissant de la formule de fixation du loyer, laquelle est nécessaire lors de l'établissement de tout nouveau bail ou de toute modification du montant du loyer. Dès lors que cette dernière résulte d'un acte unilatéral du bailleur, le départ

des locataires précités n'empêcherait aucunement la régie d'établir une nouvelle formule, document essentiel puisqu'à même de documenter l'augmentation du loyer de l'appartement litigieux. La notification, selon les règles du droit du bail, d'une nouvelle formule indiquant le loyer fixé à CHF 17'025.- pendant trois ans selon la décision litigieuse serait une mesure nécessaire pour le rétablissement d'une Situation conforme au droit au sens de l'art. 129 let. e de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05). Néanmoins, et bien que les parties aient discuté de l'établissement de ladite formule dans leurs écritures, l'ordre de remise en état matérialisé par la décision litigieuse n'impose pas expressément l'établissement d'une nouvelle formule de fixation du loyer, contrairement à ce qui a pu être ordonné dans d'autres décisions du département telle notamment celle ayant fait l'objet de l'ATA/26/2012 [recte 269/2012] précité. Au vu de l'interdiction de la *reformatio in pejus*, la chambre de céans ne pourra dès lors ordonner l'établissement de ladite formule » (ATA/422/2020 précité consid. 15).

- 19) Le 4 septembre 2020, le département a informé la A_____ que suite à l'entrée en force de l'arrêt ATA/422/2020, il modifiait partiellement sa décision du 31 octobre 2019, comme le permettait l'art. 67 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). La décision indiquait :

« En effet, le département substitue, au paragraphe 6 de cette décision, les termes "un nouveau contrat de bail" par "une nouvelle formule de fixation du loyer".

« Ainsi, en d'autres termes, le département renonce, dans le cas d'espèce, à exiger l'établissement d'un nouveau contrat de bail à loyer dans le respect de l'autorisation de construire APA 2_____, mais exige, en lieu et place, l'établissement d'une nouvelle formule de fixation du loyer dans le respect de l'autorisation de construire APA 2_____.

« À noter qu'au vu des documents à produire exigés dans la décision du 31 octobre 2019 (paragraphe n° 7), un avis de fixation du loyer tel que susmentionné devait de toute manière être produit. Toutefois, pour éviter tout nouveau malentendu dans cette affaire, le département profite de la présente pour l'exiger impérativement et en demander copie (peu importe sa notification au locataire).

« Sous réserve des deux modifications qui précèdent, l'intégralité de la décision initiale du 31 octobre 2019 reste valable ».

- 20) Le 4 septembre 2020, le département a demandé au TAPI la reprise de l'instruction de la cause dans la procédure A/4396/2019.

Il fallait prendre en considération la décision du même jour, qui modifiait très partiellement la décision contestée du 31 octobre 2019. Sous réserve des deux modifications qu'elle contenait, l'intégralité de la décision initiale du 31 octobre 2019 restait valable.

- 21) Le 7 octobre 2020, la A_____ a recouru auprès du TAPI contre la décision du 4 septembre 2020, concluant à son annulation.

La modification de l'ordre de remise en conformité du 31 octobre 2019, lequel était identique à celui du 26 septembre 2018, constituait une *reformatio in pejus* de celui-ci, comme la chambre administrative l'avait retenu dans l'arrêt ATA/422/2020 qui avait acquis force et autorité de chose jugée. Elle contrevenait par ailleurs au principe de la bonne foi et de la sécurité du droit.

La A_____ persistait dans les termes de son recours du 26 novembre 2019 s'agissant de l'annulation de l'ordre de remise en état du 31 octobre 2019.

La procédure a été enregistrée sous la référence A/3175/2020.

- 22) Le 19 octobre 2020, la A_____ a exposé que la procédure A/4369/2019 devait être limitée au seul point encore litigieux, à savoir la question de la prescription de l'ordre de restitution du trop-perçu notifié le 31 octobre 2019.

Celle-ci était acquise : aucun ordre de remboursement ne lui avait été notifié dans le délai d'un an suivant la notification de la décision du 22 janvier 2016 ni dans le délai d'un an suivant le préavis LDTR du 3 octobre 2018 qui faisait partie intégrante de l'autorisation de construire du 13 novembre 2018.

- 23) Le 11 novembre 2020, le département a conclu à la confirmation de la décision du 31 octobre 2019, à l'exception de son Sixième paragraphe, et au rejet du recours formé le 29 novembre 2019.

La rétrocession du trop-perçu n'avait pas été examinée par la chambre administrative, de sorte qu'elle devait être tranchée. Ce n'était effectivement que le 13 novembre 2018, soit après un examen complet du dossier, qu'il avait disposé des éléments suffisants et nécessaires pour déterminer qu'une infraction avait bel et bien été commise. En adressant à nouveau, au bon destinataire, soit à la propriétaire, son ordre du 31 octobre 2019, il avait respecté le délai relatif d'un an, la prescription de la prétention restitution du loyer trop-perçu n'était pas acquise.

- 24) Le 7 décembre 2020, la A_____ a persisté dans ses conclusions, soit l'annulation de l'intégralité des mesures de remise en conformité priseS à son encontre, que ce soit par décision du 31 octobre 2009 ou par décision du 4 septembre 2020.

- 25) Le 8 décembre 2020, le département a conclu au rejet du recours dans la cause A/3175/2020.

L'autorité de chose jugée ne pouvait être invoquée dans la mesure où l'arrêt entré en force dont se prévalait la A_____ concernait une décision du 26 novembre 2018 prise à l'encontre de la régie et non d'elle-même. Selon l'arrêt, la *reformatio in pejus* s'appliquait à la chambre administrative et également au cas où le destinataire était le même, soit la régie. Elle ne faisait pas obstacle à la modification de la décision telle qu'opérée le 4 septembre 2020. À supposer même que celle-ci constituât une *reformatio in pejus*, elle ne serait pas prohibée.

En substituant la formule de fixation du loyer à un nouveau contrat de bail, il ne péjorait aucunement la Situation de la recourante mais au contraire l'améliorait. La production de cette formule avait en effet déjà été requise dans la décision du 31 octobre 2019 en tant que celle-ci était unilatérale, il s'agissait d'un acte moins contraignant que la conclusion d'un nouveau contrat de bail.

- 26) Le 22 décembre 2020, le département a persisté dans ses conclusions.
- 27) Le 25 mars 2021, le TAPI, après avoir ordonné la jonction des causes A/4396/2019 et A/3175/2020, a rejeté les recours.

Seules demeuraient litigieuses les questions de la rétrocession du loyer trop-perçu et de l'établissement d'un nouvel avis de fixation du loyer.

Ce n'était qu'après avoir établi que les travaux étaient soumis à la LDTR et assorti l'autorisation de construire du loyer LDTR applicable, soit le 13 novembre 2018, que le département avait acquis le degré de certitude suffisant sur son droit à la répétition, de sorte que ces demandes de remboursement des 26 novembre 2018 à la régie puis du 31 octobre 2019 à la A_____ n'étaient pas prescrites.

Dans son arrêt ATA/422/2020, la chambre administrative s'était limitée à constater qu'elle ne pouvait elle-même ordonner l'établissement d'une nouvelle formule de fixation du loyer sans violer l'interdiction de la *reformatio in pejus*. La possibilité d'établir une formule de fixation du loyer ne ressortait pas du dispositif, et l'on ne pouvait, en se référant à la motivation de l'arrêt, conclure que l'autorité de la chose jugée s'étendait à cette question, de sorte que le département pouvait prendre une nouvelle décision à ce sujet, étant rappelé que celle-ci concernait un nouveau destinataire, soit la A_____ et non plus la régie.

- 28) Par acte remis à la poste le 11 mai 2021, la A_____ a recouru auprès de la chambre administrative contre ce jugement, concluant à l'annulation des chiffres 4, 5 et 6 de son dispositif, ainsi qu'à l'annulation intégrale des décisions rendues par le département les 31 octobre 2019 et 4 septembre 2020.

Sa Situation s'était aggravée, dans la mesure où il lui était ordonné d'établir un nouveau document qui n'avait pas été préalablement expressément requis dans l'ordre de remise en conformité tel que matérialisé dans la décision du 31 octobre 2019. Or, cette décision, dont la teneur était identique à celle du 26 novembre 2018, n'imposait pas expressément l'établissement d'une formule de fixation du loyer initial.

Les parties avaient discuté, dans le cadre de la procédure ayant conduit à l'arrêt ATA/422/2020, de l'obligation d'établir un nouveau bail et notifier une formule de fixation du loyer initial. Quand bien même le dispositif de l'arrêt n'y faisait pas référence, l'autorité de la chose jugée s'étendait à la question de l'obligation d'établir une formule de fixation du loyer, étant observé que la teneur de l'ordre de remise en état matérialisé dans la décision du 31 octobre 2019 était identique à celui du 26 novembre 2018.

Elle était déjà partie dans les procédures précédentes vu sa qualité de propriétaire de l'appartement litigieux et la régie n'était que son mandataire, dont les actes pouvaient lui être opposés. Elle était solidairement responsable des décisions rendues par le département, ce qui l'avait incitée à recourir contre celles-ci indépendamment de leur destinataire formel. Elle pouvait, autant que la régie, être recherchée s'agissant de la question de la nature des travaux et de l'ordre de remise en conformité par la conclusion d'un nouveau contrat. Ainsi, exception faite de la restitution du trop-perçu, les décisions des 26 novembre 2018 et 31 octobre 2019 faisaient double emploi, indépendamment de leur destinataire formel. Le TAPI ne pouvait ainsi pas s'appuyer sur le fait que la décision du 4 septembre 2020 était prise à l'encontre d'un « nouveau » destinataire. A _____ le département pouvait ne pas s'estimer tenu par ses décisions et celle des instances judiciaires au motif qu'une décision n'aurait pas été rendue contre le même destinataire, il faudrait retenir qu'une société propriétaire ne serait pas plus tenue par les décisions rendues lorsque le destinataire est son mandataire autorisé. Or, les décisions en droit de la construction étaient *in rem* et liaient le département.

Indépendamment de la question de l'autorité de la chose jugée, la décision était contraire aux principes d'égalité de traitement, de confiance et de sécurité du droit. Le contexte de fait qui avait mené à l'ordre de remise en conformité du 26 novembre 2018 était identique à celui qui avait mené à la décision du 31 octobre 2019 et le département ne pouvait à l'envi changer ses décisions sans contrevenir à ces principes.

La prescription du droit de réclamer le trop-perçu de loyer avait commencé à courir lorsque le service LDTR avait rendu son préavis le 3 octobre 2018. Fixer le *dies a quo* le 13 novembre 2018 conférait au département la faculté de retarder sa décision dans tous les cas où, alors même qu'il disposait de toutes les

informations nécessaires pour rendre sa décision, il serait confronté à un risque de prescription.

La prescription absolue était en outre atteinte en l'espèce pour les loyers antérieurs au mois de mai 2011.

29) Le 16 juillet 2021, le département a conclu au rejet du recours.

La régie et la A_____ formaient deux entités indépendantes et séparées. La décision du 26 novembre 2018 n'avait pas été adressée à la recourante à l'adresse de sa régie et elle avait été annulée précisément faute d'identité des parties et faute pour la régie d'être la propriétaire.

Il était en droit de modifier ou substituer sa décision du 31 octobre 2019 dans la mesure où celle-ci n'était pas en force. La décision du 26 novembre 2018 n'était nullement adressée à la recourante, mais à la régie, de sorte qu'aucune identité de partie ni aucune autorité de chose jugée et partant aucune *reformatio in pejus* ne pouvait être retenue. La chambre administrative s'était interdite à elle-même la *reformatio in pejus*. La décision du 31 octobre 2019 contenait déjà la demande de production de la formule d'avis de fixation du loyer et la décision du 4 septembre 2020, qui n'était que plus explicite à ce propos, avait été rendue afin de faire suite à l'arrêt ATA/422/2020.

Ce n'était pas le service LDTR qui représentait l'autorité directrice, mais l'office des autorisations de construire (ci-après : OAC). C'était ce dernier qui avait mené l'instruction complète du dossier et c'était donc lui qui devait bénéficier de tous les éléments nécessaires, dont les préavis définitifs du service LDTR, avant d'être en mesure de faire une synthèse du dossier et de déterminer si et dans quelle mesure une infraction avait été commise. Il ressortait clairement du dossier que ce n'était qu'à partir du 3 octobre 2018, soit à la date du préavis définitif LDTR, que l'OAC avait eu les éléments nécessaires et qu'il avait pu examiner complètement le dossier et établir une synthèse, et que ce n'était que lors de la finalisation du dossier, soit lors de la délivrance de l'autorisation de construire le 13 novembre 2018, qu'il avait disposé des éléments permettant de savoir qu'une infraction avait bien été commise et pu déterminer ses conséquences avec certitude, ce qu'il avait fait le 26 novembre 2018. La prescription annale n'était pas atteinte.

30) Le 20 septembre 2021, la A_____ a persisté dans ses conclusions.

En matière de droit des constructions, il n'existait pas de voie d'opposition préalable, aucune disposition cantonale n'autorisant, contrairement au droit fiscal, le réexamen d'une décision en défaveur du recourant.

La chambre administrative avait considéré, dans l'arrêt ATA/422/2020, que l'établissement d'un avis de fixation du loyer initial constituait une *reformatio in*

pejus dans la mesure où l'ordre matérialisé ne le prévoyait pas expressément, comme cela avait été le cas dans l'ordre du 26 novembre 2018 et, *mutatis mutandis*, dans l'ordre identique du 31 octobre 2019. Notifié à la régie, à elle-même et au département, l'arrêt déployait ses effets pour toutes ces parties. Le département avait admis l'unité des destinataires en adressant l'ordre de remise en état du 26 novembre 2018 à la régie. La jurisprudence concernant le risque lié au destinataire de l'ordre de restitution du trop-perçu ne visait que cette question spécifique.

- 31) Le 24 septembre 2021, 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. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a LPA).
- 2) Le litige porte sur la prescription du droit du département de réclamer à la A_____ le remboursement du trop-perçu de loyer (décision du 31 octobre 2019) et sur le droit du département de réclamer à la A_____ l'établissement d'une nouvelle formule de fixation du loyer conforme aux conditions LDTR assortissant l'APA (décision du 4 septembre 2020).

Le principe de la soumission des travaux à la LDTR, de la fixation d'un loyer LDTR pour une période de trois ans ainsi que du principe de l'obligation de rembourser un trop-perçu de loyer ainsi que le montant du trop-perçu ne sont plus litigieux, la recourante se bornant sur ces derniers points à invoquer la prescription.

- 3) Au sujet de la prescription relative d'un an, la A_____ soutient qu'elle a commencé à courir lorsque l'autorité LDTR a donné son préavis le 3 octobre 2018. La prescription absolue décennale serait par ailleurs acquise pour les loyers antérieurs au mois de mai 2011.
 - a. De jurisprudence constante, le droit du département d'exiger la restitution du trop-perçu de loyer en matière de LDTR se prescrit par un an dès la connaissance par celui-ci de ce droit et au plus par dix ans à compter de la naissance de celui-ci, cette solution se fondant sur une application analogique de l'art. 67 al. 1 CO (ATA/152/2010 du 9 mars 2010 consid. 9 ; ATA/774/1999 du 21 décembre 1999 consid. 6).
 - b. En l'espèce, le TAPI a justement rappelé que, le délai de prescription relatif étant particulièrement court, la jurisprudence s'était montrée souple dans son

application et avait retenu qu'il ne commençait à courir que lorsque l'appauvri avait un degré de certitude sur son droit à répétition tel que l'on pouvait de bonne foi admettre qu'il n'avait plus de motif ni de possibilité de chercher des informations complémentaires pour tenter une action en justice. Il sera renvoyé à ces références, que la recourante ne conteste pas.

Le TAPI a estimé que le département, une fois les travaux et la hausse de loyer détectés, avait dû réclamer à la recourante qu'elle dépose une demande d'autorisation, puis résister aux recours formé par la recourante contre cette exigence. Une fois les recours épuisés et la requête formelle d'autorisation de construire déposée, le département avait dû instruire la question de l'assujettissement des travaux à la LDTR, puis les conséquences de cet assujettissement sur la fixation des loyers maximaux et enfin calculer un éventuel trop-perçu.

C'est ainsi que le TAPI a arrêté au 13 novembre 2018, soit au jour de la délivrance de l'autorisation de construire, dont la fixation des loyers était une condition, le moment où le département a finalisé l'instruction du dossier et pu déterminer le trop-perçu.

Ce raisonnement n'appelle pas de critique.

La recourante objecte devant la chambre de céans que le 3 octobre 2018 au plus tard, le département disposait de tous ces éléments. Elle ne peut être suivie. Le service LDTR n'était appelé à délivrer qu'un préavis et n'avait pas, comme le rappelle le département, la compétence d'instruire et de délivrer l'autorisation de construire, de décider de l'assujettissement des travaux à la LDTR et de l'assortir des conditions relatives aux loyers LDTR. Ce n'est ainsi que lorsque l'OAC a achevé l'instruction de la requête d'autorisation de construire et a adopté la décision de délivrance de permis assorti des conditions relatives aux loyers LDTR, le 13 novembre 2018, que le département a eu une connaissance précise du montant du trop-perçu, étant observé qu'à peine plus d'un mois a été employé par ce dernier, une fois le préavis recueilli, pour instruire la requête et prendre la décision.

C'est ainsi sans violer le droit que le TAPI a fixé au 13 novembre 2018 le commencement du délai relatif de prescription d'un an de la créance remboursement du trop-perçu de loyer et constaté que celui-ci n'avait pas expiré lorsque le département a ordonné le remboursement du trop-perçu une première fois le 26 novembre 2018 à la régie, puis une seconde fois le 31 octobre 2019 à la A_____.

Le dies a quo du délai de prescription absolue de dix ans coïncide avec l'exigibilité de la prétention en enrichissement illégitime, soit au moment de

chaque paiement indu (arrêt du Tribunal fédéral A_495/2019 du 28 février 2020 consid. 4.3.4).

Aussi, le droit du département au remboursement du trop-perçu concernant les loyers dus et encaissés pour les mois allant jusqu'à décembre 2011 inclus est-il prescrit. Le présent arrêt le constatera d'office et le recours sera admis dans cette mesure.

4) Au sujet de l'établissement de la formule de fixation du loyer, la A_____ fait valoir que depuis l'ATA/422/2020 les principes de l'interdiction de la *reformatio in pejus* et de l'autorité de la chose jugée y feraient obstacle.

a. L'interdiction de la *reformatio in pejus* n'est pas un principe garanti par le Protocole n° 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101), ni par le pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II – RS 0.103.2). Elle ne trouve pas non plus de fondement dans l'art. 32 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst - RS 101) qui intègre en partie les garanties de l'art. 14 Pacte ONU II et 2 du Protocole n° 7 CEDH. Ces dispositions confient en effet expressément à la loi nationale le soin de régler les modalités du droit de recours à l'instance supérieure, de sorte que la législation, de droit fédéral ou cantonal, peut interdire ou autoriser la *reformatio in pejus* (arrêt du Tribunal fédéral 2C_1022/2011 du 22 juin 2012 consid. 8.1).

b. Le recours à la chambre administrative a un effet dévolutif complet (art. 67 al. 1 LPA) et la juridiction de recours peut non seulement annuler mais également réformer la décision ou le jugement attaqué (ATA/616/2016 du 18 juillet 2016 consid. 3). Elle dispose d'un libre pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 61 LPA).

L'effet dévolutif au sens de l'art. 67 LPA est toutefois incomplet. L'autorité de première instance peut en effet, en cours de procédure, reconsidérer ou retirer sa décision. En pareil cas, elle notifie, sans délai, sa nouvelle décision aux parties et en donne connaissance à l'autorité de recours (art. 67 al. 2 LPA). L'autorité de recours continue à traiter le recours dans la mesure où la nouvelle décision ne l'a pas rendu sans objet (art. 67 al. 3 LPA).

Lorsque la reconsidération aggrave la Situation du recourant (*reformatio in pejus*), elle est considérée comme constituant désormais le chef de conclusion de l'autorité intimée (arrêt du Tribunal fédéral 2C_653/2012 du 28 août 2012 consid. 4.3.1 et les références citées ; ATA/207/2018 du 6 mars 2018 ; ATA/260/2016 du 15 mars 2016 consid. 5 ; Stéphane GRODECKI/Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, 2017, n. 867 ad art. 67 LPA).

c. Selon la doctrine, l'autorité de chose jugée ou force matérielle de chose jugée (matérielle Rechtskraft) se rapporte à la stabilité du contenu d'une décision. On peut également distinguer ici entre autorité de chose décidée, qui se rapporte à la stabilité d'une décision d'une autre administration entrée en force, et autorité de chose jugée, qui se rapporte à celle d'une décision prise sur recours ou par une juridiction saisie d'une action. Dans le premier cas, la question est simplement celle de la modification d'une décision administrative. On indiquera seulement ici que la révocation partielle ou totale d'une décision exige une pesée de l'intérêt à une application correcte du droit objectif, qui plaiderait par hypothèse pour une modification de la décision, et de l'intérêt à la sauvegarde de la sécurité du droit, qui favorise le maintien de la décision. Dans le second cas, le réexamen approfondi de l'affaire qui a dû être effectué sur recours ou par la juridiction saisie d'une action justifie de reconnaître une plus grande portée à l'autorité de chose jugée : les points tranchés sur recours ou par une juridiction ne pourront être revus, en ce qui concerne les mêmes parties, les mêmes faits et les mêmes motifs, que si des motifs de révision (art. 80 LPA) sont présents. À cet égard, il faut souligner que l'autorité de chose jugée ne se rapporte qu'aux points effectivement tranchés par l'autorité de recours ; il y aura donc lieu de se référer aux motifs de sa décision pour définir la portée de l'autorité de la chose jugée (Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^e éd., 2018, n. 867 à 869 p. 308).

- 5) En l'espèce, la recourante soutient que le département ne pouvait le 4 septembre 2020 réformer en sa défaveur sa décision du 31 octobre 2019 dont le TAPI était déjà saisifaute d'une disposition du droit cantonal le lui permettant expressément. Elle ne saurait être suivie.

De manière générale, comme il a été vu plus haut, la doctrine et la jurisprudence admettent que l'administration, même en l'absence d'une disposition expresse, réforme sa décision en défaveur de l'administré aussi longtemps que celle-ci n'est pas définitive, ce qui est le cas lorsqu'un recours est pendant, et en telle hypothèse elle est traitée comme une conclusion nouvelle de l'administration. À cela s'ajoute qu'en l'espèce, la décision du 4 septembre 2020 modifiant partiellement celle du 31 octobre 2019, a elle-même fait l'objet d'un recours, qui été joint à et jugé avec celui, pendant, contre la première décision, de sorte qu'elle ne constitue pas une nouvelle conclusion de l'autorité mais bien une partie de l'objet du litige.

La recourante fait valoir que la décision du 31 octobre 2019 était identique à celle du 26 novembre 2019, laquelle avait acquis force de chose jugée avec l'entrée en force de l'arrêt ATA/422/2020, de sorte que le département ne pouvait plus revenir sur la question de l'obligation de produire une formule officielle qui avait été définitivement tranchée.

Son opinion ne peut être partagée. Dans son dispositif, l'ATA/422/2020 n'a annulé le JTAPI/751/2019 qu'en tant qu'il confirmait l'ordre, et ordonnait à la régie d'établir un nouveau contrat de bail, et a rejeté le recours pour le surplus. Le JTAPI/751/2019 n'avait lui-même annulé la décision du 26 novembre 2019 qu'en ce qu'elle imposait le remboursement du trop-perçu du loyer à la régie. Quant à la décision du département du 26 novembre 2018, elle ne réclamait que la production de « l'avis de fixation du loyer initial également conforme aux termes de l'autorisation de construire, dans l'hypothèse où un tel avis aurait été notifié lors de la conclusion du précédent bail ».

Il s'ensuit que « l'établissement d'une nouvelle formule de fixation de loyer », tel qu'exigé par la décision du 4 septembre 2020 (modifiant le § 6 de la décision du 31 octobre 2019) n'a jamais été l'objet ni du JTAPI/751/2019 ni de l'ATA/422/2020 et n'a partant pu acquérir d'autorité de la chose jugée. Quant à l'ordre de produire « l'avis de fixation du loyer initial également conforme aux termes de l'autorisation de construire, dans l'hypothèse où un tel avis aurait été notifié lors de la conclusion du précédent bail », figurant dans la décision initiale du 26 novembre 2018 et repris par celle du 31 octobre 2019, il a certes été attaqué mais n'a été annulé ni par le TAPI le 22 août 2019 ni par la chambre de céans le 30 avril 2020, étant observé qu'il a par la suite encore été modifié le 4 septembre 2020.

La recourante se prévaut enfin de ce que, dans l'ATA/422/2020, la chambre de céans a invoqué l'interdiction de la *reformatio in pejus* à propos de la production d'une formule de fixation du loyer. Ce principe ferait selon elle obstacle également à l'administration.

Elle perd de vue que sur ce sujet la chambre de céans ne s'est pas estimée fondée à ordonner elle-même l'établissement d'une nouvelle formule officielle de fixation du loyer, au motif que la décision initiale ne l'ordonnait pas expressément. L'interdiction de la *reformatio in pejus* invoquée par la chambre de céans ne limitait ainsi que son propre pouvoir de décision et c'est à bon droit que le TAPI a observé dans le jugement attaqué que l'autorité de la chose jugée ne s'étendait pas à cette question et que le département pouvait prendre une nouvelle décision.

Les griefs de violation des principes de l'autorité de la chose jugée et de l'interdiction de la *reformatio in pejus* seront ainsi écartés.

Il suit de là que, le département n'étant pas tenu par ses décisions des 26 novembre 2018 et 31 octobre 2019, celles-ci ne sauraient être invoquées à l'appui du grief de violation des principes de l'égalité de traitement, de la confiance et de la sécurité du droit, lequel n'a donc pas à être examiné. Pour les mêmes motifs la question de l'identité de la régie et de la A_____ dans les relations avec le département pourra rester indécise.

Le recours sera très partiellement admis.

- 6) Un émoulement de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante qui n'obtient que très partiellement gain de cause (art. 87 al. 1 LPA) et une indemnité de procédure réduite de CHF 500.- lui sera allouée, à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 11 mai 2021 par A_____ SA contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 25 mars 2021 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

constate la prescription du droit au remboursement du trop-perçu concernant les loyers de juillet 2010 à décembre 2011 inclus ;

annule le jugement entrepris dans cette mesure ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus ;

met un émoulement de CHF 1'500.- à charge de A_____ SA ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 500.- à A_____ SA, à la charge de l'État de Genève (département du territoire) ;

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 ;

communique le présent arrêt à Me Erin Wood Bergeretto, avocate de la recourante, au département du territoire - OAC ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mme Krauskopf, M. Verniory,
Mme Lauber, M. Mascotto, 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 :