

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2796/2016-LDTR

ATA/945/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 18 septembre 2018

dans la cause

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE

contre

SCHWAPER SA

MONTROSE PROPRIETIES SA

Monsieur Yves NAHUM

DS ATELIER D'ARCHITECTURE SA

Monsieur Diango SPIRONELLI

représentés par la régie Zimmermann SA, mandataire

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
1^{er} décembre 2017 (JTAPI/1275/2017)**

EN FAIT

- 1) Schwaper SA, Monsieur Yves NAHUM et Montrose Properties SA étaient copropriétaires des immeubles sis sur la parcelle n° 2'341, feuille 48 de la commune de Genève-Plainpalais, en deuxième zone de construction, aux adresses 19, 21, 23, rue du Pré-Jérôme et 65, 67, boulevard de la Cluse, gérés par la régie Zimmermann SA (ci-après : la régie).

- 2)
 - a. Le 19 juin 2013, une autorisation de construire DD 104'448/1 a été délivrée par le département de l'aménagement, du logement et de l'énergie, devenu le département du territoire (ci-après : le département) concernant la surélévation de deux étages (6^{ème} et 7^{ème}) de l'immeuble de logements du 19, rue du Pré-Jérôme faisant suite à une requête déposée le 21 juillet 2011 par Monsieur Diango SPIRONELLI administrateur de DS Atelier d'architecture SA (ci-après : DS SA), mandaté par les copropriétaires.

 - b. Le 13 janvier 2014, une autorisation de construire DD 103'431/1 a été accordée par le département pour surélever les immeubles et transformer la typologie de certains appartements qu'ils comportaient du 65 et 67, boulevard de la Cluse et 19, 21 et 23, rue du Pré-Jérôme. La surélévation consistait à créer deux appartements dans l'étage supplémentaire du 67, boulevard de la Cluse et vingt-cinq appartements dans les six étages de surélévation de l'immeuble 21 et 23, rue du Pré-Jérôme. Les appartements n^{os} 424, 434, 444, 454 et 464 de l'immeuble 67, boulevard de la Cluse ainsi que ceux n^{os} 421, (431) 441 et 451 de l'immeuble du 19, Pré-Jérôme étaient concernés par le changement de typologie. La requête avait été déposée le 12 février 2010 et une requête complémentaire le 20 mars 2012.

En raison de la surélévation de la galette basse des 21 et 23, rue du Pré-Jérôme et de la fermeture des fenêtres sur les pignons des immeubles du 19, rue du Pré-Jérôme et 67, boulevard de la Cluse, remplacées par des fenêtres sur cour, les typologies de certains appartements seraient transformées par suppression de la cloison de séparation entre le hall d'entrée et le séjour, les 4,5 pièces devenant des 4 pièces et les 3,5 pièces devenant des 3 pièces.

Le préavis du service de la sécurité des locataires, du 26 mars 2010, prévoyait l'évacuation totale des immeubles 21, 23 rue du Pré-Jérôme et 65, boulevard de la Cluse. L'autorisation précisait, au chiffre 4, que les conditions fixées dans les préavis, dont notamment celui du service de la sécurité des locataires, devaient être strictement respectées et faisaient partie intégrante de l'autorisation.

L'autorisation indiquait aux chiffres 18 et 19 que les travaux impliquaient le départ temporaire des locataires des appartements n^{os} 421, 441 et 451 au 19, Pré-Jérôme et n^{os} 424, 434, 444, 454 et 464 du 67, boulevard de la Cluse. L'ouverture du chantier était subordonnée au relogement provisoire, à satisfaction des locataires.

- 3) Le 13 janvier 2016, les copropriétaires ont déposé, auprès du département, une demande d'autorisation de construire en vue de transformer des locaux commerciaux situés au 1^{er} étage de l'immeuble 21 et 23, rue du Pré-Jérôme en cinq logements.
- 4) Le 2 mars 2016, le département a averti les copropriétaires par courrier adressé à DS SA et M. SPIRONELLI qu'il avait été saisi d'une plainte d'AttacGE Sàrl (ci-après : la Sàrl), de laquelle il ressortait qu'une transformation et qu'un changement d'affectation d'un logement en bureau avaient été effectués dans l'appartement n^o 451, sis au 5^{ème} étage du 19, rue Pré-Jérôme et ce, sans autorisation depuis octobre 2014.
- 5) Le 9 mars 2016, DS SA a répondu au département qu'aucune transformation ni changement d'affectation n'avait eu lieu pour cet appartement.

D'entente avec le département, cet appartement servait de rocade durant les travaux de surélévation. Pendant la durée du chantier, les locaux de l'arcade louée à la Sàrl ainsi qu'à d'autres sociétés appartenant à Madame Anna et Monsieur Paul-Eric STAUFFER (ci-après : les sociétés locataires), à usage de café et de fiduciaire devaient être libérés. L'activité de fiduciaire avait été relogée, sans perception de loyer, dans ledit appartement de rocade, vacant avant le début du chantier. Ce logement se situait juste en dessous de la surélévation de deux étages et n'aurait pas pu être loué à de nouveaux locataires en raison des nuisances du chantier. Cet appartement serait évidemment libéré dès que lesdits locataires pourraient réintégrer leurs locaux et il serait remis en location dès la fin des travaux.

- 6) Le 11 mars 2016, le département a informé DS SA qu'il considérait le relogement des sociétés locataires comme un changement d'affectation, éventuellement temporaire, de logement en bureau. Ce changement était prohibé par l'art. 7 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) sous réserve de l'octroi d'une dérogation au sens de l'art. 8 LDTR. Afin de pouvoir statuer, tout document attestant de l'autorisation de ce relogement devait être transmis dans un délai de dix jours.
- 7) Le 16 mars 2016, DS SA a indiqué au département que le chiffre 19 de l'autorisation DD 103'431 l'autorisait à reloger provisoirement les sociétés locataires dans l'appartement de rocade durant les travaux. Cet appartement était

utilisé pour tous les locataires. Le chiffre 9 du préavis sécurité locataires du 26 mars 2010 les obligeait à évacuer totalement les bâtiments, dont l'arcade concernée. Depuis leur déménagement, les sociétés locataires tentaient par tous les moyens de faire stopper le chantier pour des raisons financières, et ces agissements avaient entraîné des retards dans l'exécution des travaux.

- 8) Le 24 mars 2016, le département a constaté qu'aucune autorisation n'avait été accordée concernant le changement d'affectation temporaire. Il ordonnait aux copropriétaires, mandants de DS SA, de déposer une requête en autorisation de construire conforme aux exigences de la LDTR en vue de tenter de légaliser la situation ou de cesser l'activité commerciale dans le logement dans le délai de trente jours. Toutes autres mesures ou sanctions justifiées par la situation étant réservées. Une procédure d'infraction I/6091 a été ouverte.
- 9) Le 30 mai 2016, DS SA, pour les copropriétaires, a requis une autorisation pour le changement d'affectation provisoire de l'appartement n° 451 du 19, rue de Pré-Jérôme à titre de remplacement des arcades commerciales sises 23 rue du Pré-Jérôme et ce jusqu'à la fin des travaux de surélévation de l'immeuble 21 et 23, rue du Pré-Jérôme au 31 décembre 2016.
- 10) a. Lors de l'instruction de la requête DD 104'448/2, le département a demandé aux requérants de fournir un plan de l'appartement concerné, tamponné par l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT).
- b. Le 15 juin 2016, la ville de Genève a préavisé favorablement le changement d'affectation à la condition qu'il soit limité à un délai n'excédant pas le 31 décembre 2016, soit la durée des travaux et que les locaux soient impérativement réaffectés à un logement à la fin du chantier.
- c. Le 20 juin 2016, le service LDTR a, dans un premier temps, préavisé favorablement l'affectation provisoire du logement à titre exceptionnel pour la durée du chantier mais au maximum jusqu'au 13 décembre 2016.
- Le 13 juillet 2016, le service LDTR a remplacé son préavis initial qui portait sur une affectation en « bureau de chantier ». S'agissant d'une activité commerciale, son préavis était défavorable, le changement d'affectation étant fait sans compensation, au sens de l'art. 8 LDTR.
- 11) Par décision du 29 juillet 2016, le département a refusé l'autorisation de changement d'affectation provisoire d'un appartement en bureaux.

La dérogation prévoyait notamment une condition de compensation simultanée qui n'étaient pas remplies. En outre, les requérants n'avaient pas produit le plan d'aménagement timbré par l'OCIRT.

- 12) Le 29 juillet 2016, par décision dans la procédure I/6091, le département a ordonné la remise à l'état d'origine de l'appartement concerné dans un délai de soixante jours et infligé une amende administrative de CHF 20'000.-. La décision était adressée à DS SA et M. SPIRONELLI.
- 13) Le 25 août 2016, Schwaper SA, Montrose properties SA, M. NAHUM, DS SA et M. SPIRONELLI, représentés par la régie Zimmermann, ont déposé un recours auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le TAPI) contre la décision du département du 29 juillet 2016 refusant l'autorisation de construire complémentaire DD 104'448/2 et contre celle imposant une remise en état de l'appartement n° 451 de l'immeuble 19, rue du Pré-Jérôme et infligeant une amende de CHF 20'000.- à DS SA, M. SPIRONELLI, en concluant principalement à leur annulation et à la délivrance de l'autorisation de changement d'affectation provisoirement jusqu'à l'échéance des travaux mentionnés dans l'autorisation de construire DD 103'431.

Comme le démontraient les pièces produites, les locataires de l'appartement n° 451 avaient résilié leur contrat de bail en raison des travaux de surélévation des immeubles et du fait qu'ils devraient quitter temporairement leur appartement pour que les travaux de transformation puissent y être effectués. Cet appartement, ainsi qu'un autre au 3^{ème} étage, avaient été utilisés comme appartements de rocade provisoires pour reloger les locataires.

L'appartement n'étant plus nécessaire pour les rocades, les propriétaires avaient, d'entente avec les sociétés locataires, transféré la partie bureau fiduciaire de l'arcade du 21, 23 rue du Pré-Jérôme dans l'appartement dès octobre 2014. Les discussions avec ces locataires avaient été menées par Monsieur Pierre ZIMMERMANN, en sa qualité d'administrateur de Schwaper SA pour les copropriétaires. Le protocole d'accord conclu avec les sociétés locataires le 14 août 2014, afin de régler l'ensemble des effets des travaux pour l'arcade, avait été signé par DS SA au nom et pour le compte des copropriétaires et sur leurs instructions.

Cet appartement était situé juste sous les travaux de surélévation et ses balcons étaient utilisés pour le support temporaire des échafaudages. De plus, les immeubles voisins subissaient également d'importants travaux de surélévation. Il ne pouvait dès lors être mis en location.

En conséquence, le changement d'affectation temporaire n'avait soustrait aucun appartement au parc locatif et en outre, les conditions de l'octroi d'une dérogation étaient également remplies.

- 14) Le 31 octobre 2016, le département a répondu au recours, concluant à son rejet.

Le changement d'affectation n'avait pas été autorisé et n'était pas autorisable, les conditions de la dérogation n'étant pas remplies. L'octroi d'une autorisation précaire n'était pas envisageable car relevant du pouvoir discrétionnaire et n'avait pas été demandé. Il manquait les plans de l'OCIRT et la condition 18 de l'autorisation DD 103'431 imposait que l'appartement n° 451 reste vide le temps des travaux au vu des nuisances engendrées par le chantier de surélévation. Une location pendant le chantier n'étant adaptée ni au logement ni à une activité commerciale ou administrative.

L'ordre de remise en état, adressé au mandataire professionnellement qualifié (ci-après : le mandataire), en charge de la direction des travaux ne prêtait pas le flanc à la critique.

De même, le mandataire répondait de l'infraction et avait agi de manière fautive. Il s'agissait d'un cas de récidive et l'amende était proportionnée à la faute.

- 15) Le 29 novembre 2016, les recourants ont répliqué, persistant dans les conclusions prises dans leur recours.
- 16) Le 20 décembre 2016, le département a dupliqué en persistant dans ses conclusions.
- 17) Le 9 janvier 2017, les recourants ont déposé des écritures contestant la duplique du département.
- 18) Le 16 mai 2017, lors d'une audience de comparution des parties, le représentant des copropriétaires a exposé qu'ils étaient en litige avec la Sàrl. L'arcade était prête à l'accueillir mais la société refusait d'entrer en matière et continuait d'occuper l'appartement n° 451 pour faire pression sur les copropriétaires concernant une demande d'indemnisation. Le bail avait été résilié mais une procédure judiciaire était en cours. L'appartement n° 451 n'était plus utilisé par la Sàrl, il n'y avait plus d'employé qui y travaillait.
- 19) Le 20 juillet 2017, le département a informé le TAPI qu'une rencontre avait eu lieu le 28 juin 2017 avec M. SPIRONELLI et un juriste de la régie Zimmermann mais qu'elle n'avait pas permis de trouver une solution au litige. En conséquence, il maintenait sa décision.
- 20) Par jugement du 1^{er} décembre 2017, le TAPI a admis le recours et annulé la décision de refus d'autorisation (ch. 2). Le dossier était renvoyé au département pour qu'il poursuive, au sens des considérants, l'instruction d'une autorisation de maintien à titre précaire (ch. 3). Le recours contre l'ordre de remise en l'état et l'amende étaient admis partiellement dans la mesure de sa recevabilité. L'ordre de remise en état était annulé (ch. 5), le principe d'une amende confirmé et le montant ramené à CHF 4'000.-.

Bien que la période visée par la demande d'autorisation litigieuse soit terminée, il fallait reconnaître la qualité pour agir des propriétaires, de DS SA ainsi que de M. SPIRONELLI en tant que destinataires de la décision.

L'ordre de remise en l'état ainsi que l'amende qui étaient adressés à DS SA et M. SPIRONELLI, selon le texte de la décision, visaient sans équivoque exclusivement M. SPIRONELLI qui en était l'unique destinataire et seul recourant à avoir qualité pour agir contre cette décision.

Le département avait abusé de son pouvoir d'appréciation en ne tenant pas compte des circonstances exceptionnelles qui pouvaient fonder une dérogation de changement d'affectation à titre provisoire sous la forme d'un maintien à titre précaire.

L'admission du recours avait pour effet que la mesure de remise en état devait également être annulée.

Le mandataire commis à la direction des travaux répondait à l'égard de l'autorité du respect du droit public. En ne sollicitant pas auprès du département d'autorisation en vue du changement d'affectation provisoire de l'appartement, le mandataire avait commis une faute et le principe de l'amende devait être confirmé.

Compte tenu de l'absence de motivation de la décision, il apparaissait que le département n'avait pas fait un usage correct de son pouvoir d'appréciation et l'amende devait être ramenée à un montant de CHF 4'000.- plus conforme au principe de proportionnalité.

- 21) Par acte mis à la poste le 22 janvier 2018, le département a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le jugement du TAPI reçu le 5 décembre 2017, en concluant à son annulation.

Les conditions d'une dérogation au sens de l'art. 8 LDTR n'étaient pas satisfaites et une autorisation de maintien à titre précaire devait faire l'objet d'une requête préalable du propriétaire au Conseil d'État. Aucune demande n'avait été faite dans ce sens. Il ne se justifiait donc pas de renvoyer le dossier au département afin qu'il poursuive l'instruction du dossier sous l'angle d'un changement d'affectation à titre précaire.

La réduction de l'amende était contestée, la condition de la cupidité était remplie et M. SPIRONELLI et son bureau d'architectes avaient commis de nombreuses infractions, comme le prouvaient celles répertoriées dans la base de données « SAD consultation » dans une liste produite sur laquelle figuraient treize procédures d'infraction ouvertes, dont une seule terminée, cinq enregistrées et sept en instruction. La liste indiquait les bâtiments et les travaux concernés mais

aucun nom. Deux factures avaient été adressées à M. SPIRONELLI, l'une du 28 août 2014 pour CHF 1'000.-, référence APA 37'531/2 – I 5458, l'autre pour CHF 3'000.-, référence INF 6280-R3 du 27 juin 2017.

- 22) Le 29 janvier 2018, le TAPI a déposé son dossier sans formuler d'observations.
- 23) Le 26 février 2018, par mémoire commun de leur mandataire, les nouveaux copropriétaires de la parcelle n° 2341, feuille 48 de la commune de Genève-Plainpalais : Schwaper SA, Montrose Properties SA, Fim Management SA, Biboon Invest SA, ainsi que M. NAHUM actionnaire et administrateur unique de celle-ci, DS SA et M. SPIRONNELLI ont répondu au recours, concluant principalement à son irrecevabilité, subsidiairement, à l'octroi de l'autorisation de changement d'affectation provisoirement et, plus subsidiairement, à son rejet.

Le TAPI avait communiqué le jugement aux parties le 1^{er} décembre 2017 par envoi recommandé aux intimés et par courrier interne au département. Une telle distinction de notification était illégale. De surcroît, la date de réception apposée par timbre humide par le département, soit le 5 décembre 2017, était indiquée par erreur. Il n'y avait aucune raison objective, légale et concrète à ce qu'ils aient reçu le jugement le lundi 4 décembre 2017 et le département le mardi 5 décembre 2017, le courrier interne étant acheminé chaque jour. En conséquence, le recours du département était tardif. Ils demandaient l'audition de toute personne ayant collaboré à l'envoi interne afin de déterminer la réalité de la situation et la réelle date de réception du jugement par le département.

Sur le fond, le département pouvait octroyer l'autorisation précaire nécessaire, contrairement à son argumentation faite de mauvaise foi. En outre, la condition de la simultanéité de la compensation était traitée avec une certaine souplesse dans certaines situations. La surface de logement perdue temporairement, d'environ 66 m², était largement compensées par l'autorisation DD 103'431/2 portant sur la transformation de bureaux en logements.

S'agissant du montant de l'amende, le département échouait à prouver la circonstance aggravante et l'un des BVR avait trait à un émolument pour une autorisation de construire (APA 37'531/2). Le deuxième BVR, concernant une amende de CHF 3'000.-, avait été payé pour une infraction qui n'était pas imputable à M. SPIRONELLI, lequel avait repris un dossier constitué et suivi par un autre architecte. La liste produite contenait une seule infraction (INF 5'548/2) pour laquelle une amende de CHF 1'000.- avait été infligée. Hormis celle-ci, M. SPIRONELLI n'avait reçu aucun courrier ni amende pour les autres infractions mentionnées sur la liste produite. Quant aux autres éléments à prendre en compte, le département n'avait pas entendu M. SPIRONELLI et, s'agissant de la cupidité, ce dernier n'était pas le propriétaire de l'immeuble et ne pouvait donc

pas conclure un contrat de bail et encore moins percevoir les revenus des locations.

24) Par courrier du 8 mars 2018, sur demande du juge délégué, le TAPI a exposé sa pratique en matière de notification de jugement. Ceux-ci étaient notifiés le même jour à l'ensemble des parties, par courrier recommandé aux justiciables et par courrier interne aux administrations intimées. Selon le courrier d'accompagnement joint, celles-ci étaient invitées à retourner celui-là signé et muni de la date de réception.

25) Le 23 avril 2018, lors d'une audience de comparution personnelle, le département a déclaré persister dans les termes de son recours.

Selon les intimés, tous les chantiers de surélévation étaient terminés à l'exception des travaux à faire dans l'appartement objet du litige dont il fallait modifier les fenêtres, comme prévu dans l'autorisation de construire. La Sàrl et les autres sociétés refusaient de rendre l'appartement alors qu'elles avaient réintégré les locaux qu'elles louaient au rez-de-chaussée. Tous les baux avaient été résiliés mais l'affaire était pendante au Tribunal des baux et loyers. À leur connaissance, il n'y avait plus d'activité professionnelle réelle dans l'appartement.

Le département a confirmé qu'il reprochait aux intimés d'avoir mis à la disposition d'une société commerciale un appartement. De plus, cet appartement n'aurait pas dû être occupé, même par une société commerciale, pendant les travaux de surélévation, ni utilisé pour faire des rocade.

Les intimés ont expliqué qu'ils avaient signé un accord, validé par le service LDTR du département, pour organiser ces rocade. Les documents comportaient le loyer futur et étaient signés par chacun des locataires concernés. Lorsque ces rocade avaient été exécutées, l'appartement avait été mis à disposition gratuitement et à bien plaisir à la fiduciaire, ce qui était mentionné dans le protocole d'accord signé avec celle-ci.

M. SPIRONELLI s'est dit choqué du montant de l'amende, surtout que rien n'avait été dit à la locataire. Une solution avait été trouvée dans le cadre d'un projet qui avait créé quarante logements subventionnés. Il n'y avait pas d'intérêt financier à cet arrangement. Il était également choqué par le fait qu'on lui reproche des infractions qui avaient été commises avant même qu'il ne connaisse l'immeuble concerné.

Les parties ont annoncé renoncer à d'autres actes d'instruction.

26) Le 25 avril 2018, faisant suite à l'audience, les intimés ont produit des courriers adressés en juillet 2012 aux locataires des appartements en pignon, validés par le service LDTR, pour l'organisation des rocade et la fixation des

loyers futurs. Ces courriers indiquaient que les locataires seraient relogés provisoirement dans un appartement du 3^{ème} étage du 19, rue Pré-Jérôme.

Contrairement à ce qu'affirmait le département, rien n'indiquait que l'appartement n° 451, comme les autres appartements visés par le chiffre 18 de l'autorisation DD 103'431, devait être libéré pendant l'ensemble des travaux de surélévation. Leur libération était temporaire et fonction des travaux les concernant. Sinon, il était inexplicable que les appartements des mêmes paliers n'aient pas dû être libérés.

- 27) La cause a ensuite été gardée à juger, ce dont les parties avaient été informées lors de l'audience du 23 avril 2018.

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 et 63 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). En particulier, le jugement du TAPI ayant été reçu le 5 décembre 2017 par le département, comme en atteste l'accusé de réception envoyé au TAPI, ce qu'aucun élément concret ne permet de remettre en cause, le recours, mis à la poste le 22 janvier 2018 et adressé à la chambre de céans, respecte le délai fixé.
- 2) Le litige, tel qu'il ressort du jugement dont est recours et des conclusions en annulation de celui-ci prises par le département dans son recours, porte sur une décision de refus d'autorisation de changement d'affectation temporaire de logement en bureaux, une mesure de remise en état d'un appartement à la suite de ce changement d'affectation et une amende infligée à l'architecte, directeur des travaux, en raison du changement d'affectation non autorisé.
- 3) La LDTR a pour but de préserver l'habitat et les conditions de vie existants, ainsi que le caractère actuel de l'habitat dans les zones visées expressément par la loi (art. 1 al. 1 LDTR). Elle prévoit notamment à cet effet, et tout en assurant la protection des locataires et des propriétaires d'appartements, des restrictions à la démolition, à la transformation et au changement d'affectation des maisons d'habitation (art. 1 al. 2 let. a LDTR).

Plus spécifiquement, la LDTR vise à éviter la disparition de logements à usage locatif (arrêt du Tribunal fédéral 1P.406/2005 du 9 janvier 2006 consid. 3.3 ; ATA/373/2016 du 3 mai 2016 consid. 5a ; ATA/281/2016 du 5 avril 2016 consid. 8a)

Est soumis à la LDTR tout bâtiment situé dans l'une des zones de construction prévues par l'art. 19 de la loi d'application de la LAT du 4 juin 1987 (LaLAT - L 1 30), ou construit au bénéfice des normes de l'une des quatre premières zones de construction en vertu des dispositions applicables aux zones de développement (let. a), et comportant des locaux qui, par leur aménagement et leur distribution, sont affectés à l'habitation (let. b ; art. 2 al. 1 LDTR).

En conséquence, le bâtiment 19, rue Pré-Jérôme, situé en zone 2, étant soumis à la LDTR, le changement d'affectation sollicité doit respecter cette loi.

- 4) a. Nul ne peut, sauf dérogation au sens de l'art. 8 LDTR, même en l'absence de travaux, remplacer des locaux à destination de logements, occupés ou inoccupés, par des locaux à usage commercial, administratif, artisanal ou industriel, dans un bâtiment soumis à la LDTR (art. 3 et 7 LDTR).
- b. Aux termes de l'art. 8 al. 1 LDTR, si une dérogation est souhaitable et compatible avec les conditions de vie du quartier, le département peut l'accorder si les circonstances le justifient, notamment :

- le maintien ou le développement des activités existantes et les conditions d'habitation précaires dans un immeuble, ou

- lorsque le bâtiment est déjà principalement affecté à d'autres buts que le logement.

Les notions de « souhaitable » et de « compatible » doivent être traitées globalement, car la première, prise isolément, revêt un caractère éminemment subjectif, qui échappe en partie à l'analyse juridique. Il convient de prendre en considération le caractère et l'évolution du quartier, ainsi que le genre et la destination du projet (ATA/373/2016 du 3 mai 2016) et les références citées).

En cas de changement d'affectation, les surfaces de logements supprimées seront compensées par la réaffectation simultanée de surfaces commerciales ou administratives en logement. Dans ce cas, les locaux réaffectés aux logements doivent correspondre à une surface ainsi qu'à des conditions de logement au moins équivalentes et avoir des loyers répondant aux besoins prépondérants de la population (art. 8 al. 2 LDTR).

Il n'est pas contestable qu'en l'espèce, la condition de la compensation simultanée n'est pas remplie et qu'ainsi une autorisation dérogatoire ne pouvait être délivrée par le département. À cet égard, l'autorisation portant sur la transformation de bureaux en logement (DD 103'431/2), n'a été délivrée qu'en mai 2017, la requête datait de janvier 2016, alors que le changement d'affectation contesté datait d'octobre 2014.

- 5) Reste à examiner si une autorisation de maintien à titre précaire aurait pu être délivrée par le département après instruction complémentaire, comme l'a retenu le TAPI dans son jugement, compte tenu notamment du caractère provisoire du changement d'affectation qui n'est pas nié en l'espèce.

Lorsqu'une construction ou une installation n'est pas conforme à l'autorisation donnée ou si, entreprise sans autorisation, elle n'est pas conforme aux prescriptions légales, le Conseil d'État peut la laisser subsister, à titre précaire, si elle ne nuit pas à la sécurité, à la salubrité ou à l'esthétique, moyennant le paiement, en plus de l'amende, d'une redevance annuelle dont il fixe le montant et la durée selon la gravité de l'infraction (art. 139 al. 1 LCI). Cette redevance doit être au moins égale au bénéfice annuel résultant de l'infraction et sa durée ne peut être supérieure à 30 ans. En cas de vente, le nouveau propriétaire est tenu du paiement de cette redevance (art. 139 al. 2 LCI). Cette sanction, prévue par la LCI est en principe applicable en cas de contravention à la LDTR par le biais de l'art. 44 al. 1 LDTR qui renvoie aux mesures et sanctions administrative prévues par les art. 129 à 139 LCI. La jurisprudence a précisé que le maintien à titre précaire était laissé au pouvoir discrétionnaire du Conseil d'État (ATA/510/2013 du 27 août 2013).

En l'espèce, le litige ne concerne pas une décision de maintien à titre précaire prise par le Conseil d'État mais une décision de refus d'autorisation de construire, de remise en état et d'amende rendue par le département.

La procédure prévue par l'art. 139 al. 1 LCI suppose une requête et une décision du Conseil d'État, lesquelles n'existent pas.

En conséquence, c'est à tort que le TAPI a retenu que le maintien à titre précaire, pourtant exorbitant au litige, aurait dû être examiné par le département.

Le recours sera donc admis sur ce point de même que sur celui de l'annulation de l'ordre de remise en état qui en découle et de celle du renvoi du dossier au département pour instruction complémentaire.

- 6) Reste à examiner le montant de l'amende dont le département conteste la réduction à CHF 4'000.- faite par le TAPI et qu'il estime devoir être fixée au montant prévu dans sa décision, soit CHF 20'000.-.

a. Selon l'art. 44 LDTR, celui qui contrevient aux dispositions de la LDTR est passible des mesures et sanctions administratives prévues par les art. 129 à 139 LCI), sous réserve des peines plus élevées prévues par le code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0).

Conformément à l'art. 137 al. 1 LCI, en relation avec l'art. 44 al. 1 LDTR, est passible d'une amende administrative de CHF 100.- à CHF 150'000.- tout contrevenant à la LCI et à la LDTR. Le montant maximum de l'amende s'élève à

CHF 20'000.- lorsqu'une construction, une installation ou tout autre ouvrage a été entrepris sans autorisation, mais que les travaux sont conformes aux prescriptions légales (art. 137 al. 2 LCI). Il est tenu compte, dans la fixation de l'amende, du degré de gravité de l'infraction (art. 137 al. 3 LCI).

Selon la jurisprudence constante, l'administration doit faire preuve de sévérité afin d'assurer le respect de la loi et jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour infliger une amende. La juridiction de céans ne la censure qu'en cas d'excès ou d'abus. Enfin, l'amende doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101) ; ATA/1472/2017 du 14 novembre 2017 ; ATA/319/2017 du 21 mars 2017 et les références citées).

L'autorité qui prononce une mesure administrative ayant le caractère d'une sanction doit également faire application des règles contenues aux art. 47 ss CP - principes applicables à la fixation de la peine -, soit tenir compte de la culpabilité de l'auteur et prendre en considération, notamment, les antécédents et la situation personnelle de ce dernier (art. 47 al. 1 CP). La culpabilité est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (art. 47 al. 2 CP ; ATA/319/2017 précité et les références citées).

b. Doivent être notamment prises en compte au titre de circonstances aggravantes, le fait d'avoir agi par cupidité, la récidive, la profession de l'auteur de l'infraction ainsi que le nombre élevé ou la proportion importante des appartements ou immeubles concernés par la violation de la LDTR. Aux titre de circonstances atténuantes, doivent être prises en compte notamment l'absence de volonté délictuelle, une violation de la LDTR sur un appartement ou un immeuble isolé seulement, le fait qu'une réaffectation en logement soit aisée (Emmanuelle GAIDE/Valérie DÉFAGO GAUDIN, La LDTR : Démolition, transformation, rénovation, changement d'affectation et aliénation : immeubles de logement et appartements : loi genevoise et panorama des autres lois cantonales, 2014, p. 490-491 et les jurisprudences citées).

c. Dans un arrêt du 15 décembre 2015, l'amende de CHF 3'000.- pour l'exploitation d'un salon de prostitution dans une villa sise en 5^{ème} zone de construction a été confirmée par la chambre de céans. Il était reproché à tout le moins une négligence à la recourante, qui ne s'était pas renseignée auprès de l'autorité compétente sur la nécessité d'une autorisation de construire (ATA/1346/2015 du 15 décembre 2015).

Dans deux arrêts du 11 août 2015, l'amende de CHF 3'000.- pour l'exploitation d'un salon de prostitution dans une villa sise en 5^{ème} zone de

construction a aussi été confirmée par la chambre de céans (ATA/822/2015 et ATA/824/2015 du 11 août 2015).

Dans un arrêt du 29 août 2017, la chambre de céans a réduit l'amende de CHF 10'000.- à CHF 4'000.- pour un propriétaire qui avait attendu plus de quatre ans avant le dépôt de la requête en autorisation pour l'exploitation par son locataire d'un salon de prostitution dans une villa située en zone de développement industriel (ATA/1231/2017 du 29 août 2017).

- 7) En l'espèce, il est acquis que l'appartement a subi un changement d'affectation provisoire non autorisé et qu'en qualité d'architecte, le destinataire de la décision a commis une infraction à la LDTR. Notamment, les intimés échouent à prouver un accord qui aurait été pris avec le département concernant l'utilisation de l'appartement concerné. Les pièces figurant au dossier concernent un appartement au troisième étage et non au cinquième ainsi que les locataires des appartements à transformer et non les arcades commerciales.

S'agissant toutefois de l'atteinte objective aux intérêts protégés par la LDTR, il faut tenir compte du fait que le département considérait que le logement ne pouvait être habité pendant les travaux de surélévation. En outre, le caractère provisoire du changement d'affectation n'est pas remis en cause. En conséquence, la gravité de l'infraction doit être largement relativisée, d'autant plus que le changement d'affectation n'a pas nécessité de travaux particuliers rendant une réaffectation en logement aisée.

Cette conclusion est encore confortée par le fait que le service LDTR avait, dans un premier temps, préavisé favorablement un changement d'affectation dans l'idée qu'il s'agissait du bureau du chantier qui occuperait le logement pendant la durée des travaux, acceptant ainsi de soustraire au parc de logement l'appartement concerné. Le représentant du département a également indiqué que le principe d'une autorisation provisoire de changement d'affectation était envisageable.

Le département a retenu la récidive comme circonstance aggravante. Or, les pièces qu'il a produites, soit deux BVR, concernent pour l'un, daté du 28 août 2014, un émolument administratif et, pour le second du 27 juin 2017, une amende administrative postérieure à la décision examinée ici. Quant à la liste des procédures d'infraction produite, une seule, datant du 5 décembre 2014, est terminée, les autres figurent soit au stade de l'enregistrement, soit à celui de l'instruction et certaines sont postérieures au 29 juillet 2016.

Le département a encore retenu, à l'appui de sa décision, la cupidité du destinataire de l'amende. Or, s'agissant en l'occurrence de l'architecte, directeur des travaux, agissant sur mandat des propriétaires bénéficiaires des loyers, cette circonstance aggravante ne saurait être retenue.

Vu ce qui précède, la fixation d'une amende supérieure à CHF 4'000.- serait contraire au principe de la proportionnalité et le recours sera rejeté sur ce point.

- 8) Le recours sera partiellement admis et les chiffres 2, 3 et 5 du dispositif du jugement du TAPI seront annulés, soit l'admission du recours contre le refus d'autorisation de changement d'affectation (ch. 2), l'annulation de la décision du refus d'autorisation et le renvoi du dossier au département pour qu'il poursuive l'instruction (ch. 3), ainsi que l'annulation de l'ordre de remise en état (ch. 5). Le jugement sera confirmé pour le surplus.

Aucun émolument ne sera mis à la charge du département (art. 87 al. 1 LPA) et il ne sera alloué aucune indemnité de procédure (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 22 janvier 2018 par le département du territoire contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 1^{er} décembre 2017 ;

au fond :

l'admet partiellement ;

annule les chiffres 2, 3 et 5 du dispositif du jugement du Tribunal administratif de première instance du 1^{er} décembre 2017 ;

le confirme pour le surplus ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ni alloué d'indemnité de procédure ;

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 ;

communiqué le présent arrêt au département du territoire, à la régie Zimmermann SA, mandataire de Schwaper SA, Montrose Properties SA, Monsieur Yves NAHUM, DS Atelier d'architecture SA et Monsieur Diango SPIRONELLI, ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, M. Thélin, Mmes Krauskopf et Junod, M. Verniory, 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 :