

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1958/2019-LCI

ATA/662/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 7 juillet 2020

3^{ème} section

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Antoine E. Böhler, avocat

contre

DÉPARTEMENT DU TERRITOIRE-OAC

**Recours contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du
4 décembre 2019 (JTAPI/1108/2019)**

EN FAIT

- 1) Mesdames et B_____ et Madame C_____, née B_____, et Monsieur A_____ sont copropriétaires de la parcelle n° 1_____, feuille 24, de la commune de M_____, située en zone 5, sur laquelle sont érigées plusieurs constructions, soit, à teneur du registre foncier, un bâtiment (n° 2_____), à l'adresse D_____ et un garage privé (n° 3_____) et un commerce (n° 3_____) à l'adresse E_____.
- 2) Le 30 octobre 1985, le département des travaux publics, devenu depuis lors le département du territoire (ci-après : DT ou le département) a autorisé l'aménagement de bureaux dans l'immeuble susmentionné sis E_____ (DD 5_____).
- 3) Le 21 février 2017, les copropriétaires ont signé un contrat de bail à loyer avec la société F_____, représentée par Madame G_____. Le bail débutait le 1^{er} avril 2017 pour une durée de cinq ans. Il prévoyait que les locaux seraient exploités comme un salon de massage érotique. L'agence immobilière H_____ (ci-après : l'agence) avait établi le contrat.
- 4) Lors d'un contrôle effectué sur place le 2 mai 2017, un inspecteur du DT a procédé aux constats suivants : changement d'affectation du bâtiment n° 2_____ de bureaux en salon de massage érotique (« I_____ »), la totalité des bureaux modifiés en chambres ; la surface brute de plancher du bâtiment avait également été modifiée par la création de combles habitables (création d'une chambre et d'une cuisine), les jours naturels n'étant pas respectés dans les combles ; la largeur d'escalier menant aux combles n'était pas conforme (80 cm) ; les gardes corps des escaliers n'étaient pas conformes ; installation d'une palissade en bois à l'extérieur.

Était visé par le rapport du lendemain relatif audit constat, l'art. 1 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05). Des photographies y étaient annexées.
- 5) Ce constat a donné lieu à l'ouverture d'un dossier d'infraction (INF 6_____).
- 6) Par courriers recommandés séparés du 5 mai 2017, le département a informé les quatre propriétaires, dont M. A_____, des constats précités en relevant que le changement d'affectation susmentionné, la création des combles habitables et l'installation de la palissade en bois à l'extérieur avaient été effectués sans autorisation de construire.

Cette situation était susceptible de constituer une infraction à l'art. 1 LCI. Avant de se déterminer formellement sur la suite à donner à cette affaire, le département les invitait à lui faire part, dans un délai de dix jours à dater de la réception du courrier, de leurs observations et explications éventuelles quant aux faits constatés. Toutes autres mesures et/ou sanction justifiées par la situation demeuraient, en l'état, réservées.

- 7) Par courrier daté du 19 mai 2017, l'agence a répondu au département.

Il n'y avait pas de différence entre l'affectation théorique et l'affectation réelle de la villa puisque cette affectation restait commerciale. Les modifications intérieures avaient été effectuées sans le consentement des propriétaires, vraisemblablement par les précédents superficiaires. Les propriétaires contestaient avoir commis la moindre infraction.

- 8) Par quatre décisions distinctes du 23 mai 2017, le DT a ordonné auxdits copropriétaires, notamment à M. A_____, de requérir dans un délai de trente jours une autorisation de construire afin de tenter de régulariser la situation, toutes autres mesures et/ou sanctions justifiées par la situation demeurant en l'état toujours réservées.

- 9) Par courrier du 26 mai 2017, M. A_____ a contesté ne pas avoir donné suite au courrier du 5 mai 2017, si bien que pour cette seule raison déjà la décision du 23 mai 2017 devait être annulée. De plus, le département ne pouvait lui ordonner de requérir une autorisation de construire.

Les locaux en question étaient des locaux commerciaux, si bien qu'aucune demande de changement d'affectation n'était nécessaire. Quant aux travaux d'aménagement, il ne les avait pas lui-même réalisés.

- 10) Par décision du 15 août 2017, adressée au conseil de M. A_____, le DT, constatant que son courrier du 23 mai 2017 était resté sans réponse et estimant que cette manière d'agir ne pouvait être tolérée et devait être sanctionnée, a infligé aux copropriétaires une amende de CHF 1'000.-, tenant compte de leur attitude à ne pas se conformer à ses ordres, ainsi que de la gravité tant objective que subjective de l'infraction. Le département a également ordonné le dépôt d'une demande d'autorisation de construire dans un délai de trente jours.

- 11) Le 23 août 2017, le conseil de M. A_____ a fait remarquer au DT que cette décision n'indiquait pas l'identité de ses destinataires et qu'il n'était pas l'avocat de Mmes B_____, lesquelles n'avaient pas élu domicile en son étude.

- 12) Le 25 août 2017, l'agence a déposé une demande d'autorisation de construire DD 7_____ portant sur la régularisation de l'INF 6_____.

Le courrier d'accompagnement, signé par J_____, précisait que la question de la nature de l'affectation commerciale était traitée séparément. Il était rappelé, pour mémoire, que l'autorisation DD 5_____ du 29 avril 1985 avait autorisé l'activité de bureau à cet endroit.

13) Par acte du 28 août 2017, sous la plume de son conseil, M. A_____ a recouru auprès du Tribunal administratif de première instance (ci-après : le TAPI) contre la décision du DT du 15 août 2017, concluant, avec suite de dépens, à son annulation.

14) Par jugement du 13 février 2018 (JTAPI/136/2018), le TAPI a admis le recours et annulé l'amende de CHF 1'000.- prononcée le 15 août 2017. Ce jugement a fait l'objet d'un recours de la part du DT auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), laquelle l'a admis et a rétabli l'amende (ATA/1399/2019 du 17 septembre 2019). Le 21 avril 2020, le Tribunal fédéral a confirmé l'arrêt de la chambre de céans (arrêt du Tribunal fédéral 1C_557/2019).

15) Par courrier du 9 avril 2018, J_____ a fait parvenir au département des documents complémentaires dans le cadre de la demande d'autorisation de construire DD 7_____.

Elle précisait que la demande visait un changement de destination, et non d'affectation. L'affectation commerciale existait déjà selon la DD 5_____, il était important de le préciser.

16) Par décision du 4 octobre 2018, le département a délivré l'autorisation de construire DD 7_____.

17) Le même jour, le département a adressé au conseil de M. A_____ une décision d'amende d'un montant de CHF 10'000.-, laquelle était infligée à ses « mandants ». Était joint un bulletin de versement libellé aux noms de « M. A_____ et Mmes B_____ ».

Les travaux avaient commencé sans autorisation de construire. L'amende tenait compte de la gravité tant objective que subjective de l'infraction.

18) Le 9 octobre 2018, le conseil de M. A_____ a répondu au département qu'il n'était pas le conseil des sœurs B_____, comme il l'avait indiqué à plusieurs reprises dans la procédure. Dès lors, il ne leur ferait pas suivre ce courrier.

19) Le 11 décembre 2018, le département a rendu une nouvelle décision à l'encontre de M. A_____, qui annulait et remplaçait celle du 4 octobre 2018. Une amende de CHF 5'000.- lui était infligée, amende qui tenait compte de la gravité tant objective que subjective de l'infraction ainsi que de sa part dans la copropriété.

- 20) Par courrier du 14 février 2019, le département a informé M. A_____ du fait qu'une nouvelle autorisation de construire DD 7_____ avait été délivrée le même jour annulant et remplaçant celle du 4 octobre 2018.

Dans le cadre d'une nouvelle pesée d'intérêts faisant suite à un complément d'instruction, rendu nécessaire par de nouveaux éléments qui leur avaient été rapportés, il avait été considéré que le changement d'affectation ne pouvait être autorisé.

S'agissant de l'amende prononcée à son encontre, il serait statué sur son maintien et sa quotité une fois la nouvelle autorisation de construire entrée en force et après vérification de son respect.

- 21) En annexe à ce courrier était jointe l'autorisation de construire DD 7_____ autorisant la transformation des combles. Le chiffre 13 de ladite autorisation stipulait que toute utilisation des locaux à des fins de salon de massage, lieu de prostitution, ou toute autre utilisation analogue était interdite.

- 22) À ce courrier était joint celui du même jour adressé à l'agence, par lequel le département constatait que l'interdiction d'exploiter les locaux pour toute autre destination que des bureaux, avec effet immédiat, nonobstant recours, était prononcée à titre définitif.

- 23) Le 4 avril 2019, le département a notifié à M. A_____ une nouvelle amende de CHF 3'000.-, annulant et remplaçant celle prononcée le 11 décembre 2018.

Au vu des faits nouveaux qui étaient intervenus dans la procédure, soit la modification de l'autorisation de construire DD 7_____, mais également la cessation de l'exploitation du salon de massage, le département reconsidérerait le montant de l'amende infligée.

Il en profitait également pour préciser la motivation initiale de l'amende, vu que M. A_____ ne semblait pas en comprendre les raisons. Ainsi, l'amende était prononcée en raison du changement d'affectation intervenu, soit le changement de destination de bureaux à salon de massage, réalisé sans autorisation.

Bien qu'il était douteux que les travaux n'aient pas été réalisés alors que M. A_____ était déjà propriétaire, lesdits travaux visant à permettre le déploiement de l'affectation litigieuse, le département avait renoncé à sanctionner M. A_____ à ce titre, en application du principe in dubio pro reo.

Depuis le prononcé de la sanction, une circonstance aggravante était intervenue, soit l'interdiction d'exercer l'affectation litigieuse (salon de massage). De l'autre côté, il relevait le comportement collaboratif de M. A_____ depuis mi-décembre 2018. Ces deux éléments ayant un effet compensatoire dans la

fixation de l'amende, le département estimait que le maintien de l'amende à un montant de CHF 5'000.- pourrait rester justifié.

Toutefois, pour démontrer sa volonté de vouloir mettre un terme à la procédure et pour poursuivre dans le même esprit de collaboration entre les parties, le département décidait à titre exceptionnel, de réduire l'amende à CHF 3'000.-. Le montant de l'amende tenait également compte de la gravité tant objective que subjective de l'infraction commise, de même que la part de copropriété qui revenait à M. A_____.

- 24) Par acte du 16 mai 2019, M. A_____, sous la plume de son conseil, a formé recours auprès du TAPI contre la décision prononcée par le département le 4 avril 2019, concluant préalablement à la production du préavis du département transmis en 2018 à la brigade de lutte contre la traite d'êtres humains et la prostitution illicite (ci-après : BTPI) concernant le salon de massage litigieux, principalement à l'annulation de l'amende administrative et subsidiairement à la réduction de son montant.

Le changement d'utilisation des locaux du bâtiment (de bureaux en salon de massage érotique) ne constituait pas un changement d'affectation, dès lors que celle-ci demeurait d'ordre commercial. Il n'existait pas de base légale exigeant le dépôt d'une demande d'autorisation de construire alors même que l'affectation commerciale des locaux était poursuivie sans effectuer de travaux. Le département avait d'ailleurs préavisé favorablement l'ouverture du salon de massage, ce qui impliquait qu'une activité commerciale pouvait y être exercée.

Le département avait abusé de son droit en annulant et remplaçant deux décisions consécutives, engendrant des frais d'avocat considérables. La possibilité de reconsidérer sa décision ne pouvait être utilisée de manière répétée. Il avait également commis un abus de droit en changeant, dans sa décision du 4 avril 2019, la motivation justifiant son amende, soit en arguant qu'elle découlait du changement d'affectation et non des travaux non-autorisés.

Enfin, l'amende violait le principe de la proportionnalité.

- 25) Le 23 juillet 2019, le département a transmis ses observations ainsi que deux annexes, concluant au rejet du recours.

De l'aveu de M. A_____, les bureaux avaient été transformés en chambres de travail pour les besoins du salon de massage, ce qui constituait un changement de destination soumis à autorisation. De plus, la parcelle étant située en 5^{ème} zone destinée aux villas, la transformation des locaux en salon de massage n'était pas conforme à l'affectation de la zone.

Le remplacement de ses décisions du 4 octobre et du 11 décembre 2018 découlait d'une part des demandes de M. A_____ que l'amende soit

individualisée et, d'autre part, de l'évolution de la situation (modification de l'autorisation de construire et du comportement de M. A_____). Il ne pouvait être reproché au département d'avoir mieux motivé sa décision. Le fait d'avoir procédé à deux reconsidérations n'engendrait pas de charge de travail insurmontable pour M. A_____, étant donné que les faits de la cause et les pièces n'étaient pas très éloignés. Il n'y avait ainsi pas de comportement abusif de la part du département.

M. A_____ n'exposait pas en quoi l'amende était disproportionnée. L'amende, fixée initialement à CHF 5'000.-, avait été exceptionnellement réduite à CHF 3'000.- par gain de paix.

26) Dans sa réplique du 9 août 2019, M. A_____ a persisté dans ses conclusions.

27) Dans sa duplique du 2 septembre 2019, le département a également persisté dans ses conclusions.

M. A_____ ne pouvait pas invoquer le préavis du département transmis en 2018 à la BTPI concernant le salon de massage litigieux, puisqu'il en avait eu connaissance au moment du recours, soit après la transformation illicite.

28) En date du 11 septembre 2019, M. A_____ a fait parvenir des observations supplémentaires, maintenant ses conclusions.

29) Le 12 novembre 2019, sur demande du TAPI, le département a produit le dossier d'infraction INF 6_____, ainsi que différentes pièces. Parmi celles-ci figurent :

- un courrier du 16 janvier 2019 du conseil de la locataire, par lequel ce dernier informait le département que sa mandante avait effectué toutes les démarches requises (obligation d'annonce) auprès de la BTPI, laquelle lui avait délivré l'autorisation après avoir obtenu l'accord du département et du service de l'inspection du travail ;

- un courrier du 21 janvier 2019 du conseil de la locataire au département, par lequel ce dernier confirmait que lorsque sa mandante avait souhaité ouvrir le salon de massage elle avait dû soumettre un dossier complet à la BTPI, lequel avait été transmis au département, qui avait en conséquence procédé à la vérification de l'affectation des locaux en question.

Concrètement, elle avait remis le dossier le mercredi 12 avril 2017, ce qui ressortait des courriels échangés avec l'inspecteur K_____ (ci-après : l'inspecteur).

Le département avait ainsi donné son accord en avril 2017 à l'ouverture du salon de massage. Sur cette base et avec l'accord du département, sa mandante avait effectué d'importants investissements et engagé du personnel.

- un second courrier du 21 janvier 2019 du conseil de la locataire au département, l'informant qu'elle s'était soumise aux ordres de ce dernier et avait fermé le salon de massage depuis le 18 janvier 2019.

30) Le 25 novembre 2019, M. A_____ a demandé l'audition de l'inspecteur.

31) Par jugement du 4 décembre 2019, le TAPI a rejeté le recours.

a. L'audition de l'inspecteur du DT ne s'avérait pas nécessaire pour trancher le litige.

b. Ce n'était que suite au contrôle du département du 2 mai 2017 ayant conduit à l'ouverture d'un dossier d'infraction que les copropriétaires avaient déposé une demande d'autorisation de construire portant sur la modification de l'affectation de l'immeuble, afin de régulariser la situation. Une amende de CHF 1'000.- avait notamment été infligée à M. A_____, laquelle a fait l'objet d'un recours pendant au Tribunal fédéral.

L'autorisation sollicitée avait été délivrée le 4 octobre 2018. Une amende unique de CHF 10'000.- pour avoir débuté les travaux sans autorisation avait alors été infligée aux quatre copropriétaires, amende par la suite annulée : une nouvelle amende de CHF 5'000.- avait été infligée à M. A_____ uniquement, les autres copropriétaires ayant été amendés séparément. Tant l'autorisation que l'amende avaient ensuite été annulées par le département. Ce dernier avait finalement rendu une décision de refus de changement d'affectation – décision en force à ce jour – le 14 février 2019 et avait infligé une amende administrative à M. A_____, le 4 avril 2019, d'un montant de CHF 3'000.-.

Par conséquent, un changement d'affectation avait bel et bien été opéré sur l'immeuble, et ce de manière illicite.

c. La villa avait été louée pour l'exploitation d'un salon de massage érotique, comme cela était spécifié sur le contrat de bail, activité non conforme à l'affectation autorisée par le département. Il appartenait à M. A_____, en tant que propriétaire, de s'assurer de l'existence d'une autorisation pour le changement de destination prévu dans le contrat de bail. Il avait ainsi commis une faute et l'amende était donc fondée dans son principe.

d. En réduisant à deux reprises le montant de celle-ci au vu des éléments en sa possession, le département n'avait commis aucun abus de droit.

L'annulation et le remplacement de la décision du 4 octobre 2018 par celle du 11 décembre 2018 se justifiait par la volonté du département d'individualiser l'amende, d'où une réduction de cette dernière de CHF 10'000.- à CHF 5'000.-, et ce en réponse à la demande de M. A_____ dans son courrier du 9 octobre 2018.

Ensuite, la décision du 11 décembre 2018 avait été remplacée par celle du 4 avril 2019. Cette dernière décision était fondée sur des faits nouveaux intervenus entretemps, soit la modification de l'autorisation de construire, l'ordre de cesser l'exploitation du salon de massage et le comportement collaborant de M. A_____. Le département avait estimé que le montant de l'amende devait dès lors passer de CHF 5'000.- à CHF 3'000.-.

M. A_____ n'avait recouru ni contre l'amende de CHF 10'000.- ni contre l'amende de CHF 5'000.-.

e. L'amende ne violait pas le principe de proportionnalité. Le département avait fait preuve de retenue en l'arrêtant à CHF 3'000.-, ce montant se situant dans la tranche inférieure des amendes prévues à l'art. 137 al. 1 LCI.

32) Par acte du 27 janvier 2020, M. A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative contre le jugement précité, concluant à son annulation ainsi qu'à celle de l'amende administrative de CHF 3'000.- infligée par le département le 4 avril 2019, subsidiairement au renvoi de la cause, plus subsidiairement à l'audition de M. K_____ et de Monsieur L_____, en qualité de témoins, plus subsidiairement encore à une réduction très substantielle du montant de l'amende administrative précitée. Les conclusions étaient prises sous suite de « frais et dépens ».

a. Le TAPI avait commis un déni de justice en constatant les faits de manière inexacte et incomplète.

En effet, il avait interjeté recours le 5 novembre 2018 contre l'amende de CHF 10'000.- du 4 octobre 2018 et le 28 janvier 2019 contre celle de CHF 5'000.- du 11 décembre 2018.

De plus, il n'avait pas tenu compte du fait que le département avait préavisé favorablement l'exploitation d'un salon de massage dans le cadre de l'ouverture de l'établissement en question. Dans ses observations du 23 juillet 2019, ce dernier avait produit le préavis délivré le 6 avril 2017, soit un peu moins d'un mois avant le contrôle du 2 mai 2017.

b. Son droit d'être entendu n'avait pas été respecté.

Le TAPI avait écarté la demande d'audition de M. K_____. Cette audition avait été requise pour déterminer l'instruction qui avait été menée au moment de rendre le préavis favorable à l'ouverture des locaux litigieux. Référence était faite

à la lettre de Me Nicolas WYSS du 21 janvier 2019 produite par le département sur demande du TAPI le 12 novembre 2019.

Cette demande d'instruction était pertinente, afin de savoir s'il était bien exact pour l'inspecteur que le préavis favorable de l'autorité intimée était suffisant pour régler toutes les questions d'aménagement pertinentes à l'ouverture d'un salon de massage.

Pour les mêmes motifs, il demandait l'audition de M. L_____, auteur du préavis favorable du 6 avril 2017.

c. Il régnait un certain flou entre les notions de changement de destination et de changement d'affectation. Quoiqu'il en soit, il contestait tout changement.

L'immeuble dont il était copropriétaire avait maintenu une utilisation commerciale depuis 1985 au moins. Or, il n'existait pas de base légale exigeant le dépôt d'une demande d'autorisation de construire alors même que l'utilisation commerciale d'un bâtiment était poursuivie sans procéder à des travaux.

La demande d'autorisation de construire, qui avait été déposée sur ordre du département, ne traitait pas de la question d'un changement d'affectation, mais tout au plus d'un changement de destination.

d. Le comportement du département consistant à annuler et remplacer à répétition ses amendes, pour en réduire le montant, de sorte qu'il était contraint, soit d'accepter la nouvelle amende, soit de former un nouveau recours, constituait un abus de droit. Contraint de recourir à chaque fois, il avait dû assumer des frais d'avocat et de justice non négligeables.

e. L'amende ne respectait pas le principe de proportionnalité. Elle devait être au moins substantiellement réduite.

33) Dans ses observations du 28 février 2020, le département a conclu au rejet du recours. Les conclusions étaient prises sous suite de « frais et dépens ».

À l'époque du préavis du 6 avril 2017, le département vérifiait exclusivement que le salon de massage ne se pratiquait pas dans un logement soumis à la LDTR.

Quant à M. A_____, il n'avait pas connaissance dudit préavis au moment du changement d'affectation/destination.

34) Dans leur réplique et duplique et écritures spontanées des 18 mars, 15 avril et 25 mai 2020, M. A_____ et le département ont tour à tour persisté dans leurs conclusions.

35) Le 27 mai 2020, la cause a été 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 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) Selon l'art. 61 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (al. 1 let. a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (al. 1 let. b) ; les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (al. 2).
- 3) Dans un grief de nature formelle qu'il convient d'analyser en premier, le recourant reproche au TAPI d'avoir violé son droit d'être entendu en refusant d'entendre des témoins.
 - a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend le droit pour les parties de faire valoir leur point de vue avant qu'une décision ne soit prise, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 142 II 218 consid. 2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_656/2016 du 9 février 2017 consid. 3.2 et les références citées; ATA/499/2020 du 19 mai 2020).

Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. comprend notamment le droit pour l'intéressé de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 135 II 286 consid. 5.1 ; ATF 135 I 279 consid. 2.3). L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1 ; 140 I 285 consid. 6.3.1). En particulier, écarter de la sorte une requête d'audition de témoin ne viole pas l'art. 29 al. 2 Cst. (ATF 130 II 425 consid. 2.1 ; ATA/917/2016 du 1^{er} novembre 2016).
 - b. En l'espèce, le fait que la locataire ait obtenu les autorisations des autorités compétentes lui permettant d'exploiter un salon de massage, sous l'angle de la protection des employés, n'est pas pertinent pour l'issue du présent litige. En

effet, l'objet de la présente procédure est autre, puisqu'il est reproché au recourant de ne pas avoir obtenu une autorisation pour changer l'affectation des locaux.

Par conséquent, les auditions demandées ne sont pas nécessaires pour juger du présent litige. MM K_____ et L_____ sont intervenus dans le cadre de l'instruction ouverte suite aux autorisations demandées par la locataire. Ils ont rendu leur préavis sous l'angle du respect des conditions de travail et de la LDTR.

Par conséquent, il ne sera pas donné suite à la requête en audition de témoins.

- 4) Le recourant se plaint d'un déni de justice, pour constatation inexacte des faits.
- a. Le principe de la bonne foi entre administration et administré, exprimé aux art. 9 et 5 al. 3 Cst., exige que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale (Jacques DUBEY, Droits fondamentaux, vol. 2, 2018, p. 642 n. 3454). En particulier, l'administration doit s'abstenir de toute attitude propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 138 I 49 consid. 8.3 ; ATA/589/2020 du 16 juin 2020 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^{ème} éd., 2018, p. 203 n. 568).
- b. La jurisprudence a tiré de l'art. 29 al. 1 Cst., et de l'obligation d'agir de bonne foi à l'égard des justiciables (art. 5 et 9 Cst.), le principe de l'interdiction du déni de justice formel qui comprend la prohibition de tout formalisme excessif. Un tel formalisme existe lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique sans raison objective la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (ATF 142 V 152 consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_254/2016 du 9 mai 2016 consid. 5.2). L'excès de formalisme peut résider soit dans la règle de comportement imposée au justiciable, soit dans la sanction qui lui est attachée (ATF 132 I 249 consid. 5 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_382/2015 du 21 mai 2015 consid. 5.1 ; ATA/452/2020 du 7 mai 2020). Ainsi en va-t-il lorsque la violation d'une règle de forme de peu d'importance entraîne une sanction grave et disproportionnée, telle par exemple une décision d'irrecevabilité (ATF 133 V 402 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_328/2014 du 8 mai 2014 consid. 4.1 ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^{ème} éd., 2011, p. 261 n. 2.2.4.6 et les références citées).
- c. En l'espèce, le fait qu'un recours ait été déposé contre les amendes des 4 octobre et 11 décembre 2018 n'est pas pertinent pour l'issue du litige, dès lors que l'autorité intimée ne motive pas sa décision sur la base de l'existence de ces procédures.

De même, tout préavis rendu et toute autorisation octroyée à la locataire des locaux en vue de l'exploitation en ces lieux d'un salon de massage n'est pas relevant pour l'issue du litige, dès lors que la sanction prononcée résulte du changement d'affectation effectué sans autorisation, et non pas de l'activité exercée en tant que telle.

Il sera toutefois précisé que le préavis positif, produit par l'autorité intimée dans ses observations du 23 juillet 2019 devant le TAPI, tel que délivré par la BTPI le 6 avril 2017, a été rendu sous l'angle de la LDTR. Il n'est par conséquent pas pertinent.

Par conséquent, l'autorité intimée a constaté les faits de manière exacte et complète.

Il sera également constaté que le principe de l'interdiction du déni de justice a été respecté, le recourant n'exposant aucun motif approprié à l'appui de ce grief.

d. Le recourant reproche à l'autorité un abus de droit pour avoir modifié le montant et la motivation de l'amende.

L'autorité intimée a annulé les amendes préalablement prononcées, afin d'individualiser chaque copropriétaire, puis de tenir compte des circonstances qui avaient évolué en faveur du recourant, notamment l'autorisation obtenue pour certaines transformations et la fermeture du salon de massage. Il a également appliqué en sa faveur le principe *in dubio pro reo* en renonçant à le sanctionner pour les travaux réalisés qui avaient pu être entrepris avant qu'il ne devienne propriétaire des lieux. Par conséquent, il ne peut lui être reproché d'avoir agi en violation du principe de la bonne foi. L'autorité intimée n'a pas cherché à tromper le recourant. Au contraire, elle a adapté la sanction à l'évolution de la situation et réduit de manière importante le montant de l'amende. En reconsidérant sa décision en faveur du justiciable, l'autorité n'a pas abusé de son droit.

Par conséquent, l'autorité intimée a également respecté le principe de la bonne foi.

5) a. Selon la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT - RS 700), aucune construction ou installation ne peut être créée ou transformée sans autorisation de l'autorité compétente (art. 22 al. 1 LAT). L'autorisation est délivrée si la construction ou l'installation est conforme à l'affectation de la zone (art. 22 al. 2 let. a LAT) et si le terrain est équipé (art. 22 al. 2 let. b LAT). Le droit fédéral et le droit cantonal peuvent poser d'autres conditions (art. 22 al. 3 LAT). Le droit cantonal règle les exceptions prévues à l'intérieur de la zone à bâtir (art. 23 LAT).

b. Sur tout le territoire du canton de Genève, une autorisation de construire est nécessaire notamment pour élever en tout ou en partie une construction, pour

rebâtir une construction, ou encore pour modifier, même partiellement, le volume, l'architecture, la couleur, l'implantation, la distribution ou la destination d'une construction ou d'une installation (art. 1 al. 1 LCI).

Aux termes de l'art. 2 LCI, les demandes d'autorisation sont adressées au département (al. 1).

Dès que les conditions légales sont réunies, le département est tenu de délivrer l'autorisation de construire (art. 1 al. 6 LCI). Aucun travail ne doit être entrepris avant que l'autorisation ait été délivrée (art. 1 al. 7 LCI).

- 6) a. Le terme « transformation » de l'art. 22 al. 1 LAT vise également le changement d'affectation, soit la modification du but de l'utilisation, même lorsqu'il ne nécessite pas de travaux de construction (ATA/1346/2015 du 15 décembre 2015 et les références citées ; au sujet de l'art. 22 LAT : ATF 139 II 134, 140 consid. 5.2 ; au sujet de l'art. 24 LAT : ATF 119 Ib 222, 227 consid. 3a ; ATF 113 Ib 219, 223 c. 4d ; ATF 108 Ib 359, 361 consid. 3a ; Alexander RUCH, art. 22, in Heinz AEMISEGGER/Pierre MOOR/Alexander RUCH/Pierre TSCHANNEN [éd.], Commentaire de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (VLP-ASPAN), 2009, p. 19 n. 34 ad art. 22 LAT ; ATF 132 II 21, 42 consid. 7.1.1 et ATF 127 II 215, 218-219 consid. 3a au sujet de l'art. 24 al. 2 aLAT).
- b. La conformité à l'affectation de la zone implique que la fonction de la construction ou installation concorde avec celle de la zone. Il ne suffit pas qu'elle ne soit pas contraire à la destination de la zone (DFJP/OFAT, Étude relative à la LAT, 1981, p. 274 n. 29 ; ATA/822/2015 du 11 août 2015). L'utilisation de la construction ou de l'installation est pertinente pour juger de la conformité à l'affectation de la zone, en particulier si elle est connue au moment de l'octroi de l'autorisation (ATA/822/2015 précité ; ATA/1019/2014 du 16 décembre 2014 ; ATA/784/2013 du 26 novembre 2013 ; ATA/70/2013 du 6 février 2013).
- 7) a. La 5^{ème} zone est une zone résidentielle destinée aux villas (art. 19 al. 3 loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1987 - LaLAT - L 1 30). En zone villa, le propriétaire, l'ayant droit ou le locataire d'une villa peut, à condition que celle-ci constitue sa résidence principale, utiliser une partie de celle-ci aux fins d'y exercer des activités professionnelles, pour autant qu'elles n'entraînent pas de nuisances graves pour le voisinage (art. 19 al. 3 in fine LaLAT).
- b. Aux termes de l'art. 26 al. 1 LaLAT, applicable par renvoi de l'art. 23 LAT, lorsque les circonstances le justifient et s'il n'en résulte pas d'inconvénients graves pour le voisinage, le département peut déroger aux dispositions des art. 18 et 19 LaLAT quant à la nature des constructions.

La notion de circonstances particulières au sens de l'art. 26 al. 1 LaLAT est un concept juridique indéterminé laissant une certaine latitude à l'autorité administrative, laquelle jouit d'un large pouvoir d'appréciation dans l'octroi de dérogations. Une dérogation ne peut être ni accordée, ni refusée de manière arbitraire. Tel est le cas lorsque la décision repose sur une appréciation insoutenable des circonstances et inconciliable avec les règles du droit et de l'équité et qu'elle se fonde sur des éléments dépourvus de pertinence ou néglige des facteurs décisifs (ATA/557/2016 du 28 juin 2016 et les références citées).

Les autorités de recours doivent examiner avec retenue les décisions par lesquelles l'administration accorde ou refuse une dérogation. L'intervention des autorités de recours n'est admissible que dans les cas où le département s'est laissé guider par des considérations non fondées objectivement, étrangères au but prévu par la loi ou en contradiction avec elle. Les autorités de recours sont toutefois tenues de contrôler si une situation exceptionnelle justifie l'octroi de ladite dérogation, notamment si celle-ci répond aux buts généraux poursuivis par la loi, qu'elle est commandée par l'intérêt public ou d'autres intérêts privés prépondérants ou encore lorsqu'elle est exigée par le principe de l'égalité de traitement, sans être contraire à un intérêt public (ATA/557/2016 du 28 juin 2016 consid. 3a).

Selon la jurisprudence, il convient d'adopter une interprétation restrictive de l'art. 26 al. 1 LaLAT, en tout cas lorsque l'on entend l'appliquer à la 5^{ème} zone. En effet, la condition de l'absence d'inconvénients graves pour le voisinage est identique à celle qui est posée pour la tolérance d'activités professionnelles dans une partie d'une habitation (art. 19 al. 3 2^{ème} phr. LaLAT). Seule la condition de « circonstances qui le justifient » distingue donc la tolérance conforme à l'affectation de la zone et la réelle dérogation. Cette condition doit, par conséquent, avoir une consistance certaine, sauf à vider de son sens, par le biais des dérogations, la réglementation expressément voulue par le législateur (ATA/824/2015 du 11 août 2015).

Les circonstances visées à l'art. 26 al. 1 LaLAT doivent être à la fois particulières, en ce sens que la situation considérée doit être réellement exceptionnelle dans le cadre de la zone, et suffisamment importante pour justifier que l'intérêt public au respect de l'affectation de la zone, consacré par le législateur, cède le pas face à un intérêt public ou privé prépondérant (ATA/824/2015 précité).

- 8) Dans un arrêt du 15 décembre 2015, la chambre administrative a retenu que la recourante avait l'obligation de requérir une autorisation de construire pour transformer sa villa d'habitation en salon de massage érotique (ATA/1346/2015 précité).

Dans un arrêt du 11 août 2015, la chambre administrative a rappelé que la 5^{ème} zone de construction était une zone résidentielle destinée aux villas

(ATA/822/2015 précité) et que l'exercice régulier de la prostitution dans des studios d'habitation entraine clairement en contradiction avec cette dernière notion (ATA/822/2015 précité). L'exploitation d'un salon de prostitution dans une villa située en 5^{ème} zone de construction constituait un changement de destination de la villa, soumis à autorisation (ATA/822/2015 précité).

Dans un arrêt du 31 août 2012, le Tribunal fédéral a confirmé que l'exercice régulier de la prostitution entraine clairement en contradiction avec la notion d'habitation (arrêt du Tribunal fédéral 1C_237/2012 du 31 août 2012).

- 9) En l'espèce, il y a eu une modification du but de l'utilisation des locaux, qui est, conformément à la loi, soumise à autorisation.

En effet, l'utilisation des locaux pour l'exploitation d'un salon de massage est différente de celle pour des bureaux commerciaux. Elle peut engendrer des nuisances, notamment en raison de l'affluence de la clientèle ou des horaires d'ouverture pratiqués. La chambre de céans a déjà eu l'occasion de retenir que l'exploitation d'un salon de massage peut constituer une source d'inconvénients graves pour le voisinage (ATA/822/2015 précité).

Il doit par conséquent être constaté que, depuis l'autorisation délivrée le 30 octobre 1985, un changement d'affectation a eu lieu.

Conformément à la jurisprudence constante rendue en la matière, l'exploitation d'un salon de massage n'est pas compatible avec la destination de la 5^{ème} zone, puisque l'exercice de la prostitution dans des studios d'habitation entre clairement en contradiction avec les activités pouvant être autorisées dans cette zone (ATA/822/2015 précité).

D'ailleurs, le chiffre 13 de l'autorisation de construire DD 7_____, autorisant la transformation des combles, stipulait que toute utilisation des locaux à des fins de salon de massage, lieu de prostitution, ou toute autre utilisation analogue était interdite.

Par conséquent, il doit être constaté que le département ne s'est pas laissé guider par des considérations non fondées objectivement, étrangères au but prévu par la loi ou en contradiction avec elle, si bien que la décision est conforme à la loi. Il a été procédé à un changement d'affectation des locaux, sans autorisation.

C'est par conséquent à bon droit qu'une amende a été prononcée.

- 10) a. Aux termes de l'art. 137 LCI, est passible d'une amende administrative de CHF 100.- à CHF 150'000.- tout contrevenant à la LCI, aux règlements et aux arrêtés édictés en vertu de ladite loi, ainsi qu'aux ordres donnés par le département dans les limites de ladite loi et des règlements et arrêtés édictés en vertu de celle-ci (al. 1). Le montant maximum de l'amende est de 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 (al. 2). Il est tenu compte, dans la fixation du montant de l'amende, du degré de gravité de l'infraction. Constituent notamment des circonstances aggravantes la violation des prescriptions susmentionnées par cupidité, les cas de récidive et l'établissement, par le mandataire professionnellement qualifié ou le requérant, d'une attestation, au sens de l'art. 7, non conforme à la réalité (al. 3). La poursuite et la sanction administrative se prescrivent par sept ans (al. 5).

b. Les amendes administratives prévues par les législations cantonales sont de nature pénale, car aucun critère ne permet de les distinguer clairement des contraventions pour lesquelles la compétence administrative de première instance peut au demeurant aussi exister. C'est dire que la quotité de la sanction administrative doit être fixée en tenant compte des principes généraux régissant le droit pénal (ATA/440/2019 du 16 avril 2019).

c. En vertu de l'art. 1 let. a de la loi pénale genevoise du 17 novembre 2006 (LPG - E 4 05), les dispositions de la partie générale du code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0) s'appliquent à titre de droit cantonal supplétif. On doit cependant réserver celles qui concernent exclusivement le juge pénal (ATA/440/2019 précité et les références citées).

Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence. 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. 36 al. 3 Cst. ; ATA/440/2019 précité 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/440/2019 précité et les références citées).

d. S'agissant de la quotité de l'amende, la jurisprudence de la chambre de céans précise que le département jouit d'un large pouvoir d'appréciation pour en fixer le montant. La juridiction de céans ne la censure qu'en cas d'excès. Sont pris en considération la nature, la gravité et la fréquence des infractions commises dans le

respect du principe de la proportionnalité (ATA/440/2019 précité ; ATA/19/2018 du 9 janvier 2018 confirmé par arrêt du Tribunal fédéral 1C_80/2018 du 23 mai 2019 ; ATA/558/2013 du 27 août 2013).

- 11) En l'espèce, le montant de l'amende est apte à atteindre le but d'intérêt public poursuivi quant au respect des règles établies en matière d'aménagement du territoire et des constructions. Il est également nécessaire, car il n'y a pas de mesure moins incisive qui permettrait d'atteindre le même but, étant rappelé que le montant de CHF 3'000.- se situe dans la tranche inférieure de ceux pouvant être exigé. Il résulte d'une réduction effectuée à bien plaisir par l'autorité intimée, qui souhaitait poursuivre dans le même esprit de collaboration entre les parties.

Sous l'angle de la proportionnalité au sens strict, conformément à ce qui précède, et du large pouvoir d'appréciation laissé à l'autorité quant au montant de l'amende, que la chambre de céans ne revoit que de manière restreinte, le montant de CHF 3'000.- sera confirmé, en tant qu'il tient compte des circonstances du cas d'espèce et qu'il n'apparaît pas disproportionné eu égard au montant maximum qui aurait pu être prononcé.

- 12) Pour ces motifs, le recours sera rejeté.
- 13) Vu l'issue du litige, un émoulement de CHF 500.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera accordée (art. 87 al. 2 LPA).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 27 janvier 2020 par Monsieur A_____ contre le jugement du Tribunal administratif de première instance du 4 décembre 2019 ;

au fond :

le rejette ;

met un émoulement de CHF 500.- à la charge de Monsieur A_____ ;

dit qu'il n'est pas 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 à Me Antoine E. Böhler, avocat du recourant, au département du territoire-OAC ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

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

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

F. Cichocki

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :