

## **GE\_GERICHTE ATA/1472/2017 vom 14. November 2017**

GE Cour de justice, 2017-11-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATA\\_1472\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_1472_2017)

FR: GE\_GERICHTE ATA/1472/2017 du 14 novembre 2017

IT: GE\_GERICHTE ATA/1472/2017 del 14 novembre 2017

### **Regeste**

Résumé: Exploitation illicite d'un salon de massages dans un logement destiné exclusivement à l'habitation. Condamnation du propriétaire de l'appartement au paiement d'une amende de CHF 5'000.-, ce dernier ne pouvant notamment se prévaloir ni d'une erreur sur les faits (art. 13 CP), ni d'une erreur sur l'illicéité de la situation (art. 21 CP).

### **Erwägungen**

#### **E. 12**

septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

Le recourant relève n'avoir connu la motivation de la décision entreprise que dans le cadre de la procédure de recours devant le TAPI. Ce faisant, il se plaint d'une violation de son droit d'être entendu faute de motivation suffisante.

a. La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. le devoir, pour l'autorité, de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et exercer son droit de recours à bon escient (ATF 138 IV 81 consid. 2.2 ; 134 I 83 consid. 4.1). Pour répondre à cette exigence, l'autorité doit mentionner, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision. Cette motivation peut être implicite et résulter des différents considérants de la décision (arrêts du Tribunal fédéral 1C\_119/2015 précité consid. 2.1 ; 2C\_1153/2014 du 11 mai 2015 consid. 3 ; 2C\_594/2014 du 15 janvier 2015 consid. 5.1 ; 2C\_23/2009 du 25 mai 2009 consid. 3.1).

b. En l'espèce, il ressort clairement des courriers du DALE des 7 décembre 2015 et 28 janvier 2016, ainsi que de la décision du 21 avril 2016, qu'il était

- 7/13 - A/1670/2016 reproché au recourant d'avoir toléré l'exercice illicite d'une activité commerciale dans des locaux destinés à l'habitation, dès lors qu'une telle utilisation constituait un changement d'affectation soumis à autorisation. Les griefs soulevés par le recourant devant le TAPI démontrent que ce dernier avait parfaitement compris les motifs ayant conduit l'autorité au prononcé de l'amende litigieuse. La décision du DALE ne consacre donc aucune violation de son droit d'être entendu. 3)

Le recourant soutient que l'amende infligée est injustifiée, dans la mesure où il n'a commis aucune faute. Il n'avait en effet pas conscience que sa locataire utilisait l'appartement exclusivement pour l'exercice de la prostitution.

a. 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). Celle-ci 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). Elle s'applique à tout bâtiment situé dans l'une des zones de construction prévues par l'art. 19 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1987 (LaLAT - L 1 30) et comportant des locaux qui, par leur aménagement et leur distribution, sont affectés à l'habitation (art. 2 al. 1 LDTR). Sous réserve de l'art. 3 al. 4 LDTR - dont les conditions ne sont en l'espèce pas remplies -, nul ne peut, sauf si une dérogation lui est accordée, changer l'affectation de tout ou partie d'un bâtiment au sens de l'art. 2 al. 1 LDTR, occupé ou inoccupé.

Selon le Tribunal fédéral, l'exercice régulier de la prostitution dans des studios d'habitation entre clairement en contradiction avec cette dernière notion, de sorte que cela frise la témérité d'argumenter qu'il ne s'agirait pas d'un changement d'affectation soumis à autorisation. Il est indifférent, de ce point de vue, que les hôtes vivent également sur place (arrêt du Tribunal fédéral 1C\_237/2012 du 31 août 2012 consid. 2 et les références citées).

b. Celui qui contrevient aux dispositions de la LDTR est passible des mesures et des sanctions administratives prévues par les art. 129 à 139 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05), et des peines plus élevées prévues par le code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0 ; art. 44 al. 1 LDTR).

Aux termes de l'art. 137 al. 1 et 2 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 desdits loi, règlements et arrêtés ; 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.

- 8/13 - A/1670/2016

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/319/2017 du 21 mars 2017 consid. 3c ; ATA/829/2016 du 4 octobre 2016 consid. 15b ; ATA/611/2016 du 12 juillet 2016 consid. 10b et les références citées).

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 CP s'appliquent à titre de droit cantonal supplétif. On doit cependant réserver celles qui concernent exclusivement le juge pénal (ATA/319/2017 précité consid. 3d ; ATA/829/2016 précité consid. 15c ; ATA/611/2016 précité consid. 10c et les références citées).

c. Il est ainsi nécessaire que le contrevenant ait commis une faute, fût-ce sous la forme d'une simple négligence (Ulrich HÄFELIN/Georg MÜLLER/Felix UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7ème éd., 2016, n. 1493).

Selon l'art. 13 CP, quiconque agit sous l'influence d'une appréciation erronée des faits est jugé d'après cette appréciation si elle lui est favorable (al. 1). Quiconque pouvait éviter l'erreur en usant des précautions voulues est punissable pour négligence si la loi réprime son acte comme infraction par négligence (al. 2). Agit sous l'emprise d'une erreur sur les faits

celui qui n'a pas connaissance ou qui se base sur une appréciation erronée d'un élément constitutif d'une infraction pénale (ATF 129 IV 238 consid. 3.1 p. 240). L'intention délictuelle fait alors défaut. L'erreur ne peut conduire à un acquittement que si elle est excusable (Michel DUPUIS/Bernard GELLER/Gilles MONNIER/Laurent MOREILLON/Christophe PIGUET/Christian BETTEX/Daniel STOLL [éds], Code pénal - Petit commentaire, 2ème éd., Bâle 2016, n. 18 ad art. 13). Si elle est évitable et que l'auteur n'use pas des précautions voulues pour l'éviter, il est punissable par négligence. Tout comme les infractions punissables par négligence, il convient de prendre en compte les circonstances et la situation personnelle de l'auteur (ATF 119 IV 255 consid. 2c p. 259). On assimile à l'erreur sur les faits le cas où l'auteur retient par erreur pour donné un état de fait qui, s'il était vraiment réalisé, serait de nature à rendre justifié son comportement (justification putative) (ATF 134 II 35 consid. 5.3).

d. En l'espèce, il n'est à juste titre pas contesté que l'appartement du recourant est soumis à la LDTR. Il résulte des déclarations de la locataire et des plaintes répétées des voisins adressées à la régie de l'immeuble et au Grand Conseil que, depuis le mois de juin 2013, ces locaux ont été exclusivement exploités sans autorisation par un salon de massages, ce qui constitue un changement d'affectation illicite.

- 9/13 - A/1670/2016

L'argument du recourant, qui soutient s'être fié aux prétendues assurances de sa locataire et aux indications mentionnées dans le registre de l'OCPM pour considérer que l'appartement n'était pas entièrement dévolu à la prostitution, ne saurait être suivi. En effet, le recourant a été alerté à trois reprises par la régie, le

#### **E. 14**

juin, soit quelques jours après l'emménagement de la locataire, le 8 août et le 4 septembre 2013, de l'exploitation d'un salon de massages dans son appartement. Ce n'est qu'après avoir été invité à deux reprises par le DALE qu'il a réagi auprès de ses locataires, le 15 février 2016, en leur indiquant qu'il entendait récupérer les locaux à la prochaine échéance du bail. Or, il lui eût appartenu d'intervenir en 2013 déjà, pour faire cesser immédiatement l'activité commerciale exercée dans un logement affecté exclusivement à l'habitation. Si le recourant avait alors visité les locaux, ce qu'il n'a même pas tenté de faire d'après sa version des faits, il se serait rendu compte qu'il était peu probable qu'une mère et son enfant logeaient dans l'appartement. En tout état de cause, l'activité exercée était soumise à autorisation, de sorte que le recourant ne saurait se prévaloir d'une appréciation erronée des faits pour justifier son absence d'intervention. 4)

Le recourant invoque encore une erreur sur la licéité, dans la mesure où à l'époque, la LProst ne prévoyait pas encore l'obligation pour la brigade des mœurs de contrôler la conformité des locaux utilisés à des fins de prostitution avec la LDTR.

a. Selon l'art. 21 CP, intitulé « erreur sur l'illicéité », quiconque ne sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite n'agit pas de manière coupable. Le juge atténue la peine si l'erreur était évitable.

Cette disposition implique que l'auteur ait cru à tort que son comportement était licite parce qu'il ignorait que l'acte qu'il commettait était interdit ou punissable et, en outre, qu'il avait eu des raisons suffisantes de se croire en droit d'agir. La réglementation de l'erreur sur l'illicéité est stricte. Elle repose sur l'idée que le sujet de droit doit faire l'effort d'acquérir la

connaissance des lois et que son ignorance ne l'absout que dans des circonstances particulières (ATF 129 IV 238 consid. 3.1). Selon la jurisprudence, cette erreur est admise à la double condition que l'auteur a agi en se croyant être en droit de le faire et qu'il avait des « raisons suffisantes » de se tromper. Pour exclure l'erreur, il suffit que l'auteur ait eu le sentiment de faire quelque chose de contraire à ce qui se doit (ATF 104 IV 217 consid. 2) ou qu'il eût dû avoir ce sentiment. Il en va de même s'il a été expressément informé de la situation juridique par l'autorité compétente ou qu'il en a éludé les prescriptions. Lorsque le doute est permis quant à la légalité du comportement, l'auteur doit, dans la règle, s'informer de manière plus précise auprès de l'autorité compétente (ATF 129 IV 6 consid. 4.1 et les références citées ; arrêts du Tribunal fédéral 6A.54/2006 du 13 février 2007 ; 6A.94/2006 du 29 mars 2007 ; ATA/19/2009 du 13 janvier 2009 et les références citées).

- 10/13 - A/1670/2016

b. Dans un rapport n° 85 de décembre 2014, portant sur une évaluation de la politique publique en matière de prostitution, la Cour des comptes a relevé que le Groupe prostitution de la brigade des mœurs n'effectuait pas de contrôle de conformité sous l'angle de la LDTR ni ne communiquait d'informations au DALE, n'y étant pas tenu par la LProst. La Cour a ainsi recommandé au département de la sécurité et de l'économie (ci-après : DSE) de coordonner son action, lors de la procédure d'enregistrement, avec celle du DALE afin qu'un contrôle de conformité à la LDTR soit effectué en prenant notamment en compte la procédure de dérogations prévue à l'art. 8 LDTR en cas de changement d'affectation (rapport précité, pp. 64 et 68).

Cette recommandation de la Cour des comptes a été concrétisée par une modification de la LProst, entrée en vigueur le 29 juillet 2017. Désormais, l'art. 10 let. d LProst prévoit que la personne responsable d'un salon doit notamment être au bénéfice d'un préavis favorable du DALE, confirmant que les locaux utilisés peuvent être affectés à une activité commerciale ou qu'une dérogation a été accordée. Cette modification légale s'imposait d'autant plus que le canton de Genève était confronté à une pénurie de logements - alors que de nombreux locaux commerciaux cherchaient preneur - et qu'elle aurait en outre permis de lutter efficacement contre les nuisances liées à l'exploitation de lieux de prostitution et dénoncées dans plusieurs pétitions (Projet de loi PL 12031 modifiant la LProst, p. 7).

c. En l'espèce, il est vrai qu'à l'époque des faits litigieux, la LProst ne prévoyait aucune coordination entre la brigade des mœurs et le DALE. Toutefois, l'introduction du nouvel art. 10 let. d LProst n'avait pas pour vocation de remédier à une prétendue apparence de licéité créée par l'annonce faite auprès de la brigade des mœurs en vertu de la LProst, mais de garantir un meilleur contrôle du respect de la LDTR.

La seule absence de coordination des autorités ne permet pas d'excuser le manque d'effort de l'intéressé de se renseigner sur tous les prérequis nécessaires en vue de l'exploitation d'un salon de massages. Le fait que les locaux étaient destinés à l'habitation, ce qu'il ne pouvait ignorer, et que l'activité concernée créait des désagréments au voisinage aurait dû l'interpeller sur la conformité d'une telle activité avec les normes en matière d'aménagement du territoire et de police des constructions. Le recourant, qui s'est limité tout au long de la procédure à alléguer qu'il ignorait l'exploitation dudit salon dans son appartement et que celle-ci était en tout état de cause occasionnelle, n'a au demeurant jamais soutenu savoir que l'activité litigieuse avait été annoncée à la brigade des mœurs et s'être fié à cette annonce pour admettre la licéité de l'exploitation. Dans ces circonstances, on ne saurait admettre que

les conditions de l'art. 21 CP sont remplies.

C'est en outre en vain que le recourant se prévaut d'un comportement passif du DALE, qui ne lui aurait jamais adressé le moindre ordre de remise en état bien

- 11/13 - A/1670/2016 qu'il eût été informé depuis 2015 de l'activité exercée par la locataire. Le département n'a pas sciemment toléré la situation en 2015. Il a immédiatement interpellé tant le recourant que la locataire sur l'exploitation du salon de massages après avoir constaté cette dernière en novembre 2015.

Par conséquent, le principe de l'amende est fondé. 5)

Le recourant conteste le montant de l'amende, dans la mesure où il n'aurait perçu aucun avantage de la situation créée par la locataire.

a. Il est tenu compte, dans la fixation du montant de l'amende, du degré de gravité de l'infraction (art. 137 al. 3 in initio 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 Cst. ; ATA/319/2017 précité consid. 3d ; ATA/829/2016 précité consid. 15c ; ATA/611/2016 précité consid. 10b 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. 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 5ème 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 précité consid. 12).

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 5ème zone de construction a aussi été confirmée par la chambre de céans (ATA/822/2015 précité consid. 15e ; ATA/824/2015 du 11 août 2015 consid. 14e).

Dans un arrêt récent 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

- 12/13 - A/1670/2016 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 consid. 24).

c. En l'espèce, comme exposé ci-dessus, le recourant avait l'obligation de requérir une autorisation de construire pour changer l'affectation de son appartement. Il a tout au moins fait preuve de négligence en ne se renseignant pas auprès de l'autorité compétente sur la nécessité d'une telle autorisation. Interpellé à ce sujet plusieurs fois par la régie durant l'été 2013, il n'a réagi qu'en février 2016 après deux relances du DALE. Par son comportement passif, le recourant s'est accommodé de cette situation pendant près de trois ans.

Dans ces circonstances, bien qu'étant légèrement supérieure aux montants fixés dans des affaires similaires, la somme de CHF 5'000.- reste néanmoins proportionnée au regard de la violation de la loi précitée, se situant largement en-deçà du montant maximal d'amende possible de CHF 150'000.- (art. 137 al. 1 LCI). Par ailleurs, le recourant ne fait pas état de difficultés pécuniaires l'empêchant de s'acquitter d'un tel montant.

L'autorité intimée n'a dès lors pas excédé ni abusé de son pouvoir d'appréciation. 6)

Mal fondé, le recours sera rejeté. 7)

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 700.- sera mis à la charge du recourant (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 al. 2 LPA). \* \* \* \* \*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.