

## **GE\_GERICHTE A/709/2009 vom 28. Juli 2009**

GE Cour de justice, 2009-07-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_709\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_709_2009)

FR: GE\_GERICHTE A/709/2009 du 28 juillet 2009

IT: GE\_GERICHTE A/709/2009 del 28 luglio 2009

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le 22 juin 2006, le département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : le département) a autorisé l'aliénation de vingt-deux appartements compris dans l'immeuble sis, avenue de A\_\_\_\_\_, sur la parcelle n° X\_\_\_\_\_, feuille Y\_\_\_\_\_ de la commune de M\_\_\_\_\_ au profit des sociétés Z\_\_\_\_\_ S.A. et I\_\_\_\_\_ S.A., de Messieurs V\_\_\_\_\_ et P\_\_\_\_\_, de Madame et Monsieur R\_\_\_\_\_, de Madame et Monsieur S\_\_\_\_\_ et de Madame C\_\_\_\_\_ (ci-après : les copropriétaires). L'immeuble concerné était soumis au régime de la propriété par étages depuis le 25 juillet 1984. Les vingt-deux appartements concernés étaient actuellement loués à divers locataires. Le prix de vente total était fixé à CHF 4'800'000.-. La condition 4 de l'arrêté du 22 juin 2006 précisait : « la présente autorisation ne saurait être invoquée ultérieurement pour justifier une aliénation individualisée des vingt-deux appartements concernés en application de l'art. 39 al. 4 let. d de la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation du 25 janvier 1996 (LDTR - L 5 20).

#### **E. 2**

Le 1<sup>er</sup> février 2008, les copropriétaires ont adressé au département une requête en autorisation d'aliéner les appartements 6.03, 7.04, 10.01, 10.03 et 11.02 situés dans l'immeuble précité. Les appartements étaient offerts en location sauf pour le 6.03, vacant suite au décès du locataire. Sur les vingt-deux appartements acquis par les copropriétaires en 2006, il en restait cinq, les dix-sept autres ayant été vendus soit à des investisseurs, soit aux locataires en place selon les autorisations d'aliéner délivrées par le département. Les copropriétaires-requérants désiraient se partager les cinq appartements restants selon la répartition suivante : Lot Acquéreur Valeur de partage 6.03 Mme et M. S\_\_\_\_\_ CHF 201'400.- 7.04 Mme C\_\_\_\_\_ CHF 252'800.- 10.03 Mme et M. R\_\_\_\_\_ CHF 201'400.- 10.01 Z\_\_\_\_\_ S.A. CHF 246'800.- 11.02 I\_\_\_\_\_ et M. V\_\_\_\_\_ CHF 290'200.-

#### **E. 3**

Par courrier du 19 mars 2008, le département a informé les copropriétaires que l'opération de partage-attribution projetée aboutissait à éluder l'art. 39 LDTR ce qui n'était pas admissible. En l'état, la requête en autorisation d'aliéner devrait être refusée. Avant de prendre une telle décision, les copropriétaires étaient priés de réexaminer la situation.

#### **E. 4**

Le 1<sup>er</sup> avril 2008, les copropriétaires ont adressé des informations complémentaires au département. Ils avaient vendu la majorité des vingt-deux appartements avant d'envisager un partage pour le solde des cinq appartements. Cette mesure avait pour but essentiel une simplification de la gestion administrative et comptable de ces lots. Dans d'autres cas semblables, le département avait délivré les autorisations d'aliéner, notamment pour des

appartements acquis en bloc à l'avenue Sainte-Cécile, 29-31 en 1991 et revendus en 1992 et 2000. La possibilité de sortir de l'indivision était garantie par le droit fédéral lequel primait sur le droit cantonal, notamment l'art. 39 LDTR. Sur les dix-sept appartements revendus, plusieurs avaient été aliénés de manière individualisée (lots 7.01, 9.01, 11.03 et 8.04). Par égalité de traitement, les copropriétaires devaient être autorisés à revendre de manière isolée les lots restants.

#### **E. 5**

Par arrêté du 6 août 2008, le département a refusé l'autorisation d'aliéner, respectivement le partage-attribution, des cinq appartements précités. La pesée des intérêts en présence, à savoir l'intérêt public et général à la préservation de l'affectation locative des appartements considérés d'une part, les intérêts privés des requérants respectivement des acquéreurs, à réaliser l'opération de vente projetée d'autre part, amenait à la conclusion que ceux-ci étaient de nature purement commerciale et ne saurait valablement l'emporter sur celui-là. De plus, les requérants avaient acquis le lot d'appartements en pleine connaissance de cause. Enfin, le partage-attribution envisagé ne répondait à aucune nécessité. Le processus de division du lot restant en cinq unités visait à atteindre progressivement l'aliénation individualisée desdits logements ; or, selon la jurisprudence, la vente en bloc devait être préférée à la vente par unité séparée ( ATA/28/2002 du 15 janvier 2002). Les copropriétaires demeuraient libres de vendre les appartements dont s'agit aux locataires en place ou de revendre « en bloc » tous les logements dont ils étaient propriétaires.

#### **E. 6**

Les copropriétaires ont recouru auprès de la commission cantonale de recours en matière de constructions, devenue depuis lors la commission cantonale de recours en matière administrative, (ci-après : la commission) par acte du 5 septembre 2008, en concluant à l'annulation de l'arrêté du département du 6 août 2008. L'art. 650 al. 1 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CCS - RS 210) prévoyait que chacun des copropriétaires a le droit d'exiger le partage, s'il n'était tenu de demeurer dans l'indivision en vertu d'un acte juridique. En l'espèce, tous les copropriétaires demandaient le partage qui devait être autorisé par le département, la solution contraire violant le principe de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal. Après le partage sollicité, chaque appartement continuerait à être utilisé comme logement et aucun changement d'affectation n'était envisagé. Il n'y avait donc pas de risque d'un effritement progressif du parc immobilier d'habitation. De plus, la vente individuelle de certains lots servirait au financement de nouveaux logements d'habitation de manière à préserver le parc immobilier genevois. Le département avait autorisé la vente de plusieurs appartements, non pas uniquement à des locataires en place, mais également à des copropriétaires étrangers à l'immeuble qui n'avaient pas dû acheter leurs biens dans un lot de trois ou quatre appartements. Refuser aujourd'hui le partage sollicité constituerait manifestement une violation du principe de l'égalité de traitement. Le département devait être invité à produire la liste des autorisations d'aliéner ayant été délivrées pour ces copropriétaires. Dans la mesure où l'intérêt public n'était pas prépondérant sur l'intérêt privé des copropriétaires, le partage-attribution sollicité devait être autorisé.

#### **E. 7**

Après avoir entendu les parties en audience de comparution personnelle, la commission a rejeté le recours par décision du 6 janvier 2009. L'opération entreprise tendait à diminuer le

parc locatif immobilier genevois et n'était dictée que par un intérêt commercial. Les recourants ne pouvaient d'ailleurs pas se répartir les appartements au prorata des personnes composant leur association et une soulte financière devrait être reversée. L'arrêté querellé ne consacrait aucune violation de la loi ni abus de pouvoir d'appréciation.

#### **E. 8**

Les copropriétaires ont saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée par acte du 2 mars 2009. Ils ont persisté dans leurs précédentes explications et conclusions. S'agissant des faits, ils ont précisé qu'il n'y avait pas de problèmes d'attribution et de soulte contrairement à ce que laissait à croire la décision de la commission. Ils ont relevé une dérive juridique particulièrement inquiétante en ce sens que ni le département ni la commission n'avait donné le moindre indice sur les raisons de rejeter le caractère prioritaire du droit fédéral. Ils concluent à l'annulation de la décision de la commission et à ce que le partage-attribution refusé selon l'arrêt du 6 août 2008 soit autorisé, avec suite de frais et dépens.

#### **E. 9**

Dans sa réponse du 30 avril 2009, le département s'est opposé au recours. La commission n'avait pas violé l'art. 650 CCS, si tant est que l'art. 6 al. 1 CCS réserve le droit public cantonal dont la LDTR fait partie. Aucune des conditions de l'art. 39 LDTR n'était remplie de sorte que la vente n'était pas autorisable. En effet, quand bien même les appartements concernés ne perdraient pas leur affectation locative au profit d'une affectation commerciale, il n'en demeurerait pas moins qu'ils seraient retirés du nombre des logements répondant au besoin prépondérant de la population, compte tenu du fait qu'il s'agirait d'appartements pouvant être vendus ensuite de manière individualisée. Les copropriétaires ne démontraient pas en quoi la situation des immeubles 29-31, avenue de Sainte-Cécile serait identique à la leur. Les copropriétaires perdaient de vue que l'arrêt du 22 juin 2006 précisait explicitement que toute opération visant à un partage-attribution entre les acquéreurs était assimilable à une opération de vente et devrait faire l'objet d'une requête en autorisation d'aliéner en application de l'art. 39 LDTR. Ils s'étaient ainsi engagés à rester en indivision tant et aussi longtemps qu'une autorisation d'aliéner ne leur serait pas accordée.

#### **E. 10**

A la demande du juge délégué, le département a complété son dossier de pièces en produisant notamment les autorisations d'aliéner délivrées pour les dix-sept appartements, entre février et novembre 2007.

#### **E. 11**

Le 20 mai 2009, les copropriétaires ont sollicité une audience de plaidoirie afin de développer leur argumentation portant d'une part sur la primauté du droit fédéral et d'autre part sur les conditions d'application de l'art. 39 LDTR. Ledit courrier contenait un résumé de leur argumentation.

#### **E. 12**

Une audience de comparution personnelle des parties s'est tenue le 24 juin 2009. A cette occasion, le représentant des copropriétaires a déclaré ne pas pouvoir répondre à la question de savoir en quoi la situation de ces derniers était comparable à celle des immeubles 29-31 avenue Sainte-Cécile. Quant au département, il n'avait pas les données du dossier en

question. En tout état, il n'y avait plus de partage - attribution sans son autorisation. La directive y relative avait été diffusée une année auparavant environ. Le représentant des copropriétaires a déclaré n'avoir rien à ajouter aux observations et renoncé à l'audience de plaidoirie, les écritures du 20 mai 2009 pouvant être considérées comme exhaustives.

### **E. 13**

Par courrier du 29 juin 2009, le département a versé aux débats les circulaires concernant l'opération de partage - attribution de plusieurs appartements d'un même immeuble, adressées le 16 mai 2008 aux notaires d'une part et au registre foncier d'autre part. Un tel partage consistait en une aliénation individualisée au sens de l'art. 39 al. LDTR et comme tel était soumis à la délivrance d'un arrêté du département. Les personnes concernées étaient invitées à être particulièrement attentives, étant précisé que des irrégularités avaient pu être constatées par les autorités judiciaires et qu'il s'agissait là d'un procédé qui visait purement et simplement à éluder la LDTR.

### **E. 14**

Sur quoi, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2. L'aliénation d'un appartement à usage d'habitation, jusqu'alors offert en location, est soumise à autorisation dans la mesure où l'appartement entre, à raison de son loyer ou de son type, dans une catégorie de logements où sévit la pénurie (art. 39 al. 1 LDTR). Le Conseil d'Etat a déclaré qu'il y avait pénurie au sens des art. 25 et 39 LDTR dans toutes les catégories d'appartements de une à sept pièces inclusivement (Arrêté du Conseil d'Etat déterminant les catégories d'appartements où sévit la pénurie en vue de l'application des art. 25 à 39 LDTR du 14 novembre 2007 - état au 1<sup>er</sup> janvier 2008 - L 5 20.03). Les appartements concernés par la présente procédure entrent dans ces catégories et leur vente est soumise à autorisation, ce que les parties ne contestent pas. 3. a. A teneur de l'art. 39 al. 4 LDTR, le département autorise l'aliénation d'un appartement si celui-ci : a) a été dès sa construction soumis au régime de la propriété par étages ou à une forme de propriété analogue ; b) était, le 30 mars 1985, soumis au régime de la propriété par étages ou à une forme de propriété analogue et qu'il avait déjà été cédé de manière individualisée ; c) n'a jamais été loué ; d) a fait une fois au moins l'objet d'une autorisation d'aliéner en vertu de la LDTR. L'autorisation ne porte que sur un appartement à la fois. Une autorisation de vente en bloc peut toutefois être accordée en cas de mise en vente simultanée, pour des motifs d'assainissement financier, de plusieurs appartements à usage d'habitation ayant été mis en propriété par étages et jusqu'alors offerts en location, avec pour condition que l'acquéreur doit les revendre sous la même forme, sous réserve de l'obtention d'une autorisation individualisée au sens du présent alinéa. L'art. 13 al. 1 du règlement d'application de la LDTR du 28 avril 1996 (RLDTR - L 5 20.01) précise que dans le cadre de l'examen de la requête en autorisation, le département procède à la pesée des intérêts publics et privés en présence. b. Le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence déjà ancienne mais confirmée à plusieurs reprises depuis lors, avait partiellement annulé la disposition de l'époque (art. 9A aLDTR, depuis lors remplacé par l'art. 39 LDTR) en rappelant qu'une législation édictée pour des motifs d'intérêt public et prévoyant des restrictions aux droits constitutionnels des administrés, tels que la garantie de la propriété ou la liberté économique, doit notamment respecter le principe de la proportionnalité. En application de ce principe, la restriction à la liberté

individuelle ne doit pas entraîner une atteinte plus grave que ne l'exige le but d'intérêt public recherché (ATF 113 Ia 126 ss notamment consid. 8 a, ci-après aussi «arrêt Armengol» p. 138 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1P.19/2003 du 8 avril 2003, consid. 1 ; ATF 128 I 206 consid. 5.2.4 p. 211 et réf. citées). Et le Tribunal fédéral d'en conclure que l'autorité chargée de délivrer les autorisations de vente doit se livrer au préalable à une soigneuse pesée des intérêts publics et privés en présence. A cela s'ajoute que, en vertu du principe général de la proportionnalité, le département dispose d'une marge d'appréciation lui permettant de délivrer une autorisation de vente en dehors des cas prévus par l'art. 39 al. 4 let. a à d LDTR (Arrêt du Tribunal fédéral non publié du 19 avril 1999 en la cause UBS, résumé in SJ 1999 II p. 287), à condition toutefois de procéder au préalable à une pesée des intérêts en présence. Quant au processus d'aliénation d'appartements en PPE d'un même immeuble, la vente en bloc doit être préférée à la vente par unités séparées, ce procédé-là ne mettant en principe pas en péril les buts de la LDTR (Arrêt du Tribunal fédéral précité ; ATA/244/2007 du 15 mai 2007 et les réf. citées). 4. En l'espèce, la condition de la let. b de l'art. 39 al. 4 est remplie dans la mesure où au 30 mars 1985 l'immeuble était soumis au régime de la PPE. La condition de la let. d l'est également, si tant est que lesdits appartements ont fait l'objet d'une autorisation d'aliéner en vertu de la LDTR le 22 juin 2006. Il n'est pas contestable que l'opération projetée équivaut précisément à une aliénation individualisée. A cet égard, les recourants soutiennent que le refus qui leur a été opposé viole l'art. 650 CCS consacrant le droit au partage des copropriétaires indivis. a. Selon le principe de la force dérogatoire du droit fédéral, tel qu'il résulte de l'art. 49 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire. Cela signifie que les cantons ne sont pas autorisés à légiférer dans les domaines exhaustivement réglementés par le droit fédéral. Dans les autres domaines, les cantons ne peuvent édicter des règles de droit qui éludent des prescriptions de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en œuvre, ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementé de façon exhaustive (Arrêt du Tribunal fédéral 1P. 270/2002 du 19 juin 2002 et les réf. citées). b. Les restrictions de droit public cantonal à la propriété ne sont compatibles avec l'art. 26 al. 1 Cst. que si elles reposent sur une base légale, sont justifiées par un intérêt public suffisant et respectent les principes de la proportionnalité et de l'égalité devant la loi. Quel que soit l'intérêt public que le législateur cantonal considère comme légitime pour restreindre le droit de propriété des destinataires de la norme, il doit veiller à sauvegarder les facultés essentielles de disposition, d'usage et de jouissance qui découlent du droit de propriété et de ne pas porter atteinte à la substance de celles-ci en tant qu'institution fondamentale de l'ordre public suisse (art. 34 al. 4 Cst. ; ATF 116 I a 401 et les réf. citées). Le Tribunal fédéral a jugé que la LDTR avait pour but de préserver l'habitat et les conditions de vie existant, ainsi que le caractère actuel de l'habitat dans les zones de construction mentionnées dans la LDTR, en restreignant le changement d'affectation des maisons d'habitation et l'aliénation des appartements destinés à la location. Pour la haute Cour, cette politique procédait d'un intérêt public important. Dès lors, le refus de l'autorisation de vendre un appartement loué lorsqu'un motif prépondérant d'intérêt public ou d'intérêt général s'y oppose n'est pas contraire au principe de la proportionnalité, pourvu que l'autorité administrative puisse effectuer une pesée des intérêts en présence, et évaluer l'importance du motif de refus envisagé au regard des intérêts privés en jeu (Arrêt du Tribunal fédéral 1P. 559/2001 du 25 février 2002 et les réf. citées). Ainsi, contrairement à la thèse soutenue par les recourants, la question qui se pose en espèce n'est pas tant la primauté

du droit fédéral que celle du respect du principe de la proportionnalité. En effet, il n'est pas contesté que la LDTR fait partie du droit public cantonal auquel s'applique la réserve de l'art. 6 al. 1 CCS. 5. Afin de déterminer si l'opération est autorisable, il est dès lors nécessaire - comme l'a fait l'autorité intimée -, de procéder à une pesée des intérêts publics et privés en présence. S'agissant des intérêts privés des copropriétaires, ceux-ci sont assurément purement et exclusivement économiques. Certes, les recourants avancent que le produit des ventes éventuelles serait affecté à la construction d'autre logement et à cet égard donnent une liste des constructions récemment autorisées par le département dont l'un ou l'autre d'entre eux serait propriétaire. Si cet élément peut donner un certain poids à leur requête, le Tribunal administratif ne saurait occulter le fait qu'ils ont acquis les appartements concernés en pleine connaissance de cause et accepté expressément la condition n° 4 de l'arrêté du 22 juin 2006, laquelle excluait d'emblée une aliénation individualisée des appartements concernés au nombre desquels figurent les cinq unités objet de la procédure. En ce qui concerne l'intérêt public consistant à conserver un parc immobilier locatif, force est d'admettre qu'il n'est pas directement mis en danger, le partage-attribution envisagé ne modifiant pas, en soi, le caractère locatif des appartements. Cela dit, le fait de transformer un lot de cinq appartements en cinq logements distincts n'est pas indifférent au regard de la LDTR. En effet, l'intérêt à l'acquisition de son logement par le locataire en place depuis trois ans au moins est présumé l'emporter sur l'intérêt public à le garder dans le parc immobilier locatif, pour autant que 60 % des locataires en place acceptent formellement la transaction (art. 39 al. 3 LDTR). Il s'ensuit que l'opération litigieuse diminuerait concrètement la protection du parc locatif en facilitant la vente à des locataires en place. Ainsi, face à l'intérêt public, prépondérant dans la situation qui est celle du marché locatif genevois et qui ne s'est pas modifiée depuis l'arrêt du tribunal de céans du 15 mai 2007 ( ATA/244/2007 ), l'intérêt privé des recourants doit s'effacer, comme l'a admis la commission. 6. Les recourants se réclament du principe de l'égalité de traitement en argumentant d'une part qu'entre 2006 et 2008 les notaires rédigeaient des actes de partage immobilier de lots d'appartements que le registre foncier enregistrerait, sans même en informer le département et d'autre part en comparant leur situation avec celle des immeubles avenue Sainte-Cécile 29-31 à Meyrin. 7. Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 8 Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment (ATF 131 I 1 consid. 4.2 p. 6/7 ; 129 I 346 consid. 6 p. 357 ss ; 129 I 113 consid. 5.1 p. 125 ; V. MARTENET, Géométrie de l'égalité, Zürich-Bâle-Genève 2003, p. 260 ss). Sur le premier point, il est exact que le mode de procéder du département en la matière n'était pas satisfaisant. Dans son arrêt 1 c \_505/2008 du 17 février 2009, le Tribunal fédéral a relevé que la pratique des autorités genevoise en matière de partages - attributions n'était pas claire. En 2007 encore, le département avait indiqué que ces opérations, qui apparaissaient destinées à éluder la LDTR, étaient problématiques car elles étaient effectuées directement auprès du registre foncier qui les enregistrerait et le département renonçait à intervenir dans le cas d'espèce. Depuis lors, le département a revu sa façon de

procéder et a adressé à toutes les personnes concernées la circulaire du 16 mai 2008. Or, il n'est pas interdit aux autorités administrative de changer la pratique qu'elles ont suivie jusque-là, si elles considèrent qu'une autre application du droit, une autre appréciation du champ de la loi où une modification des conditions seraient plus satisfaisantes. Un tel changement de pratique doit toutefois se fonder sur des motifs sérieux et objectifs (ATF 127 I 49 consid. 3 c p. 52 ; 125 II consid. 4 c/aa p. 162 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1A.146/2006 du 25 janvier 2007 consid. 4.4 ; ATA/298/2009 déjà cité). En l'espèce, le département a tenu compte des injonctions émises notamment par la haute cour et en a informé les personnes et offices concernés. On ne saurait donc lui reprocher d'avoir pris des dispositions pour une plus juste application de l'art. 39 LDTR. Quant au second point, à savoir une inégalité de traitement entre les recourants et les propriétaires des immeubles 29-31 LDTR, le tribunal ne peut que constater que ceux-là n'ont nullement étayé leur grief, pas plus par écrit que lors de l'audience de comparution personnelle du 29 juin 2009. Il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière sur cette argumentation. En tout point mal fondé, le recours sera rejeté. Un émolument de CHF 1'800.- sera mis à la charge conjointe et solidaire des recourants (art. 87 LPA). Il ne sera pas alloué d'indemnité. \* \* \* \* \*

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