

Droit
de la propriété

La propriété par étages aujourd'hui

Une alerte cinquantenaire

Grégory Bovey
Valérie Défago Gaudin
Bénédict Foëx
Nicolas Jeandin
Michel Mooser
Denis Piotet
Paul-Henri Steinauer
Amédéo Wermelinger

Édité par
Bénédict Foëx

 UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess §
ÉDITIONS ROMANDES


Collection
Genevoise

La propriété par étages aujourd'hui

Une alerte cinquantenaire

Grégory Bovey
Valérie Défago Gaudin
Bénédict Foëx
Nicolas Jeandin
Michel Mooser
Denis Piotet
Paul-Henri Steinauer
Amédéo Wermelinger

Édité par
Bénédict Foëx

Citation suggérée de l'ouvrage : BÉNÉDICT FOËX (éd.), *La propriété par étages aujourd'hui – Une alerte cinquantenaire*, Collection Genevoise, Genève/Zurich 2016, Schulthess Éditions Romandes.

ISBN 978-3-7255-8602-8

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2016
www.schulthess.com

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps
119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47; courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire

Avant-propos	5
Sommaire	7
Table des abréviations.....	9
PAUL-HENRI STEINAUER, <i>Professeur à l'Université de Fribourg</i> 50 ans de propriété par étages – Un bilan	15
MICHEL MOOSER, <i>Notaire, professeur à l'Université de Fribourg</i> Les actes authentiques dans le domaine de la propriété par étages	33
DENIS PIOTET, <i>Professeur à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne</i> L'administrateur, la communauté et leur responsabilité	67
NICOLAS JEANDIN, <i>Avocat, professeur à l'Université de Genève</i> La communauté et les copropriétaires en procédure	81
GRÉGORY BOVEY, <i>Juge au Tribunal fédéral</i> Jurisprudence récente	99
VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN, <i>Professeur à l'Université de Neuchâtel</i> La propriété par étages en droit public	123
BÉNÉDICT FOËX, <i>Professeur à l'Université de Genève</i> La fin de la propriété par étages	147

AMÉDÉO WERMELINGER, *Professeur titulaire à l'Université de Fribourg*
**Réflexions de lege ferenda - La propriété par étages a-t-elle
développé des maladies d'enfance ?** 163

Table des matières 187

La propriété par étages en droit public

VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN*

Professeur à l'Université de Neuchâtel

Introduction

La PPE est née il y a 50 ans du besoin d'offrir au plus grand nombre possible de familles la faculté d'acquérir leur appartement et de préserver une proportion suffisante de surface bâtie dans les mains des particuliers¹. La PPE a donc été créée pour répondre à un besoin identifié par le législateur comme relevant, en réalité, de l'intérêt public².

Institution de droit privé, la PPE entre inmanquablement en contact avec le droit public, soit qu'elle est prise en compte dans les lois de droit public, soit qu'elle se trouve face au droit public, soit que le droit public s'invite dans les relations entre copropriétaires. La présente contribution présente certains de ces points de contact, sans toutefois aborder les domaines du droit fiscal et du droit de l'exécution forcée³.

I. La PPE dans le droit public

De manière générale, la PPE est appréhendée en droit public au titre de la propriété immobilière de sorte que les références et spécificités propres à la PPE sont peu nombreuses en droit public fédéral et cantonal. Il est tout de même

* Je remercie Madame Tifenn BEURET et Monsieur Alen UDOVICIC, Assistants-doctorants à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, de l'aide apportée dans l'élaboration et la mise au point de ce texte.

¹ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi modifiant le livre quatrième du code civil (copropriété et propriété d'étages) du 7 décembre 1962, FF 1962 II p. 1445/1455. Pour la naissance de la PPE, voir la contribution du Prof. Paul-Henri STEINAUER dans le présent ouvrage.

² Pour la notion d'intérêt public comme le produit d'intérêts particuliers de la société civile : Martin Philipp Wyss, *Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit, Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht*, Berne 2001, p. 7.

³ Bien que rattachée au droit civil fédéral du point de vue de la répartition des compétences, la législation sur la poursuite pour dettes et la faillite est considérée comme une discipline autonome du droit public : ATF 128 I 206 c. 5.

certaines lois de droit public qui, en posant des règles spécifiques à la PPE, prennent ses spécificités en compte afin d'assurer le respect de la garantie de la propriété (art. 26 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999⁴) ou l'utilisent pour satisfaire au but d'intérêt public recherché par ces lois. Il s'agit avant tout de la Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 16 décembre 1983⁵ (A.), des lois cantonales en matière d'aménagement du territoire poursuivant des objectifs de politique du logement (B.) ou des lois cantonales contrôlant les démolitions, transformations et rénovations de logements et l'aliénation des appartements loués (C.).

Hormis ces cas, on peut aussi mentionner, pour le droit fédéral, les règles en matière d'encouragement à l'accession à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle qui font de la PPE une forme de propriété autorisée pour ce moyen de promotion⁶ ou les dispositions régissant les coopératives d'habitation du personnel de la Confédération qui font de la transformation d'un immeuble en PPE une opération soumise à autorisation de l'Office fédéral du logement⁷. On soulignera que la Loi fédérale sur les résidences secondaires adoptée le 20 mars 2015⁸ par l'Assemblée fédérale et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016 ne fait pas de la détention sous forme de PPE un critère de mise en œuvre de la loi ou de ses exceptions.

A. La LFAIE

La LFAIE limite l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger dans le but de prévenir l'emprise étrangère sur le sol suisse (art. 1 LFAIE). Elle soumet partant à autorisation de l'autorité cantonale l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (art. 2 al. 1 LFAIE).

L'acquisition d'un droit de propriété sur un immeuble fait partie des opérations soumises à la loi (art. 2 al. 2 let. a LFAIE), ce qui comprend l'acquisition de parts de propriété par étages d'immeubles (art. 655 al. 2 ch. 4 *cum* 712a CC)⁹.

La loi compose de différentes manières avec l'institution de la PPE.

⁴ RS 101 ; « Cst. ».

⁵ RS 211.412.41 ; « LFAIE ».

⁶ Art. 2 al. 2 let. b de l'Ordonnance sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle du 3 octobre 1994 (RS 831.411 ; « OEPL »).

⁷ Art. 19 de l'Ordonnance du DEFR sur les coopératives d'habitation du personnel de la Confédération du 19 mai 2004 (RS 842.18).

⁸ FF 2015 p. 2539.

⁹ Message du Conseil fédéral relatif à une loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger et à l'initiative populaire « contre le bradage du sol national » du 16 septembre 1981, FF 1981 III p. 553/589.

Tout d'abord, elle prévoit des exceptions permettant de prendre en compte la situation spécifique des copropriétaires d'étages afin d'assouplir la rigueur du régime d'autorisation et de tenir compte des impératifs liés aux garanties de la propriété (art. 26 Cst.) et de la situation acquise. Ainsi, la loi prévoit en son art. 7 un certain nombre d'exceptions au régime de l'autorisation, dont deux concernent spécifiquement la propriété par étages. D'une part, l'échange de parts de propriété par étages dans un même immeuble n'est pas soumis à autorisation (art. 7 let. d LFAIE). D'autre part, l'exception vaut aussi en cas d'augmentation de la valeur de la quote-part (art. 7 let. g LFAIE) ; la pratique admet une surface d'espaces extérieurs de l'ordre de 100m² et une surface additionnelle intérieure de 20 %¹⁰.

La PPE est également utilisée comme instrument au service des objectifs poursuivis par la loi.

C'est ainsi que la forme juridique de la PPE est une condition pour reconnaître l'existence d'un apparthôtel, dont les appartements sont soumis à la loi. Est un apparthôtel « l'hôtel nouveau ou à rénover soumis au régime de la propriété par étages et appartenant à l'hôtelier, à des personnes à l'étranger et, cas échéant, à des tiers », dont les installations nécessaires à l'exploitation hôtelière appartiennent majoritairement à l'hôtelier, dont au moins deux tiers des quotes-parts afférentes aux logements sont assurés en la forme hôtelière et dont la viabilité a été confirmée par la Société suisse de crédit hôtelier (art. 10 LFAIE). Selon l'art. 7 al. 2 de l'Ordonnance sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 1^{er} octobre 1984¹¹, l'exploitation durable en la forme hôtelière est assurée si l'acte de constitution de la propriété par étages et le règlement d'administration et d'utilisation obligent les copropriétaires à mettre leur logement à la disposition de l'hôtelier. Les modalités de la PPE sont ce faisant utilisées pour assurer l'effectivité de la restriction de droit public prévue à l'art. 10 LFAIE.

La LFAIE permet par ailleurs aux cantons de restreindre les possibilités d'acquisition de logements de vacances et de n'en autoriser l'acquisition que sous forme de la propriété par étages ou dans le cadre d'un autre ensemble de logements de vacances (art. 13 al. 1 let. b LFAIE). L'acquisition de parts de PPE – soit une forme de propriété collective – en lieu et place d'une détention individuelle sur un bien-fonds est également un moyen de prévenir l'emprise étrangère sur le sol suisse puisque la détention sous forme de PPE permet une forme de propriété collective constituant une occupation plus dense du sol. A l'heure de l'introduction d'une nouvelle loi sur les résidences secondaires, il

¹⁰ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, Aide-mémoire, Berne 2009, p. 8.

¹¹ RS 211.412.411 ; « OAIE ».

est important de rappeler que la LFAIE a uniquement pour but de permettre le maintien du territoire en premier lieu en mains suisses et de stabiliser de manière durable et raisonnable l'étendue de la propriété étrangère ; elle n'a en revanche pas pour but d'autrement régler des questions d'aménagement du territoire, laissant celles-ci aux lois *ad hoc*¹². A ce propos, on rappelle qu'il a été un temps question d'abroger la LFAIE¹³ tout en accompagnant cette abrogation de mesures d'aménagement du territoire imposant aux cantons de définir, dans le plan directeur cantonal, des zones avec des proportions convenables de résidences principales et de résidences secondaires¹⁴. Il y a été finalement renoncé en raison des nouvelles inquiétudes liées à la pression de la demande sur le marché du logement en raison tant de la crise financière ayant accru l'intérêt des placements sur le marché immobilier que de la forte immigration étrangère¹⁵.

B. L'aménagement du territoire et la politique du logement

La PPE constitue également un moyen de la politique d'aménagement du territoire tant pour favoriser la densification qu'au service de la construction de logements.

1. Les objectifs de la politique du logement dans l'aménagement du territoire et de l'aménagement du territoire

Au niveau fédéral, la politique du logement repose sur les art. 108 et 109 Cst. En particulier, l'art. 108 al. 1 Cst. prévoit des mesures d'encouragement à la construction de logements et à l'acquisition d'appartements et de maisons familiales destinés à l'usage personnel de particuliers et aux activités des maîtres d'ouvrage et des organisations œuvrant à la construction de logements d'utilité publique¹⁶. A cet effet, la Confédération a la compétence de légiférer notamment sur l'équipement de terrains pour la construction de logements (art. 108 al. 2 Cst.). Sur la base de ce mandat constitutionnel, la Confédération a adopté la Loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements du 4 octobre 1974¹⁷ puis la Loi fédérale encourageant le logement à

¹² Message (note 9), p. 588 s.

¹³ Message du Conseil fédéral concernant l'abrogation de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 4 juillet 2007, FF 2007 p. 5455 ss.

¹⁴ Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (mesures d'accompagnement liées à l'abrogation de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger) du 4 juillet 2007, FF 2007 p. 5477/5484.

¹⁵ Message additionnel du Conseil fédéral concernant l'abrogation de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (Renonciation au projet d'abrogation) du 13 novembre 2013, FF 2013 p. 8135/8139.

¹⁶ Pour sa part, l'art. 109 Cst. donne compétence à la Confédération de légiférer afin de lutter contre les abus en matière de bail à loyer.

¹⁷ RS 843 ; « LCAP ».

loyer ou à prix modérés du 21 mars 2003¹⁸. Malgré les invites figurant dans ces lois, ce que l'on appelle l'aide fédérale, à savoir une aide directe à la construction de logements, n'est aujourd'hui plus pratiquée. La Confédération soutient désormais uniquement la construction de logements d'utilité publique au moyen d'aides indirectes comme, par exemple, l'approvisionnement d'un fonds de roulement permettant d'octroyer des prêts à taux préférentiels pour la construction, la rénovation et l'acquisition d'objets locatifs à loyer modéré, la caution des emprunts de la Centrale d'émission pour la construction de logements ou l'arrière-cautionnement des cautionnements de la Société coopérative de cautionnement hypothécaire pour coopératives suisses de construction et d'habitation¹⁹. La politique du logement de la Confédération se caractérise par son aspect faiblement interventionniste et vise avant tout à créer ou maintenir des logements à loyers modérés²⁰.

En mai 2013, le Conseil fédéral a précisé les axes de sa politique en matière de logement afin de répondre à la pénurie de logements dans l'Arc lémanique, à Zurich, à Bâle et en Suisse centrale, sans toutefois revenir sur les principes de sa politique menée jusqu'alors. Parmi les mesures envisagées figure la promotion de la construction de logements par le biais de la législation sur l'aménagement sur le territoire²¹.

La législation sur l'aménagement du territoire impose à la Confédération, aux cantons et aux communes de veiller à une utilisation mesurée du sol et à la séparation entre les parties constructibles et non constructibles du territoire (art. 1 al 1 de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979²²). A cet effet, ils soutiennent les efforts qui sont entrepris pour notamment orienter le développement de l'urbanisation vers l'intérieur du milieu bâti, en maintenant une qualité de l'habitat appropriée (art. 1 al. 2 let. a^{bis} LAT) et créer un milieu bâti compact (art. 1 al. 2 let. b LAT). Dans ce contexte, les territoires réservés à l'habitat et à l'exercice des activités économiques doivent être aménagés selon les besoins de la population et leur étendue limitée de sorte qu'il s'agit de répartir judicieusement les lieux d'habitation et les lieux de travail (art. 3 al. 3 let. a LAT). Aujourd'hui, la LAT ne définit pas le type de logement – en particulier logement à loyer modéré ou d'utilité publique – devant figurer dans les zones d'habitation. Les règlements et plans communaux, voire des lois cantonales (*infra* 2.), régissent la question dans la marge de manœuvre laissée par la loi-cadre qu'est la LAT.

¹⁸ RS 842 ; « LOG ».

¹⁹ Réponse du Conseil fédéral du 9 novembre 2011 à l'interpellation 11.3766 – Financer la construction de logements d'utilité publique selon le mécanisme appliqué dans l'agriculture (Schelbert).

²⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Libre circulation des personnes et marché du logement, Documentation de presse à l'appui de la conférence du 15 mai 2013, Berne 2013, p. 1.

²¹ CONSEIL FÉDÉRAL (note 20), p. 6.

²² RS 700 ; « LAT ».

Dans la foulée des intentions exprimées en mai 2013, le Conseil fédéral a profité de la deuxième étape de la révision de la LAT lancée en décembre 2014 pour compléter l'énumération des principes régissant l'aménagement par un nouvel art. 3 al. 3 let. a^{ter} LAT prévoyant qu'il convient de prendre les mesures propres à contribuer à une offre suffisante de logements pour les ménages à faible revenu. Les explications à l'appui de ce projet de disposition sont fondées sur le constat qu'une urbanisation durable passe aussi par l'existence d'un réservoir suffisant de logements pour toutes les couches de la population et indiquent qu'il s'agit d'un nouveau principe d'aménagement destiné à inciter les autorités de planification à prendre des mesures afin de contribuer à la satisfaction du besoin en logement des ménages à faible revenu²³.

La deuxième étape de la révision de la LAT a rencontré bon nombre d'oppositions lors de la procédure de consultation de sorte que les travaux s'y rapportant ont été suspendus. Toutefois, la question de l'ancrage des mesures relevant de la politique du logement dans les instruments d'aménagement du territoire n'a, à notre connaissance, pas fait l'objet de critiques pendant la procédure de consultation de sorte que, sur son principe, cette mesure n'a certainement pas été abandonnée.

Les mesures propres à contribuer à une offre suffisante de logements pour les ménages à faible revenu en relation avec l'aménagement sont avant tout l'introduction de *quotas* de logements à loyer modéré dans les plans d'affectation ou le bonus d'utilisation du sol à titre incitatif ainsi que le financement de la construction de logements d'utilité publique par le produit de la taxe sur la plus-value²⁴.

Dans ce contexte, l'institution de la PPE sera susceptible d'être utilisée par opposition aux logements locatifs à loyer modéré. En effet, les logements non concernés par le *quota* de logements à loyer modéré dans les plans d'affectation seront soit de l'habitat locatif à loyer libre soumis uniquement au CO, soit de l'habitat collectif en PPE. C'est d'ailleurs la distinction que fait Genève avec sa législation sur les zones de développement (*infra* 2.).

Pour ce qui est des buts de l'aménagement du territoire, la LAT pose le principe d'une utilisation mesurée du sol (art. 1 al. 1 LAT), qui est un objectif à caractère prioritaire par rapport aux autres objectifs poursuivis par la loi²⁵. Ce principe a été réaffirmé lors de la révision de la LAT du 15 juin 2012 acceptée

²³ OFFICE FÉDÉRAL DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL (ARE), 2ème étape de la révision de la LAT – Commentaires relatifs aux articles, Berne, 5 décembre 2014, p. 5 s.

²⁴ ARE (note 23), p. 6.

²⁵ Déjà ATF 112 Ia 65, consid. 4 ; Raphaël MAHAÏM, Le principe de durabilité et l'aménagement du territoire – Le mitage du territoire à l'épreuve du droit : utilisation mesurée du sol, urbanisation et dimensionnement de la zone à bâtir, Fribourg 2014, p. 139.

en votation populaire le 3 mars 2013 et entrée en vigueur le 1^{er} mai 2014²⁶. Or, en 1962 déjà, le législateur relevait l'évidente relation entre propriété collective et raréfaction des terrains à bâtir²⁷, de sorte que l'habitat collectif, notamment celui en PPE, sert aussi à la poursuite des buts de l'aménagement du territoire.

2. La LGZD genevoise

Genève est à notre connaissance le seul canton s'étant doté d'une législation générale imposant des types de logements dans ses zones de construction²⁸. La Loi générale sur les zones de développement du 29 juin 1957²⁹ permet la création de zones dites de développement, soit des zones dans lesquelles un régime d'aménagement et de construction s'est superposé à la zone d'affectation ordinaire à la suite d'une modification d'un régime de zones. Les zones de développement ont notamment pour but de favoriser l'urbanisation ou la restructuration des territoires ainsi que de permettre la maîtrise du prix des terrains qui y sont situés afin de favoriser la construction de logements bon marché³⁰.

En zone de développement, les autorisations de construire sont délivrées à la double condition de l'adoption d'un plan localisé de quartier (PLQ) et de l'approbation, par le Conseil d'Etat, de ce que la loi appelle les « conditions particulières applicables au projet » (art. 2 al. 1 LGZD). Il s'agit en réalité que le projet réponde à un intérêt général : les logements destinés à la location, les logements destinés à la vente et les bâtiments commerciaux et artisanaux dans le périmètre doivent répondre, par leur nombre, leur type, leur prix voire leur situation, à un besoin prépondérant d'intérêt général (art. 5 al. 1 LGZD).

Depuis 2007, la LGZD impose des quotas de logements d'utilité publique dans les zones de développement³¹. Le taux de logements d'utilité publique varie de 15 % à 30 % selon que la zone développée se superpose à une zone villa ou à une zone agricole (art. 4A al. 1 et 2 LGZD). Les autres logements sont des logements en location ou en PPE, ce qui doit être précisé dans le PLQ.

²⁶ RO 2014 899.

²⁷ Message (note 1), p. 1455.

²⁸ On trouve aussi des plans d'affectation communaux prévoyant des zones pour logements avantageux, comme par exemple à Zoug : CONSEIL FÉDÉRAL (note 20), p. 6.

²⁹ RSG L 1 35 ; « LGZD ».

³⁰ François BELLANGER, Déclassement et autres mesures de planification dans le canton de Genève, in Bénédicte FOËX (éd.), Planification territoriale – Droit fédéral et spécificités cantonales, Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 91 s.

³¹ Auparavant, le quota de logements dits sociaux était imposé dans les PLQ par une pratique administrative qui exigeait la construction de logements sociaux à raison de deux tiers du programme, le tiers des autres logements étant en PPE ou en loyers libres : ATA/587/2008 du 18 novembre 2008 consid. 2a.

Les loyers et prix des logements, qu'ils soient locatifs ou destinés à la vente, sont contrôlés pendant 10 ans (art. 5 al. 3 LGDZ) au moyen du plan financier et de vente (art. 5 al. 2 LGZD). Pour ce qui est des logements en PPE, le prix de vente est fonction du prix du terrain retenu dans le plan financier et des coûts de construction. Les montants admis dans les plans financiers font l'objet de pratiques administratives de l'Office cantonal du logement et de la planification foncière³². Ce contrôle est justifié par l'avantage concédé au propriétaire du terrain issu de la possibilité de le densifier à la faveur de la mise en œuvre des normes de la zone de développement³³.

En raison de ce contrôle de l'Etat, les prix des logements en PPE bâtis dans les zones de développement sont quasiment de moitié inférieurs aux prix du marché.

En 2013, Le Conseil d'Etat a fait le constat que les logements en PPE dans les zones de développement, destinés à la classe moyenne, n'étaient soit pas vendus, soit vendus à des personnes n'entendant pas y habiter³⁴ ; non vendus durant la période de contrôle, ils étaient loués au maximum du loyer fixé par l'Etat, puis vendus au prix du marché à l'issue de la période de contrôle³⁵. Un projet de loi PL 11141 a donc été déposé, qui prévoyait que les logements en PPE dans les zones de développement devaient être occupés par leur propriétaire (principe dit du « propriétaire-acquéreur »)³⁶. Toutefois, le texte voté par les députés en mars 2014 n'a pas repris ce principe mais a fait figurer dans la loi le principe dit du « primo-acquéreur » selon lequel les appartements en PPE en zone de développement doivent être aliénés à une personne physique qui n'est pas déjà propriétaire d'un logement dans le canton³⁷. En réponse à l'adoption de cette loi, un Comité contre les magouilles immobilières a, le 23 mai 2014, lancé une initiative populaire « Halte aux magouilles immobilières, oui à la Loi Longchamp ! » - « Contre les accapareurs d'appartements et la spéculation en zone de développement, pour des logements en PPE acces-

³² OFFICE CANTONAL DU LOGEMENT ET DE LA PLANIFICATION FONCIÈRE, PA/SI/001.05, « Prix admis dans les plans financiers pour les terrains sis en zone de développement », 2006/2012 ; OFFICE CANTONAL DU LOGEMENT ET DE LA PLANIFICATION FONCIÈRE, PA/SI/036.01, « Coûts de construction admis dans les plans financiers des immeubles soumis à la LGZD ou à la LGL », 2012/2014 ; OFFICE CANTONAL DU LOGEMENT ET DE LA PLANIFICATION FONCIÈRE, PA/SI/003.01, « Prix forfaitaire fin de chantier », 2007/2008. Ces pratiques sont disponibles sur le site internet de l'Etat de Genève, www.ge.ch>thèmes>aménagement, construction et logement>logement>documentation.

³³ ATF 99 Ia 604 consid. 4c.

³⁴ Projet de loi modifiant la loi générale sur les zones de développement (LGZD) déposé par le Conseil d'Etat au Secrétariat du Grand Conseil le 14 mars 2014 (PL 11141), p. 1 (Mémorial des séances du Grand Conseil de la République et canton de Genève [en ligne], Séance du vendredi 14 mars 2014 à 17h - 1re législature - 1re année - 10e session - 31e séance, disponible sur : <http://ge.ch/grandconseil/memorial/seances/010106/31/19/> [consulté le 28 août 2015]).

³⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_223/2014 du 15 janvier 2015 consid. 4.2.

³⁶ PL 11141 (note 34), p. 9.

³⁷ Loi 11141 modifiant la loi générale sur les zones de développement du 14 mars 2014.

sibles à la classe moyenne » visant à reprendre le principe du primo-acquéreur dans la LGZD³⁸. Par arrêt du 15 janvier 2015, le Tribunal fédéral a annulé la Loi 11141 au premier motif qu'elle violait le principe de la proportionnalité sous l'angle de la règle de l'aptitude : le principe du primo-acquéreur ne permet pas de garantir l'utilisation des logements par leur propriétaire, alors qu'il s'agit du but d'intérêt public recherché³⁹. La Loi 11141 impliquait aussi une restriction au droit d'acquérir un logement dans de nombreux cas où cela n'est pas nécessaire⁴⁰ de même qu'elle instaurait une inégalité de traitement avec des personnes propriétaires de biens immobiliers hors du canton qui n'auraient pas été soumises à la restriction du primo-acquéreur⁴¹. Dans la foulée de cet arrêt, le Conseil d'Etat a déposé son rapport sur la prise en considération de l'IN 156, en demandant aux députés de reprendre le principe du propriétaire-acquéreur⁴². Par arrêt du 2 septembre 2015, la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice a validé, sous l'angle des droits fondamentaux, le principe du propriétaire-acquéreur⁴³. Le Tribunal fédéral en a fait de même le 5 avril 2016⁴⁴.

En zone de développement, la PPE participe à la poursuite de l'intérêt public à plusieurs égards. Tout d'abord, les prix attractifs des logements en PPE – parce que construits sous un régime de contrôle – facilitent l'accès à la propriété des classes moyennes. Ensuite, la vente des logements en PPE permet de parvenir à l'équilibre des plans financiers dans le périmètre des PLQ, ce qui permet de soutenir la politique visant à fournir des logements locatifs d'utilité publique en suffisance. Enfin, la présence de logements en PPE dans ces périmètres garantit la mixité sociale de ces quartiers.

3. Le remembrement (remaniement)

Depuis 1979, l'art. 20 LAT prévoit que lorsque la réalisation de plans d'affectation l'exige, le remembrement peut être ordonné d'office et au besoin exécuté par l'autorité compétente. Toutefois, le remembrement ne joue pas le rôle qu'il devrait jouer dans l'aménagement du territoire⁴⁵, la divergence entre

³⁸ Feuille des Avis officiels de la République et canton de Genève du 23 mai 2014. Cette initiative porte la référence IN 156.

³⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_223/2014 du 15 janvier 2015 consid. 4.4.1.

⁴⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_223/2014 du 15 janvier 2015 consid. 4.4.2.

⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_223/2014 du 15 janvier 2015 consid. 4.5.2.

⁴² Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur la prise en considération de l'initiative populaire 156 « Halte aux magouilles immobilières, OUI à la loi Longchamp ! » déposé le 4 février 2015, IN 156-A.

⁴³ ACST/17/2015 du 2 septembre 2015 ; la Chambre constitutionnelle a en revanche annulé les dispositions transitoires de l'IN 156.

⁴⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_529/2015 du 5 avril 2016.

⁴⁵ Jacques DUBEY, La garantie de la disponibilité du terrain à bâtir, in : Jean-Baptiste ZUFFEREY / Bernhard WALDMANN (édit.), Révision 2014 de la loi sur l'aménagement du territoire – Faire du neuf avec du vieux ?, Zurich/Bâle/Genève 2015, p. 175/198.

l'état parcellaire et les tracés et implantations prévus par des plans d'affectation constituant encore souvent des obstacles à la construction⁴⁶. A la faveur de la révision de la LAT du 15 juin 2012 acceptée en votation populaire le 3 mars 2013 et entrée en vigueur le 1^{er} mai 2014⁴⁷, il a été demandé aux cantons de « prendre les mesures nécessaires pour que les zones à bâtir soient utilisées conformément à leur affectation, notamment en ordonnant des mesures d'amélioration foncières telles que le remembrement de terrains (art. 20) » (art. 15a al. 1 LAT).

On définit généralement le remembrement (ou remaniement) comme l'opération ayant pour objet de modifier dans un périmètre défini l'assiette des propriétés, de manière à donner à chaque parcelle une configuration qui en permet la meilleure utilisation possible (regroupement de parcelles éparses ou de petite dimension, amélioration de la forme de parcelles peu aptes à une utilisation rationnelle, etc.)⁴⁸. Le remembrement aboutit donc à un échange forcé entre les propriétaires et/ou à une réduction proportionnelle des terrains de chacun pour permettre l'équipement du périmètre, sans recours à une procédure d'expropriation. L'égalité de traitement entre les propriétaires du périmètre doit être respectée⁴⁹.

Lorsqu'une parcelle est comprise dans un périmètre appelé à recevoir des immeubles, le propriétaire de ladite parcelle – sur laquelle est souvent bâtie une villa individuelle – se voit offrir une ou plusieurs parts de PPE dans l'opération permettant la densification du périmètre. En l'état, une telle compensation se fait sur une base volontaire dans le cadre de l'opération de développement. Tout au plus, dans un système de contrôle des logements produits dans le périmètre en cause comme à Genève, l'autorité règlemente-t-elle les modalités d'attribution des parts de PPE en échange des droits à bâtir⁵⁰.

La PPE est donc utilisée comme un moyen incitatif ou compensatoire dans le cadre de modifications parcellaires. Dans le cadre du mandat législatif qui leur a été confié par l'art. 15a LAT en vue de libérer le foncier pour la production de logements et de lutter contre la thésaurisation des terrains à bâtir, les

⁴⁶ Valérie DÉFAGO GAUDIN, Les mesures foncières pour assurer la réalisation des plans, *in* : Ordre des Avocats de Genève, Commission de formation permanente (édit.), Regards de marathoniens sur le droit suisse – Mélanges publiés à l'occasion du 20e « Marathon du droit », Genève 2015, p. 369 ss.

⁴⁷ RO 2014 899.

⁴⁸ André JOMINI *in* : Heinz AEMISEGGER / Alfred KUTTLER / Pierre MOOR / Alexander RUCH (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Zurich 1999, n. 5 *ad* art. 20.

⁴⁹ ATF 119 Ia 21 consid. 1b, JdT 1995 I 412 ; Bernhard WALDMANN *in* : Bernhard WALDMANN / Peter HÄNNI, Raumplanungsgesetz. Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG), Handkommentar, Berne 2006, n. 7 *ad* art. 20.

⁵⁰ OFFICE CANTONAL DU LOGEMENT ET DE LA PLANIFICATION FONCIÈRE, PA/SI/032.01, « Libération des terrains en zone de développement. Échange contre des appartements à construire », 2012.

cantons pourront peut-être être amenés à prévoir de telles compensations dans le cadre de remaniements imposés aux propriétaires concernés.

C. Les lois cantonales contrôlant les démolitions, transformations et rénovations de logements et l'aliénation des appartements loués

Il existe dans les cantons de Bâle-Ville⁵¹, Genève⁵², Lucerne⁵³, Neuchâtel⁵⁴ et Vaud⁵⁵ des lois traitant de la problématique des démolitions, rénovations, changements d'affectation et aliénation d'immeubles de logements ou d'appartements. Ces lois ont généralement pour but de lutter contre la pénurie de logements abordables et d'éviter que des logements ne changent de standing au gré de travaux réalisés par les propriétaires. A cet effet, elles prévoient des régimes d'autorisation tantôt pour la démolition, la transformation ou la rénovation d'immeubles et appartements, tantôt pour le changement d'affectation, tantôt pour la vente d'appartements loués⁵⁶.

Dans le domaine des démolitions, transformations ou changements d'affectation, ces lois ont un champ d'application large puisqu'elles s'appliquent généralement aux maisons d'habitation⁵⁷, ce qui comprend donc non seulement les immeubles locatifs mais aussi les logements en PPE. Seul le canton de Vaud a pris le soin d'exclure de son champ d'application les appartements en copropriété occupés par leur propriétaire.

A notre sens, la différence entre les appartements en PPE, qui sont des objets de propriété individuelle destinés à satisfaire le besoin d'un particulier en logement mais pouvant tout aussi bien être loués pour en dégager un revenu, et les appartements locatifs, qui sont par définition soumis à la location et font à cet effet partie du parc locatif dont les lois en la matière protègent la substance, impose qu'ils soient traités différemment dans la loi, comme c'est le cas dans le canton de Vaud. Il s'agit en effet d'une exigence découlant du principe

⁵¹ Gesetz über die Wohnraumförderung du 5 juin 2013 (SGS BS 861.500 ; « WRFG »).

⁵² 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 (RSG L 5 20 ; « LDTR/GE »).

⁵³ Gesetz über die Erhaltung von Wohnraum du 6 février 1990 (SRL 898).

⁵⁴ Décret concernant la démolition et la transformation de maisons d'habitation du 18 juin 1963 (RSN 844.10 ; ci-après « le Décret ») et Loi limitant la mise en vente d'appartements loués du 22 mars 1989 (RSN 846.0 ; « LVAL »).

⁵⁵ Loi concernant la démolition, la transformation et la rénovation de maisons d'habitation, ainsi que l'utilisation de logements à d'autres fins que l'habitation du 4 mars 1985 (RSV 840.15 ; « LDTR/VD ») et Loi concernant l'aliénation d'appartements loués du 11 décembre 1989 (RSV 840.13 ; « LAAL »).

⁵⁶ Pour un panorama des lois cantonales, voir Emmanuelle GAIDE / Valérie DÉFAGO GAUDIN, La LDTR. Démolition, transformation, rénovation, changement d'affectation. Immeubles de logements et appartements, Berne 2014, p. 87 ss.

⁵⁷ Art. 3 WRFG ; Art. 1 Décret ; art. 2 LDTR/GE.

constitutionnel de l'égalité de traitement qui impose au législateur de régler de manière différente des situations différentes⁵⁸.

Lorsque la loi ne prévoit pas de régime particulier permettant de tenir compte des intérêts du propriétaire d'étages, c'est à l'autorité d'application qu'il appartient de veiller au respect de l'égalité de traitement en vertu de l'égalité devant la loi⁵⁹. Sous cet angle, la pratique genevoise apparaît à cet égard discutable sur la question de la réunion d'appartements.

La réunion de deux appartements, sur le même palier ou par la création d'un duplex, est soumise à autorisation. Lorsque les appartements en question sont des appartements dans des immeubles locatifs, l'autorisation est en principe refusée car la réunion a comme conséquence de faire disparaître une unité de logement du marché locatif ; cela vaut quel que soit le nombre de pièces des appartements avant réunion puisque la pénurie frappe les appartements de toutes tailles. Dans ce cas, la protection du parc de logements doit l'emporter sur l'intérêt du propriétaire ou du locataire de créer un appartement de plus grande taille. Depuis 2012, la réunion d'appartements en PPE est traitée de manière identique à la réunion d'appartements locatifs par les juridictions administratives, qui considèrent que la réunion d'appartements en PPE soustrait également ces objets du marché locatif⁶⁰. A notre sens, cette position n'est pas conforme au principe de l'égalité de traitement car la situation des propriétaires d'appartements en PPE n'est pas identique à la situation des propriétaires d'immeubles locatifs. De plus, elle est contraire au principe de l'intérêt public : le but de la loi est de préserver le parc locatif existant, non de contraindre à sa reconstitution par le retour d'objets en PPE à une affectation locative. Enfin, sous l'angle de la proportionnalité, le refus de réunir des appartements en PPE n'est pas un moyen propre à assurer ledit retour puisque dans un tel cas le propriétaire demeure libre de loger sa famille dans deux objets non réunis, malgré les désagréments pratiques que cela peut lui causer⁶¹. Dans ce cas bien particulier, il apparaît que ni le législateur, ni les autorités ne prennent en compte les spécificités de la PPE dans le régime mis en place.

Dans le domaine des restrictions à l'aliénation des appartements loués, les régimes juridiques mis en place tiennent compte de la spécificité liée à la propriété des appartements sous forme de PPE. En effet, ces logements, lorsqu'ils sont soumis à la PPE dès leur construction, bénéficient de l'octroi d'une dérogation automatique au régime d'interdiction d'aliénation, sans que l'autorité

⁵⁸ ATF 139 I 242 consid. 5.1, JdT 2014 I 71.

⁵⁹ ATF 140 I 201 consid. 6.5.1 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genève/Zurich/Bâle 2011, p. 202.

⁶⁰ ATA/868/2014 du 11 novembre 2014 ; ATA/437/2014 du 17 juin 2014 ; ATA/695/2012 du 16 octobre 2012 ; ATA/270/2012 du 8 août 2012.

⁶¹ GAIDE / DÉFAGO GAUDIN (note 56), p. 202.

n'ait à procéder à une pesée des intérêts⁶². De la même manière, les immeubles à l'origine locatifs mais soumis au régime de la PPE avant l'entrée en vigueur des lois en cause bénéficient de l'autorisation automatique d'aliéner⁶³, étant précisé qu'à Genève l'appartement doit en sus avoir été cédé de manière individualisée avant ce moment⁶⁴. Ce faisant, le législateur a tenu compte du fait que les appartements en PPE sont des objets de propriété individuelle et qu'il ne peut pas être fait interdiction à leur propriétaire de les aliéner sous peine de porter atteinte à la garantie de la propriété (art. 26 Cst.).

II. La PPE face au droit public

Il est de nombreux cas dans lesquels la PPE se retrouve face au droit public. Les points de contact entre contraintes procédurales ou matérielles du droit public et exigences matérielles du droit privé pourraient être affinés, comme l'illustrent les problématiques des requêtes en autorisation de construire portant sur des parties communes de l'immeuble (A.), du recours de la PPE contre un projet de construction dans le voisinage (B.) ou de l'ordre de mise en conformité (C.).

A. La requête en autorisation de construire portant sur les parties communes

La thématique des requêtes en autorisation de construire met en lumière la nécessaire pénétration des règles du droit privé dans les procédures de droit public, imposant à l'autorité administrative ou au juge administratif – parfois réticents – à se pencher sur les règles du droit privé. Les règles en cause sont en l'occurrence les art. 647a à 647e CC qui fixent le mode de décision pour des travaux sur les parties communes de l'immeuble.

La compétence de l'autorité puis de la juridiction administratives sont définies de manière impérative par la loi⁶⁵ de sorte qu'elles ne sont en principe pas compétentes pour examiner et se prononcer sur la réalisation de conditions matérielles relevant d'autres domaines juridiques, en particulier du droit privé. La nécessité d'examiner une question préjudicielle, soit une question dont la résolution est nécessaire et pour laquelle une autre autorité ou juridiction est compétente, impose, respectivement permet, de parfois faire entorse

⁶² Art. 6 al. 2 let. c LVAL ; art. 39 al. 4 let. a LDTR/GE ; art. 4 al. 1 let. b LAAL.

⁶³ Art. 4 al. 1 let. b LAAL.

⁶⁴ Art. 39 al. 4 let. b LDTR/GE.

⁶⁵ Not. art. 7 al. 2 de la Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021 ; « PA »), art. 11 al. 1 de la Loi (genevoise) sur la procédure administrative du 12 décembre 1985 (RSG E 5 10 ; « LPA »), art. 6 al. 2 de la Loi (vaudoise) sur la procédure administrative (RSV 173.36 ; « LPA-VD »).

au principe de la compétence⁶⁶. La jurisprudence a dicté les contours du traitement des questions préjudicielles à traiter par les autorités et juridictions administratives. Selon le Tribunal fédéral, il est généralement admis en droit suisse que, lorsque le sort d'une contestation pendante devant une autorité judiciaire ou administrative dépend de la solution d'une question préjudicielle qui relève en principe d'une autre juridiction, le juge compétent pour statuer sur la contestation principale l'est aussi pour trancher la question préjudicielle. Sa décision sur ce dernier point ne revêt toutefois pas l'autorité de la chose jugée⁶⁷. De plus, elle est tenue par la jurisprudence de l'autorité en principe compétente⁶⁸.

En droit des constructions, la question est avant tout de savoir dans quelle mesure l'autorité ou le juge administratif doit prendre en compte un élément factuel ou juridique relevant du droit privé qui pourrait s'opposer à la réalisation de la construction pour laquelle l'autorisation de construire est requise, soit que le requérant de l'autorisation n'a pas la maîtrise juridique du fonds, soit que des droits de tiers font obstacle au projet. Les législations matérielles, respectivement la manière dont elles sont mises en œuvre, diffèrent selon les cantons.

A Genève, la séparation est très nette et les autorités ou juridictions administratives ne se saisissent guère de questions de droit privé. L'art. 3 al. 6 de la Loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988⁶⁹ réserve les « autres dispositions légales et réglementaires fédérales, cantonales et communales ainsi que les droits des tiers », de sorte qu'aucune autorisation de construire ne peut leur être opposée. Par conséquent, le principe est que les autorités administratives ne se penchent en principe pas sur les questions de droit privé ; en particulier, le fait qu'il puisse exister des servitudes empêchant la réalisation d'un projet n'est pas pris en compte. De plus, l'obligation de la signature des plans par le propriétaire du bien-fonds concerné n'est pas prévue dans la loi, mais uniquement dans le règlement d'application de celle-ci (art. 11 al. 4 du Règlement d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses du 22 février 1978⁷⁰). Ainsi, lorsque des copropriétaires invoquent qu'une requête en autorisation de construire n'a pas été précédée d'une décision valable de la communauté respectivement que la signature du propriétaire figurant sur la requête ne reflète pas la volonté de la communauté, ils sont renvoyés à agir devant les juridictions civiles ; la validité de

⁶⁶ Jacques DUBEY / Jean-Baptiste ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Bâle 2014, p. 89 ; TANQUEREL (note 59), p. 219.

⁶⁷ Voir déjà ATF 88 I 9.

⁶⁸ TANQUEREL (note 59), p. 219.

⁶⁹ RSG L 5 05 ; « LCI ».

⁷⁰ RSG L 5 05.01 ; « RCI ».

l'autorisation de construire n'en est pas affectée⁷¹. Il faut toutefois réserver les cas d'abus, notamment si la personne qui signe la requête en tant que propriétaire ne l'est en réalité plus ; dans ce cas, la requête est invalide⁷².

Dans le canton de Vaud, l'autorité administrative est tenue à un examen plus poussé de la situation sous l'angle du droit privé. En effet, l'art. 104 al. 3 de la Loi sur l'aménagement du territoire et les constructions du 4 décembre 1985⁷³ impose à la commune de ne délivrer un permis de construire qu'après avoir vérifié que « les équipements empruntant la propriété d'autrui sont au bénéfice d'un titre juridique ». La loi exige, de plus, que la demande de permis soit signée non seulement par celui qui fait exécuter les travaux, mais aussi, s'il s'agit de travaux à exécuter sur le fonds d'autrui, par le propriétaire du fonds (art. 108 al. 1 LATC). Il en va de même en Valais (art. 33 al. 2 de la Loi sur les constructions du 8 février 1996⁷⁴). Dans ces cantons, la signature des plans par le propriétaire du fonds, lorsqu'il s'agit d'effectuer des travaux sur le fonds d'autrui, n'est pas une simple prescription de forme, mais une condition de validité de la demande de permis de construire. Vue comme une conséquence du principe de l'accession, elle tend à obtenir l'assurance que celui qui a la maîtrise juridique du fonds consent aux travaux et à tous les effets de droit public qui en découlent. Elle déploie donc des effets concrets sur le plan du droit public⁷⁵.

La jurisprudence vaudoise a d'ailleurs instauré un système de présomption pour la mise en œuvre de l'art. 108 LATC dans le cas de travaux sur les parties communes d'immeubles en PPE : la municipalité, puis le cas échéant l'autorité de recours, doivent se limiter à examiner si l'administrateur de la PPE a apposé sa signature sur les plans, conformément au pouvoir de représentation que lui confère l'art. 712^t CC ; lorsque le dossier comporte la décision de l'assemblée des copropriétaires d'approuver les travaux projetés, la municipalité peut sans autre se fonder sur cette décision. Il ne lui incombe pas de vérifier si l'assemblée des copropriétaires, en prenant sa décision, a respecté les règles procédurales qui déterminent la validité de cette décision. L'autorité administrative n'a pas à entreprendre d'importantes investigations ou analyses juridiques. Elle peut se contenter de trancher cette question sur la base des éléments disponibles. Cette présomption peut toutefois être renversée si des élé-

⁷¹ ATA/21/2008 du 15 janvier 2008 ; ATA/501/2006 du 19 septembre 2006. Apparemment *contra* : Valentin PICCININ, La propriété par étages en procès, Fribourg 2015, p. 265-266.

⁷² ATA/500/2011 du 27 juillet 2011.

⁷³ RSV 700.11 ; « LATC ».

⁷⁴ RSVS 705.1 ; « LC ».

⁷⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_846/2013 du 4 juin 2014, consid. 7.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C_7/2009 du 20 août 2009, consid. 5.2, avec une note critique de Benoît BOVAY / Denis SULLIGER, Aménagement du territoire, droit public des constructions et permis de construire – Jurisprudence rendue en 2010 par la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal, RDAF 2011 I p. 113/176.

ments déterminants permettent de constater que l'accord de la communauté des propriétaires ou la majorité de ses membres aux travaux projetés n'a pas été donné ou a été révoqué⁷⁶.

Dans une affaire récente, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la pratique grisonne qui, comme la pratique genevoise et contrairement aux pratiques vaudoise et valaisanne⁷⁷, ne fait pas de la signature du propriétaire une condition formelle de validité de la demande de permis de construire. Lorsqu'un copropriétaire invoque le défaut d'accord de la communauté pour une construction affectant les parties communes et relève que les plans ne sont purement et simplement pas signés par une personne habilitée à la représenter, l'autorité de police des constructions ne peut pas, sans autres, entrer en matière et se borner à renvoyer les plaideurs à saisir les juridictions civiles ; elle doit au contraire refuser de donner suite à la demande d'autorisation de construire⁷⁸. Par conséquent, l'autorité de police des constructions ne peut pas purement et simplement ignorer les règles matérielles de droit privé relatives à la prise de décision par la communauté des copropriétaires d'étages. Cet arrêt impose à notre sens aux autorités des cantons connaissant un principe de compétence très cloisonné d'aussi examiner *prima facie* si la communauté des copropriétaires d'étages a valablement consenti aux travaux lorsque ceux-ci portent sur les parties communes.

B. Le recours de la PPE contre un projet de construction dans le voisinage

La question de la qualité pour recourir des PPE dans le domaine des autorisations de construire mérite elle aussi que l'on s'y attarde. En effet, la jurisprudence récente met en lumière la nécessaire interaction, voire certaines tensions, entre droit matériel et droit procédural.

En procédure administrative, la qualité pour recourir est définie sous l'angle de l'intérêt digne de protection (art. 89 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005⁷⁹ et 48 PA, qui ont une portée identique⁸⁰). La définition de la qualité pour recourir sous l'angle de l'intérêt digne de protection s'impose aussi dans le contentieux cantonal du droit de l'aménagement du

⁷⁶ AC.2014.0142 du 19 novembre 2014, consid. 2b, et les références.

⁷⁷ Voir, pour une présentation du système en droit bernois : Anita HORISBERGER JECKLIN, *Die Stockwerkeigentümerinnen und -eigentümer im Baubewilligungsverfahren*, KPG-Bulletin 2004, p. 80 ss, et pour un aperçu en droit zurichois : Kaspar PLÜSS, *in* : Alain GRIFFEL (éd.), *Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG)*, 3ème éd., Zurich 2014, Vorbemerkungen zu §1-3, n. 38 ss.

⁷⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_116/2013 du 11 octobre 2013, consid. 5.3.

⁷⁹ RS 173.110 ; « LTF ».

⁸⁰ ATF 139 II 328, consid. 4.5.

territoire et des constructions puisque l'art. 33 al. 3 let. a LAT impose aux autorités et juridictions cantonales de reconnaître la qualité pour recourir au moins dans les mêmes limites que pour le recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral.

Pour être admis au recours en vertu de l'art. 89 LTF, le recourant doit être particulièrement touché par la décision en cause et doit pouvoir invoquer un intérêt digne de protection. L'intérêt digne de protection représente tout intérêt pratique ou juridique à demander la modification ou l'annulation de la décision attaquée. Cet intérêt consiste dans l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant, en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. Il implique que cet intérêt soit direct et concret, le recourant devant se trouver, avec la décision entreprise, dans un rapport suffisamment étroit, spécial et digne d'être pris en considération. Il doit être touché dans une mesure et avec une intensité plus grande que l'ensemble des administrés. Le recours d'un particulier formé dans l'intérêt d'un tiers ou dans l'intérêt général est exclu. Cette exigence a été posée de manière à éviter l'action populaire⁸¹. En droit des constructions, le voisin direct de la construction ou de l'installation litigieuse a en principe la qualité pour recourir ; s'il est certain ou très vraisemblable que l'installation litigieuse serait à l'origine d'immissions - bruit, poussières, vibrations, lumières ou autres - touchant spécialement les voisins, même situés à quelque distance, ces derniers peuvent aussi se voir reconnaître la vocation pour recourir⁸².

De son côté, le droit matériel prévoit que la communauté peut en son nom actionner et être actionnée en justice (art. 712l CC). La communauté des propriétaires d'étages bénéficie donc de la capacité d'ester en justice pour des questions qui relèvent de l'immeuble en propriété par étage. Toutefois, selon la jurisprudence, c'est uniquement dans le cadre restreint de la gestion communautaire que la communauté peut actionner ou être actionnée en justice, à savoir pour ce qui se rapporte aux prétentions ou contestations relevant de l'administration commune des copropriétaires⁸³. De ce fait, la communauté ne peut pas agir en justice pour un état de fait qui ne concerne que les parties exclusives et ne peut, *a fortiori*, pas non plus agir pour des questions qui ne relèvent pas du tout de l'immeuble en propriété par étages⁸⁴.

⁸¹ ATF 137 II 40, consid. 2.3.

⁸² ATF 140 II 214, consid. 2.3.

⁸³ ATF 116 II 55, consid. 4, JdT 1992 I 71 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A_363/2007 du 14 mars 2008, consid. 3.

⁸⁴ Amédéo WERMELINGER, *Das Stockwerkeigentum*, Kommentar der Artikel 712a bis 712t ZGB, Zurich 2014, 2ème éd., n. 161 *ad* Art. 712l CC. Voir également la contribution du Professeur Nicolas JEANDIN dans le présent ouvrage.

La qualité pour agir de la communauté des copropriétaires est généralement reconnue par le Tribunal fédéral dans le domaine de la police des constructions et de l'aménagement du territoire⁸⁵. La communauté des copropriétaires d'étages bénéficie, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, de la qualité pour recourir au même titre que les voisins, sans distinction particulière. Ainsi, une communauté propriétaire d'une parcelle directement voisine de celle où doit s'ériger un projet de construction est particulièrement atteinte par une décision d'octroi d'un permis de construire. Le Tribunal fédéral lui reconnaît par ailleurs un intérêt digne de protection à invoquer le non-respect des règles constructives⁸⁶, une perte de vue⁸⁷ ou une violation des règles sur la densité des constructions⁸⁸.

Une affaire récente soumise à l'examen du Tribunal administratif fédéral a donné l'occasion à cette juridiction de définir de manière plus stricte la qualité pour recourir de la communauté des copropriétaires d'étages. Faisant sienne la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en application de l'art. 712l CC, donc avant tout pour des procédures civiles, le Tribunal administratif fédéral a considéré qu'il lui appartient de vérifier que la communauté dispose bien de la qualité pour agir sur la base de l'art. 712l al. 2 CC en ce sens que le droit déduit en justice entre bien dans ses compétences de gestion⁸⁹. En l'occurrence, l'objet du recours était une décision d'approbation des plans relatif à un chantier de chemin de fer emportant la fermeture temporaire d'un chemin public permettant l'accès à la PPE ; or, selon le Tribunal administratif fédéral, si une telle fermeture d'un chemin touche de fait chacun des propriétaires d'étages, elle ne concerne pas la communauté elle-même et ne relève pas de la gestion des parties communes, de sorte que la communauté n'a pas la qualité pour recourir contre la décision de fermeture du chemin⁹⁰. L'arrêt en cause énumère, en outre, certains domaines dans lesquels la communauté n'a pas la qualité pour agir en justice. Se référant à un arrêt rendu dans une cause civile à la suite d'une action en cessation de trouble fondée sur l'art. 679 CC, le Tribunal administratif fédéral relève que la communauté ne peut subir de dommage propre s'agissant du bruit excessif provenant d'un fonds voisin puisque le

⁸⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_423/2011 du 2 avril 2012, consid. 2.2, et les références. Laurent PFEIFFER, *La qualité pour recourir en droit de l'aménagement du territoire et de l'environnement – Etude de droit fédéral et vaudois*, Zurich 2013, p. 44.

⁸⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_269/2008 du 25 novembre 2008, consid. 1.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 1C_423/2011 du 2 avril 2012, consid. 2.2.

⁸⁹ *Ibid.* Le juge doit aussi s'assurer, si la communauté agit par l'entremise de son administrateur, que celui-ci a bien été, sauf urgence, autorisé préalablement par l'assemblée générale des propriétaires d'étages à procéder en ce sens.

⁹⁰ Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-578/2014 du 23 juillet 2014, consid. 1.2.1.5.

bruit indispose les seules personnes physiques, non la communauté en tant que telle⁹¹.

A notre avis, il est correct de limiter la possibilité de recourir de la communauté des copropriétaires d'étages aux seules affaires relevant de la gestion des parties communes. Toutefois, le Tribunal administratif fédéral interprète à notre sens de manière bien trop étroite la notion de « gestion des parties communes ». En refusant de prendre en considération les nuisances ou désavantages effectivement subis par l'ensemble des copropriétaires, qu'il s'agisse des désagréments liés à un accès supprimé ou de nuisances sonores, il contrevient à notre sens à la définition de l'intérêt digne de protection en vertu de l'art. 89 LTF ; en effet, l'intérêt digne de protection exige, pour l'admission au recours, rien d'autre qu'un avantage pratique à l'annulation de la décision attaquée. De plus, en droit des constructions, l'intérêt au recours de tiers, notamment les voisins, est défini au travers des nuisances qu'ils subissent ; dans la réflexion, il n'est nullement tenu compte de savoir si les voisins en question sont des personnes physiques ou morales ni de leur statut juridique quant à leur bien-fonds. Ce sont les nuisances perceptibles depuis la parcelle voisine qui sont déterminantes, indépendamment de savoir qui du propriétaire, du locataire ou d'un occupant à un autre titre les perçoit. Il n'y a sous cet angle aucun motif d'exiger plus de la communauté des copropriétaires d'étages que d'un propriétaire détenant le bien-fonds sous une autre forme juridique. Il serait en outre artificiel de refuser la qualité pour recourir à une communauté de copropriétaires d'étages qui recourt contre un projet de construction sur une parcelle pour l'aspect du recours concernant les nuisances sonores et de l'accepter pour ce qui concerne le respect des prescriptions constructives comme le permet le Tribunal fédéral.

Par conséquent, c'est avec une extrême précaution que les juridictions devraient reprendre la jurisprudence relative à l'art. 712/ CC pour définir les contours de la qualité pour recourir de la communauté des copropriétaires d'étages en droit des constructions. Il ne faut en effet pas perdre de vue que l'exigence découlant de l'art. 712/ CC de procéder en relation avec la gestion des parties communes repose sur la nécessité de disposer d'un titre, partant d'un intérêt, juridique à l'action. Au contraire, en droit public, la qualité pour recourir ne se définit pas au moyen d'un intérêt juridique, mais au travers d'un intérêt de fait. Reprendre strictement la notion de gestion des parties communes telle que définie dans la jurisprudence relative à l'art. 712/ CC dénature une définition de la qualité pour recourir définie avec constance et stabilité en droit public en général et en droit de l'aménagement du territoire et des constructions en particulier.

⁹¹ *Ibid.*

C. Le destinataire de l'ordre de mise en conformité

Lorsqu'une construction contrevient aux règles de droit public, l'autorité administrative en ordonne la remise dans un état conforme au droit. Lorsque la contravention concerne un bâtiment en PPE, la question est de savoir qui d'un ou de plusieurs copropriétaires ou de la communauté des copropriétaires peut se voir signifier un ordre de mise en conformité et qui, par conséquent, doit assumer les frais qui se rapportent à cette mesure.

Une mesure de police, à savoir une mesure qui vise à rétablir une situation conforme au droit, à prévenir une violation du droit ou à sanctionner une violation du droit, en cas de trouble à l'ordre public, ne peut viser que le perturbateur. Par perturbateur, il faut comprendre la personne qui est directement la cause du trouble de l'ordre public. Toutefois, l'existence de ce lien direct doit, selon les objectifs visés par la loi, être atténué et toucher aussi d'autres personnes indirectement en relation avec le trouble de l'ordre public. Par conséquent, on distingue le perturbateur par comportement du perturbateur par situation. Le perturbateur par comportement est celui dont les actes ou les omissions ou ceux des tiers qui en dépendent ont provoqué l'atteinte. Le perturbateur par situation est celui à qui il incombe de remettre une chose dans un état conforme à l'ordre public en raison de ses liens avec cette chose, généralement parce qu'elle en dispose ou en jouit comme propriétaire ou possesseur⁹². Face à une pluralité de perturbateurs, l'autorité doit agir envers celui ou ceux qui sont le plus en mesure de rétablir une situation conforme au droit⁹³.

Lorsque l'ordre de mise en conformité porte sur un immeuble en PPE, le destinataire de cet ordre ne peut donc se dégager de l'obligation qui lui est imposée en se prévalant de ce qu'il n'est pas à l'origine du trouble, respectivement qu'il n'a pas la maîtrise juridique ou factuelle sur l'immeuble ou la partie concernée de celui-ci. C'est ainsi que le Tribunal fédéral a confirmé qu'un ordre de remettre en état un bâtiment mal insonorisé pouvait être signifié non seulement au copropriétaire qui en l'occurrence avait bâti l'immeuble et était à l'origine du défaut d'insonorisation, mais également au copropriétaire de l'appartement en cause ainsi qu'à la communauté des copropriétaires d'étages dans la mesure où les parties communes, à savoir l'enveloppe du bâtiment, étaient concernées⁹⁴. La faculté de gestion des parties communes est donc prise en compte pour déterminer qui est susceptible de répondre en vertu du principe du perturbateur.

⁹² ATF 122 II 65, consid. 6a ; ATF 107 Ia 19, consid. 2a. TANQUEREL (note 59), p. 191.

⁹³ TANQUEREL (note 59), p. 192.

⁹⁴ ATF 122 II 65, consid. 6b.

III. Le droit public dans la PPE

Parfois enfin, le droit public s'invite de près ou de loin dans les relations entre copropriétaires. Dans une affaire récente, le Tribunal fédéral a constaté que la liberté de communication d'un propriétaire d'étages (art. 16 Cst. et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974⁹⁵) n'était pas violée par l'interdiction qui lui était faite par l'administrateur de la PPE d'installer une antenne parabolique sur son balcon en application du règlement de PPE⁹⁶. La formulation de cet arrêt ne doit pas laisser à penser que le Tribunal fédéral entend consacrer un effet horizontal direct des droits fondamentaux dans les relations entre copropriétaires.

Pour rappel, et en référence à la terminologie utilisée par la doctrine constitutionnelle genevoise, les droits fondamentaux sont avant tout dirigés « contre » l'Etat⁹⁷ ; en effet, quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux (art. 35 al. 2 Cst.). C'est ainsi que la protection des droits fondamentaux est représentée comme ayant un effet vertical, car mettant en jeu l'Etat bénéficiant de la puissance publique, d'une part, et le citoyen, d'autre part. On oppose à cette relation verticale la relation horizontale entre citoyens se trouvant *a priori* sur un pied d'égalité. Dans les relations horizontales entre citoyens, les droits fondamentaux sont mis en œuvre par le législateur puis le juge puisque l'art. 35 al. 1 Cst. impose que les droits fondamentaux soient réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique : le législateur adopte des règles de rang infraconstitutionnel qui ont pour fonction de mettre en œuvre les droits fondamentaux et le juge doit interpréter les lois de manière conforme aux droits fondamentaux⁹⁸. L'effet horizontal indirect se réfère à l'interprétation conforme à la Constitution des normes de rang infraconstitutionnel⁹⁹. L'effet horizontal est direct lorsqu'un droit fondamental s'applique directement dans les relations de droit privé entre les particuliers, avec pour effet de restreindre leur liberté d'action¹⁰⁰. Ainsi, l'art. 8 al. 3, 3^{ème} phrase, Cst., qui garantit l'égalité de salaires entre hommes et femmes, a un effet horizontal direct¹⁰¹.

⁹⁵ RS 0.101 ; « CEDH ».

⁹⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 5D_98/2012 du 14 août 2012 consid. 6, SJ 2013 I 205.

⁹⁷ Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELLIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II, Les droits fondamentaux, 3^{ème} éd., Berne 2013, p. 55.

⁹⁸ AUER / MALINVERNI / HOTTELLIER (note 97), p. 60 s.

⁹⁹ AUER / MALINVERNI / HOTTELLIER (note 97), p. 61.

¹⁰⁰ Samantha BESSON, L'égalité horizontale : l'égalité de traitement entre particuliers : des fondements théoriques au droit privé suisse, Fribourg 1999, p. 247. Voir ég. Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I p. 1/193-194.

¹⁰¹ D'autres exemples sont cités par la doctrine : l'effet direct de la liberté personnelle dans la relation entre le patient et son médecin (AUER / MALINVERNI / HOTTELLIER [note 97], p. 64) et l'effet direct de la

C'est de manière indirecte que les droits fondamentaux marquent de leur empreinte la PPE. Il s'agit avant tout de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) mais aussi du principe de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.) ou de l'interdiction de la rétroactivité (généralement rattaché à l'art. 5 al. 1 Cst.), ces deux derniers principes étant codifiés dans le Code civil.

Le principe de l'égalité de traitement dans la PPE est le fruit d'une construction jurisprudentielle. Selon le Tribunal fédéral, la relation entre les copropriétaires est soumise au principe de l'égalité de traitement. Si, en effet, l'exigence de l'égalité de traitement n'est pas un principe non écrit du droit des choses et qu'en droit des contrats ce principe n'est d'une façon générale pas applicable, en revanche, pour les sociétés organisées corporativement (associations, coopératives, sociétés commerciales), le principe d'égalité s'applique comme principe général non écrit repris expressément aux art. 706 al. 2 ch. 3 et 854 CO. Or, les copropriétaires ont une relation semblable à un lien corporatif, de sorte que le principe de l'égalité de traitement leur est applicable¹⁰². Toutefois, les dispositions matérielles de la propriété par étages ne garantissent la protection de la minorité que sur le plan procédural¹⁰³. En outre, le principe est appliqué avec retenue, comme cela ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral pour qui des différences entre les copropriétaires sont permises et souvent nécessaires et ne contreviennent au principe d'égalité que si elles n'ont pas de fondement pertinent. Elles doivent en outre dépasser un certain seuil d'importance¹⁰⁴. Ainsi, n'a pas été considéré comme contraire au principe de l'égalité entre copropriétaires le fait de dispenser l'un d'eux de la prise en charge des frais se rapportant à des enseignes apposées sur la façade de l'immeuble¹⁰⁵.

Pour ce qui est du principe de la bonne foi, sa concrétisation est avant tout le fait du législateur. Il découle en effet de l'art. 2 al. 2 CC le devoir d'exercer son droit avec ménagement. Agit abusivement celui qui, face à plusieurs possibilités pratiquement équivalentes d'exercer son droit, choisit sans motif pertinent précisément celle qui implique des désavantages particuliers pour autrui¹⁰⁶. Dans les relations entre copropriétaires, l'injonction d'exercer son droit avec ménagement se concrétise en particulier dans la protection des minorités. La majorité ne doit pas exercer abusivement son pouvoir au détriment des intérêts opposés de la minorité en lui portant atteinte sans motifs pertinents¹⁰⁷.

liberté de conscience et de croyance telle que garantie par l'art. 15 al. 2 Cst. (BESSON [note 100], p. 253).

¹⁰² ATF 131 III 459 consid. 5.4.2, SJ 2006 I 117.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ ATF 131 III 459 consid. 5.4.5, SJ 2006 I 117.

¹⁰⁶ ATF 131 III 459 consid. 5.3, SJ 2006 I 117.

¹⁰⁷ *Ibid.*

De ce fait, la doctrine voit en l'art. 2 al. 2 CC une interdiction de discriminer entre propriétaires d'étages sur la base de motifs injustifiés¹⁰⁸.

On mentionnera enfin l'interdiction de la rétroactivité, elle aussi codifiée, de l'art. 1 Tit. fin. CC. Selon la jurisprudence consacrée, le rattachement d'un rapport d'obligation au droit en vigueur au moment de sa constitution vise à protéger la confiance subjective des parties, qui ont soumis leurs relations à un droit matériel qui leur était connu, et tend aussi à empêcher que des droits valablement acquis par un acte juridique soient enlevés à leur titulaire par le seul effet de la loi¹⁰⁹. L'interdiction de la rétroactivité vaut pour le Règlement d'administration et d'utilisation dont se dote la communauté des copropriétaires de sorte que, lorsqu'une modification réglementaire ne contient pas de dispositions transitoires, la rigueur attachée au changement abrupt de régime doit être appréciée au regard de la jurisprudence relative à l'art. 1 Tit. fin. CC¹¹⁰.

Conclusion

En 50 ans, la PPE a fait sa place dans le paysage juridique. Répondant à l'origine à un besoin de société, donc à un intérêt public, elle a non seulement pris sa place et confirmé sa nécessité, mais elle se révèle aussi désormais être un instrument au service des politiques publiques de l'aménagement du territoire et du logement. Permettant l'accès à la propriété de biens individuels dans un mode d'habitat collectif, elle est aussi un moyen de satisfaire au but de l'aménagement du territoire visant à une occupation mesurée du sol.

Genève, qui est précurseur en la matière, fait de la PPE un instrument à part entière de la politique du logement : avec le régime de contrôle des prix dans les zones de développement, le canton est en mesure d'offrir des logements en PPE à la classe moyenne à des prix attractifs, facilitant ainsi l'accès à la propriété conformément au mandat constitutionnel. Par ailleurs, la construction et la vente de logements en PPE dans les périmètres des zones développées permet de parvenir à l'équilibre financier des opérations de construction de logements, soutenant ainsi la politique très active de l'Etat visant à fournir des logements locatifs d'utilité publique en suffisance. Enfin, dans ces périmètres toujours, la présence de logements en PPE garantit la mixité sociale des quartiers. Dans un avenir plus ou moins proche, la fixation de règles relatives aux logements à loyer modérés dans les plans d'affectation va se généraliser, à

¹⁰⁸ BESSON (note 100), p. 239.

¹⁰⁹ ATF 133 III 105, consid. 2.1.1.

¹¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_690/2011 du 10 janvier 2012, consid. 3.2.

tout le moins dans les cantons frappés par la pénurie, déterminant par ricochet le taux admissible et souhaitable de logements en PPE dans un périmètre.

L'examen de la jurisprudence relative à l'accès de la PPE aux autorités et juridictions administratives montre qu'il existe une certaine tension entre la mise en œuvre des règles relevant de la procédure administrative et le point de contact avec la PPE que constitue l'art. 712I CC. La jurisprudence de droit civil relative à la faculté de procéder ne peut, avec les limites qu'elle contient, être purement et simplement transposée aux recours en matière administrative, l'art. 712I CC étant construit autour d'un titre juridique à agir tandis que la qualité pour recourir en procédure administrative se fonde sur un intérêt de fait. En revanche, il est à saluer, sous l'angle du principe d'économie de procédure, que les juridictions administratives soient invitées à examiner, par les questions préjudicielles, l'enjeu des projets soumis à leur examen sous l'angle du droit privé ; en cela, le contentieux en matière de dépôt de projets de construction sur les parties communes de PPE a permis de clarifier la question.