

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/9376/2018

ACJC/1759/2018

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU LUNDI 10 DECEMBRE 2018

Entre

1) Monsieur A_____, domicilié _____, appelant d'une ordonnance rendue par la 19ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 26 juillet 2018, comparant par Me Julien Blanc, avocat, rue des Alpes 15, case postale 1592, 1211 Genève 1, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

2) Monsieur B_____, domicilié c/o Mme C_____, _____, autre appelant, comparant par Me François Membrez, avocat, rue Verdaine 12, case postale 3647, 1211 Genève 3, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

et

COMMUNAUTE DES PROPRIETAIRES PAR ETAGES DE L'IMMEUBLE "D_____", sise _____, intimée, comparant par Me Bertrand Reich, avocat, rue de Candolle 24, 1205 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 21.12.2018.

EN FAIT

- A.** Par ordonnance OTPI/491/2018 du 26 juillet 2018, notifiée aux parties le 2 août 2018, le Tribunal de première instance a rejeté la requête de mesures provisionnelles formée par A_____ et B_____ à l'encontre de la COMMUNAUTE DES PROPRIETAIRES PAR ETAGES DE L'IMMEUBLE "D_____" [ci-après : PPE D_____] et tendant à l'interdiction d'entreprendre certains travaux (chiffre 1 du dispositif), mis les frais, arrêtés à 1'440 fr. et compensés avec l'avance fournie, à charge de A_____ et B_____ solidairement (ch. 2 et 3), condamné ceux-ci, conjointement et solidairement, à verser à la PPE D 1'500 fr. à titre de dépens (ch. 4) et débouté les parties de toutes conclusions (ch. 5).
- B.**
- a.** Par acte unique déposé le 13 août 2018 au greffe de la Cour de justice, A_____ et B_____ ont formé appel de cette ordonnance et conclu, préalablement, à ce que la Cour ordonne la comparution des parties à une audience de débats. Ils ont conclu, principalement, à ce que la Cour annule l'ordonnance entreprise, cela fait, fasse interdiction à la PPE D_____, à son administrateur ou à tout tiers, sous menace des peines prévues à l'art. 292 CP et des amendes prévues à l'art. 343 al. 1 let. b et c CPC, de débiter ou, le cas échéant, de continuer tous travaux quels qu'ils soient en relation avec l'autorisation de construire DD 1_____ délivrée par le Département de l'aménagement, du logement et de l'énergie le 26 juillet 2016 et publiée dans la Feuille d'avis officielle le _____ 2016 et leur impartisse un délai pour le dépôt d'une requête au fond en constatation de la nullité absolue d'une décision, sous suite de frais et dépens.
- b.** La PPE D_____ a conclu au rejet de l'appel et à la confirmation de l'ordonnance entreprise, sous suite de frais et dépens.
- c.** Les parties ont répliqué, respectivement dupliqué, et persisté dans leurs conclusions.
- d.** Par avis du 28 septembre 2018, la Cour a informé les parties de ce que la cause était gardée à juger.
- C.** Les faits pertinents suivants résultent du dossier :
- a.** La parcelle n° 2_____ de la commune [de] E_____ [GE], sise 3_____, est soumise au régime de la propriété par étages et appartient à A_____ et B_____, à F_____, ainsi qu'à cinq autres copropriétaires. Les copropriétaires forment la PPE D_____.
- Le bâtiment G_____ se trouve sur cette parcelle.

A_____ et B_____ sont copropriétaires de deux arcades au rez-de-chaussée de ce bâtiment, lesquelles sont louées à une _____ et à un _____ et bénéficient d'une ouverture directe sur la rue.

b. Le 27 juin 2013, la PPE D_____ a tenu une assemblée générale ordinaire. A_____ et B_____ étaient présents.

Lors de cette assemblée, un projet de "*revitalisation*" du bâtiment G_____ a été présenté aux copropriétaires, car le centre ne répondait plus aux impératifs énergétiques, sécuritaires et commerciaux. Dans le cadre de ce projet, la transformation de servitudes de passage et de parties communes en surfaces commerciales était nécessaire. Il a été précisé par le mandataire de F_____ que le projet de revitalisation nécessiterait l'approbation unanime des copropriétaires. Les copropriétaires présents ont donné leur accord de principe sur le projet, sans engagement formel, et ont validé l'intérêt et la nécessité de cette revitalisation. Une commission a été créée sur le thème "*revitalisation de G_____*" dont A_____ a fait partie.

Il n'est pas allégué que les servitudes précitées donneraient un droit d'accès direct à la rue aux arcades appartenant à A_____ et B_____.

c. Lors de l'assemblée générale ordinaire de la PPE D_____ du 18 juin 2014, à laquelle A_____ et B_____ étaient présents ou valablement représentés, l'accord de principe du 27 juin 2013 a été rappelé.

Il a été décidé de constituer un groupe de travail auquel A_____ a participé. Ce groupe de travail devait évaluer l'impact financier du projet de revitalisation sur la valeur des lots de la PPE D_____, dans le but de préparer une assemblée générale extraordinaire qui permettrait aux copropriétaires de prendre une décision tant sur le plan architectural que sur la question des servitudes.

d. Le 17 juin 2015, les "*Commissions techniques des copropriétés H_____ et D_____*", dont le rôle était d'étudier le projet de revitalisation sous ses aspects techniques et financiers dans le but de le préavisier à l'intention de tous les copropriétaires, se sont réunies. A cette occasion, A_____, par la voix de son représentant, s'est exprimé sur le projet d'indemnisation pour la modification des servitudes de passage.

e. Lors de l'assemblée générale ordinaire de la PPE D_____ du 29 juin 2015, à laquelle A_____ et B_____ étaient présents ou valablement représentés, il a été annoncé qu'une assemblée générale extraordinaire de la PPE D_____ serait convoquée en lien avec le projet de revitalisation pour le 7 octobre 2015. Les copropriétaires seraient alors appelés à se prononcer sur le montant de l'indemnisation accordée au titre de la modification des servitudes de passage et sur le dépôt de la demande d'autorisation de construire.

f. Aucune assemblée générale n'a été convoquée pour le 7 octobre 2015.

g. Par courrier du 7 mars 2016, une assemblée générale extraordinaire de la PPE D_____ a été convoquée.

Selon l'ordre du jour, les copropriétaires seraient invités à donner leur accord de principe sur le calcul de l'indemnité à verser par F_____ - en tant que principale investisseur et acquéreur des surfaces commerciales à créer - à la PPE D_____ au titre de la modification des servitudes de passage et du rachat de surfaces communes. A ce sujet, il était fait référence aux plans actualisés de l'architecte en lien avec le dégrèvement des servitudes et le rachat des surfaces communes. Les copropriétaires devraient aussi se prononcer sur le "*mandat à donner à l'administrateur I_____ pour la signature au nom de la [PPE D_____] de la demande d'autorisation de construire pour la revitalisation de G_____ qui sera[it] déposée auprès de l'Office des Autorisations de Construire*".

Une fiche individuelle relative à chaque lot PPE concerné était jointe à la convocation, qui résume la répartition du coût des travaux, en tenant compte de l'indemnité versée.

h. Lors de l'assemblée générale extraordinaire du 22 mars 2016, à laquelle A_____ et B_____ étaient présents ou valablement représentés, les copropriétaires ont approuvé, à l'unanimité des présents, représentant plus de la moitié des copropriétaires, et à la double majorité des parts et des tantièmes, l'accord de principe sur l'indemnité versée par F_____ au titre de la modification des servitudes de passage et du rachat de surfaces communes, ainsi que le "*mandat à donner à l'administrateur I_____ pour la signature au nom de la [PPE D_____] de la demande d'autorisation de construire pour la revitalisation de G_____ qui sera[it] déposée auprès de l'Office des Autorisations de Construire*".

i. Le 12 mai 2016, J_____ SA a déposé, pour le compte de la PPE D_____, une demande d'autorisation de construire auprès du Département de l'aménagement, du logement et de l'énergie (DALE) portant sur la revitalisation de G_____.

Selon les plans, l'accès direct à la rue des arcades dont A_____ et B_____ sont copropriétaires est condamné.

L'autorisation a été délivrée le 26 juillet 2016 et publiée dans la Feuille d'avis officielle du _____ 2016.

j. A_____ et B_____ ont formé recours le 14 septembre 2016 contre l'autorisation de construire, en concluant à son annulation. Ils ont invoqué la violation des règles de modification du plan de quartier et l'incompatibilité des façades prévues avec l'activité de leurs locataires. Ils se sont ainsi plaints de la modification de leurs arcades qui n'auraient plus pignon sur rue une fois la

revitalisation achevée. Selon eux, la PPE D_____ ne s'était pas prononcée sur cette question.

Le recours a été rejeté par jugement du Tribunal administratif de première instance du 24 mars 2017, confirmé par arrêt de la Cour de justice du 20 février 2018.

k. Par acte adressé le 25 avril 2018 au Tribunal, A_____ et B_____ ont formé une requête de mesures provisionnelles à l'encontre de la PPE D_____.

Ils ont conclu à ce que le Tribunal fasse interdiction à celle-ci, à son administrateur ou à tout tiers, sous menace des peines prévues à l'art. 292 CP et des amendes prévues à l'art. 343 al. 1 let. b et c CPC, de débiter ou, le cas échéant, de continuer tous travaux quels qu'ils soient en relation avec l'autorisation de construire DD 1_____ délivrée par le Département de l'aménagement, du logement et de l'énergie le 26 juillet 2016 et publiée dans la Feuille d'avis officielle le _____ 2016 et leur impartisse un délai pour le dépôt d'une requête au fond en constatation de la nullité absolue d'une décision, sous suite de frais et dépens.

l. Le 18 juin 2018, la PPE D_____ a conclu au rejet de la requête.

m. A l'audience du Tribunal du 25 juin 2018, les parties ont plaidé oralement et persisté.

A l'issue de l'audience, la cause a été gardée à juger.

- D.** Dans son ordonnance du 26 juillet 2018, le Tribunal a retenu que le vote litigieux avait porté sur un objet inscrit valablement à l'ordre du jour. Il convenait donc de déterminer si l'ordre du jour était suffisamment clair et précis pour que A_____ et B_____ puissent comprendre qu'il s'agissait d'approuver le projet de revitalisation tel qu'il allait faire l'objet de la demande d'autorisation de construire. Il était dans ce cadre peu vraisemblable que les intéressés n'aient pas eu connaissance des plans lors de la votation. Ils devaient en outre comprendre que l'octroi du mandat pour déposer l'autorisation de construire impliquait le dépôt de celle-ci. La décision n'était ni nulle, ni annulable, le délai pour la contester étant échu. L'invocation d'une violation du droit de veto était abusive. Il n'existait donc pas de prétention au fond justifiant l'octroi de mesures provisionnelles.

EN DROIT

- 1.** L'appel a été interjeté dans le délai et la forme utiles (art. 130, 131 et 314 al. 1 CPC), à l'encontre d'une décision rendue sur mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC).

Lorsque l'action ne porte pas sur le paiement d'une somme d'argent déterminée, le Tribunal détermine la valeur litigieuse si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur

ce point ou si la valeur qu'elles avancent est manifestement erronée (art. 91 al. 2 CPC). La contestation des décisions de l'assemblée générale de la propriété par étages est en principe une cause de nature pécuniaire, en particulier lorsque le litige porte sur des mesures de construction dans des parties communes de la PPE. Les droits litigieux ont une valeur pécuniaire, qui peut être évaluée. A cet égard, les motifs de la contestation (violation prétendue des prescriptions relatives au *quorum* et au droit de veto, ou du règlement, grief d'abus de droit) ne sont pas déterminants (ATF 108 II 77 consid. 1b). Pour le calcul de la valeur litigieuse, est en principe décisif l'intérêt de la communauté de copropriétaires défenderesse en tant que collectivité et non celui du recourant, propriétaire d'étage demandeur (ATF 140 III 571 consid. 1.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_386/2009 du 31 juillet 2009 consid. 5.1).

En l'occurrence, l'intérêt de l'intimée à mener sans retard des travaux importants sur un immeuble de grande taille excède manifestement 10'000 fr., ainsi que l'admettent les parties, de sorte que la voie de l'appel est ouverte. Le dossier ne permet cependant pas d'arrêter avec précision la valeur litigieuse, soit la perte subie par l'intimée si les travaux litigieux devaient être retardés.

L'appel est donc recevable.

2. **2.1** La Cour revoit le fond du litige avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC); dans le cadre de mesures provisionnelles, instruites selon la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC), sa cognition est toutefois circonscrite à la vraisemblance des faits allégués ainsi qu'à un examen sommaire du droit (ATF 131 III 473 consid. 2.3; arrêt du Tribunal fédéral 2C_611/2011 du 16 décembre 2011 consid. 4.2).

2.2 Selon l'art. 316 al. 1 CPC, l'instance d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces.

Les appelants demandent la tenue d'une audience de débats. Il y sera cependant renoncé dans la mesure où les parties ont été entendues oralement en première instance et n'indiquent pas les raisons nécessitant la tenue d'une audience en deuxième instance, étant précisé que la Cour considère être en mesure de statuer sur la base du dossier.

3. Les appelants reprochent au Tribunal d'avoir considéré que l'ordre du jour de l'assemblée générale extraordinaire du 22 mars 2016 et le libellé des décisions prises à cette occasion portaient sur l'approbation des plans du projet de revitalisation et sur le dépôt d'une autorisation de construire correspondante et que la portée de ces décisions avait pu être comprise par les votants, alors que tel n'était pas le cas. Les décisions concernées étaient donc nulles.

3.1

3.1.1 Selon l'art. 261 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable, d'une part, qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (al. 1 let. a) et, d'autre part, que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (al. 1 let. b).

Le requérant doit avant tout rendre vraisemblable que le droit matériel invoqué existe et que le procès a des chances de succès (ATF 131 III 473 consid. 2.3), faute de quoi la requête doit être rejetée, sans qu'il soit nécessaire de passer à l'examen des conditions inscrites à l'art. 261 al. 1 let. a et b CPC (arrêt du Tribunal fédéral 5A_1016/2015 du 15 septembre 2016 consid. 5.3).

3.1.2 Selon l'art. 712m al. 2 CC, la contestation des décisions de l'assemblée des propriétaires d'étages est régie par les règles applicables à l'association, c'est-à-dire par l'art. 75 CC. La contestation des décisions se fait généralement par une action tendant à l'annulation de la décision prise, la sécurité des transactions et l'intérêt des partenaires contractuels d'une propriété par étages recommandant en effet de n'admettre que restrictivement la nullité d'une décision prise par l'assemblée des propriétaires d'étages. L'existence d'une cause de nullité ne peut d'ailleurs être définie de façon générale et abstraite: chaque cas concret doit être analysé individuellement, même si certains cas types de nullité ont néanmoins été dégagés, telles les décisions qui vont à l'encontre de la structure fondamentale de la propriété par étages, violent les règles qui sont destinées à protéger les tiers, notamment les créanciers, ont un contenu immoral ou impossible ou encore violent les droits de la personnalité (ATF 143 III 537 consid. 4.2.1).

L'action tendant à l'annulation de la décision de l'assemblée des propriétaires d'étages doit être intentée dans le délai péremptoire (ATF 85 II 525 consid. 3; 132 III 503 consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_537/2011 du 23 janvier 2012 consid. 5.3.1) d'un mois à compter du jour où le demandeur a eu connaissance de la décision (art. 75 CC sur renvoi de l'art. 712m al. 2 CC). La nullité d'une décision doit en revanche être constatée d'office; chaque propriétaire d'étages peut s'en prévaloir en tout temps, par voie d'action ou d'exception (ATF 143 III 537 consid. 4.2.2; arrêts du Tribunal fédéral 5A_198/2014 du 19 novembre 2014 consid. 5.3.2; 5C_177/2006 du 19 décembre 2006 consid. 4.2).

3.1.3 La convocation qui ne présente pas un ordre du jour complet présente un défaut pouvant entraîner l'annulabilité de la décision (ATF 136 III 174 consid. 5.1.2), mais non sa nullité. La même conclusion s'impose lorsque la description d'un sujet traité à l'ordre du jour est imprécise, peu claire ou trompeuse (arrêt du Tribunal fédéral 5A_760/2011 du 18 mai 2012 consid. 3.2.3.1).

Selon l'art. 67 al. 3 CC, les décisions de l'assemblée générale ne peuvent être prises en dehors de l'ordre du jour que si les statuts le permettent expressément: il

faut donc, en règle générale, que les objets sur lesquels l'assemblée doit statuer soient portés à l'ordre du jour. Les textes allemand et italien de cette disposition précisent qu'ils doivent l'être dûment (*gehörig angekündigt, debitamente preannunciati*). La question de savoir s'il en est ainsi se tranche de cas en cas, en fonction des circonstances concrètes: un objet est dûment porté à l'ordre du jour lorsqu'il est indiqué de telle manière que les membres ne soient pas surpris et puissent se préparer à en débattre; il suffit que, sur le vu de l'ordre du jour et des statuts, les membres sachent sur quels points il y aura lieu de délibérer et, le cas échéant, de prendre une décision (ATF 126 III 5 consid. 2a; 114 II 193 consid. 5b). On ne peut cependant admettre que sont dûment portés à l'ordre du jour tous les objets qui peuvent être impliqués dans la formulation qu'il adopte ou que cette formulation n'exclut pas (ATF 114 II 193 consid. 5b; arrêt du Tribunal fédéral 5A_760/2011 du 18 mai 2012 consid. 3.2.3.1).

3.2 En l'espèce, il appert que l'ordre du jour transmis dans la convocation du 7 mars 2016, en vue de l'assemblée générale extraordinaire du 22 mars 2016, est identique au texte de la décision prise lors dite assemblée générale. Il ne saurait donc être considéré que la décision a été prise en dehors de l'ordre du jour et que la convocation serait dès lors affectée d'un vice.

Autre est la question de savoir si la proposition soumise au vote et adoptée par l'unanimité des personnes présentes n'était pas claire ou sujette à interprétation, ainsi que le soutiennent les appelants.

Il ressort du dossier que les copropriétaires ont été informés de l'existence d'un projet de revitalisation du centre commercial en juin 2013 déjà, puis que ce projet a pris forme au fil des années suivantes. A ce sujet, A_____ a participé à tous les groupes de travail créés. Dès juin 2014, il a été annoncé qu'une assemblée générale extraordinaire serait convoquée, afin de valider le concept architectural et la question des servitudes. En juin 2015, les appelants ont été informés qu'une assemblée générale extraordinaire devait être prochainement convoquée, lors de laquelle leur approbation pour le dépôt d'une autorisation de construire serait demandée.

Ainsi, lorsque l'assemblée générale extraordinaire du 22 mars 2016 a été convoquée, puis s'est réunie, les copropriétaires, plus particulièrement les appelants, avaient connaissance depuis longtemps de l'existence d'un projet de rénovation. Le Tribunal a retenu à cet égard qu'un faisceau d'indices rendait vraisemblable que les appelants connaissaient les plans architecturaux pertinents, notamment par la participation de l'un d'eux aux commissions créées autour de ce projet. Cette constatation n'a pas été remise en cause par les appelants, qui estiment que la question pertinente est, au contraire, celle de savoir s'ils pouvaient comprendre qu'ils validaient le projet condamnant les arcades donnant sur la rue lors du vote du 22 mars 2016.

Or, il ressort du libellé de l'objet soumis au vote qu'un mandat est donné pour déposer une demande d'autorisation de construire, ce qui implique et comprend nécessairement l'acceptation par les copropriétaires des plans et travaux envisagés. Il paraît peu vraisemblable de soutenir que les copropriétaires auraient pu souhaiter seulement désigner celui qui déposerait la demande d'autorisation de construire, dans un premier temps, sans que celui-ci soit autorisé à le faire, et que le dépôt doive faire l'objet d'une décision ultérieure. Au contraire, il incombait aux copropriétaires de refuser ou de demander des éclaircissements avant le vote s'ils estimaient que les travaux pour lesquels ils désignaient celui qui était autorisé à déposer une demande d'autorisation ne devaient pas être approuvés en l'état et qu'un vote sur cette question spécifique devait intervenir. Or, aucune question n'a été soulevée à cette occasion, les copropriétaires présents, y compris les appelants, étant tous favorables, sans réserve, au dépôt de la demande d'autorisation de construire.

A ce sujet, les appelants prétendent avoir été toujours opposés à la condamnation des arcades dont ils sont copropriétaires. Cela ne ressort cependant aucunement du dossier. Certes, ils ont fait valoir cet argument, mais postérieurement, lors de la procédure de recours administratif.

En définitive, les appelants ne rendent pas vraisemblable que la décision prise le 22 mars 2016 ne tendait pas, ne serait-ce qu'implicitement, à l'acceptation des plans, lesquels comprenaient la condamnation de l'accès à la rue de leurs arcades. La décision de donner un mandat à l'administrateur de déposer une autorisation de construire ne pouvait pas être comprise autrement.

Il ne saurait donc être vraisemblablement question d'une nullité de la décision en raison d'un vice affectant l'ordre du jour comme le soutiennent les appelants.

4. Les appelants invoquent ensuite une violation des règles sur le *quorum*.

Sous couvert de cet argument, les appelants invoquent en réalité une prétendue mauvaise application des art. 647d al. 2 et 3 CC.

4.1.1 Les art. 646 et suivants CC, respectivement 712a et suivants CC, prévoient trois types de majorité auxquelles les décisions de l'assemblée des propriétaires d'étages peuvent être soumises: la majorité des propriétaires d'étages - applicable pour toutes les décisions pour lesquelles ni la loi, ni le règlement d'administration et d'utilisation ne prévoient une majorité qualifiée déterminée (ATF 131 III 459 consid. 5.2) -, la double majorité des propriétaires d'étages et des quotes-parts et l'unanimité des propriétaires d'étages (ATF 143 III 537 consid. 4.2.3; 131 III 459 consid. 5.2).

Ainsi, selon l'art. 647d al. 1 CC - applicable à la propriété par étages selon le renvoi de l'art. 712g al. 1 CC - les travaux de réfection et de transformation

destinés à augmenter la valeur de la chose ou à améliorer son rendement ou son utilité sont décidés à la majorité de tous les copropriétaires représentant en outre, leurs parts réunies, plus de la moitié de la chose.

L'art. 647d al. 2 et 3 CC prévoit que les modifications ayant pour effet de gêner notablement et durablement, pour un copropriétaire, l'usage ou la jouissance de la chose selon sa destination actuelle ou qui en compromettent le rendement ne peuvent pas être exécutées sans son consentement et que, lorsque des modifications entraîneraient pour un copropriétaire des dépenses qui ne sauraient lui être imposées, notamment parce qu'elles sont disproportionnées à la valeur de sa part, elles ne peuvent être exécutées sans son consentement que si les autres copropriétaires se chargent de sa part des frais, en tant qu'elle dépasse le montant qui peut lui être demandé.

Selon la doctrine et la jurisprudence, sont utiles des travaux qui visent à rénover le chauffage central qui fonctionne encore (arrêt du Tribunal fédéral 5C_264/2006 du 30 mars 2007 consid. 5 cité par WERMELINGER, La propriété par étages, 3^{ème} éd. 2015, n. 131) ou l'aménagement de parties communes afin de rendre leur utilisation plus rationnelle ou d'augmenter leur valeur de rendement (WERMELINGER, *loc. cit.*).

4.1.2 Concernant la violation des règles légales impératives en matière de *quorum*, le Tribunal fédéral a estimé qu'une décision, qui n'a pas été prise valablement parce que le *quorum* requis n'a pas été atteint, ne devient pas valable du fait qu'elle n'a pas été attaquée, mais doit être considérée comme nulle (ATF 78 III 33 consid. 9). Il s'est toutefois écarté de cette solution dans son arrêt publié aux ATF 86 II 78 s'agissant d'une augmentation de capital (consid. 6b) pour finalement laisser la question indécise (arrêt du Tribunal fédéral 5A_499/2010 du 20 décembre 2010 consid. 8.3 et 8.6). La doctrine est partagée sur ce point. Certains auteurs s'expriment ainsi en faveur de la nullité; d'autres, plus nuancés, ne l'excluent pas mais, dans le doute, privilégient l'annulabilité; d'autres s'expriment enfin en faveur de l'annulabilité (ATF 143 III 537 consid. 4.2.3).

Dans l'ATF 143 III 537, le Tribunal fédéral a ainsi jugé que la décision litigieuse (soit le passage du vote par tête au vote par lot), bien que prise à la majorité qualifiée en lieu et place de l'unanimité, n'était pas pour autant nulle, car son résultat était légal et licite et la sécurité du droit commandait de préférer l'annulabilité afin, dans le doute, de ne pas remettre en cause toutes les décisions prises ultérieurement et de protéger les tiers de bonne foi, puisque la modification contestée était inscrite au Registre foncier.

4.2 Il est vraisemblable que les travaux envisagés, soit des travaux censés améliorer le potentiel énergétique et sécuritaire et moderniser une galerie commerciale vieillissante sont des travaux utiles, ce que les appelants ne remettent

pas en cause. Il est incontesté que la décision du 22 mars 2016 a été prise à la double majorité des copropriétaires et des parts.

Les appelants prétendent avoir fait usage de leur droit de veto, ce qui ne ressort toutefois pas de la procédure, puisqu'au contraire, ils ont accepté les propositions qui leur étaient soumises lors du vote à l'assemblée générale. Ils prétendent ne pas avoir compris l'objet du vote, ce qui n'est cependant pas vraisemblable comme il a été démontré au consid. **3.2** *supra*. En outre, en l'absence de toute communication à la communauté des copropriétaires, l'on ne saurait retenir que l'entame d'une procédure de droit public contre l'autorisation de construire signifie l'expression d'un droit de veto découlant du droit privé. Il est patent que les appelants ne se sont jamais adressés à l'administrateur ou à toute autre personne liée à la propriété par étages concernée pour faire part de leur refus, ni d'ailleurs pour demander des précisions sur le projet.

Par ailleurs, le dépôt de mesures provisionnelles plus de deux ans après le vote ne peut vraisemblablement pas signifier l'expression valable du droit de veto consacré à l'art. 647d al. 2 et 3 CC. Les appelants ont suscité une confiance légitime des autres copropriétaires en ne leur indiquant jamais, durant le processus de préparation du projet, qu'ils entendaient s'opposer aux travaux. Ils les ont, au contraire, acceptés lors d'un vote dûment formalisé. Les présentes mesures provisionnelles, par lesquelles les appelants cherchent à faire constater la nullité d'une décision qu'ils ont approuvée plus de deux ans avant le dépôt de leur requête et une année après qu'ils se sont plaints judiciairement une première fois que leurs arcades n'auraient plus pignon sur rue une fois les travaux exécutés sont vraisemblablement contraires à la bonne foi, ce d'autant plus que la décision de l'assemblée générale a conduit à la publication de l'autorisation de construire, qui est désormais entrée en force et connue des tiers de bonne foi.

Au vu de ce qui précède, l'ordonnance entreprise sera confirmée, dès lors que l'existence du droit matériel invoqué n'est pas rendue vraisemblable au sens de l'art. 261 CPC.

5. 5.1 Les frais de la procédure, arrêtés à 2'400 fr. (art. 26 et 37 RTFMC), seront mis à charge des appelants qui succombent, solidairement entre eux, et compensés avec l'avance de frais de même montant versée par eux (art. 106 al. 1 et 111 al. 1 CPC).

5.2 Les appelants seront condamnés solidairement entre eux à verser des dépens en 2'000 fr. à l'intimée, débours et TVA inclus (art. 85 al. 2, 84, 88 et 89 RTFMC; art. 106 al. 1 CPC)

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ et B_____ contre l'ordonnance OTPI/491/2018 rendue le 26 juillet 2018 par le Tribunal de première instance dans la cause C/9376/2018-19 SP.

Au fond :

Confirme l'ordonnance entreprise.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais de la procédure d'appel à 2'400 fr., les met à charge de A_____ et B_____ conjointement et solidairement et les compense avec l'avance de frais versée qui demeure acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ et B_____, conjointement et solidairement, à verser 2'000 fr. à titre de dépens d'appel à la COMMUNAUTE DES PROPRIETAIRES PAR ETAGES DE L'IMMEUBLE "D_____".

Siégeant :

Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, présidente; Monsieur Laurent RIEBEN et Madame Eleanor McGREGOR, juges; Madame Mélanie DE RESENDE PEREIRA, greffière.

La présidente :

Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ

La greffière :

Mélanie DE RESENDE PEREIRA

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF indéterminée.