

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2655/2010-LDTR

ATA/270/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 8 mai 2012

dans la cause

Madame C _____ G _____ et Monsieur P _____ G _____
représentés par Me Edmond Tavernier, avocat

contre

ASLOCA ASSOCIATION GENEVOISE DE DÉFENSE DES LOCATAIRES

**Recours contre la décision de la commission cantonale de recours en matière
administrative du 9 novembre 2010 (DCCR/1712/2010)**

EN FAIT

1. Madame C_____ G_____ et Monsieur P_____ G_____ (ci-après : les époux G_____) sont copropriétaires depuis le 28 septembre 2001 de deux appartements contigus situés au 7^{ème} étage de l'immeuble _____, rue de E_____, à Genève. Il s'agit d'un appartement de 2 pièces (lot de propriété par étages [ci-après : PPE] n° 9.02) et d'un appartement de 4 pièces (lot PPE n° 9.03).

Ces appartements constituent le logement des époux G_____ et de leurs trois enfants, nés respectivement en 1999, 2001 et 2004.

2. Le 17 avril 2001, M. P_____ G_____ avait déposé en mains du département de l'aménagement, de l'équipement et du logement (ci-après : DAEL), devenu depuis le département des constructions et des technologies de l'information (ci-après : DCTI) une demande d'autorisation en procédure accélérée portant sur la réunion des deux appartements susmentionnés (APA 18505-6).

Dans le cadre de l'instruction de cette demande, le service juridique chargé de l'application de la 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 (LDTR - L 5 20) a émis le 10 mai 2001 un préavis défavorable, les travaux de transformation prévus ne répondant à aucun intérêt public ou général au sens de l'art. 9 LDTR.

3. Le 2 juillet 2001, le DAEL a écrit à M. P_____ G_____ pour lui indiquer qu'une décision de refus d'autorisation lui serait prochainement notifiée, la demande ayant pour effet de retirer un appartement de l'offre de logements à louer.
4. Le 3 août 2001, M. P_____ G_____ a informé le DAEL que l'un des appartements étant désormais loué, il renonçait à obtenir l'autorisation sollicitée, si bien que le DAEL a classé la demande le 8 août 2001.
5. Le 5 mars 2002, les époux G_____ ont acquis l'autre appartement contigu de 3 pièces (lot PPE n° 9.01). Jusqu'en février 2010, celui-ci était loué, mais le bail en avait été résilié de manière anticipée par le locataire.
6. Le 4 décembre 2001, les époux G_____ ont déposé en mains du DAEL une demande d'autorisation en procédure accélérée portant sur la rénovation de l'appartement de 4 pièces, lot PPE 9.03 (APA 19443-6). Une fois refait, ce logement constituerait leur domicile principal.

Dans le cadre de l'instruction de cette demande, le service juridique LDTR a émis le 17 décembre 2001 un préavis favorable.

Le DAEL a accordé l'autorisation sollicitée le 18 janvier 2002, à condition notamment que les dispositions de la LDTR soient respectées.

7. Le 7 février 2002, les époux G_____ ont déposé en mains du DAEL une demande d'autorisation en procédure accélérée portant sur la transformation de l'appartement de 2 pièces, soit le lot PPE n° 9.02 (APA 19708-6).

Dans le cadre de l'instruction de cette demande, le service juridique LDTR a émis le 10 juin 2002 un préavis favorable.

Le DAEL a écrit au mandataire des époux G_____ le 6 mai 2002 pour lui faire part que le projet ne comportait pas de cuisine, ce qui faisait perdre son caractère d'habitation à l'appartement : une telle transformation reviendrait à retirer un appartement du marché locatif de la même manière que le projet de réunion des deux appartements objet de l'APA 18505, projet retiré par les intéressés et auquel le DAEL ne pouvait répondre favorablement. Le 6 juin 2002, le mandataire a soumis un nouveau plan, qui maintenait la cuisine.

Le DAEL a accordé l'autorisation sollicitée le 18 janvier 2002, à condition notamment que les dispositions de la LDTR soient respectées, et que, au cas où les propriétaires renonceraient à occuper l'appartement, celui-ci soit destiné à la location et que son loyer annuel n'excède pas CHF 7'200.- pendant une durée de trois ans à dater de la mise en location ; tous travaux supplémentaires devaient faire l'objet d'une demande complémentaire.

8. Suite à une dénonciation d'un habitant de l'immeuble, un collaborateur du service juridique du DCTI a procédé le 16 mars 2010 à la visite des 3 appartements des époux G_____, et a constaté que des travaux avaient été entrepris sans autorisation et étaient en cours d'exécution, à savoir la démolition des cloisons de séparation entre les 3 appartements en vue de leur réunion, le démantèlement d'une partie de l'installation électrique et la démolition partielle des revêtements de sol.

Le même jour, le DCTI a écrit aux époux G_____ en décrivant les travaux en cause et en leur intimant l'ordre d'arrêter immédiatement ceux-ci, toutes mesures complémentaires ou sanctions étant expressément réservées.

9. Le 17 mars 2010, les époux G_____ ont déposé en mains du DCTI une demande d'autorisation en procédure accélérée portant sur la réunion des trois appartements (APA 32823-6).

Par courrier séparé du même jour, ils ont précisé au DCTI qu'ils désiraient désormais utiliser l'appartement de trois pièces (lot PPE n° 9.01) pour leur propre usage. Ils souhaitaient réaliser les travaux de réfection décrits dans l'APA.

10. Il résulte des plans déposés à l'appui de la demande d'autorisation que ne subsistaient plus sur l'étage que deux cuisines, soit celles du 3 et du 4 pièces (respectivement lots PPE n^{os} 9.01 et 9.03).

11. Le 17 mars 2010 également, les époux G_____ ont signé une déclaration d'engagement libellée comme suit, « la liaison entre les trois appartements de 2, 3 et 4 pièces au septième étage de l'immeuble _____, rue de E_____, est autorisée à titre provisoire en faveur de Monsieur P_____ G_____ et Madame C_____ G_____, copropriétaires des appartements. Lots PPE (23/3124-22 ; 23/3124-23 ; 23/3124-24). Monsieur P_____ G_____ et Madame C_____ G_____ s'engagent à utiliser les appartements concernés au titre d'habitation principale. En cas de location ou de départ, les copropriétaires ont l'obligation de rétablir la séparation totale entre les appartements avant cette réunion et d'effectuer les travaux nécessaires à leur utilisation indépendante, ceci à leurs frais et de leur propre initiative. Dans le cas où ces conditions ne seraient pas respectées, le Département ci-dessus, se réserve de considérer la situation ainsi créée comme illicite, avec les conséquences prévues par la loi.

Au vu de ce qui précède, [les soussignés] pren[nent] note et accepte[nt] que la présente restriction fasse l'objet d'une inscription au Registre foncier [ci-après : RF], conformément à ce que prévoit l'article 153 de la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988 (LCI - L 5 05) ».

12. Dans le cadre de l'instruction de l'APA 32823-6, le DCTI a recueilli les préavis nécessaires, qui tous ont été positifs, en particulier celui émis le 7 avril 2010 par le service juridique LDTR. Seule la commune a émis un préavis défavorable au vu de l'art. 9 LDTR.

13. Le 28 juin 2010, le DCTI a délivré l'autorisation sollicitée, laquelle a été publiée dans la Feuille d'Avis Officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 2 juillet 2010.

Les chiffres 6 et 7 de l'autorisation prévoyaient que « les travaux seront exécutés pour le compte des copropriétaires qui occuperont l'appartement résultant de la transformation au titre d'habitation principale conformément à l'engagement [enregistré le 18 mars 2010]. La réunion des trois appartements est autorisée à titre provisoire et personnel à Monsieur P_____ G_____ et à Madame C_____ G_____. Elle est admise jusqu'au départ de Monsieur et Madame G_____, moment où la séparation entre les trois appartements devra être rétablie. Mention serait [*sic*] faite au RF de l'obligation susmentionnée dès l'entrée en force de la présente autorisation. Au cas où un, deux ou trois des

appartements seraient mis en location pendant la période de contrôle de 3 ans à compter de la fin des travaux, leur loyer, qui devra répondre aux exigences de la [LDTR], sera soumis pour approbation au [DCTI] ».

14. Le même jour, soit le 28 juin 2010, le DCTI a fait parvenir à chacun des époux G_____ un courrier d'accompagnement valant décision. L'autorisation de construire régularisait l'infraction commise, mais une amende administrative de CHF 500.- était infligée à chacun des copropriétaires au vu des travaux entrepris sans autorisation.
15. Par acte du 2 août 2010, l'Association genevoise de défense des locataires (ci-après : ASLOCA) a recouru contre l'autorisation précitée auprès de la commission cantonale de recours en matière administrative (ci-après : CCRA), devenue depuis le 1^{er} janvier 2011 le Tribunal administratif de première instance (ci-après : TAPI). Les époux G_____ voulaient transformer et réunir trois appartements en un seul logement de luxe, supprimant ainsi deux appartements du parc locatif. L'autorisation délivrée par le DCTI devait être annulée.
16. Aussi bien les époux G_____ que le DCTI se sont opposés au recours.
17. La CCRA a tenu une audience de comparution personnelle des parties le 9 novembre 2010.

Mme C_____ G_____ a exposé qu'en 2004, elle avait eu un troisième enfant. Le troisième appartement avait été occupé par un locataire jusqu'en 2010. Lorsque ce dernier avait résilié le bail, son mari et elle-même avaient projeté de réunir les trois appartements, compte tenu notamment du fait que leur fils aîné était devenu préadolescent.

Les époux G_____ avaient, lors de la réunion des trois appartements, maintenu les pièces telles qu'elles étaient. La clef de répartition des locaux n'avait pas été modifiée. Etant donné qu'ils n'avaient pas besoin de deux cuisines, ils souhaitaient en supprimer une pour en faire une chambre. Pour le troisième appartement, les travaux avaient consisté uniquement à déposer les meubles de cuisine.

Mme C_____ G_____ travaillait à domicile en tant que consultante en administration de sites Internet, activité qu'elle exerçait à 70 % environ. Son entreprise était en raison individuelle. Elle n'avait pas d'employé et ne recevait pas de clients chez elle, les rendez-vous ayant lieu chez ces derniers.

18. Par décision du 9 novembre 2010, communiquée aux parties le 30 du même mois, la CCRA a admis le recours et annulé l'autorisation querellée.

L'intérêt privé des époux G_____ à la réunion de leurs trois appartements ne pouvait l'emporter sur l'intérêt public consistant à maintenir un parc locatif, à tout le moins du troisième appartement. L'engagement des intéressés de rétablir la

séparation des appartements réunis lors de leur départ ne pouvait se substituer au but poursuivi par la LDTR. De plus, il ressortait du plan visé *ne varietur* figurant au dossier qu'un bureau avait été aménagé dans un des appartements à des fins professionnelles pour l'exploitation de l'entreprise indépendante de Mme C_____ G_____ sous la raison individuelle « W_____ ». Il s'agissait manifestement d'un changement d'affectation qui devait être soumis à la LDTR.

19. Par acte posté le 29 décembre 2010, les époux G_____ ont recouru contre la décision précitée auprès du Tribunal administratif, devenu depuis le 1^{er} janvier 2011 la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative).

La décision attaquée consacrait une restriction disproportionnée du droit fondamental à la propriété, ainsi qu'une inégalité de traitement injustifiée.

Le DCTI avait développé une pratique qui consistait à autoriser la réunion d'appartements aux conditions qu'ils soient occupés par leur propriétaire et que ces derniers rétablissent la séparation à leurs frais et de leur propre initiative en cas de location ou de départ.

Cette pratique permettait d'atteindre le but de la LDTR tout en préservant les intérêts privés des propriétaires de jouir de leur bien. En annulant purement et simplement l'autorisation de réunir des appartements, la CCRA avait opté pour une mesure qui portait une atteinte grave à la garantie constitutionnelle de la propriété, alors qu'une alternative aux effets moins prononcés existait.

Les trois appartements réunis ne constituaient pas un logement de luxe : il était en réalité composé de 8,5 pièces, étant précisé que l'une d'elles faisait moins de 9 m². La surface totale était de 138 m² pour une moyenne 11,9 m² par pièce. Selon un recensement réalisé en 2000, la surface moyenne d'un appartement de quatre pièces à Genève était de 98 m² et celle des cinq pièces ou plus de 153 m². Ainsi, du point de vue de la surface, l'appartement créé correspondait à un logement de cinq pièces plutôt qu'à un appartement de luxe de neuf pièces comme le présentait l'ASLOCA.

La CCRA avait interprété les faits de manière erronée en retenant que l'une des pièces de l'appartement aurait été affectée à l'usage exclusif de Mme C_____ G_____ pour son activité de webmaster. Cette pièce était réservée aux activités intellectuelles : les enfants y effectuaient leurs devoirs et les parents leurs tâches administratives. Travailler à la maison était pour ceux-ci une nécessité destinée à concilier les impératifs professionnels et familiaux.

Enfin, la décision de la CCRA créait une inégalité de traitement, d'autres propriétaires ayant pu bénéficier de la part du DCTI d'autorisations de réunir des appartements.

Ils concluent à l'annulation de la décision querellée et à la confirmation de l'APA/32823 du 28 juin 2010, avec suite de frais et dépens.

20. Le 10 janvier 2011, le TAPI a déposé son dossier sans observations.
21. Dans sa réponse du 29 février 2011, l'ASLOCA s'est opposée au recours, persistant dans sa précédente argumentation.
22. Le 15 mars 2011, le DCTI a conclu à l'annulation de la décision rendue par la CCRA et à la confirmation de l'APA 32823-6 délivrée le 28 juin 2010. Il était quelque peu disproportionné d'interdire à un propriétaire la réunion d'appartements alors que ce dernier les destinait à son usage personnel et qu'il n'avait pas l'intention de les remettre en location. Ces appartements étant *de facto* retirés du marché locatif, il avait ainsi considéré qu'il était justifié d'en autoriser la réunion, à la condition toutefois que le propriétaire s'engage à en restituer l'état initial en cas de départ et que cette charge soit inscrite au RF.
23. Interpellé par le juge délégué, le DCTI a répondu le 31 mai 2011 qu'il n'était pas en mesure d'étayer sa pratique en matière de réunion d'appartements, ces situations n'étant pas répertoriées. En tout état, l'office du RF avait l'obligation d'informer l'office de l'urbanisme de toute vente qui devrait intervenir afin que ce dernier puisse contrôler que les dispositions de la LDTR et les autorisations délivrées étaient bien respectées. La pratique du département au sujet des réunions d'appartement était récente, remontant à une dizaine d'années, et il n'y avait apparemment pas encore eu de cas où les bénéficiaires de ce genre d'autorisation avaient été amenés à vendre leur bien.
24. Le juge délégué s'est adressé une nouvelle fois au DCTI, qui a répondu le 31 août 2011.

Il délivrait les autorisations de réunion d'appartements dans la mesure où ces appartements étaient *de facto* retirés du marché locatif, puisque propriété de la même personne, et lorsque le propriétaire s'engageait à en restituer l'état initial en cas de départ et à faire inscrire cette charge au RF.

En revanche, il ne pouvait étayer sa pratique en ce qui concernait l'obligation des propriétaires de remettre en état les appartements concernés « en cas de vente », car aucune demande d'autorisation de construire en vue de remise en état ne lui avait encore été adressée à ce jour.
25. Le 6 septembre 2011, le juge délégué a informé les parties de ce que l'instruction de la cause lui paraissait terminée. Un délai au 30 septembre 2011 leur était toutefois imparti pour formuler toute requête complémentaire.
26. Le 30 septembre 2011, les époux G_____ ont répliqué. Ils persistaient dans les conclusions de leur recours, tout en ajoutant deux conclusions préalables, à

savoir la production par le DCTI de tous les dossiers dans lesquels une réunion d'appartements similaire avait été autorisée, et celle de tous les dossiers dans lesquels une réunion d'appartements avait été autorisée sans charge imposée aux propriétaires.

27. Le 29 septembre 2011, le DCTI a indiqué n'avoir pas de requête supplémentaire à formuler. L'ASLOCA ne s'est pas manifestée suite à la transmission du mémoire de réplique.
28. Le 24 novembre 2011, la chambre administrative a invité le DCTI à lui faire parvenir les dossiers d'autorisations de construire APA 18505/1, APA 19443/1 et APA 19708/1 et son dossier d'infraction I 4614, soit tous ceux concernant les logements occupés par les époux G_____.
29. Le DCTI a communiqué les quatre dossiers en question à la chambre administrative le 19 janvier 2012.
30. Le 24 janvier 2012, la chambre administrative a fixé aux parties un délai au 24 février 2012 pour formuler des observations suite à cette communication, après quoi la cause serait gardée à juger.
31. Le 24 février 2012, les époux G_____ ont persisté dans leur recours.

Malgré leurs conclusions du 30 septembre 2011, la chambre administrative n'avait pas ordonné de mesures pour établir l'existence de la pratique du DCTI consistant à autoriser les réunions d'appartements à usage exclusif des propriétaires. Si par impossible la pratique du DCTI devait être jugée illégale, elle fondait néanmoins le droit au respect de l'égalité de traitement, le DCTI n'entendant pas revenir sur sa pratique, et aucun intérêt privé ou public prépondérant ne s'opposant à l'application de la jurisprudence permettant en l'espèce de faire primer l'égalité de traitement.

Ils concluaient donc à nouveau à ce qu'il soit ordonné au DCTI de produire tous les dossiers dans lesquels la réunion d'appartements à usage exclusif des propriétaires avait été autorisée moyennant la mention au RF de leur engagement de restituer les appartements dans leur état initial en cas de départ, et de produire tous les dossiers dans lesquels une telle réunion aurait été autorisée sans charge.

32. Le 24 février 2012, l'ASLOCA a persisté dans ses précédentes conclusions.

Les appartements en PPE n'étaient pas forcément sortis du marché locatif, certains propriétaires louant leur bien. La LDTR s'appliquait aussi aux appartements en PPE. L'art. 9 al. 2 LDTR pris *a contrario* interdisait d'accorder une autorisation lorsque celle-ci aurait pour effet de faire diminuer le nombre de logements destinés à la location, même à titre provisoire. Le DCTI avait donc contourné la loi. Il était très difficile quoi qu'il en soit de surveiller si les

propriétaires respectaient l'injonction de remettre leurs appartements en l'état, et le DCTI ne semblait pas tenir de registre à cet effet, ce qui permettait de prévoir que les autorisations provisoires deviendraient dans les faits définitives.

33. Le DCTI n'a pas déposé d'observations.
34. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Depuis le 1^{er} janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 131 et 132 LOJ).

Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1^{er} janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer.

2. Interjeté en temps utile devant la juridiction alors compétente, le recours est recevable de ces points de vue (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - aLOJ ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 dans sa teneur au 31 décembre 2010).

Néanmoins, les conclusions nouvelles formées par les recourants dans leur réplique sont irrecevables, puisque formulées après l'expiration du délai de recours et dès lors tardives (ATA/644/2011 du 11 octobre 2011 consid. 10 et les arrêts cités).

3. Les conclusions déposées par l'ASLOCA sont en revanche recevables, cette association ayant participé à la procédure de première instance (art. 7 *cum* 60 al. 1 let. a et 73 al. 1 LPA), et la jurisprudence constante consacrant sa qualité pour agir au sens de l'art. 45 al. 5 LDTR (ATA/130/2007 du 20 mars 2007 consid. 2 ; ATA/571/2006 du 31 octobre 2006 consid. 2 et les arrêts cités).

4. La LDTR s'applique à tout bâtiment situé dans l'une des zones de construction prévues par l'art. 19 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, du 4 juin 1987 (LaLAT - L 1 30) ou construit au bénéfice d'une norme de l'une des 4 premières zones de construction en vertu des dispositions applicables aux zones de développement (art. 2 al. 1 let. a), et comportant des locaux qui, par leur aménagement et leur distribution, sont affectés à l'habitation (art. 2 al. 1 let. b).

La LDTR est dès lors applicable à l'immeuble dans lequel sont situés les appartements propriétés des recourants.

5. La LDTR a pour but de préserver l'habitat et les conditions de vie existants ainsi que le caractère actuel de l'habitat dans les zones visées expressément par la loi (art. 1 al. 1 LDTR). La loi prévoit notamment à cet effet, tout en assurant la protection des locataires et des propriétaires d'appartements, des restrictions à la démolition, à la transformation et au changement d'affectation des maisons d'habitation (art. 1 al. 2 let. a LDTR). Plus spécifiquement, la LDTR vise à éviter la disparition à long terme de logements à usage locatif (Arrêt du Tribunal fédéral 1P.406/2005 du 9 janvier 2006 consid. 3.3).

6. Selon l'art. 9 al. 1 LDTR, une autorisation est nécessaire pour toute transformation ou rénovation au sens de l'art. 3 al. 1, soit notamment pour tous travaux ayant pour objet de modifier l'architecture, le volume, l'implantation, la destination, la distribution intérieure de tout ou partie d'une maison d'habitation (art. 3 al. 1 let. a LDTR). L'autorisation est accordée lorsque l'état du bâtiment comporte un danger pour la sécurité et la santé de ses habitants ou des tiers ; lorsque la réalisation d'opérations d'aménagement ou d'assainissement d'intérêt public le commande ; lorsque les travaux permettent la réalisation de logements supplémentaires ; lorsque les travaux répondent à une nécessité ou qu'ils contribuent au maintien ou au développement du commerce et de l'artisanat, si celui-ci est souhaitable et compatible avec les conditions de vie du quartier ; pour les travaux de rénovation (art. 9 al. 1 let. a à e LDTR).

A teneur de l'art. 9 al. 2 LDTR, le DCTI accorde l'autorisation si les logements transformés répondent, quant à leur genre, leur loyer ou leur prix, aux besoins prépondérants de la population.

Selon l'al. 1 de l'art. unique de l'arrêté déterminant les catégories d'appartements où sévit la pénurie en vue de l'application des art. 25 à 39 LDTR du 27 juillet 2011 (ArAppart - L 5 20.03), il y a pénurie au sens de ces dispositions dans toutes les catégories des appartements de 1 à 7 pièces inclusivement.

7. Le droit fédéral prime le droit cantonal dans les domaines placés dans la compétence de la Confédération et que celle-ci a effectivement réglementés (art. 49 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 - Cst. - RS 101). Les règles cantonales qui seraient contraires au droit fédéral, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en œuvre, doivent ainsi céder le pas devant le droit fédéral. Ce principe n'exclut cependant toute réglementation cantonale que dans les matières que le législateur fédéral a réglées de façon exhaustive, les cantons restant au surplus compétents pour édicter, quand tel n'est pas le cas, des dispositions de droit public dont les buts et les moyens envisagés convergent avec ceux prévus par le droit fédéral

(ATF 130 I 82 consid. 2.2, 169 consid. 2.1, 279 consid. 2.2, et les arrêts cités). Si donc, dans les domaines régis en principe par le droit civil fédéral, les cantons conservent la compétence d'édicter des règles de droit public en vertu de l'art. 6 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CCS - RS 210), c'est à condition que le législateur fédéral n'ait pas entendu régler une matière de façon exhaustive, que les règles cantonales soient motivées par un intérêt public pertinent et qu'elles n'éluent pas le droit civil, ni n'en contredisent le sens ou l'esprit (ATF 130 I 169 consid. 2.1 ; 129 I 330 consid. 3.1, 402 consid. 2, et les arrêts cités). En matière de législation sur le logement, il est interdit aux cantons d'intervenir dans les rapports directs entre les parties au contrat de bail, réglés exhaustivement par le droit fédéral (Arrêt du Tribunal fédéral 1P.20/2005 du 18 mars 2005 consid. 2.2 ; ATF 117 Ia 328 consid. 2b ; 113 Ia 126 consid. 9d). Cela étant, les cantons demeurent libres d'édicter des mesures destinées à combattre la pénurie sur le marché locatif, par exemple en soumettant à autorisation la démolition, la transformation et la rénovation de maisons d'habitation (ATF 135 I 233 consid. 8.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1P.20/2005 du 18 mars 2005 consid. 2.2), étant précisé toutefois que les règles de droit cantonal se doivent non seulement d'être rédigées, mais aussi interprétées et appliquées de manière conforme au droit supérieur (ATF 137 I 167 consid. 3.4 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C_222/2010 du 29 juillet 2010 consid. 3.3).

Selon la jurisprudence, la réglementation mise en place par la LDTR est en soi conforme au droit fédéral et à la garantie de la propriété (Arrêt du Tribunal fédéral 1C_358/2010 du 18 janvier 2011 consid. 3.3 ; ATF 116 Ia 401 consid. 9). Il se peut néanmoins que des décisions prises sur la base de cette loi heurtent le droit fédéral (pour un exemple, cf. Arrêt du Tribunal fédéral 1C_250/2010 du 26 août 2010 consid. 3.3).

8. Dans sa jurisprudence rendue au sujet de l'art. 9 LDTR, la chambre de céans a parfois considéré qu'il convenait de refuser une autorisation de réunion d'appartements de par le simple fait qu'une telle réunion soustrayait du marché locatif un ou plusieurs appartements de 1 à 7 pièces (ATA/362/2005 du 24 mai 2005 consid. 6 ; ATA/72/2004 du 20 janvier 2004 consid. 4 ; ATA/789/2003 du 28 octobre 2003 ; ATA/700/2000 du 14 novembre 2000).

Dans d'autres cas, la réunion d'appartements a en revanche été admise (ATA/966/2004 du 14 décembre 2004, recours admis dans la mesure où il n'y avait pas de soustraction aux besoins prépondérants de la population, et où une remise en état, malgré une violation caractérisée de la législation en matière de constructions et de logement, n'avait plus de sens ; ATA/750/2002 du 3 décembre 2002 consid. 5a, dans lequel l'addition de deux pièces provenant d'un local commercial à un appartement de 2 pièces revenait à mettre sur le marché locatif, à terme, davantage de surface locative).

9. Dans le cas d'espèce, la réunion des trois appartements soustrairait pour une durée indéterminée deux appartements au marché locatif. A cet égard, le nombre de pièces et la surface de l'appartement après réunion importent peu, chacun des trois appartements actuels comprenant entre 1 et 7 pièces et étant donc visé par l'ArAppart.

Néanmoins, même le refus d'autorisation ne saurait avoir pour effet de forcer les propriétaires à louer l'un ou l'autre des trois appartements, ce qui serait à l'évidence contraire à la garantie de la propriété (cf. ATF 112 Ia 382 consid. 5b). Quelle que soit la décision relative à la demande d'autorisation de construire, les appartements en cause seront occupés par leurs propriétaires aussi longtemps que ceux-ci le souhaitent.

C'est ainsi à raison que le jugement attaqué a admis une violation de l'art. 9 LDTR.

10. L'argumentation des recourants se fonde sur un changement de pratique du DCTI, qui accorderait désormais des autorisations aux propriétaires désireux de réunir leurs appartements, pourvu qu'ils les occupent personnellement et qu'ils s'engagent à remettre les lieux en état en cas de départ.
11. Selon la jurisprudence constante, un changement de jurisprudence ou de pratique administrative est admissible et ne contrevient pas à la sécurité du droit, au droit à la protection de la bonne foi et à l'interdiction de l'arbitraire lorsqu'elle s'appuie sur des raisons objectives, telles qu'une connaissance plus exacte ou complète de l'intention du législateur, la modification des circonstances extérieures, un changement de conception juridique ou l'évolution des mœurs (ATF 137 V 314 consid. 2.2 ; 136 III 6 consid. 3 ; 135 I 79 consid. 3 ; 135 II 78 consid. 3.2 ; 133 III 335 consid. 2.3 ; 127 I 49 consid. 2.3 ; ATA/355/2009 du 28 juillet 2009 consid. 7).
12. Avant toutefois de pouvoir examiner le bien-fondé d'un changement de pratique, encore faut-il que ce dernier soit avéré.

A cet égard, la position du DCTI au cours de la procédure est fortement ambivalente. Il a certes décrit la pratique alléguée par les recourants comme étant désormais la sienne. Il n'a cependant fourni aucune référence ni aucun dossier concernant des cas semblables, se contentant, après deux interpellations par la chambre de céans lui demandant expressément d'étayer sa pratique, de se dire disposé à faire parvenir à la chambre administrative quelques dossiers la confirmant pratique. Pourtant, dans sa réponse du 31 mai 2011, il avait admis ne pas pouvoir étayer celle-ci - tout en indiquant que celle-ci remontait à une dizaine d'années, soit au début des années 2000, alors même que la jurisprudence de l'époque du Tribunal administratif (citée supra au début du consid. 9) la

condamnait sauf circonstances spéciales et que le dossier de la présente cause montre qu'en mai 2002, elle n'était en tout cas pas en vigueur au sein du DAEL.

Face à ces fluctuations, et en l'absence d'éléments permettant d'établir le nombre de demandes de réunions d'appartement déposées et admises ces dernières années, l'existence d'une pratique nouvelle et constante sera déniée.

13. Les recourants invoquent également que, dans leur cas, l'égalité de traitement devrait, le cas échéant, primer l'éventuelle illégalité de l'autorisation qui leur a été délivrée.
14. Le principe de la légalité de l'activité administrative prévaut en principe sur celui de l'égalité de traitement. En conséquence, le justiciable ne peut généralement pas se prétendre victime d'une inégalité devant la loi lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle aurait été fausement, voire pas du tout appliquée dans d'autres cas. Cela présuppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en question. Le citoyen ne peut prétendre à l'égalité dans l'illégalité que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi. Il faut encore que l'autorité n'ait pas respecté la loi selon une pratique constante, et non pas dans un ou quelques cas isolés, et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant n'impose de donner la préférence au respect de la légalité. C'est seulement lorsque toutes ces conditions sont remplies que le citoyen est en droit de prétendre, à titre exceptionnel, au bénéfice de l'égalité dans l'illégalité (ATF 136 I 78 consid. 5.6 ; 134 V consid. 9 ; 132 II 510 consid. 8.6 ; 131 V 9 consid. 3.7 ; 127 I 1 consid. 3a ; 125 II 152 consid. 5 p. 166 ; 122 II 446 consid. 4a ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C_434/2011 du 2 février 2012 consid. 6.1 ; 1C_482/2010 du 14 avril 2011 consid. 5.1).
15. En l'espèce, il n'est pas établi que l'autorisation délivrée aux recourants soit le fruit d'une pratique constante du DCTI. De plus, ce dernier n'a jamais prétendu vouloir poursuivre dans cette voie, si bien que les recourants ne peuvent être mis au bénéfice du principe de l'égalité dans l'illégalité.
16. Mal fondé, le recours sera rejeté dans la mesure où il est recevable, sans qu'il soit nécessaire d'examiner la motivation subsidiaire du TAPI relative au changement d'affectation des appartements, ni la question de la bonne ou de la mauvaise foi des recourants en rapport avec leur demande d'autorisation après avoir effectué des travaux illégalement.
17. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge des recourants, pris conjointement et solidairement (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 500.- sera allouée à l'ASLOCA, à la charge conjointe et solidaire des recourants (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

rejette, dans la mesure où il est recevable, le recours interjeté le 29 décembre 2010 par Madame C_____ G_____ et Monsieur P_____ G_____ contre la décision du 9 novembre 2010 de la commission cantonale de recours en matière administrative ;

met à la charge, conjointe et solidaire, de Madame C_____ G_____ et de Monsieur P_____ G_____ un émolument de CHF 1'000.- ;

alloue à l'ASLOCA Association genevoise de défense des locataires une indemnité de procédure de CHF 500.-, à la charge, conjointe et solidaire, de Madame C_____ G_____ et de Monsieur P_____ G_____ ;

communique le présent arrêt à Me Edmond Tavernier, avocat des recourants, à l'ASLOCA Association genevoise de défense des locataires, au département des constructions et des technologies de l'information ainsi qu'au Tribunal administratif de première instance.

Siégeants : Mme Hurni, présidente, M. Thélin, Mme Junod, MM. Dumartheray et Verniory, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction :

M. Tonossi

la présidente siégeant :

E. Hurni

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :