

LES LOYERS ET LES FRAIS ACCESSOIRES DES LOGEMENTS SUBVENTIONNES

par Jean-Marc SIEGRIST,

avocat à Genève

Sommaire

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION	2
II. LES LOYERS DES LOGEMENTS SUBVENTIONNES	3
A. Généralités	3
B. Survol historique des dispositions légales relatives aux loyers des logements subventionnés	3
C. Conditions générales d'application des articles 253b al. 3 CO et 2 al. 2 OBLF	7
a) Locaux d'habitation	7
b) Mesures d'encouragement	10
c) Contrôle des loyers	12
D. Introduction du contrôle	15
E. Fin du contrôle	18
F. Contestation des loyers contrôlés	20
a) Par le locataire	20
b) Par le bailleur	24
III. LES FRAIS ACCESSOIRES	25
A. Généralités	25
B. Le contrôle judiciaire	28
IV. CONCLUSIONS	30

I. INTRODUCTION

1. La fixation et l'évolution des loyers contrôlés des logements subventionnés (ci-après : les logements subventionnés) ne sont en grande partie pas soumises au régime institué par le droit commun pour la surveillance des loyers des logements du secteur libre (ci-après : les logements libres).

A l'inverse, le contrôle des frais accessoires est réglé par les mêmes dispositions légales et réglementaires selon qu'ils sont dus en rapport avec la location de logements subventionnés ou de logements libres.

L'intérêt d'évoquer simultanément les loyers et les frais accessoires des logements subventionnés réside ainsi principalement dans le fait des différences existant en fonction de la surveillance ou du contrôle auquel ils sont respectivement assujettis.

2. Les particularités du régime applicables aux loyers des logements subventionnés sont nombreuses; il est donc nécessaire d'y consacrer les plus importants développements de la présente contribution (chapitre II).
3. Les conditions dans lesquelles s'exerce le contrôle des frais accessoires des logements subventionnés - qui sont les mêmes que celles du contrôle des frais accessoires ou des loyers des logements non subventionnés et des locaux commerciaux - sont en revanche suffisamment connues¹ pour qu'un bref rappel puisse suffire. Il est cependant indispensable d'évoquer les quelques différences existant dans les définitions des frais accessoires qui sont données par le Code des Obligations, d'une part, et par la loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements, du 4 octobre 1974 (RS 843) (ci-après : la LCAP) et son ordonnance d'application du 30 novembre 1981 (RS 843.1) (ci-après OCAP), d'autre part. Il s'avère également intéressant d'examiner le traitement juridique de la situation qui se réalise en cas d'évolution corrélative du loyer et des frais accessoires d'un logement subventionné (chapitre III).

Enfin, une brève conclusion viendra clore le présent exposé (chapitre IV).

¹ Philippe RICHARD, Les frais accessoires, CdB 1/98, p. 1 et ss.

II. LES LOYERS DES LOGEMENTS SUBVENTIONNES

A. Généralités

4. Il serait faux d'imaginer que

- parce qu'elles n'ont pas suscité d'importants débats parlementaires, et
- parce que peu d'auteurs ont écrit à leur sujet,

les dispositions du droit suisse du bail à loyer relatives aux logements subventionnés ne posent aucun problème.

Bien au contraire, la position de ces règles, "à cheval" entre le droit privé et le droit public, suscite diverses controverses. De plus, leur application ne va pas sans induire un certain nombre de difficultés qui ont d'ores et déjà donné lieu à d'intéressantes décisions.

5. Après un bref rappel historique (B), les conditions générales d'application des dispositions pertinentes seront étudiées (C) ainsi que les principaux problèmes liés à leur mise en oeuvre (D), à l'extinction de leurs effets (E) et à la contestation des loyers contrôlés.

B. Survol historique des dispositions légales relatives aux loyers des logements subventionnés

6. Depuis la 2^e guerre mondiale et jusqu'en 1965, les loyers pratiqués en Suisse firent l'objet d'un contrôle officiel rigoureux.

De 1965 à 1970, ce contrôle fut sensiblement assoupli.

Entre 1970 et le 30 juin 1972, la fixation des loyers fut libre pour une brève période.

7. Le 30 juin 1972, les Chambres Fédérales adoptèrent l'Arrêté Fédéral Instituant des Mesures contre les Abus dans le Secteur Locatif (AMSL). De son côté, le Conseil Fédéral promulgua, le 10 juillet 1972, l'Ordonnance concernant des mesures contre les abus dans le secteur locatif (OMSL).

L'article 4 al. 2 de la première version de l'OMSL prescrivait que :

" *Catégories de logements et de locaux commerciaux non assujetties à l'arrêté fédéral*

Les mesures prévues par l'arrêté fédéral ne s'appliquent pas aux catégories de logements et de locaux commerciaux suivantes:

a. ...

b. Les logements construits avec l'aide de la Confédération, du canton ou de la commune, dans la mesure où le loyer est soumis au contrôle des autorités."

Ainsi, à cette époque, le locataire d'un logement subventionné ne pouvait se prévaloir d'aucune des dispositions de l'AMSL ou de l'OMSL dans le cadre d'une (éventuelle) demande visant à obtenir le contrôle de son loyer.

8. En date du 14 mars 1983, l'OMSL fut modifiée. Son article 4 al. 2 eut désormais la teneur suivante :

" Les dispositions suivantes de l'arrêté fédéral sont applicables aux logements construits avec l'aide de la Confédération, du canton ou de la commune et dont le loyer est soumis au contrôle des autorités :

a. Le caractère impératif des prescriptions du Code des Obligations (art. 5);

b. Les dispositions concernant les sûretés fournies par le preneur (art. 6), les frais accessoires (art. 8), le congé (art. 12, 13), les loyers abusifs (art. 14 2^e al.), les autres prétentions abusives (art. 16, 20) ainsi que la résiliation signifiée par le bailleur à l'occasion d'une majoration de loyer (art. 18 3^e al.)."

Selon cette nouvelle disposition, le seul motif permettant à un locataire de remettre en cause le montant du loyer de son logement subventionné résidait dans le fait que celui-ci aurait été fixé *"sur un prix d'achat manifestement exagéré de l'immeuble"* ainsi que le prévoyait l'art. 14 al. 2 AMSL.

Dans tous les autres "cas de figure", le locataire ne pouvait pas invoquer les dispositions de l'AMSL pour obtenir une révision ou même, seulement, l'examen de son loyer.

9. En revanche, pour ce qui concernait les frais accessoires, l'article 8 de l'AMSL demeurait applicable. Par principe, les frais accessoires des logements subventionnés (comme ceux des logements libres) devaient correspondre aux dépenses effectives assumées par le bailleur (sous réserve d'un calcul établi *"à forfait sur la base de valeurs moyennes"* conformément à l'art. 8 al. 1, deuxième phrase AMSL), étant pour le surplus relevé que le bailleur avait l'obligation, sur demande du locataire, de présenter un décompte et de lui permettre de consulter les pièces justificatives (art. 8 al. 2 AMSL).
10. Il sied de rappeler que, dans un premier temps (soit jusqu'en 1986), les dispositions de l'AMSL n'étaient applicables que dans les communes dans lesquelles sévissait la pénurie de logement. Il est ainsi possible de concevoir que des loyers de logements subventionnés (de même que les frais accessoires dus pour ces logements) aient échappé au contrôle judiciaire traditionnel simplement à cause de leur localisation.

11. Lors de l'élaboration du nouveau droit du bail à loyer, les dispositions de l'AMSL et de l'OMSL furent naturellement réexaminées.

A cette occasion, diverses propositions furent émises dont les principales furent les suivantes :

- extension du champ d'application des dispositions régissant la matière à l'ensemble des locaux subventionnés, donc aux chambres isolées et aux locaux commerciaux²;
- suppression complète dans le droit commun de l'exception relative aux logements subventionnés³.

12. Finalement, le législateur opta pour le statu quo et conserva donc le système et les principes d'ores et déjà mis en oeuvre à l'époque de l'AMSL.

Le texte de l'article 253b al. 3 CO se présente ainsi comme suit :

" Les dispositions relatives à la contestation des loyers abusifs ne s'appliquent pas aux locaux d'habitation en faveur desquels des mesures d'encouragement ont été prises par les pouvoirs publics et dont le loyer est soumis au contrôle d'une autorité."

Souhaitant préciser le champ d'application de cette disposition, le Conseil Fédéral a prescrit à l'article 2 al. 2 OBLF ce qui suit :

" Seuls les art. 253 à 268b, 269, 269d, 3^e alinéa, 270e et 271a à 274g du Code des Obligations, ainsi que les articles 3 à 10 et 20 à 23 de la présente ordonnance sont applicables aux appartements en faveur desquels des mesures d'encouragement ont été prises par les pouvoirs publics et dont le loyer est soumis au contrôle d'une autorité."

13. C'est ici le lieu de préciser qu'une partie de la doctrine tient la norme précitée pour contraire à la constitution fédérale dans la mesure où son contenu va beaucoup plus loin que celui de la base légale sur laquelle elle repose :

*" S'écartant sans fondement de cette base légale, l'art. 2 al. 2 OBLF déclare applicables à ces habitations notamment les art. 269 CO (loyers abusifs), 269d al. 3 CO (modification unilatérale du contrat par le bailleur) et 270e CO (validité du bail pendant la procédure de contestation) ainsi que les art. 10 OBLF (prix d'achat manifestement exagéré), art. 20 (obligation du bailleur de motiver les hausses) et les art. 21-23 OBLF (tâches des autorités de conciliation, composition des autorités de conciliation et frais y relatifs ainsi que l'obligation faite aux cantons d'établir à l'attention du DFEP un rapport semestriel sur les activités des autorités de conciliation). Ceci est **en contradiction évidente avec la loi**, et ne doit pas trouver protection auprès des tribunaux qui ne sauraient ouvrir, par le biais de*

² 1^{er} rapport de la Commission d'experts, FF 1985, p. 927 et p. 1428-1514.

³ Proposition CARROBIO, BO 1988 CN, p. 13-16.

l'interprétation de l'art. 2 al. 2 OBLF, une procédure en contestation ou en réduction du loyer pour des habitations subventionnées. En effet, il n'y a pas lieu de reconnaître pareille extension à cette disposition qui ne déclare pas applicables les art. 270 CO (contestation du loyer initial), 270a CO (diminution du loyer en cours de bail) et 270b CO (contestation d'une hausse du loyer).

Une jurisprudence différente conduirait nécessairement à des conflits avec l'autorité administrative de surveillance, puisque, pour que les dispositions concernant les abus ne s'appliquent pas à ces logements, le loyer doit justement faire l'objet du contrôle de cette autorité (art. 253b al. 3 in fine CO). Ainsi, dans la mesure où il est contraire à l'art. 253b al. 3 CO, l'art. 2 al. 2 OBLF ne s'applique pas." ⁴

Une autre partie de la doctrine conteste ce point de vue en se fondant sur une analyse historique de la situation et en remarquant que le législateur s'est borné à reprendre, dans le CO et son ordonnance d'application, l'ancien article 4 lettre b OMSL⁵.

14. Cette question n'a pas encore été tranchée par le Tribunal Fédéral.
15. Depuis 1965, la Confédération a légiféré dans le domaine de la construction et de l'accession à la propriété en prévoyant que l'octroi de son aide financière pour les immeubles locatifs ne peut intervenir qu'en échange d'un contrôle des loyers (LCAP, OCAP, ordonnances diverses).

Peu à peu, les cantons ont suivi la Confédération en adoptant des dispositions proches des siennes dans leurs principes et leur rédaction.

Le canton de Genève fait toutefois exception à cette règle, dans la mesure où il a mis en place un système autonome établi sur la base de préceptes différents de ceux du droit fédéral (Loi générale sur le logement et la protection des locataires du 4 décembre 1977 (ci-après : la LGL) et son Règlement d'exécution du 24 août 1992 (ci-après : Le ReLGL)).

Le fonctionnement des deux systèmes existants sera décrit ci-après.

⁴ USPI, Commentaire du bail à loyer, Genève 1992, p. 65 et s, n. 8 ad art. 253a-253b CO; Félix SCHOBI, Verfahrensrechtliche Fragen rund um den Schutz des Mieters bei subventionierten Wohnungen, MP 1997, p. 75 et ss.

⁵ Peter HIGI, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V2b, Die Miete, Erste Lieferung, art. 253-256 OR, Zurich, 1994, n. 86 ad art. 253a - 253b CO; David LACHAT, Le bail à loyer, Lausanne 1997, p. 81, note 53.

C. Conditions générales d'application des articles 253b al. 3 CO et 2 al. 2 OBLF

16. Pour que l'article 253b al. 3 CO puisse être retenu, il faut que les trois conditions suivantes soient cumulativement satisfaites :

- a) L'objet immobilier loué doit être un local d'habitation,
- b) l'exploitation de l'objet loué doit bénéficier de mesures d'encouragement prises par les pouvoirs publics, et
- c) le loyer dû en contrepartie de la cession de l'usage de cet objet immobilier doit être soumis au contrôle d'une autorité.

Lorsque, dans une relation contractuelle, toutes ces exigences sont satisfaites, les dispositions du chapitre 2 du titre huitième du Code des Obligations (relatives à la "protection contre les loyers abusifs ou d'autres prétentions abusives du bailleur en matière de locaux d'habitation et de locaux commerciaux") ne sont pas applicables au contrôle du loyer (sous certaines réserves qui seront examinées ci-après).

17. Apparemment, les conditions susdécrites sont claires et précises et ne devraient donc pas susciter de vastes débats. Elles appellent cependant un certain nombre de précisions et de commentaires :

a) Locaux d'habitation

aa) Le genre de local d'habitation

18. Si la question du genre de locaux d'habitation pouvait jouer un rôle alors que l'AMSL était applicable (puisque l'article 4 de cette législation permettait de limiter son application à certaines catégories de logements), tel n'est plus le cas aujourd'hui. L'article 253b al. 3 CO peut être appliqué aussi bien lorsque l'objet loué est un logement d'une pièce que lorsqu'il s'agit d'une maison familiale ou même d'un immeuble d'habitation en entier⁶.

19. En se fondant sur la teneur actuelle de la LCAP et de ses réglementations d'application, une partie de la doctrine considère que les logements subventionnés doivent être neufs ou rénovés. Félix SCHOBI relève notamment que les dispositions de la LCAP qui traitent de l'encouragement se trouvent intégrées dans la deuxième partie de cette loi qui est consacrée à la construction de logements d'utilité publique et non dans la troisième partie de la loi qui, elle, concerne l'acquisition de la propriété d'appartements ou d'immeubles. En outre, cet auteur voit dans le fait d'octroyer l'aide fédérale en cas d'acquisition d'un logement par un particulier, un détournement du but de la LCAP qui vise principalement la création de nouveaux logements ou la rénovation de logements existants⁷.

⁶ Peter HIGI, op. cit., p. 117, n° 80.

⁷ Félix SCHOBI, op. cit., p. 79.

20. A mon sens, cette interprétation est erronée parce que trop restrictive.

La pratique de l'Office Fédéral du Logement (ci-après : OFL) est d'ailleurs d'accorder l'aide en cas d'acquisition d'immeubles locatifs anciens et occupés, même en l'absence de travaux de rénovation, lorsque cet achat est effectué par une organisation s'occupant de la "construction" de logements d'utilité publique au sens des articles 51 et 52 LCAP, soit en particulier par une coopérative d'habitation. Cette pratique a d'ailleurs été expressément admise par le Tribunal d'Appel du Canton de Zurich dans un arrêt X. c/ Société coopérative H. du 9 février 1994⁸ :

" *Si un immeuble ancien est acquis dans le but de le soustraire à la spéculation, c'est-à-dire d'empêcher des changements de propriétaire futurs entraînant des augmentations de loyer, ce procédé est tout à fait conforme à la LCAP.*"

De surcroît, rien n'empêcherait un canton d'adopter une loi permettant l'octroi de subventions à des bailleurs privés (ne s'occupant pas de la construction de logements d'utilité publique), propriétaires d'immeubles anciens, qui n'auraient pas l'intention de les rénover mais qui souhaiteraient seulement pratiquer une politique sociale de location.

Dans de telles situations, rien n'expliquerait que les locations effectuées par ces bailleurs - pour autant qu'elles satisfassent aux autres conditions posées par l'article 253b al. 3 CO - soient soumises aux règles du droit commun applicable au contrôle des loyers, au seul motif que les logements considérés ne sont pas neufs ou rénovés.

bb) La situation des locaux commerciaux

21. Bien que depuis le 30 juin 1972, soit depuis l'entrée en vigueur de l'AMSL et de ses réglementations annexes, il n'ait jamais été question que de soustraire les loyers de logements ou de locaux d'habitation subventionnés du contrôle institué par les règles du droit commun, le canton de Genève n'en a pas moins exclu également le contrôle des loyers de locaux commerciaux sis dans les immeubles subventionnés, et ce, jusqu'à la fin de l'été 1996.

Ainsi, pendant près de 25 ans, les bailleurs de locaux commerciaux sis dans des immeubles subventionnés à Genève n'ont notifié aucune hausse de loyer sur les formules officielles prévues, d'abord par l'article 18 AMSL, puis par l'article 269d CO, mais usé, pour ce faire, d'une formule spéciale mise au point par l'Office Cantonal du Logement. Dès lors, aucune contestation n'a été soumise aux autorités judiciaires régulièrement instituées pour en connaître. Enfin, les loyers fixés pour ces locaux commerciaux n'ont pas été contrôlés sous l'angle de la totalité des critères retenus par le droit fédéral (en particulier ceux découlant de la méthode relative de fixation des loyers et, singulièrement, de l'indexation à l'évolution de l'indice suisse des prix à la consommation (ISPC)).

En revanche, les loyers admis par les autorités administratives genevoises compétentes et appliqués par les bailleurs concernés ont été fixés selon la méthode absolue de fixation des loyers, plus spécifiquement au moyen de calculs de rendement. Toutefois, comme les calculs effectués n'ont jamais pris en compte l'évolution de l'ISPC, il est possible de

⁸ DB n° 8/96, p. 20 et s., n° 16.

considérer que la multitude d'informalités commises n'a pas eu de conséquences préjudiciables pour les locataires de tels locaux. Tel n'est pas le cas pour les bailleurs qui auraient éventuellement pu prétendre à l'adaptation ou à l'indexation de leurs loyers. Mais, comme ces derniers se trouvaient (et demeurent, dans de nombreux cas) liés envers l'Etat de Genève par leur adhésion aux arrêtés rendus par le Conseil d'Etat et par ses décisions ultérieures qui ne leur permettaient pas de modifier les loyers, l'autorité pouvait (et pourrait encore) prétendre à l'existence d'une situation définitivement en force réglant la question.

Ces circonstances ont cependant donné lieu à un arrêt du Tribunal administratif de la République et Canton de Genève du 31 juillet 1996⁹ dans le cadre duquel les principes suivants ont été émis :

" *Les articles 269 à 270e CO s'appliquent aux locataires de locaux commerciaux subventionnés. L'article 42 al. 7 LGL viole le droit fédéral en instituant une formule de notification de loyer autre que celle prévue à l'article 269d CO et, partant, en instituant une voie de recours différente de celle qui est prévue par le droit fédéral.*"

En adoptant cette solution, le Tribunal administratif genevois a clairement écarté l'avis de Richard BARBEY qui, prétendant à l'existence d'un oubli du législateur, préconisait de combler la loi en assimilant les locaux commerciaux à des logements¹⁰.

22. La législation fédérale relative à l'encouragement de la construction et de l'accession à la propriété de logements est toutefois moins rigoureuse sur cette question qu'il n'y paraît.

Pour garantir le maintien d'une affectation d'habitation des locaux bénéficiant de son aide, pendant toute la durée de celle-ci, la Confédération a prévu à l'article 46 LCAP l'inscription d'un droit légal d'emption et de préemption au prix de revient des locaux, qui peut être exercé si ceux-ci sont "utilisés à d'autres fins" qu'à l'habitation. Cependant, l'article 15 al. 2 OCAP prescrit que :

" *Les locataires ou les personnes vivant avec eux en ménage commun ont le droit d'utiliser exceptionnellement des parties du logement pour y exercer une activité professionnelle, à la condition que les locaux servant à ces fins ne couvrent pas plus du tiers de la surface nette habitable.*"

En pratique, la même tolérance est admise par les cantons; c'est entre autres le cas dans la pratique genevoise.

⁹ SJ 1997 p. 445, n° 39 - résumé.

¹⁰ Richard BARBEY, l'Arrêté Fédéral instituant des Mesures contre les Abus dans le Secteur Locatif, CJR, Payot, Lausanne 1984, p. 21.

b) Mesures d'encouragement

23. Selon la doctrine majoritaire¹¹, les mesures d'encouragement dont il est question ici doivent être prises par les pouvoirs publics en faveur du bailleur et non en faveur du locataire. Par conséquent, une allocation de logement versée par une collectivité publique à un locataire n'est pas susceptible, à elle seule, d'entraîner l'application de l'article 253b al. 3 CO. Cette thèse trouve son fondement dans le fait que le versement d'une telle allocation n'emporte jamais un contrôle direct du loyer pratiqué, soit la possibilité pour l'autorité d'intervenir auprès du bailleur afin d'obtenir la modification du loyer arrêté par ce dernier, le cas échéant, par la contrainte administrative.

Il faut cependant noter qu'une partie minoritaire de la doctrine soutient le contraire¹².

Le versement d'une telle aide personnalisée au locataire d'un logement libre est évidemment possible. Elle peut entraîner une sorte de "contrôle indirect" du loyer. Tel est le cas à Genève où l'article 39 C de la LGL prescrit que :

" En cas de majoration de loyer (d'un logement libre dont le locataire est mis au bénéfice d'une allocation personnalisée) et si le service compétent estime le nouveau loyer abusif au sens des articles 269 et suivants du Code des Obligations, il peut requérir le locataire de contester cette majoration. Si le locataire ne donne pas suite à cette requête, il perd le droit à l'adaptation de l'allocation accordée et l'Etat procède, dès la période d'application suivante, à une nouvelle étude d'agrément du logement."

En d'autres termes, l'Etat se réserve de ne plus accorder son soutien au locataire qui s'abstient de contester son loyer.

24. Les mesures d'encouragement peuvent revêtir différentes formes. Il y a encouragement dès que les pouvoirs publics favorisent le bailleur dans la construction ou l'exploitation du bien considéré, soit en lui fournissant une prestation, soit en s'abstenant d'en exiger une de sa part.

Sont ainsi régulièrement admis comme constituant un encouragement au sens de l'article 253b al. 3 CO

- l'octroi de subventions
- la mise en place de cautionnements
- l'octroi d'exonérations fiscales
- la mise à disposition gratuite d'un terrain ou au moyen d'un droit de superficie avantageux, la concession de prêts sans intérêts ou à des taux privilégiés
- ainsi que toutes les mesures qui s'apparentent aux précédentes.

¹¹ Peter HIGI, op. cit., n. 81 ad art. 253a - 253b CO; David LACHAT, op. cit., p. 81, n° 4.2.8.

¹² Barbara TRUOG, Die Auswirkungen verwaltungsrechtlicher Normen zum sozialen Wohnungsbau auf die Miete, MP 1992, p. 103 ss, 105.

La question de savoir si le seul déclassement de zone peut être considéré comme une mesure d'encouragement n'est pas définitivement tranchée¹³. Elle appelle vraisemblablement une réponse nuancée tant il est vrai que, dans certains cas et à certains moments, un changement de zone est susceptible d'engendrer d'importants avantages économiques alors que, dans d'autres circonstances, tel ne sera pas le cas.

Il faut rappeler que dans son arrêt Righi du 4 avril 1973¹⁴, le Tribunal Fédéral a toutefois admis que le déclassement d'un terrain de la zone villas à la zone immeubles pouvait justifier un contrôle subséquent des loyers ou prix de vente des appartements construits.

C'est ainsi qu'à Genève, les loyers de certains immeubles érigés en zone de développement ont été ou demeurent soumis au contrôle de l'Etat pour une durée de 10 ans, quand bien même aucune subvention n'a été ou n'est accordée pour leur construction ou leur exploitation.

25. A teneur du droit fédéral et cantonal en vigueur, l'encouragement intervient principalement aujourd'hui à l'occasion de la construction ou de la rénovation des logements. Toutefois, comme relevé ci-dessus, il arrive que cette aide soit également accordée (en vertu de la LCAP notamment) en cas d'acquisition de logements locatifs (le cas échéant déjà loués) par des organisations dont le but social principal est la construction de logements d'utilité publique.
26. Les pouvoirs publics dont il est question aux articles 253b al. 3 CO et 2 al. 2 OBLF sont des autorités fédérales, cantonales ou communales. Cette interprétation qui, sous l'empire de l'AMSL, résultait de la teneur de son article 4 al. 2, a été confirmée dans le nouveau droit du bail à loyer par la doctrine unanime. Ainsi, le contrôle des loyers d'un bailleur de locaux d'habitation qui bénéficie de l'aide d'une corporation semi-étatique ou non-étatique (telle qu'une église, une oeuvre sociale semi-publique ou même privée) et qui se trouve simultanément contraint de respecter des loyers maximaux imposés par une autorité (par exemple, à Genève, à la suite de l'exécution de travaux soumis à la Loi sur les démolitions, transformations et rénovation de maisons d'habitation du 25 janvier 1996), ressort aux seules dispositions du chapitre 2 du titre huitième du CO et aux juridictions civiles ordinaires compétentes en la matière.
27. Se fondant sur le Message du Conseil Fédéral sur la révision du droit du bail à loyer et du bail à ferme du 27 mars 1985¹⁵, la doctrine considère en général que les locaux qui appartiennent à une collectivité publique telle que la Confédération, un canton ou une commune ne peuvent pas être des logements subventionnés, à tout le moins lorsque le loyer est déterminé par la collectivité propriétaire¹⁶.

¹³ David LACHAT, op. cit., p. 81.

¹⁴ ATF 99 Ia 604 = SJ 1974, p. 177

¹⁵ FF 1985 I 1464, n° 521.

¹⁶ Peter HIGI, op. cit. n° 83; David LACHAT, op. cit., p. 81.

Selon ces auteurs, l'article 253b al. 3 CO présuppose un rapport triangulaire : collectivité publique / bailleur / locataire.

A mon sens, cette position est trop restrictive. En effet, rien ne s'oppose, par exemple, à ce qu'une commune soit propriétaire de logements subventionnés par le Canton ou la Confédération et puisse se prévaloir de l'article 253b al. 3 CO si le contrôle des loyers qu'elle pratique est effectué par une autre autorité qu'elle-même, soit la Confédération ou le Canton. Cette situation se produit d'ailleurs fréquemment à Genève où les communes sont propriétaires de nombreux bâtiments locatifs - soit directement, soit au moyen de fondations qui dépendent d'elles - alors que le contrôle des loyers est, le cas échéant, effectué par l'Office Cantonal du Logement.

c) Contrôle des loyers

28. Le contrôle des loyers, tel qu'évoqué à l'article 253b al. 3 CO, est certainement, à l'heure actuelle, l'aspect le plus problématique dans la gestion des logements contrôlés.

Par la formule "contrôle des loyers", il faut entendre le contrôle des éléments financiers du dossier (au moment où la décision d'accorder l'aide doit être prise), la fixation du loyer initial (ou du plan des hausses de loyer), les modifications ultérieures du loyer (ou du plan des hausses de loyer) et le respect des décisions prises ou des solutions adoptées dans ce cadre.

29. Ce contrôle, qui est effectué par une ou des autorités administratives, doit, de par la loi, se substituer à celui qui est exercé normalement par les tribunaux civils¹⁷.

Il faut néanmoins observer que les cantons demeurent libres d'attribuer des compétences de contrôle, en particulier en instance de recours, à leurs tribunaux civils ordinaires.

Ce fut notamment le cas à Genève où, jusqu'au milieu des années 1980, le Tribunal des baux et loyers constituait la première instance judiciaire compétente en cas de contestation portant sur les loyers d'un immeuble contrôlé en vertu des dispositions du droit cantonal sur l'encouragement à la construction de logements sociaux. Aujourd'hui, cette situation a été corrigée et les recours dirigés contre les décisions de l'Office Cantonal du Logement doivent être portés par-devant le Tribunal administratif.

30. Quoi qu'il en soit, l'autorité administrative chargée du contrôle doit naturellement être indépendante des parties, et en particulier du bailleur¹⁸.
31. Conformément à la jurisprudence du Tribunal Fédéral, le contrôle administratif des loyers - de même que le subventionnement - est, par principe, d'une durée limitée¹⁹.

¹⁷ Peter HIGI, op. cit. n° 84; Peter ZIHLMANN, Basler Kommentar, ad art. 253b, n° 15.

¹⁸ David LACHAT, op. cit., p. 82; Richard BARBEY, MP 1988, p. 131.

¹⁹ SJ 1988, p. 625 et ss.

32. En règle générale, les loyers sont établis par l'autorité compétente en fonction d'un plan financier conçu pour toute la durée du contrôle. Ce plan financier induit un plan de hausse des loyers qui est communiqué au bailleur et au locataire (art. 45 LCAP et 17 OCAP). Le plan des hausses de loyer admis par le bailleur est qualifié de contrat administratif. Il lie le bailleur à l'autorité compétente (art. 57 al. 3 LCAP).

Mais il est également possible que l'autorité compétente se borne à fixer un état locatif initial (parfois même des loyers provisoires) au moyen d'une décision et qu'elle puisse le modifier par la suite, au moyen de nouvelles décisions, afin de tenir compte de l'évolution des circonstances (tel est notamment le cas à Genève, en vertu de l'art. 42 al. 1 LGL).

33. Même lorsqu'un plan des hausses de loyer a été adopté et communiqué au locataire, celui-ci est susceptible d'être modifié afin de tenir compte de l'évolution des charges assumées par le bailleur (art. 40 al. 7 LCAP) et des conditions du marché (art. 21 al. 4 OCAP).
34. Les nouveaux loyers sont signifiés par le bailleur au locataire par écrit (art. 17 al. 2 OCAP); à Genève au moyen d'une formule officielle particulière aux logements soumis à la LGL rappelant aux locataires leurs droits et les voies de réclamation et de recours instituées conformément à l'article 42 al. 7 LGL (qui prévoit, en outre, que la copie de la décision de l'Office cantonal du logement soit jointe en annexe à la formule précitée).
35. Les modifications du loyer ne doivent pas nécessairement intervenir à l'occasion d'un des termes du bail (précisément parce que les art. 269 et ss CO ne s'appliquent pas). Cependant, l'OFL a estimé (dans une lettre qu'il a adressée à la Section neuchâteloise de l'ASLOCA le 20 novembre 1995) qu'il échoit au bailleur de notifier ses modifications du loyer trois mois à l'avance, tout en précisant que :

" Ce délai de 3 mois ne revêt aucun caractère contraignant et ne repose que sur une recommandation de l'Office Fédéral du Logement. "

Cette opinion a par ailleurs été récemment confirmée par l'OFL dans une directive du 8 décembre 1997 :

" Si l'Office Fédéral se voit contraint de modifier les plans des loyers durant leur période de validité, le bailleur peut, en observant les délais de congé, notifier par écrit au locataire la hausse extraordinaire du loyer qui en résulte. "²⁰

A Genève, la règle est que le loyer autorisé par l'Office cantonal du logement doit être signifié par écrit au locataire avec un préavis minimum de 30 jours, indépendamment des termes de celui-ci.

²⁰ Recommandation concernant l'aménagement des contrats de bail à loyer selon la loi encourageant la construction et l'accession à la propriété de logement (LCAP) - OFL ACTUEL 3/97.

36. Le seul contrôle du loyer par une autorité administrative n'entraîne naturellement pas l'application de l'art. 253b al. 3 CO. En effet, selon le Tribunal Fédéral :

*" Aux termes de l'art. 253b al. 3 CO, les dispositions relatives à la contestation des loyers abusifs ne s'appliquent pas aux locaux d'habitation en faveur desquels des mesures d'encouragement ont été prises par les pouvoirs publics et dont le loyer est soumis au contrôle d'une autorité. Les deux conditions dont l'application de cette disposition dépend sont cumulatives. "*²¹

Ainsi, lorsqu'à la suite d'une autorisation de rénover ou de transformer un bâtiment, un propriétaire se trouve astreint à respecter des loyers maximaux fixés ou admis par l'autorité compétente et qu'aucune aide ne lui a été accordée, le contrôle de ces loyers reste du ressort des autorités judiciaires ordinaires qui doivent statuer en vertu des dispositions du CO et de l'OBLF.

37. Il est communément admis que le bailleur peut solliciter de son locataire le paiement d'un loyer moins élevé que celui fixé par l'autorité compétente²².

En revanche, le bailleur ne peut pratiquer un loyer plus élevé que celui admis par l'autorité administrative compétente qu'avec l'autorisation expresse de cette dernière. Le locataire dont le loyer n'est pas conforme à la décision de l'autorité peut s'en plaindre auprès de celle-ci qui, le cas échéant, ordonnera la restitution des loyers perçus en trop (art. 17 al. 3 OCAP; pratique genevoise).

Le locataire placé dans de telles circonstances peut également faire constater par le juge civil le caractère illicite du loyer au sens de l'article 20 CO²³.

Enfin, le bailleur qui commettrait un tel abus s'exposerait à des sanctions administratives et, le cas échéant, pénales (art. 63 LCAP; art. 34 LGL).

38. Dans la pratique, l'OFL procède au contrôle des loyers appliqués par le bailleur de logements subventionnés en examinant les données fournies par ceux de ses locataires qui sollicitent l'octroi de l'une des aides (personnalisées) supplémentaires prévues par la LCAP.

Sauf s'il conçoit des doutes quant au respect des conditions fixées, l'OFL n'effectue pas un contrôle spontané des loyers pratiqués dans les immeubles subventionnés.

Seuls deux ou trois cas comportant des irrégularités ont été découverts à ce jour par l'OFL. Il s'agissait principalement de situations dans lesquelles le bailleur n'avait pas appliqué une modification du plan des loyers faisant suite à une baisse du taux de l'intérêt hypothécaire et entraînant donc une diminution du loyer contrôlé.

²¹ CdB 2/97, p. 42 et ss = SJ 1997, p. 495 et s = DB 9/1997, p. 21 et ss, n° 16.

²² Félix SCHOBI, op. cit., p. 79.

²³ David LACHAT, op. cit., p. 82.

A Genève, la pratique de l'autorité compétente semble être la même, avec cette particularité qu'une fois par année, l'Office cantonal du logement interpelle chaque locataire pour connaître sa situation en lui communiquant le montant de son loyer (et de son éventuelle "surtaxe") ce qui est évidemment de nature à engendrer une réaction si le loyer payé n'est pas le même que celui indiqué.

Il s'est également produit deux ou trois cas dans lesquels les bailleurs n'ont pas respecté les loyers maximaux fixés par l'autorité compétente.

A ce jour, aucune sanction administrative ou pénale n'a jamais été prononcée en Suisse contre un bailleur. En revanche, à Genève, un bailleur peu respectueux des instructions de l'Office cantonal du logement s'est vu infliger une amende administrative de Frs 60'000.--

D. Introduction du contrôle

39. Lorsque le subventionnement et le contrôle qui lui est lié sont mis en oeuvre en faveur du propriétaire d'un bâtiment neuf ou rénové, mais encore inoccupé, la situation est simple : les dispositions du CO ne s'appliquant pas, tant le loyer initial que ses modifications ultérieures échappent à l'examen des autorités judiciaires civiles pendant toute la durée du contrôle.
40. En revanche, la situation est plus complexe lorsque l'aide et la surveillance des loyers concernent un immeuble rénové (ou simplement acquis) dont les logements sont déjà loués.

Dans un tel cas, les questions suivantes se posent :

- le bailleur doit-il respecter les échéances de tous les baux de ses locataires pour introduire le nouveau régime ou peut-il admettre que celui-ci déploie ses effets au moment où l'aide lui est versée, voire dès la prise de la décision de l'autorité compétente à ce propos ou, encore, dès que le contrat de droit administratif qu'il a conclu avec l'administration entre en force ?
- le bailleur doit-il notifier le "changement de régime" aux locataires au moyen d'un avis officiel conforme aux articles 269 et ss CO ?
- le cas échéant, peut-on considérer que ce changement de régime constitue une autre modification unilatérale du contrat par le bailleur au sens de l'art. 269d al. 3 CO ?

La loi ne répond que partiellement à ces questions.

41. La LCAP et les dispositions des lois cantonales romandes (à l'exception de celles du Canton de Genève) conçoivent le rapport existant entre l'autorité qui accorde l'aide et le bailleur qui en bénéficie comme relevant d'un contrat de droit administratif.

Si les parties à ce contrat de droit administratif sont diligentes, elles doivent absolument régler à l'intérieur de ce contrat tous les aspects temporels liés à la prise d'effet de l'aide et du contrôle des loyers. Il leur est ainsi possible de prévoir que l'aide et le contrôle ne prennent effet à l'égard de chaque locataire en place qu'à la plus prochaine échéance de son bail.

42. Mais il se peut aussi que le contrat de droit administratif passé entre l'autorité compétente et le bailleur soit muet à ce propos.

La loi ne comporte aucune indication pour résoudre cette question. Celle-ci n'a pas non plus donné lieu, à ce jour, à des décisions judiciaires ou à des avis de doctrine.

Il convient dès lors de considérer que cette situation réalise le cas de la "lacune" du droit administratif²⁴.

La solution la plus logique serait de compléter le contrat de droit administratif, afin de préciser que le nouveau régime ne prendra effet pour chaque locataire en place qu'à la plus prochaine échéance de son bail.

Il n'est pas admissible que le bailleur au bénéfice d'un contrat administratif puisse abruptement s'en prévaloir et obtenir la modification du bail préexistant en défaveur de son locataire (telle qu'une majoration du loyer), sans respecter ses engagements jusqu'au plus prochain terme fixé dans ce bail.

43. A priori, la situation inverse n'est pas susceptible de se produire pour les cas soumis à la LCAP. En effet, l'article 13 al. 2 OCAP prévoit que, dans le cas de rénovation de constructions anciennes,

" Le loyer ne doit pas être inférieur à ce qu'il était avant la rénovation".

Il en va de même dans l'hypothèse où le logement loué pour une longue durée est aliéné en cours de bail, car l'article 41 OCAP renvoie, dans cette hypothèse, aux dispositions sur l'abaissement des loyers et donc à la règle précitée.

44. Il est concevable d'envisager, notamment en cas de cumul des aides fédérale et cantonale, que se crée une situation dans laquelle le locataire pourrait prétendre au paiement d'un loyer moins élevé après l'exécution de travaux ou la vente de son logement, que celui convenu contractuellement.

Dans ce cas, on doit admettre que le nouveau loyer entre en vigueur au moment prévu par le contrat de droit administratif, donc indépendamment de l'échéance du bail liant le bailleur et son locataire.

²⁴ Pierre MOOR, Droit administratif, Précis de droit Stämpfli, Berne, 1988, volume I, p. 133 et s, n° 2.4.4; André GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel, 1984, volume I, p. 120; Blaise KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle et Frankfurt-sur-le-Main, 1991, 4^e édition, p. 93 et s, n° 440-443.

Dans de telles circonstances, il s'avérerait choquant que le bailleur puisse continuer à recevoir des loyers trop élevés et simultanément percevoir une aide financière destinée précisément à procurer à son locataire un abaissement de son loyer.

45. La différence de traitement existant entre les deux situations envisagées ci-dessus (loyer plus élevé = report de sa prise d'effet à la prochaine échéance / loyer moins élevé = prise d'effet dès l'octroi (versement) de la subvention) n'a rien de choquant : le bailleur perçoit les loyers et aides admissibles en vertu de la loi et de sa demande de subventionnement et n'est pas injustement appauvri ou enrichi dans un cas ou dans l'autre.

Quant au locataire, s'il paie avant l'échéance de son contrat un loyer moins élevé, c'est néanmoins sans conséquence pour son bailleur (qui perçoit le rendement "global" convenu avec l'autorité compétente), conforme au but social de la loi et compatible avec la règle selon laquelle les loyers contrôlés peuvent être modifiés en dehors des termes légaux ou conventionnels.

46. En droit genevois, la situation est un peu plus simple. En effet, l'article 31A LGL prévoit un certain nombre d'exceptions dans le chapitre consacré aux "conditions relatives aux locataires", dont les suivantes :

" 2. Le Conseil d'Etat peut autoriser le propriétaire d'un immeuble (soumis à la LGL) à renoncer, pour un certain nombre de logements, aux prestations de l'Etat. Les locataires de ces logements ne sont également pas soumis aux limites de revenus fixées à l'article 30; en revanche, les loyers de ces logements restent placés sous le contrôle de l'autorité compétente."

Ainsi, le propriétaire d'un bâtiment dont la rénovation est réalisée grâce aux subventions cantonales et dont les loyers se trouvent soudainement soumis au contrôle de l'Etat, peut solliciter que la décision du Conseil d'Etat prenne en compte les particularités de certains des baux et de l'état locatif préexistants.

47. L'usage de la formule officielle prévue par l'article 269d CO n'est pas nécessaire à la notification de ce "changement de régime" du fait que la nouvelle situation juridique entraîne justement l'inapplicabilité des articles 269 ss CO.

Dès lors, un simple avis écrit suffira dans l'application de la LCAP et des dispositions des lois cantonales romandes autres que celles du canton de Genève; dans ce dernier canton, le recours à la forme prescrite par l'Office cantonal du logement demeurera nécessaire.

48. A mon sens, ce changement de statut ne constitue pas une modification unilatérale du contrat au sens de l'article 269d al. 3 CO.

En effet, même si cette modification des rapports contractuels résulte principalement de la volonté du bailleur et entraîne peut-être un amoindrissement des droits du locataire, force est de constater que les droits du bailleur sont également réduits (puisqu'il va être astreint

au contrôle) et que le locataire bénéficie d'une contrepartie économique (son loyer se trouve abaissé par rapport à celui qui pourrait être fixé notamment en vertu d'un calcul de rendement).

Dans ce contexte, le bailleur ne cherche manifestement pas à "réduire ses prestations ou à modifier en sa faveur les obligations du locataire, autres que le paiement du loyer"²⁵.

Le locataire ne dispose donc pas de la faculté de contester ce changement de régime qui ne comporte pas nécessairement que des avantages pour lui (il est notamment possible qu'à terme les loyers dus au bailleur soient plus élevés que ceux du marché, dans la mesure où l'aide fédérale doit être amortie et que les remboursements qui en résultent constituent précisément une des composantes du loyer).

49. Par conséquent, si le locataire n'accepte pas le changement de statut de son logement et la modification du loyer qui en résulte, il ne dispose d'aucun autre moyen que de résilier son bail.

E. Fin du contrôle

50. La fin du contrôle ne fait pas l'objet de dispositions légales particulières.

Ainsi, le bailleur n'est a priori pas tenu d'avertir le locataire de ce fait. En pratique cependant, le locataire a connaissance de la situation, soit parce que le plan de hausse ou ses modifications lui ont été communiquées, soit parce que son bail le précise (c'est le cas à Genève puisqu'une clause du bail-type obligatoire le spécifie).

51. Toutefois, dans certains cas, le bailleur intervient à la fin du contrôle auprès de son locataire, notamment parce qu'il entend obtenir une majoration du loyer qui tienne compte de l'indexation des fonds propres qu'il a investis (laquelle est en général exclue des plans financiers adoptés par les autorités compétentes).

Bien que cette augmentation de loyer soit souvent signifiée pendant la période du contrôle officiel des loyers, le fait qu'elle doive prendre effet pour une date ultérieure à la fin de celui-ci et le fait que sa contestation doive être portée devant les autorités judiciaires civiles rendent, à mon sens, indispensable l'usage de la formule officielle prévue par l'article 269d CO, sous peine de nullité.

Au demeurant, la pratique confirme cette opinion.

²⁵ David LACHAT, *op. cit.*, p. 370 ss; Commentaire USPI, *op. cit.*, p. 511 ss, n° 45 ss.

52. Les autorités judiciaires compétentes ont admis qu'à la sortie du contrôle, le loyer pouvait être fixé aussi bien en fonction des critères de la méthode "relative"²⁶ qu'au moyen de ceux de la méthode "absolue"²⁷.
53. A ce propos, le Tribunal cantonal neuchâtelois a jugé, dans un arrêt du 18 janvier 1994, que les pertes d'exploitation accumulées par le bailleur pendant le régime du contrôle ne peuvent pas (même partiellement) être reportées sur le prix de revient de l'immeuble, même si elles résultent de ce que le rendement théorique des fonds propres avait été limité à un niveau insuffisant pendant toute la durée du contrôle des loyers²⁸.
54. Dès lors que la hausse de loyer consécutive à la fin du contrôle officiel est soumise pleinement aux dispositions du CO, elle ne peut intervenir qu'à l'occasion d'un terme légal ou contractuel du bail, dans le respect du délai de résiliation contractuel (art. 269d al. 1 CO).
55. Evidemment, le locataire d'un logement sortant du contrôle officiel des loyers pourrait également vouloir solliciter une baisse de son loyer (qui serait éventuellement justifiée dans le système de l'aide fédérale et des cantons romands qui pratiquent le même type d'aide, car les derniers loyers du plan de hausses adopté comportent une importante quote-part consacrée au remboursement du prêt accordé au bailleur et au paiement des intérêts y afférents qui, le cas échéant, pourrait autoriser des loyers supérieurs à ceux admissibles en application de l'article 269 CO).

A priori, une telle démarche ne serait pas contraire à l'article 270a al. 1 CO, dans la mesure où le locataire pourrait prétendre à l'existence d'une notable modification des bases de calcul, résultant en particulier d'une baisse des frais assumés par le bailleur (qui serait désormais dispensé du remboursement des frais et intérêts dus à l'autorité qui l'avait subventionné).

Le contrôle administratif des loyers n'étant pas fondé sur le principe de la confiance qui est à la base de la méthode relative, le locataire devrait également pouvoir soutenir à bon droit que, dès la fin du contrôle, les parties doivent faire face à une situation entièrement nouvelle²⁹, qui suppose la révision du loyer et sa détermination selon la méthode absolue.

²⁶ SJ 1985, p. 81 ss.

²⁷ David LACHAT, op. cit., p. 359, n° 5.3.4 et les références citées; SJ 1991, p. 301 ss.

²⁸ DB n° 6/1994, p. 16 s, n° 13, cons. 4.

²⁹ David LACHAT, op. cit., p. 359.

F. La contestation des loyers contrôlésa) Par le locataire

56. Le principe qui se dégage en ce domaine (sauf peut-être pour ce qui concerne la législation genevoise) pourrait être résumé comme suit : il n'est pas possible, ni même concevable, qu'une autorité chargée d'accorder et de payer des subventions dans le but unique d'obtenir des réductions des loyers pratiqués par les bénéficiaires de ces subventions, puisse simultanément admettre que ces derniers perçoivent par là-même des rendements excessifs en pratiquant des loyers abusifs.
57. Ce postulat étant posé, la contestation par le locataire des loyers fixés par l'autorité compétente n'est tout simplement pas admise en Suisse, sauf à Genève. Le législateur et les autorités administratives considèrent en effet que les locataires n'étant pas les destinataires des options conventionnelles ou des décisions adoptées par les autorités compétentes, aucune voie de droit ne doit être mise à leur disposition pour contester les loyers³⁰.

La LCAP, tout comme les lois cantonales romandes correspondantes (à l'exception de celles du Canton de Genève) n'instituent aucune voie d'opposition, de contestation ou de recours en faveur du locataire contre la fixation de son loyer.

58. Les locataires (sauf ceux du Canton de Genève) ne disposent en effet que de la possibilité de susciter un contrôle de la conformité de leur loyer par l'OFL ou l'autorité cantonale ou communale compétente, sans possibilité de recourir contre le résultat de cette démarche ou de s'y opposer.

Il faut relever que jusqu'à récemment, cette opportunité accordée aux locataires résultait seulement de la pratique de l'OFL. L'OCAP a cependant été modifiée avec effet au 1^{er} juillet 1998 (RO 1998, p. 1420 ss.) et son nouvel article 17a stipule que :

“ *Protection des locataires*

Les locataires peuvent faire contrôler la conformité de leur loyer ou des adaptations de loyer par l'Office fédéral. L'examen est effectué par voie de procédure simple et exempte de frais.”

59. Plusieurs auteurs ont critiqué cette situation en émettant des doutes quant à sa compatibilité avec la teneur et le contenu des articles 103 lit. a de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (RS 173.110), 48 lit. a de la loi fédérale sur

³⁰ JAAC 1997 II, p. 378 et ss.

la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021) et, finalement, 6 de la convention européenne des droits de l'homme (RS 0.101)³¹.

Dans son récent article, Félix SCHOBI a développé une thèse aux termes de laquelle le locataire d'un logement soumis à la LCAP devrait être autorisé à contester son loyer auprès de la Commission de recours du Département Fédéral de l'Economie Publique (ci-après : Commission de recours DFEP) avant, le cas échéant, de soumettre son cas au Tribunal Fédéral par le biais d'un recours de droit administratif.

Pour appuyer cette théorie, cet auteur préconise de se fonder sur l'article 17 al. 3 OCAP (qui permet à l'OFL d'exiger du bailleur le remboursement au locataire des loyers perçus en trop) et d'autoriser en conséquence le locataire, qui estime payer un loyer trop élevé, à interjeter un recours contre la décision de fixation de ce loyer. Conscient de ce que cette démarche constituerait une intervention tierce dans le rapport de droit administratif existant entre l'autorité compétente et le bailleur, Félix SCHOBI justifie son avis en relevant que diverses lois fédérales confèrent à des tiers le droit d'intervenir dans une relation contractuelle ou administrative (telle que les droits conférés au fermier par le droit foncier rural en cas de vente). Cet auteur poursuit en précisant que l'OFL devrait ainsi être obligé de notifier par écrit ses décisions au locataire qui devrait alors disposer de la faculté d'en demander les motifs, de consulter les actes officiels qui les ont justifiés et d'être entendu, tout en conservant la faculté de recourir auprès de la Commission de recours DFEP.

Ceci étant, Félix SCHOBI constate que les droits du locataire de contester le plan des loyers seraient de toute manière limités, car il n'aurait pas la possibilité de revenir sur des dispositions qui auraient déjà acquis force de loi (par exemple, un plan de loyer éventuellement illicite, mais non contesté dans les 30 jours par le précédent locataire demeurerait en vigueur).

60. A mon sens, cette opinion est erronée car elle part d'une mauvaise appréciation de l'article 17 al. 3 LCAP qui prescrit seulement que :

" En cas de dépassement des loyers approuvé, ou de changement d'affectation, un délai de 3 mois est imparti au propriétaire pour qu'il rembourse au locataire les montants perçus en trop. (...)."

La loi ne traite à l'évidence que du cas du dépassement des loyers approuvés et non pas de celui de la fixation incorrecte des loyers approuvés.

Ainsi et contrairement à ce qu'affirme Félix SCHOBI, cette disposition n'institue pas un droit de regard du locataire sur les critères et les calculs ayant abouti à la détermination de son loyer, mais seulement un droit d'information limité à la connaissance du montant autorisé de son loyer.

³¹ Félix SCHOBI, op. cit., p. 82; Charles-André JUNOD, Les incidences du droit administratif du logement social sur le droit privé du bail à loyer, Séminaire sur le bail à loyer - Neuchâtel, octobre 1988, p. 8 et 9.

61. La situation sur le plan juridique n'en est toutefois pas claire pour autant.

Dans la décision qui a incité Félix SCHOBI à développer la théorie susévoquée³², la Commission de recours du DFEP a retenu que la procédure en contestation du loyer par le locataire devant l'autorité de conciliation et le Tribunal des baux n'est pas admise pour les logements dont la mise à disposition est favorisée par l'autorité et dont les loyers sont contrôlés. Elle a ainsi appliqué "à la lettre" l'article 253b al. 3 CO et les principes retenus par la doctrine³³, confirmant par ailleurs sa jurisprudence antérieure³⁴.

Dans cette même décision, il a toutefois été reconnu que le locataire peut intervenir en qualité de "dénonciateur" auprès de l'autorité de surveillance - in casu, la Commission susmentionnée - lorsqu'il estime que l'autorité qui fixe le loyer agit contrairement au droit.

62. Cependant, dans un arrêt non publié du 29 mai 1997³⁵, le Tribunal Fédéral s'est demandé si, nonobstant le caractère de droit public du rapport juridique existant entre l'autorité et le destinataire de la subvention (le bailleur),

" *l'on saurait dénier au locataire d'un logement subventionné la qualité pour recourir contre la décision administrative fixant le loyer dans le cadre du rapport de subvention dès lors que le contrôle de ce loyer par l'autorité remplacerait d'office le contrôle usuel des juridictions civiles :*

Le bail litigieux a été conclu entre un locataire (la demanderesse) et un bailleur privé (la défenderesse). Ces deux parties sont liées par des rapports de droit privé, quand bien même la relation de bail se situe dans un cadre régi par le droit public (Junod, op. cit., p. 431). On peut dès lors aussi se demander si des modifications du contrat sont totalement exclues du contrôle judiciaire (cf. Lachat/Stoll, op. cit., p. 168; arrêt non publié du 6 mars 1985 cité, cons. 3)."

Le Tribunal Fédéral a poursuivi, en relevant que la Cour cantonale a considéré que la majoration de loyer contestée était nulle, faute d'avoir été notifiée au moyen de la formule officielle prévue par l'article 269d CO. Le Tribunal Fédéral ne s'est toutefois pas prononcé sur cette question :

" *On peut se demander si la question de la notification de la majoration de loyer, qui touche, cela va de soi, à la relation de bail existant entre les parties au litige, a également trait au rapport de subvention liant le bailleur (la défenderesse) à l'autorité (l'Office Fédéral du Logement, cf. Junod, op. cit., p. 429; cet auteur fait état d'une décision judiciaire genevoise ayant retenu, s'agissant des logements subventionnés, que le droit public cantonal ne concernait que le loyer et non pas le surplus du rapport de bail, lequel demeurerait régi par le droit civil fédéral). Il n'est pas nécessaire d'en décider. La forme requise pour la signification d'une*

³² JAAC 1997 II p. 378 et ss, résumée en français in DB n° 8/1996, p. 20 et ss, n° 16.

³³ Notamment David LACHAT, op. cit., p. 252, n° 3.2.2.

³⁴ JAAC 1996 II, p. 443 et ss.

³⁵ Faisant suite à l'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois du 15 février 1995, résumé in Plaidoyer 6/1995, p. 55.

augmentation de loyer concernant de toute manière la relation de bail, la juridiction civile est compétente pour en connaître. A cet égard, il importe peu qu'une autorité administrative le soit aussi, question qui peut également être laissée indécise. Par conséquent, la compétence de la Cour cantonale doit être entérinée en l'espèce. La critique n'est donc pas fondée."

Plus loin, dans ce même arrêt, le Tribunal Fédéral a constaté que les parties sont liées par un contrat de bail échelonné, conclu avant l'entrée en vigueur du nouveau droit et donc soumis, pour ce qui concerne la fixation du loyer, aux dispositions de l'AMSL. Il a ajouté ainsi que :

" S'agissant des logements construits avec l'aide de la Confédération et dont le loyer est soumis au contrôle de l'autorité, l'art. 4 al. 2 let. b OSL indique un certain nombre de dispositions de l'AMSL qui demeurent cependant applicables (cf. aussi Barbey, op. cit., p. 20; Hauri, Der missbräuchliche Mietzins, thèse Zurich 1979, p. 87 et 93 s.). Tel est le cas de l'art. 18 al. 3 AMSL, dans la mesure où il vise la résiliation signifiée par le bailleur à l'occasion d'une majoration de loyer. En revanche, l'obligation de donner sur la formule un avis de majoration de loyer n'est pas mentionnée et, partant, n'est pas applicable à de semblables logements (cf. Rassig/Schwander, Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen, 4^e éd. 1984, p. 45). Sous cet angle, le texte de l'ordonnance est parfaitement clair."

Cette conclusion a amené le Tribunal Fédéral à déclarer le recours bien fondé (en ce sens que le bailleur n'était effectivement pas astreint à user de la formule officielle prévue par l'art. 269d CO pour notifier un nouveau loyer à son locataire), mais également à renvoyer la cause devant les juges cantonaux pour qu'ils statuent sur leur compétence "pour connaître d'une hausse d'un loyer contrôlé par l'autorité et dont le logement bénéficie d'une aide fédérale" et, le cas échéant, sur sa validité.

63. Il ressort donc de ce surprenant arrêt que le Tribunal Fédéral n'a pas d'emblée exclu qu'une autorité judiciaire civile puisse se prononcer, à la demande du locataire, sur son loyer contrôlé au sens de l'article 253b al. 3 CO.

Il est vrai qu'à teneur de l'article 269 CO applicable aux logements subventionnés par renvoi de l'article 2 al. 2 OBLF, le loyer ne doit pas procurer un rendement excessif au bailleur et que l'on peut se demander qui d'autre que le locataire a intérêt à solliciter le respect de ce principe...

64. Les problèmes examinés ci-dessus ne se posent pas en droit genevois. L'art. 44 LGL permet au locataire de former une réclamation administrative auprès de l'Office cantonal du logement lorsqu'il entend contester son loyer puis, le cas échéant, de porter son différend par-devant le Tribunal administratif (art. 44 al. 5 LGL).

En dernier ressort, il lui sera encore possible de déposer un recours de droit public auprès du Tribunal Fédéral.

65. Si cette procédure a pu être mise en place dans le canton de Genève, c'est en grande partie parce que les relations entre l'autorité et le bailleur sont réglées par des décisions (que l'autorité peut modifier aisément) et non par un contrat de droit administratif (auquel l'autorité se trouve définitivement liée).

b) Par le bailleur

66. Dans l'application de la LCAP et des dispositions des lois cantonales des cantons romands autres que Genève, le bailleur est lié à l'autorité par un contrat de droit administratif. A priori, le bailleur n'a donc aucune raison de chercher à contester le contenu de ce contrat auquel il a adhéré.

67. Cependant, la relation entre le bailleur et l'autorité est conclue pour une longue durée (25 ans au minimum). De nouvelles circonstances sont donc susceptibles de déployer des effets sur le contenu du contrat et d'en justifier la modification. L'autorité peut ainsi être amenée à prendre des décisions (modification du loyer ou du plan des loyers) contre lesquelles le bailleur peut, le cas échéant, souhaiter s'opposer.

L'art. 59 LCAP et l'art. 75a OCAP permettent au bailleur de saisir la Commission de recours DFEP de ses doléances à l'égard des décisions prises par l'Office Fédéral du Logement.

S'il n'est pas satisfait par la décision de cette Commission, le bailleur peut, dans certains cas, saisir le Tribunal Fédéral d'un recours de droit administratif.

68. En droit genevois, le bailleur dispose des mêmes voies de recours que celles qui sont offertes au locataire. Il peut donc saisir l'Office cantonal du logement d'une réclamation, puis recourir contre la décision de cet office auprès du Tribunal administratif (art. 43 et 44 LGL).

Enfin, s'il n'est pas d'accord avec l'arrêt du Tribunal administratif, il peut, lui aussi, porter le litige par-devant le Tribunal Fédéral au moyen d'un recours de droit public.

III. LES FRAIS ACCESSOIRES

A. Généralités

69. Dans le droit commun, les frais accessoires sont définis de manière assez large.

L'article 257a al. 1 CO prescrit qu'ils sont dus pour des prestations fournies par le bailleur ou un tiers en rapport avec l'usage de la chose louée.

L'article 257b al. 1 CO stipule que ces frais doivent correspondre aux dépenses effectives du bailleur en rapport avec l'usage de la chose. Sont des frais accessoires, par exemple, les coûts en rapport avec le chauffage et la production d'eau chaude, les autres frais d'exploitation ainsi que les contributions publiques qui résultent de l'utilisation de la chose.

Les articles 4 à 8 de l'OBLF donnent des indications complémentaires très générales, sauf pour ce qui concerne les frais de chauffage et de production d'eau chaude qui sont relativement strictement décrits.

La liste d'exemples figurant à l'article 257b al. 1 CO n'étant pas exhaustive, les parties à un bail peuvent évidemment convenir d'autres frais accessoires pour des dépenses en rapport avec l'usage de la chose, tels que : les coûts de l'électricité, du gaz, de la climatisation, du service de conciergerie, d'exploitation de l'ascenseur, des redevances pour le réseau de télévision par câble³⁶.

70. Il sied de rappeler qu'à teneur de l'article 256b CO, il appartient au bailleur de supporter les contributions publiques et les charges qui grèvent la chose louée.

Ainsi, les frais qui concernent ou découlent de l'existence même de la chose louée sont imputables au bailleur et à lui seul, alors que ceux qui résultent de son usage peuvent être pris en charge soit par le bailleur, soit par le locataire.

Sont considérés comme des contributions publiques ou charges grevant la chose louée les impôts fonciers, les primes d'assurances, les taxes de raccordement aux canalisations, etc...³⁷.

Il faut relever que la doctrine est divisée au sujet du caractère impératif³⁸ ou, au contraire, dispositif³⁹, de cette norme, ainsi que des articles 257a al. 1 et 257b al. 1 CO, en tant qu'ils se réfèrent expressément au coût "en rapport avec l'usage de la chose".

³⁶ David LACHAT, op. cit., p. 221.

³⁷ David LACHAT, op. cit., p. 221; USPI, op. cit., p. 107 et s, n° 3.

³⁸ Giacomo RONCORONI, Zwingende und dispositive Bestimmungen im revidierten Mietrecht, MP 2/90 p. 76 et ss, 88.

³⁹ USPI, op. cit., ad art. 256b, p. 108, n° 7.

71. L'article 38 LCPA est, sur ce plan, beaucoup plus complet. En son alinéa 2, il stipule que les frais accessoires peuvent être facturés séparément au locataire selon les dépenses effectives :

" *Il s'agit en particulier du chauffage et de l'eau chaude, de la consommation de courant, des frais de concierge et d'entretien des jardins ainsi que des contributions publiques telles que les impôts réels, les frais d'éclairage des routes, les primes d'assurance des bâtiments, les taxes d'enlèvement d'ordures, les droits d'eau et les taxes d'épuration des eaux.*"

72. Cette définition est de surcroît précisée par les articles 24 et 25 de l'OCAP, qui prévoient que :

- le plan des hausses de loyer devra impérativement réserver un certain pourcentage destiné à couvrir les frais d'entretien et d'administration;
- les frais accessoires seront obligatoirement comptés séparément au locataire, selon les dépenses faites, étant précisé qu'il s'agit de tous les coûts qui découlent de l'utilisation de l'immeuble loué, y compris les contributions publiques;
- Sont réputés frais accessoires, le nettoyage des escaliers, le raccordement de la radio et de la télévision, les primes des coopératives de cautionnement, les frais d'exploitation pour le chauffage, l'eau chaude, les installations communes et les ascenseurs.

73. Cette dernière liste a notamment été complétée dans la recommandation de l'OFL du 8 décembre 1997 précitée, qui prescrit que :

" *Sont en particulier considérés comme frais accessoires les frais résultant de :*

- *consommation d'eau*
- *épuration des eaux usées/élimination des ordures ménagères*
- *conciergerie*
- *nettoyage des escaliers*
- *entretien des abords*
- *raccordement au réseau de radiodiffusion et de télévision*
- *consommation d'énergie pour les installations communes*
- *contribution à l'éclairage public*
- *assurance de bâtiment, dans la mesure où elle est obligatoire*
- *impôt réel*
- *prime de coopérative de cautionnement*

ainsi que les charges d'exploitation,

- *d'installation de chauffage et de préparation d'eau chaude*

- *d'installations communes*
- *d'ascenseurs.*"⁴⁰

Il apparaît ainsi que la définition donnée des frais accessoires dans la LCAP est beaucoup plus complète que celle du droit commun.

74. Il convient de mentionner qu'en 1996, un locataire tessinois a contesté l'intégration dans les frais accessoires mis à sa charge des primes de l'assurance immobilière et de l'impôt foncier afférent à l'immeuble de son bailleur. En se fondant sur l'article 256b CO, il prétendait que ces charges résultaient de prestations du bailleur sans rapport avec l'usage de la chose louée et qu'elles devaient donc être imputées à ce dernier.

De son côté, le bailleur se référait à l'article 38 LCAP et affirmait que l'un et l'autre de ces postes faisaient partie des frais accessoires pouvant être mis à la charge du locataire. Il relevait de surcroît que le loyer fixé par l'OFL dans son cas ne comportait pas les coûts afférents à ces deux postes.

Par un jugement du prêteur de la juridiction de Mendrisio Nord du 3 janvier 1997, confirmé par un arrêt de la Chambre de cassation civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin du 20 août 1997, le locataire a été débouté de son opposition. Dans les grandes lignes, les deux autorités judiciaires précitées ont considéré que les dispositions de la LCAP relatives aux frais accessoires constituaient une "lex specialis" par rapport à celle du Code des Obligations traitant du même objet. Par ailleurs, elles ont retenu qu'il fallait traiter sur un pied d'égalité les propriétaires de logements libres et les propriétaires de logements contrôlés; or, si les premiers disposent de la faculté d'intégrer les primes d'assurances immobilières et les impôts immobiliers dans les composantes des loyers qu'ils exigent (au titre de frais d'exploitation), il convient d'accorder cette même faculté aux seconds même si la LCAP prévoit précisément que les primes d'assurances immobilières et les impôts immobiliers doivent être intégrés dans les frais accessoires.

Si la solution retenue par les autorités judiciaires tessinoises possède l'avantage d'être pragmatique, elle a cependant l'inconvénient de ne pas tenir compte du fait que les dispositions du CO applicables au contrat de bail à loyer sont beaucoup plus récentes que les règles de la LCAP.

Un second problème a, par ailleurs, surgi dans le cadre de ce litige : le locataire faisait encore valoir que les assurances immobilières tessinoises n'étant pas obligatoires, les primes y relatives ne pouvaient lui être facturées au titre de frais accessoires.

Cet argument a été écarté par les autorités judiciaires précitées en tenant compte du fait que ces mêmes primes d'assurance entrent dans les composantes unanimement admises dans le calcul des loyers du secteur libre.

Aujourd'hui, cette question est devenue tout à fait théorique. En effet, l'OFL a modifié sa pratique au mois de février 1998 en acceptant expressément que les primes d'assurance immobilière soient également facturées au locataire au titre de frais accessoires dans les cantons où ces assurances ne sont pas obligatoires.

⁴⁰ Recommandation de l'OFL du 8.12.1997, op. cit., p. 2.

75. Selon la recommandation de l'OFL du 8 décembre 1997 précitée, les frais accessoires doivent être mentionnés de manière détaillée dans le contrat de bail à loyer, étant précisé que ceux qui n'y sont pas spécialement définis sont considérés comme compris dans le loyer.

Il en va de même pour ce qui concerne les frais accessoires des logements libres, puisque l'article 257a al. 2 CO stipule qu'ils ne peuvent être mis à la charge du locataire que si cela a été convenu spécialement.

B. Le contrôle judiciaire

76. La modification des acomptes de frais accessoires ou l'introduction de nouveaux frais accessoires constitue une autre modification unilatérale du contrat au sens de l'article 269d al. 3 CO⁴¹, que le bail porte sur un logement contrôlé ou sur un logement libre.

L'article 269d al. 3 CO reste en effet applicable aux logements subventionnés, de même que les articles 4 à 8 OBLF, en vertu du renvoi de l'article 2 al. 2 OBLF.

Il en découle que si le bailleur de logements contrôlés entend extraire certains coûts précédemment compris dans le loyer et les introduire dans les frais accessoires - ce que la jurisprudence du Tribunal Fédéral admet dans son principe⁴² - cette nouvelle prétention et son évaluation devront être notifiées au locataire au moyen de la formule officielle prévue à l'article 269d CO et pourront faire l'objet d'une contestation par le locataire devant les autorités judiciaires civiles.

77. Comme ces frais accessoires étaient précédemment inclus dans le loyer et qu'ils en sont sortis, le loyer devrait logiquement être réduit d'un montant équivalent à celui des nouvelles charges, plus précisément d'un montant correspondant à ce qu'ils ont coûté jusqu'alors.

En effet, il n'existe aucune raison pour que, dans de telles circonstances, l'économie globale de la relation contractuelle existant entre le bailleur et le locataire soit modifiée.

Si l'objet loué est un logement libre, le locataire est en droit d'exiger la réduction correspondante de son loyer en se prévalant de l'art. 270a al. 1 CO. En effet, dans une telle situation, le maintien du loyer à son niveau procurerait au bailleur un rendement excessif puisque le report dans les frais accessoires de charges d'exploitation courantes a pour effet une baisse de ses frais. Au demeurant, la modification unilatérale du contrat proposée par le bailleur - qui induit une augmentation des frais accessoires - ne devrait être admise par l'autorité judiciaire éventuellement saisie d'une contestation qu'en échange de la baisse

⁴¹ Philippe RICHARD, op cit, p. 5 et ss et les références citées.

⁴² DB n° 8/1996, p. 24 et s, n° 18.

d'un montant correspondant du loyer, si aucun élément nouveau n'est facturé au titre de frais accessoires.

78. La situation est en théorie plus complexe si l'objet du bail est un logement contrôlé. En effet, comme on l'a vu ci-dessus, le locataire ne dispose d'aucune voie de droit pour contester son loyer ou pour en demander la diminution dans le système de la LCAP et des lois cantonales romandes correspondantes, à l'exception de celles du canton de Genève.

Le bailleur pourrait donc facturer soudainement dans les frais accessoires des coûts effectifs qui étaient jusqu'alors inclus dans le loyer, notifier correctement cette modification unilatérale du bail à son locataire, tout en maintenant le loyer fixé par l'autorité compétente.

Cependant, si le locataire contestait la prétention de son bailleur (soit l'introduction des nouveaux frais accessoires) devant l'autorité judiciaire civile, il me paraît que celle-ci devrait refuser d'accepter la modification unilatérale proposée par le bailleur, à moins que celui-ci ne s'engage simultanément à réduire le loyer en-dessous du maximum autorisé, ce qu'il est en droit de faire.

Finalement, la question est donc plus académique que pratique.

79. Au demeurant, il ne semble guère intéressant pour un bailleur de logements contrôlés de modifier des paramètres qui ont présidé à la détermination des loyers qu'il devra appliquer, car, sans en tirer le moindre bénéfice, il devra en aviser l'autorité compétente tôt ou tard, en vertu des devoirs de renseigner qu'il assume (art. 62 et 63 OCAP) et se mettre d'accord avec elle pour modifier le contrat de droit administratif qui les lie. Il sera de toute façon obligé de modifier les loyers et, finalement, il assumera le coût de démarches administratives multiples et variées sans en tirer un quelconque bénéfice supplémentaire.
80. A Genève, cette situation n'est pas susceptible de se produire. En effet, à teneur de l'article 5 al. 4 ReLGL, seuls les frais relatifs au chauffage et à l'eau chaude peuvent être facturés séparément lorsque les loyers de l'immeuble sont contrôlés. Tous les autres coûts d'exploitation à charge du bailleur – rigoureusement contrôlés par l'Office cantonal du logement - sont obligatoirement et automatiquement intégrés au loyer.

IV. CONCLUSIONS

81. Jusqu'au début de cette décennie, les loyers et les frais accessoires des logements subventionnés n'ont guère donné lieu à des cas de contentieux.

Aujourd'hui, la situation évolue et force est de reconnaître que le système mis en place souffre d'un certain nombre d'imperfections sur le plan juridique.

Cette situation résulte de ce que le législateur fédéral a cru pouvoir valablement régler sa politique sociale du logement en imposant des charges et des conditions exclusivement au bailleur, dans le cadre d'un rapport juridique bilatéral relevant du contrat de droit administratif.

Or, cette solution ne permet pas de tenir compte des intérêts du locataire, même limités au seul contrôle du caractère non abusif de son loyer.

De ce point de vue, le système en vigueur à Genève résoud un certain nombre de problèmes (notamment en regard des prérogatives conférées aux individus par la convention européenne des droits de l'homme). Cependant, la solution genevoise confère d'importants pouvoirs à l'autorité, puisque celle-ci n'agit qu'au moyen de décisions.

82. Ceci étant, toutes les institutions mises en place en Suisse visent en réalité uniquement à faciliter la gestion de certains bâtiments locatifs. Elles s'avèrent extrêmement coûteuses en regard du résultat finalement obtenu en termes de politique sociale du logement.

C'est ainsi que pour des raisons avant tout économiques, on peut s'attendre à ce que d'importantes réformes des législations examinées ci-dessus soient entreprises dans les prochaines années, probablement dans un sens favorisant les allocations personnalisées à caractère social.