

LES INCIDENCES DU DROIT ADMINISTRATIF DU LOGEMENT SOCIAL

SUR LE DROIT PRIVE DU BAIL A LOYER

par

Charles-André JUNOD,
professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Genève

Sommaire

	<u>Chiffres :</u>
I. Introduction	1 - 8
II. Les incidences sur le champ d'application de l'AMSL	9 - 15
III. Comparaison entre les normes du contrôle et de la surveillance des loyers	16 - 34
a) les prémisses de la comparaison	16 - 19
b) les charges d'exploitation	20 - 23
c) l'amortissement	24 - 28
d) le rendement des fonds propres	29 - 34
IV. Les incidences sur le régime de la résiliation du bail	35 - 41
V. Conclusion	42 - 46

I. Introduction

1. Le marché du logement en Suisse relève essentiellement de l'économie privée, puisque l'Etat (lato sensu : Confédération, cantons, communes et autres personnes morales de droit public à l'exception des institutions du "2e pilier") n'est propriétaire que d'environ 4.5% du parc locatif. Ce marché est néanmoins régi par des normes de droit public dans une mesure beaucoup plus importante, même depuis que l'AMSL s'est substitué à une surveillance administrative; il comprend en effet tout un secteur dit "social" dans lequel l'Etat intervient généralement non point comme sujet économique (bailleur), mais au moyen de son pouvoir normatif, à des fins de politique sociale, c'est-à-dire (pour reprendre la "définition" du TF dans son arrêt Griessen) afin de "procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens, ou à accroître le bien-être par l'amélioration des conditions de vie, de la santé ou des loisirs" (ATF 97 I 499 ss., 505), conformément au mandat défini à l'article 34sexies (notamment alinéa 2 lettre b) Cst.
2. Par "logement social", je désigne ici tout logement mis sur le marché avec l'aide de l'Etat. Cette aide peut revêtir les formes les plus diverses, allant de la mise à la disposition de terrains à des conditions avantageuses (en propriété ou plus souvent en droit de superficie) aux classiques subventions, en passant par les prêts à des conditions de faveur, les cautionnements et les exonérations fiscales. La qualification de certaines mesures étatiques favorisant la construction de logements est plus difficile : je ne pense pas qu'on puisse considérer comme une aide certains allègements en matière de police des constructions destinés à réduire le coût des logements; en revanche, des mesures d'aménagement du territoire tendant à conférer aux propriétaires de terrains des droits à bâtir supplémentaires en vue de la construction de logements sociaux méritent certainement une telle qualification, ainsi que le TF l'a statué dans son arrêt Righi (ATF 99 Ia 604 ss., 620-622).

3. Pour que l'on puisse parler d'une mesure d'aide étatique, il faut, à mon avis, que celle-ci requière le consentement de l'administré; si elle lui est imposée, il ne saurait plus être question d'aide. J'estime donc qu'il convient ici de s'en tenir à la distinction classique entre administration restrictive (Eingriffsverwaltung) et administration de promotion (Leistungsverwaltung), même si la doctrine moderne tend à en relativiser et minimiser la portée. Peu importe, en revanche, que l'aide fournie par l'Etat revête - comme c'est presque toujours le cas, ne fût-ce que pour des raisons budgétaires - un caractère discrétionnaire ou que ses bénéficiaires y aient un droit subjectif (acte administratif lié).
4. Bien que l'aide étatique au logement soit conçue, conformément au mandat constitutionnel, essentiellement "en faveur de familles, de personnes ayant des possibilités de gain limitées, de personnes âgées, d'invalides ainsi que de personnes exigeant des soins" (article 34^{sexies} alinéa 2 lettre b Cst.), ses destinataires (au sens juridique) ne sont pas nécessairement de telles personnes et il importe, à cet égard, de distinguer entre aide directe et indirecte. Pour des raisons pratiques notamment, il peut en effet se révéler plus commode d'accorder cette aide non pas aux locataires mais aux bailleurs, à charge pour eux de le répercuter sur ceux que l'Etat entend effectivement aider, à savoir les locataires. Cette aide indirecte est de loin la plus importante dans notre pays, aussi bien pour ce qui est des subventions que des exonérations fiscales.
5. Il est évident que, si l'aide est accordée de manière indirecte, elle doit impérativement être assortie de charges qui en assurent la répercussion au profit des locataires. Les principales de ces charges consistent :
 - a) à exiger des bailleurs qu'ils ne louent les logements sociaux qu'à des locataires proposés ou agréés par l'Etat ou remplissant certaines conditions définies par lui. Ces

conditions ont trait principalement au taux d'occupation du logement et aux limites de revenu (voire aussi de fortune) des locataires; lorsque ces conditions ne sont plus remplies, l'aide étatique est généralement supprimée, mais le bailleur peut parfois être tenu de résilier le bail du locataire qui ne remplit plus les conditions d'accès à un logement social. Il faut noter toutefois que l'abaissement de base du loyer prévu à l'article 37 de la LF du 4 octobre 1974 encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements (ci-après : LCAL - RS 843-1), n'est subordonné à aucune condition de ce genre;

- b) à interdire aux bailleurs de louer les logements sociaux à un prix supérieur à celui déterminé par l'Etat, dont l'accord est en conséquence requis préalablement à toute hausse de loyer.

C'est donc par le truchement de ces charges imposées aux bailleurs que le droit administratif du logement social a certaines incidences sur le droit privé du bail à loyer.

6. Qu'en est-il lorsque l'aide étatique est - exceptionnellement - accordée directement aux locataires ? Théoriquement, cette "aide individuelle" ou "personnalisée" pourrait n'avoir aucune incidence sur le rapport de bail, qui demeurerait régi - notamment pour ce qui est du montant du loyer - par les dispositions de l'AMSL. En fait cependant, l'Etat a éprouvé la crainte que de tels subsides ne profitent principalement aux bailleurs, au travers d'une augmentation de loyer, et les cantons qui ont recouru à cette technique d'aide l'ont généralement assortie d'un contrôle officiel des loyers, lorsque les logements occupés par cette catégorie de locataires n'y étaient pas déjà soumis (cf. article 29 alinéa 3 de la loi vaudoise sur le logement, du 9 septembre 1975 - ci-après : LL/VD; cp. article 25B du règlement d'exécution de la loi générale genevoise sur le logement et la protection des locataires - ci-après : RE/LGL/GE; RS/GE I 5 1,5).

7. Le logement social apparaissant ainsi comme inséparable d'un contrôle administratif des loyers, la question se pose évidemment de l'articulation de ce contrôle avec la surveillance instituée par l'AMSL en tant que réglementation de droit privé. En conséquence, le premier thème auquel je m'arrêterai intéresse la délimitation du champ d'application de ces deux types de réglementation.

8. Auparavant, il me semble judicieux de donner une idée de l'importance du segment "social" du marché du logement, car il est évident que certains des problèmes étudiés ici ne se poseront pas dans les mêmes termes selon que les logements sociaux représentent une part importante ou au contraire négligeable des logements offerts sur un marché local déterminé. Or, il se trouve qu'à cet égard, les disparités entre cantons romands sont frappantes, ainsi qu'il résulte du tableau figurant ci-après, qui fait clairement ressortir le rôle crucial du logement dans la vie politique genevoise. Cette situation est liée aussi à la proportion beaucoup plus faible de propriétaires de leur logement dans le canton de Genève (11,2% en décembre 1980, contre % pour le canton de Vaud).

Quelques données sur l'importance du secteur social du marché
du logement dans les cantons de GE, VD, NE, FR, VS et JU

	<u>GE</u>	<u>VD</u>	<u>NE</u>	<u>FR</u>	<u>VS</u>	<u>JU</u>
1. Parc de logements total au 31.12.87	188.873	271.126	74.624	73.000*	143.023	27.058
2. Résidences secondaires au 31.12.87	5.000*	-	4.640*	4.000*	56.000*	1.960*
3. Parc de logements net (1 - 2)	183.873*	-	69.984	69.000*	87.023*	25.098*
4. Nombre de logements subventionnés au 31.12.87	31.358	-	10 %*	6.000*	13.755	646
5. En % du parc locatif net	17,0*	5*	8 %*	8,7*	15,8*	2,6*
6. % moyen 1985-87 des logements sociaux dans la production brute de logements	45,3	12,5*	20 *	10*	26,8	16,8
7. Montant annuel moyen 1985-87 de l'aide au logement subventionné y compris les subventions fédérales (en milliers de francs)	89.000 ^a	-	-	4.300*	8.438 ^b	633.6
8. En % des dépenses courantes du canton	2,9*	-	-	0,4*	0,4 ^b	0,7*
9. Subventions fédérales effectivement versées en vertu de la LCL et de la LCAL de 1965 à 1987 (sans les cautionnements) (en milliers de francs)	6.002	60.400	13.970	55.630	42.600	5.990
10. Nombre de nouveaux logements construits au bénéfice de ces subventions fédérales	574	6.163	1.291	6.407	5.342	739

* Estimation

a Sous déduction des surtaxes encaissées, mais y compris les exonérations fiscales (estimation)

b Sans les exonérations fiscales

II. Les incidences sur le champ d'application de l'AMSL

9. Il apparaît d'emblée qu'il n'y aurait guère de sens, prima facie, à superposer la surveillance des loyers instituée par l'AMSL au contrôle administratif prescrit par le droit du logement social. L'article 4 alinéa 2 lettre b OSL en a tenu compte en soustrayant pour l'essentiel à cette surveillance les "logements construits avec l'aide de la Confédération, du canton ou de la commune, et dont le loyer est soumis au contrôle des autorités". En effet, seul le second alinéa de l'article 14 AMSL est applicable à de tels logements, mais non le premier alinéa, qui formule le principe de base en matière de "loyers abusifs", pas davantage que l'article 15 AMSL, dont on connaît l'importance prépondérante en raison de la préférence manifestée, du moins en Suisse romande, pour la méthode de calcul relative. Si la situation paraît limpide au premier abord, l'application de l'article 4 alinéa 2 lettre b OSL donne néanmoins matière à certaines difficultés.
10. Ces difficultés ne tiennent pas au concept d'aide étatique, qui doit assurément être compris largement et inclure en conséquence toutes les formes que j'ai évoquées plus haut (ch. 2 et 3), également lorsque cette aide est fournie par l'Etat au travers d'organismes décentralisés. Le problème qui mérite, en revanche, discussion intéresse les effets du contrôle administratif des loyers sur le rapport de bail et, conséquemment, la position procédurale du locataire. En l'absence de dispositions légales spécifiques en sens contraire, la pratique administrative et la jurisprudence ont parfois indiqué que les décisions des autorités de contrôle demeuraient sans effet sur le rapport de bail et qu'en conséquence la qualité pour recourir pouvait être déniée aux locataires des logements qu'elles concernaient.
11. Cette opinion me paraît inconciliable avec l'article 4 alinéa 2 OSL. Sans doute pourrait-on soutenir qu'il sied de distinguer strictement selon que l'Etat fixe les loyers dans sa

relation avec ses administrés, qui sont les bailleurs en tant que destinataires de subventions, ou selon qu'il intervient dans le rapport de droit privé entre bailleurs et locataires, au moyen d'un contrôle de droit administratif. Une telle distinction me semble cependant incompatible avec la norme réglementaire susvisée en même temps qu'absurde. D'une part, le Conseil fédéral a entendu soustraire au champ d'application de l'AMSL les logements "dont le loyer est soumis au contrôle des autorités" qui les ont subventionnés; ce contrôle se rattache donc clairement au rapport de subvention et il est incontestable que l'on songeait surtout à des subventions "indirectes", comme le prouve la référence à des logements "construits avec l'aide de" l'Etat; c'est dire qu'on ne saurait argumenter que le champ d'application de l'AMSL n'est pas restreint là où le contrôle des loyers se rattache à la relation Etat-bailleur. D'autre part, la solution contraire est insensée : le loyer ayant été fixé par l'autorité administrative compétente dans le cadre du rapport de subvention, que pourrait encore faire le juge civil sur la base de l'AMSL ? Saisi d'une requête du locataire tendant à réduire le loyer autorisé administrativement, il ne saurait y faire droit sauf à méconnaître clairement le principe de l'autonomie du droit administratif - du moins si l'on admet que l'article 4 alinéa 2 OSL n'excède pas le champ de la délégation figurant à l'article 5 AMSL (ce qu'à ma connaissance personne jusqu'ici n'a prétendu et qui, à mes yeux, serait clairement insoutenable).

12. Dès lors que l'application de l'AMSL est écartée toutes les fois que les loyers de logements sociaux sont soumis à un contrôle étatique, quelles que soient les modalités de ce contrôle, je ne vois pas qu'on puisse dénier aux locataires de ces logements la qualité pour recourir. Il en est clairement ainsi lorsque la question est régie par la norme de l'article 103 lettre a OJF, soit parce qu'il s'agit de logements subventionnés en vertu de la LCL de 1965 ou de la LCAL de 1974, soit parce que le droit public cantonal a adopté une

norme analogue (ce qui est de plus en plus fréquemment le cas). J'estime qu'il en va de même pour la qualité pour recourir en droit public selon l'article 88 OJF, bien qu'il ne puisse s'agir dans la plupart des cas que d'un recours pour arbitraire, mais c'est assurément là un point plus discutabile.

13. Les cantons peuvent-ils écarter la disposition de l'article 4 alinéa 2 OSL, par exemple au moyen d'un renvoi à l'AMSL dans leur législation relative au logement social ? Il faut ici, me semble-t-il, soigneusement distinguer plusieurs situations. Tout d'abord il est indubitable que les cantons peuvent renoncer à instituer un contrôle des loyers de tels logements, ce qui signifierait que la seconde condition d'application de l'article 4 alinéa 2 OSL ne serait pas remplie et qu'en conséquence la surveillance prévue par l'AMSL continuerait à s'appliquer à de tels logements. Cela étant, il doit évidemment en aller de même si le droit cantonal se borne à réserver l'application de l'AMSL ou à y renvoyer. Aucun canton romand n'a choisi cette voie.

14. Qu'en est-il en revanche lorsque le canton institue un contrôle, c'est-à-dire donne compétence à certaines autorités pour fixer le loyer, mais renvoie quant au droit matériel aux dispositions de l'AMSL, ainsi que l'a fait, par exemple, le droit neuchâtelois ? C'est ici que se manifeste la différence entre contrôle et surveillance des loyers. Celle-ci, telle qu'instituée par l'AMSL, revêt un caractère subsidiaire; elle ne tend pas à fixer le loyer, mais seulement - conformément au mandat constitutionnel de l'article 31septies alinéa 1 Cst. - réprimer des abus, à l'initiative de la partie que le législateur entend protéger, soit le locataire; si ce dernier accepte un loyer abusif, l'Etat ne saurait en aucune manière intervenir; c'est, à mes yeux, pour ce motif essentiellement que la réglementation revêt un caractère de droit privé. Le contrôle des loyers, au contraire, dénie aux parties au contrat de bail une telle autonomie; il implique

que le loyer initial, ainsi que toute hausse ultérieure, soit fixé par l'Etat (qu'il s'agisse d'une autorité administrative ou judiciaire), ainsi que le spécifie l'article 18 alinéa 2 LAL/NE.

15. Cela étant, le canton qui dispose que le loyer des logements sociaux est arrêté conformément aux dispositions des articles 14 et 15 AMSL n'écarte en aucune manière, ce faisant, l'application de l'article 4 alinéa 2 OSL. Même si cette compétence était attribuée aux autorités judiciaires chargées de l'application de l'AMSL (ce qui n'est guère concevable, puisque - tout au moins pour la fixation initiale du loyer - elles devraient agir d'office), il ne s'agirait pas de la surveillance instituée par cet arrêté fédéral, mais bien d'un contrôle dont les normes seraient "empruntées" au droit privé de la surveillance - ce qui, il convient de le souligner, serait en l'espèce d'une excellente technique législative, tant il est évident, à mes yeux, qu'il convient de tout mettre en oeuvre pour éviter des distorsions entre les deux régimes. De même que pour les lois cantonales sur la responsabilité de l'Etat ou de ses agents qui renvoient au droit privé fédéral, l'AMSL est alors applicable non point en tant que droit privé fédéral, mais bien en tant que droit public cantonal supplétif, ce qui implique que les décisions cantonales de dernière instance ne peuvent être attaquées que par la voie du recours de droit public.

III. Comparaison entre les normes du contrôle et de la surveillance des loyers

a) Les prémisses de la comparaison

16. Comme l'implique le titre de cette troisième partie, il ne s'agira point ici, le plus souvent et à proprement parler, d'incidences du contrôle administratif du loyer des logements sociaux sur la surveillance aménagée par l'AMSL, mais plutôt, pour l'essentiel, de la comparaison des principales normes matérielles de ces deux types d'intervention étatique.

L'utilité d'une telle comparaison me paraît évidente, indépendamment de son (éventuel) intérêt intellectuel. D'une part, comme je l'ai relevé plus haut, il est a priori souhaitable, du point de vue de la sécurité juridique, que les règles applicables à la fixation du loyer soient les mêmes ou, à défaut, aussi proches que possible dans les deux segments du marché locatif. D'autre part, cette harmonisation est recommandée par le fait qu'à la différence de la surveillance instituée par l'AMSL, le contrôle administratif des loyers est essentiellement temporaire, de même que l'aide fournie par l'Etat; en conséquence, il est destiné, dans la plupart des cas, à être remplacé au terme d'une ou plusieurs décennies par la surveillance, et il est évident que ce "passage" sera d'autant plus difficile que la réglementation matérielle des deux régimes est différente. Il se justifie dès lors d'analyser ces différences et de rechercher dans quelle mesure elles se justifient ou peuvent au contraire être éliminées.

17. A ce propos, il convient de rappeler d'emblée la distinction cruciale, au plan de l'AMSL, entre méthodes de calcul absolue et relative. En effet, le contrôle administratif des loyers repose, par essence-même (cf. supra, ch. 6-7), sur une "méthode absolue", c'est-à-dire sur un calcul du coût effectif, puisqu'il dénie aux parties au contrat de bail quasi toute autonomie quant à la fixation du loyer. C'est dire que nous pourrions laisser de côté tous les problèmes spécifiques à la méthode relative, puisqu'ils ne peuvent en principe pas surgir dans le secteur contrôlé. Pour le même motif, le critère "comparatif" prévu à l'article 15 alinéa 1 lettre a AMSL, critère qui ne joue d'ailleurs presque aucun rôle en Suisse romande, peut également être ignoré.
18. Avant d'examiner quelques points sur lesquels le calcul du loyer diffère selon qu'on se trouve dans le secteur contrôlé ou dans le secteur surveillé, il me paraît utile de rappeler initialement que la "philosophie" des deux réglementations n'est pas la même. Le contrôle des loyers des logements

sociaux a pour but de maintenir ces loyers au niveau le plus bas possible, de manière à maximiser l'utilité de l'aide financière fournie par l'Etat à destination de catégories économiquement défavorisées de la population. La surveillance, au contraire, n'entend pas mettre à l'écart les mécanismes du marché, mais seulement empêcher que les locataires ne soient l'objet de prétentions abusives de la part des bailleurs, qui se trouvent presque toujours dans une position structurellement plus forte; sans doute l'AMSL ne vise-t-il pas seulement les abus "manifestes" (article 2 alinéa 2 CCS) ou la disproportion évidente des prestations que présuppose la laesio enormis (article 21 CO); sans doute la réforme de l'article 31septies Cst. du 6 décembre 1986, en le détachant de la condition de la pénurie de logements, lui a-t-elle fait perdre son caractère de réglementation temporaire (si ce n'est d'"exception"); il n'en demeure pas moins que le concept-même d'abus implique qu'il ne saurait s'agir d'imposer le respect d'un quelconque "juste prix" (notion d'ailleurs absurde économiquement) ou d'un prix aussi réduit que possible.

19. C'est dire qu'en dépit de l'harmonisation souhaitable des deux régimes, des différences peuvent fort bien exister, dans le sens de normes moins strictes pour le secteur surveillé. En revanche, toute divergence de sens inverse, conduisant à des loyers inférieurs à ceux admis dans le secteur contrôlé, sera prima facie suspecte et devra donc faire l'objet d'un examen attentif; certes, elle pourra apparaître légitime à la lumière d'une autre norme moins stricte de l'AMSL; on ne saurait même exclure que l'examen ne révèle un laxisme condamnable du contrôle sur un point ou un autre; il reste cependant qu'a priori de telles divergences commandent de rechercher si la réglementation de droit privé n'a point franchi les bornes d'une Missbrauchgesetzgebung.

b) Les charges d'exploitation

20. Tandis que l'élément principal du coût courant d'un logement, à savoir les intérêts hypothécaires, fait l'objet d'un traitement semblable dans les deux régimes, il convient de s'arrêter aux charges d'exploitation qui, tout au contraire, sont prises en considération de façon très différente. On sait que la pratique fondée sur l'AMSL les soumet à un examen analytique détaillé et les traite d'une manière que je n'hésiterai pas à qualifier de pointilleuse, parfois même de pusillanime, et qui me paraît refléter fréquemment un souci d'assurer une égalité de traitement maximale aux locataires d'immeubles différents. J'estime qu'un tel souci est étranger à l'objet de l'AMSL en même temps qu'absurde en regard des résultats pratiques de cette législation. Tout d'abord, l'égalité de traitement ne peut, à mon avis, pas être considérée comme un impératif de la lutte contre les abus dans un domaine où le législateur entend que l'autonomie de la volonté demeure la règle; les civilistes me semblent souvent perdre de vue que, dans les relations économiques régies par le droit privé, l'égalité de traitement est principalement le fruit non point du droit, mais de la concurrence. Or - et c'est le second aspect du problème - la surveillance instituée par l'AMSL, comme d'ailleurs le contrôle administratif des loyers, aboutit à paralyser les mécanismes du marché d'une façon qui est nécessairement génératrice d'inégalités dans une économie en proie à l'inflation, dès lors que l'une et l'autre réglementation se fondent principalement sur un coût historique : le locataire d'un "ancien" logement paiera un loyer d'autant plus bas que son appartement est moins récent, et l'on sait que la différence peut aisément aller du simple au double pour deux logements comparables à tous autres égards; dans ces conditions, le motif égalitaire qui inspire la jurisprudence susvisée, sur des éléments souvent mineurs des frais d'exploitation, me semble franchement ridicule.

21. Aussi bien la manière dont la pratique administrative a résolu ce problème est a priori préférable : elle consiste à forfaitiser ces frais d'exploitation qui, sur la base de l'expérience, sont réputés correspondre à un pourcentage défini de l'investissement initial. Le principal mérite de cette solution intéresse, à mes yeux, le financement des dépenses d'entretien et de rénovation. Il est en effet notoire que, sauf pour une quote-part mineure, ces dépenses connaissent des fluctuations très brutales, dont la répercussion directe sur les loyers est indésirable et qui suscitent des difficultés sinon insolubles, du moins non résolues à Genève, à la lumière de l'arrêt Benso. Une seule technique me paraît propre à résoudre ce problème de manière satisfaisante : celle qui consiste à constituer une "réserve d'entretien", dans laquelle le bailleur peut (et doit) puiser pour financer d'importantes réfections périodiques (peinture des façades, toiture, etc.), voire même - si elle est suffisante à cet effet - certains travaux de rénovation (amélioration du confort, telle qu'un équipement plus complet des cuisines ou des salles de bain).
22. Ce système est-il transposable à la surveillance prévue par l'AMSL ? Cela n'est pas évident au premier abord, vu le caractère subsidiaire de cette surveillance, alors qu'au contraire l'autorité chargée du contrôle administratif peut vérifier d'office les comptes du bailleur, que toute augmentation de loyer lui en fournit l'occasion et qu'il en va de même au moment où le contrôle prend fin. Je pense cependant que l'effectivité de la surveillance dans les cantons romands est telle que son caractère subsidiaire ne devrait pas constituer un obstacle insurmontable à la constitution de telles réserves d'entretien : on peut en effet tenir pour plus que probable que, toutes les fois qu'un propriétaire prétendra augmenter les loyers en raison d'importants travaux d'entretien ou de rénovation, certains locataires feront usage du droit que leur confère l'article 18 alinéa 2 AMSL, ce qui aura pour effet d'obliger le bailleur à justifier de l'affectation de cette réserve; des difficultés de preuve ne sauraient

surgir que si l'état locatif de l'immeuble n'a pas été soumis à l'examen des autorités instituées par l'AMSL depuis de nombreuses années.

23. Par ailleurs, la technique des "réserves d'entretien/rénovation" est propre à résoudre les difficultés d'application de l'article 10 alinéa 1 OSL. Elle implique en effet que la distinction entre travaux d'entretien courant et travaux de rénovation, ainsi que la définition des "importantes réparations", ne revêtent juridiquement plus d'intérêt : tous ces travaux doivent être débités à cette réserve aussi longtemps que ces débits n'ont pas pour effet de la réduire au-dessous du niveau (fort bas) nécessaire pour assurer la couverture des dépenses véritablement courantes; l'excédent, qui ne saurait résulter que de "grands travaux", peut être intégralement capitalisé, qu'il soit financé au moyen de fonds propres ou d'une augmentation des crédits hypothécaires.

c) L'amortissement

24. L'observation qui précède me conduit tout naturellement à un autre problème à propos duquel surveillance et contrôle des loyers divergent fortement : l'amortissement. Je rappellerai préliminairement qu'il sied de distinguer soigneusement amortissement financier et amortissement économique. Le premier désigne le remboursement par acomptes d'une dette (ici, hypothécaire), selon des modalités techniques qui peuvent varier (notamment amortissement linéaire ou annuité constante, qui correspond à un amortissement progressif) et il ne saurait dès lors constituer une charge, qu'il soit ou non alimenté au moyen du revenu courant. Au contraire, l'amortissement économique reflète une dépréciation de l'immobilisation (ici, de l'immeuble), par l'effet de l'usure, voire de l'obsolescence technologique, encore que les immeubles d'habitation ne soient sujets à la seconde que dans une mesure fort réduite; il correspond donc à un élément de coût, puisqu'au

moment où le bâtiment doit finalement être démoli, les revenus qu'il a engendrés doivent avoir permis d'en amortir le prix de revient.

25. La pratique romande fondée sur l'AMSL semble être allergique à l'amortissement économique (cf. BARBEY, p. 49, note 163, et pp. 72-73; Bernard CORBOZ, SJ 1985 p. 169; cp. RAISSIG/SCHWANDER, p. 110). L'argument avancé à cet effet, à savoir l'augmentation (inflationniste) des coûts de construction et du prix des terrains, me paraît erroné dans son principe. Même les immeubles locatifs de qualité helvétique "s'usent" et il arrive en conséquence un moment où ils ne peuvent plus être rationnellement rénovés, mais doivent être reconstruits; ce jour-là, la valeur de la construction (par opposition à celle du terrain) sera égale à 0 et il est évident que le fait que le coût de construction ait été, entre-temps, multiplié par 5 ou 10 (suivant le taux d'inflation) n'est générateur d'aucun avantage pour l'investisseur-bailleur, contrairement à ce qu'indique BARBEY.
26. Reste le problème du terrain, dont il est effectivement probable que la valeur aura augmenté plus rapidement, et le fera davantage encore à l'avenir, compte tenu d'une politique d'aménagement du territoire qui tend (ou du moins qui aboutit) fréquemment à raréfier les terrains à bâtir. Peut-on - comme l'impliquent BARBEY et CORBOZ - imputer cette plus-value sur la dépréciation du bâtiment ? Je ne le pense pas. Le bailleur est un investisseur immobilier qui, ce faisant, assume un risque d'entreprise, non assurable (si ce n'est marginalement), soit essentiellement le risque de vacance des locaux offerts; ce risque est certes, depuis près d'un demi-siècle, beaucoup plus réduit pour les logements que pour les locaux administratifs, commerciaux et - surtout - industriels, mais il n'en subsiste pas moins, comme certains bailleurs romands en ont fait l'expérience au cours de la dernière décennie. Cela étant, il serait à

la fois illogique et inéquitable de dénier à l'investisseur immobilier la possibilité de profiter d'une plus-value du capital investi pour la quote-part (terrain) non sujette à dépréciation; comme le TF l'a dit dans un important arrêt du 16 décembre 1986 (Rassemblement en faveur d'une politique sociale du logement c/Etat de Genève), non encore publié, il serait contraire à la garantie de la propriété de placer cet investisseur dans la même situation qu'un créancier obligataire (cons. 4 a, p. 9).

27. Aussi bien la légitimité de l'amortissement économique d'un immeuble d'habitation me paraît incontestable, tout particulièrement dans la perspective d'une législation limitée à la répression des abus, et la solution contraire préconisée par une partie de la doctrine et de la jurisprudence cantonale me semble d'autant moins défendable qu'elle est inconciliable avec l'article 10 alinéa 2 OSL afférent aux "améliorations à plus-value". Cette disposition inclut en effet dans les charges justifiant une augmentation de loyer du fait d'une telle amélioration "les frais (...) d'amortissement (...) causés par l'investissement effectué". On ne saurait objecter qu'il ne s'agit point là de l'investissement initial, car il est évident qu'il serait absurde de traiter différemment le coût, par exemple, d'un ascenseur, de salles de bain ou du chauffage central selon que ces installations sont effectuées lors de la construction de l'immeuble ou ultérieurement !
28. Cela étant, il n'est pas surprenant que les réglementations relatives au contrôle administratif des loyers admettent de prendre en compte l'amortissement du bâtiment, bien que sous des formes assez diverses et parfois déguisées, à des taux qui varient essentiellement entre 0,6 % à 1% du prix de revient. Il faut en revanche souligner que c'est à bon droit que Bernard CORBOZ (SJ 1985 p. 169) remarque que, dans la mesure où il est amorti, l'investissement ne doit plus être productif d'un rendement. Aussi bien le "plan des

loyers et le plan de financement" prévus à l'article 21 alinéa 1 OE/LCAL tiennent pleinement compte de la dégressivité de la charge d'intérêts hypothécaires résultant de l'amortissement financier du crédit au moyen de l'amortissement économique de l'immeuble. Je ne vois pas ce qui s'opposerait à ce qu'il soit procédé de la même façon dans le cadre de la surveillance selon l'AMSL. En vérité, il s'agit là d'un argument qui milite en faveur de la comptabilisation d'un amortissement plutôt que d'une majoration forfaitaire plus ou moins arbitraire du rendement net afin de pallier l'absence d'amortissement.

d) Le rendement des fonds propres

29. On sait que la pratique fondée sur l'AMSL tend à plafonner ce rendement, pour les immeubles de logements, à un niveau déterminé par le taux d'intérêt hypothécaire en premier rang majoré de 1/2%, une majoration plus forte étant admise pour les immeubles administratifs, commerciaux et - surtout - industriels. Sans m'arrêter ici au problème posé à cet égard par l'inflation, je me bornerai à rappeler que ce rendement est supérieur à celui résultant du marché, qui se satisfait aujourd'hui, même lors de transactions non spéculatives, d'un taux de l'ordre de 3% à 3,5%, pour des raisons que j'ai analysées ailleurs et qui s'expliquent fort bien (cf. mon étude intitulée L'indexation des crédits hypothécaires pourrait-elle à la fois améliorer le fonctionnement du marché du logement et servir de correctif à l'inflation ? in Wirtschaft und Recht 1988 pp. 87 ss). Le contrôle des loyers des logements sociaux repose sur des normes plus ou moins semblables, le rendement admis variant entre le taux de l'intérêt hypothécaire en premier rang (OFL, NE, FR et VS) et une majoration pouvant atteindre 1% (VD). Cette relative uniformité dissimule cependant des divergences plus substantielles.
30. Tout d'abord, il convient évidemment de tenir compte d'éventuelles exonérations fiscales, qui sont particulièrement étendues à Genève, puisqu'elles portent non seulement sur

l'impôt immobilier complémentaire et sur les impôts sur le bénéfice net et sur le capital dus par les personnes morales, mais également sur les impôts sur le revenu et la fortune des personnes physiques (articles 24 alinéa 1 LGL/GE); elles sont toutefois limitées dans le temps (en principe, sous réserve de prolongations, 10 à 25 ans selon le type de logements sociaux) et sont réduites progressivement pendant cette durée. C'est dire que, dans les cantons qui connaissent un régime d'exonération fiscale selon le modèle genevois, un rendement des fonds propres correspondant environ au taux d'intérêt hypothécaire en premier rang apparaît prima facie comme excessivement généreux pour la période initiale d'aide étatique.

31. Il faut toutefois prendre encore en considération un autre facteur, d'une importance au moins comparable, et qui a trait à l'indexation de ce rendement. On sait que l'article 15 alinéa 1 lettre d AMSL a consacré le principe d'une telle indexation, à concurrence de fonds propres "normaux", c'est-à-dire n'excédant pas 40% de l'investissement total. Pour les motifs que j'ai déjà évoqués à propos de l'amortissement, la légitimité d'une telle indexation me paraît économiquement incontestable, à la fois en termes d'équité (puisque'il s'agit de rémunérer non point un prêt, mais un investissement) et d'efficience du marché du logement (puisque'elle réduit le fossé séparant les loyers des "anciens" et des "nouveaux" logements). Au surplus, le TF a eu l'occasion, dans l'arrêt du 16 décembre 1986 auquel je me suis déjà référé, de dire qu'un contrôle ou une surveillance des loyers qui excluerait de façon permanente une telle indexation (comme l'exigeait une initiative populaire non formulée lancée, avec succès, par le recourant) porterait atteinte à la garantie constitutionnelle de la propriété (cons. 4 a, pp. 9-10).
32. Il se trouve cependant que les régimes de contrôle administratif concernant les logements sociaux divergent de l'AMSL

en ne prévoyant par une telle indexation du rendement des fonds propres. Cette solution est, à mon avis, compatible avec la jurisprudence susvisée du TF du 16 décembre 1986, car dans chacun des systèmes en question, le contrôle administratif des loyers est, en principe, de même que l'aide étatique, d'une durée limitée. Pour ce qui est d'éventuelles prolongations de cette aide, telles que prévues notamment par le droit genevois (articles 23 alinéa 2, 23A alinéa 3, 24 alinéa 2 LGL), elles ne suscitent pas de difficulté. D'une part, elles présupposent l'accord du propriétaire, et il va sans dire que s'il plaît à celui-ci de ne pas réclamer l'indexation du rendement de ses fonds propres (ce qui est hautement improbable !), rien ne s'y oppose. Aussi bien, d'autre part, le législateur genevois a-t-il disposé que, dans l'hypothèse d'une telle prolongation, l'autorité peut adapter le rendement des fonds propres à l'évolution des prix. Indépendamment des considérations qui militent de manière générale en faveur de l'indexation des fonds propres, une telle adaptation s'impose d'autant plus qu'à défaut, elle serait simplement retardée jusqu'au moment du passage du contrôle à la surveillance des loyers, moment auquel la jurisprudence admet - après s'être pendant longtemps prononcée en sens contraire - que le bailleur peut procéder à un "rattrapage d'indexation" (cf. SJ 1985 81 ss. - Senft).

33. Cette nouvelle solution est maintenant consacrée par le droit public genevois. L'article 48A LGL/GE, du 10 mai 1984, qui est à l'origine de cet arrêt du 16 décembre 1986 et dont le TF a estimé qu'il "tient (...) équitablement compte à la fois des exigences posées par le droit constitutionnel et par la nécessité de se rapprocher au maximum des vœux exprimés dans l'initiative" (cons. 4 b, p. 12), aménage à la fin du contrôle stricto sensu (sans indexation) un régime de "surveillance" administrative d'une durée de dix ans dans le cadre duquel les loyers sont initialement augmentés de façon à assurer l'indexation du rendement des fonds propres à compter de la

date moyenne de location de l'immeuble. On peut néanmoins penser qu'il est fâcheux que l'initiative populaire qui a provoqué cette nouvelle ait contraint le législateur genevois à compliquer encore la réglementation des loyers : cette pseudo-"surveillance" se distingue de celle instituée par l'AMSL essentiellement par le fait qu'elle n'en est pas une, mais bien un régime de contrôle administratif, où l'Etat (l'OFL/GE) intervient d'office !

34. L'analyse qui précède m'incite à déplorer que le droit du logement social n'ait pas suivi l'exemple de l'AMSL en consacrant le principe de l'indexation du rendement des fonds propres. Je suis convaincu qu'une telle indexation pourrait, le plus souvent, être aménagée sans coût supplémentaire important pour les locataires, tout en évitant les difficultés inévitablement liées à l'augmentation souvent brutale des loyers qu'implique un "rattrapage d'indexation" lors du passage du contrôle à la surveillance. Comme je l'ai déjà relevé, il est indéniable qu'à l'heure actuelle le rendement initial reconnu aux fonds propres investis dans des logements sociaux est généralement supérieur au taux du marché, ce qui s'explique par la nécessité d'offrir aux bailleurs une compensation pour la non-indexation de ce rendement; l'indexation permettrait de se contenter d'un rendement sensiblement inférieur, tandis que la hausse graduelle supplémentaire des loyers qu'elle entraînerait devrait être supportable pour la plupart des locataires de ces logements, si l'on se souvient qu'en raison même de la sclérose du marché locatif engendrée par la surveillance des loyers, ils sont destinés essentiellement à de jeunes ménages, dont le revenu connaît normalement une courbe ascendante par rapport à l'indice général des rémunérations.

IV. Les incidences sur le régime de la résiliation du bail

35. Bien qu'il s'agisse là d'un problème mineur par rapport à ceux évoqués dans les deux parties précédentes, il me paraît opportun de m'y arrêter brièvement, dès lors aussi qu'on doit espérer qu'à la faveur de la réforme en cours du droit du bail à loyer, l'attention se déplacera du domaine des loyers, où la protection des locataires a manifestement abouti à une impasse en s'obstinant à méconnaître les mécanismes les plus élémentaires du marché, vers celui de la protection du bail, où les intérêts légitimes de la plupart des locataires sont incontestablement en jeu, sans que des intérêts contraires des bailleurs puissent, le plus souvent, leur être opposés.
36. Sous l'angle de la résiliation du bail, le logement social suscite une difficulté en raison des dispositions qui limitent le cercle des locataires pouvant y avoir accès. Que se passe-t-il lorsque les conditions légales ne sont plus remplies, à la suite soit d'une augmentation de revenu ou de fortune, soit d'une réduction du groupe familial ? Dans la première hypothèse, deux solutions sont envisageables et consacrées par le droit positif :
- a) l'une consiste à percevoir de tels locataires soit un supplément de loyer égal à la subvention qui est alors supprimée (ou réduite), soit (et c'est la version genevoise) une "surtaxe" qui est payée à l'Etat et qui constitue un remboursement (total ou partiel) de la subvention versée au bailleur; comme on l'a souvent relevé à juste titre, cette solution signifie que les logements qu'elle concerne cessent d'être des logements sociaux dès lors qu'ils ne sont plus du tout subventionnés (si ce n'est que leurs locataires continuent à bénéficier de la non-indexation des fonds propres investis, ce qui est choquant);

- b) l'autre solution, qui est pratiquement la seule envisageable en cas de réduction du taux d'occupation au-dessous du minimum légal, consiste dans la résiliation du bail, les locataires concernés étant renvoyés vers le marché "libre"; cette solution présente l'avantage de sauvegarder le parc de logements sociaux et de mettre les appartements ainsi libérés à la disposition de locataires qui peuvent y prétendre - ce qui est particulièrement important dans les cantons où, comme à Genève, on connaît de longues "files d'attente".
37. Le droit du logement social a généralement opté pour la première solution, non seulement parce qu'elle est la plus facile, mais parfois aussi pour favoriser la "mixité" des locataires des immeubles sociaux. Le canton de Genève, où le problème revêt un poids particulier du fait-même de l'importance exceptionnelle du secteur locatif "social", a soumis les locataires de HLM et de HBM à un régime en deux temps qui combine les deux méthodes lorsque les limites de revenu ne sont plus respectées :
- a) "le locataire dont le revenu dépasse le barème d'entrée est [tout d'abord] astreint au paiement d'une surtaxe" (article 31 alinéa 1 LGL/GE), qui "correspond à la différence entre le loyer théorique et le loyer effectif du logement" (alinéa 2); au 31 décembre 1987, 16,4% des locataires de HBM et HLM étaient astreints au paiement de la surtaxe;
- b) lorsque son revenu excède le barème d'entrée de plus de 75% (article 30 alinéa 5 LGL/GE), le locataire peut être tenu de quitter son logement (article 31 alinéa 4 LGL/GE). Il en va de même "en cas de sous-location, de sous-occupation..." (article 31B LGL/GE).
38. Alors que les suppléments de loyer ou surtaxes ne peuvent pas entrer en conflit avec l'AMSL, vu que la surveillance des loyers aménagée par celui-ci n'est pas applicable, il n'en va pas de même pour la résiliation du bail, puisque les articles 267a ss. CO sont évidemment de droit impératif.

Les questions qui se posent dès lors consistent à déterminer, d'une part, si le locataire dont le bail a été résilié pour un tel motif peut néanmoins en obtenir la prolongation; d'autre part, lorsque le contrat de bail est muet à cet égard (ce qui ne devrait plus être le cas actuellement), si le dépassement des normes (de revenu ou d'occupation) prévues par le droit public peut constituer un juste motif de résiliation anticipée, compte tenu de la disposition de l'article 12 AMSL.

39. Dans l'unique arrêt (d'ailleurs non publié) que je connaisse à ce sujet, la Cour de Justice de Genève a indiqué obiter qu'il lui paraissait douteux que le droit cantonal puisse primer sur l'article 267a CO, en dépit de l'incontestable intérêt public à ce que des logements subventionnés soient occupés par des personnes y ayant droit; à son avis, ce droit cantonal ne concerne que le loyer, et non pas le surplus du rapport de bail, qui demeure régi par le droit civil fédéral (arrêt du 29 septembre 1980, dame C.).
40. Cet argument me paraît clairement erroné, puisque le droit public du logement social ne se confine aucunement aux questions de loyer, ainsi qu'il résulte de l'article 31B LGL/GE. Je serais enclin à écarter l'application en pareil cas des articles 267a ss. CO, dès lors que le droit positif actuel ne permet pas au juge de prolonger le bail valablement résilié en raison de la violation d'une des clauses du contrat ou lorsque le bailleur établit qu'il a besoin du logement pour lui-même ou un de ses proches; il serait, cela étant, peu logique d'admettre que le bail puisse être prolongé lorsqu'il a été résilié en raison de la "violation" d'une des conditions légales d'accès à un logement social.
41. Par ailleurs, la solution à laquelle la Cour de Justice de Genève semble favorable aboutirait à un résultat qui me paraît peu respectueux de l'autonomie du droit administratif. En effet, si le juge civil demeurerait compétent pour se saisir d'une requête de prolongation de bail en pareil

cas, il se verrait nécessairement amené à refaire l'examen auquel a déjà procédé l'autorité administrative, c'est-à-dire à mettre en balance, d'une part, l'intérêt public à ce que les logements sociaux soient, conformément à la loi, réservés aux personnes qui peuvent y prétendre, et d'autre part, l'intérêt privé du requérant à déménager le plus tard possible. Ce n'est point seulement parce que cette pesée d'intérêts met en cause l'intérêt public en lieu et place de l'intérêt du bailleur que l'autorité administrative me semble mieux placée pour y procéder, mais surtout parce que, pour ne pas donner prise au grief d'arbitraire, l'usage du pouvoir discrétionnaire prévu aux articles 31 alinéa 4 et 31B LGL/GE implique - ainsi que le Conseil d'Etat l'a justement relevé (cf. SJ 1987 pp. 349 ss., 350-351) - qu'il soit exercé selon certains principes, afin d'éviter des inégalités choquantes tout en tenant pleinement compte de l'ensemble des circonstances; or, du fait également de l'extension du délai de prolongation proposée par l'article 272b alinéa 1 du projet de 1985, l'intervention du juge civil serait de nature à compromettre la cohérence de cette pratique administrative, et la question n'est pas rhétorique, eu égard à la proportion de locataires de HBM et de HLM dépassant le barème de sortie.

V. Conclusion

42. Arrivé au terme de cette analyse, je pense pouvoir constater que les relations entre le droit administratif du logement social et le droit privé du bail à loyer (y compris l'AMSL) ne suscitent en définitive qu'assez peu de difficultés. Elles n'en pourraient pas moins, à mon avis, être améliorées par une plus claire différenciation des objectifs des deux réglementations. Plus précisément, l'AMSL me semble encore souffrir, à divers égards, de son origine administrative, puisqu'il n'est pas contestable qu'il n'est guère qu'une "transposition privatiste" de la surveillance

administrative des loyers qui avait été mise progressivement en vigueur à compter de 1961 et qui avait pris fin le 18 décembre 1970. Même si la réforme actuellement en cours ne devait pas conduire à son incorporation au Code des obligations, ce qui peut être légitimé par la technicité de l'AMSL, il faut souhaiter que son élévation au rang de loi, c'est-à-dire de droit "ordinaire", aboutisse à mieux refléter sa fonction, qui ne peut consister, conformément au mandat constitutionnel de l'article 31septies alinéa 1 Cst., que dans la prévention ou (à défaut) la répression d'abus, dans le cadre d'un système qui devrait demeurer fondamentalement libéral; il ne saurait donc s'agir en aucun cas d'y substituer un dirigisme du marché locatif (à l'image de celui qu'on trouve dans divers segments du secteur agricole), et ce même si l'on était convaincu - ce qui n'est notoirement pas mon cas ! - qu'il engendrerait des résultats globalement préférables.

43. La mission du droit public du logement social est essentiellement différente, car elle ne relève pas des mécanismes du marché - même s'il lui est évidemment loisible de les utiliser lorsque cela lui paraît plus efficace. Elle consiste à assurer un logement décent à cette partie de la population dont les moyens financiers sont insuffisants pour qu'elle puisse satisfaire ce besoin sur le marché. Cet objectif ne pouvant être atteint qu'à l'aide des deniers publics, il incombe à l'Etat d'en faire un usage aussi efficace que possible. C'est notamment ce souci d'efficacité qui l'a incité à ne pas se faire lui-même, sauf exceptions, pourvoyeur de logements, de telle sorte que les locataires de logements sociaux ont presque toujours en face d'eux des bailleurs privés auxquels ils sont liés par des rapports de droit privé. Il n'en demeure pas moins que ces rapports de bail se situent dans un cadre régi par le droit public, à des fins de politique sociale, et qu'ils sont en conséquence marqués par une composante d'intérêt public qui fait a priori défaut dans le secteur "libre".

44. Sans doute, le futur nouveau droit privé du bail à loyer sera-t-il probablement caractérisé par des préoccupations nettement plus "sociales" que l'actuel, qui est plus wertneutral. L'indétermination de l'épithète "social" ne doit cependant pas provoquer de confusions : à l'image de l'AMSL, le nouveau droit s'attachera à mieux protéger la partie la plus faible (pour des raisons fonctionnelles, et pas nécessairement économiques) dans le rapport de bail, soit le locataire, et j'ai déjà relevé qu'une telle protection me semble particulièrement souhaitable en relation avec la résiliation du bail, même sur un marché qui aurait retrouvé son équilibre. Ce faisant, le législateur arbitre les conflits d'intérêts entre bailleur et locataire dans un sens plus favorable au second, afin de le protéger de mesures ou de prétentions inéquitables; l'intérêt public n'est en jeu qu'au travers de ce souci d'équité, et non pas au titre d'une quelconque politique publique. La même observation vaut a fortiori pour l'AMSL et pour la future LMSL, dès lors que leur but se limite à protéger les locataires contre des abus.
45. Cela étant, et indépendamment même de la disposition de l'article 4 alinéa 2 OSL (respectivement de l'article 3 alinéa 2 du projet de LMSL), les cas de conflit non point juridique, mais "technique", où la surveillance aboutit à fixer des loyers inférieurs à ceux admis (avant subventions) par le contrôle, ne devraient pas se produire. Inversement, le législateur de droit public devrait s'attacher - comme le Grand Conseil genevois l'a fait récemment, avec l'aval du TF - à aménager de façon aussi harmonieuse que possible le passage des logement sociaux dans le secteur "libre" au moment où l'aide étatique prend fin.
46. L'on peut ainsi espérer que la réforme en cours du droit privé du bail à loyer débouchera à la fois sur une meilleure harmonisation avec les normes du droit public relatives au logement social et sur une plus claire conscience

de la différence des objectifs spécifiques de ces deux réglementations. Il importe cependant de ne pas perdre de vue les limites d'efficacité de celles-ci et conséquemment de se souvenir que seul un marché du logement équilibré dans une économie elle-même en équilibre, donc exempte d'inflation, permettra d'éviter des tensions excessives aussi bien dans l'application des dispositions du droit privé et du droit public que dans les relations entre les deux secteurs correspondants du marché.