



Les rénovations énergétiques : incidence et répercussion sur les loyers

Valérie DÉFAGO GAUDIN*
Professeur à l'Université de Neuchâtel

Introduction

Les rénovations ou améliorations énergétiques cristallisent la tension entre le propriétaire qui effectue des travaux dictés par l'intérêt public et le locataire qui doit en assumer la charge, au moins partielle, par un loyer augmenté, même si cet impact financier peut être lissé par des aides étatiques à la rénovation énergétique.

Le propriétaire procède à des rénovations énergétiques pour divers motifs. Il peut être sensibilisé à la question environnementale et tenir à contribuer à l'effort commun en diminuant sa part de consommation d'énergie fossile. Il peut également être incité par un certain nombre d'avantages fiscaux ou financiers, parce qu'il a la possibilité de déduire le montant des travaux de son revenu imposable, parce qu'il perçoit une subvention pour leur réalisation ou parce qu'il a la garantie de revendre du courant qu'il aura produit dans le cadre du programme de la rétribution à prix coûtant. Mais très souvent, le propriétaire s'engage dans une démarche d'amélioration énergétique car contraint par une obligation de mise aux normes découlant du droit public.

La problématique énergétique a la particularité de faire intervenir, dans la relation de bail, des considérations de droit public dans la mesure où l'Etat incite ou impose au propriétaire d'adopter une conduite qui aura des effets directs sur sa relation de droit privé avec le locataire. Dans les cas dans lesquels les loyers font l'objet d'un contrôle étatique, la problématique s'exprime, de manière différente, par un conflit entre intérêts publics opposés.

La présente contribution a pour objet de présenter l'incidence et la répercussion sur les loyers des rénovations ou améliorations énergétiques dans un système de loyers libres (I.) puis dans différents systèmes de loyers contrôlés (II.).

I. Les améliorations énergétiques dans le système des loyers libres

Avant de définir ce que sont les améliorations énergétiques (B.), il est nécessaire de rappeler les fondements du système du droit du bail et la protection contre les loyers abusifs (A.). Nous examinerons ensuite le traitement des améliorations énergétiques dans la méthode relative de calcul du loyer (C.) puis dans la méthode absolue (D.).

A. Le système des loyers libres et la protection contre les loyers abusifs

Le droit du bail relève du droit civil, qui fait l'objet d'une compétence générale en faveur de la Confédération (art. 122 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18

* Je remercie Madame Tifenn Beuret, assistante-doctorante à l'Université de Neuchâtel, de l'aide apportée à la préparation de ce texte.

avril 1999¹). La Constitution donne également mandat au législateur fédéral de légiférer contre les abus en matière de bail à loyer, notamment les loyers abusifs (art. 109 al. 1 Cst.). Le système mis en place par les art. 253 et suivants de la Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911² est donc un système fondé sur la protection contre les loyers abusifs qui s'inscrit dans ce qui est généralement désigné comme la surveillance des loyers³, destinée à concilier la liberté contractuelle des parties (art. 19 CO) à la relation de bail et les dispositions – pour certaines impératives⁴ – de protection contre les loyers abusifs (art. 269ss CO)⁵.

Dans le système du CO, le loyer est fixé selon les règles du marché, dont la mise en œuvre entre individus est garantie par le principe de la liberté contractuelle. La liberté des parties au contrat est limitée uniquement par le choix, exercé par le locataire, d'invoquer la protection contre les loyers abusifs. La protection légale est donc une protection individuelle de chaque locataire, au gré de la volonté de celui-ci, dans un système de marché. La vérification que les loyers ne sont pas abusifs n'est pas générale mais dépend de l'initiative du locataire qui a la possibilité de saisir l'autorité de conciliation en matière de bail pour contester une hausse ou obtenir une diminution du loyer.

Selon l'art. 269 CO, les loyers sont abusifs lorsqu'ils permettent au bailleur d'obtenir un rendement excessif de la chose louée ou lorsqu'ils résultent d'un prix d'achat manifestement exagéré. L'art. 269a CO contient une énumération de cas dans lesquels les loyers ne sont en règle générale pas abusifs, parmi lesquels l'hypothèse de prestations supplémentaires du bailleur (art. 269a let. b CO).

De ces dispositions, le Tribunal fédéral a dégagé différents critères et méthodes pour procéder à l'examen du caractère abusif ou non du loyer : des critères fondés sur les coûts et des critères fondés sur le marché⁶, d'une part, et des critères absolus et des critères relatifs, d'autre part⁷. Sur la base de ces différents critères, la jurisprudence a distingué deux méthodes d'examen du loyer : la méthode absolue et la méthode relative. Selon les termes du Tribunal fédéral, la méthode absolue sert à vérifier concrètement que le loyer ne procure pas un rendement excessif au bailleur, compte tenu des frais qu'il doit supporter et des prix du marché ; la méthode relative, à déterminer, en fonction du contrat et du principe de la confiance, si une adaptation du loyer intervenant en cours de bail est admissible ou non. Dans la première méthode, c'est le loyer lui-même, sans égard aux stipulations contractuelles, qui est contrôlé, tandis que, dans la seconde, il ne s'agit que d'examiner si une modification du loyer est compatible avec la volonté manifestée antérieurement par celui qui la réclame⁸. La jurisprudence a également dégagé une casuistique très détaillée afin de déterminer la méthode

¹ RS 101 ; « Cst. ».

² RS 220 ; « CO ».

³ Par opposition au système de contrôle des loyers qui existait du milieu des années 1930 jusqu'à la fin des années 1960.

⁴ ATF 133 III 61 c. 3.2.2.1.

⁵ David LACHAT, *Le bail à loyer*, Lausanne 2008, p. 371. On notera que le terme de « surveillance des loyers » n'est pas utilisé de manière uniforme en doctrine et en jurisprudence.

⁶ ATF 120 II 302 c. 6a.

⁷ Pour une classification détaillée des différents critères, voir François BOHNET, *in* *Droit du bail à loyer – CO et OBLF, Contrat-cadre romand, dispositions pénales et internationales* (François BOHNET et Marino MONTINI, éd.), Bâle 2010, Intro. art. 269-270e CO n° 10-12. Voir ég. LACHAT (note 5), p. 523.

⁸ ATF 120 II 240 c. 2.

devant être utilisée selon les situations ; en schématisant à l'extrême, la méthode absolue sert avant tout à fixer le loyer initial tandis que la méthode relative s'applique en cours de bail⁹.

B. La notion d'améliorations énergétiques

La notion d'améliorations énergétiques figure à l'art. 14 al. 2 de l'Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux du 9 mai 1990¹⁰.

L'art. 14 OBLF définit ce que sont les prestations supplémentaires du bailleur permettant de justifier qu'une hausse de loyer ne soit pas considérée comme abusive ainsi que les parts de coûts d'investissement admises à ce titre. Les prestations supplémentaires du bailleur sont d'une part les investissements qui aboutissent à des améliorations créant des plus-values, l'agrandissement de la chose louée ainsi que les prestations accessoires supplémentaires (art. 14 al. 1 OBLF). Les améliorations énergétiques sont également réputées prestations supplémentaires (art. 14 al. 2 OBLF).

1. Les buts de l'art. 14 al. 2 OBLF

L'art. 14 al. 2 OBLF est le fruit d'une motion n° 06.3015 de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national du 21 février 2006 intitulée « Motion CEATE-CN (02.473). Amélioration du report sur les loyers du coût des mesures favorisant une utilisation rationnelle de l'énergie dans le bâtiment », elle-même déposée afin de concrétiser rapidement un volet d'une initiative parlementaire Hegetschweiler n° 02.473 intitulée « Loi sur le CO₂. Incitation à prendre des mesures d'économie d'énergie dans le bâtiment ». L'art. 14 al. 2 OBLF a été modifié pour faire suite au constat selon lequel les efforts des pouvoirs publics d'incitation en matière d'économie d'énergie au sens de la Loi sur le CO₂ étaient peu pourvus d'effets, en particulier dans les immeubles locatifs en raison de la difficulté à reporter le coût des investissements sur les loyers¹¹.

L'objet de l'art. 14 al. 2 OBLF est de répercuter sur le locataire le coût des investissements entraînant des améliorations énergétiques. Cette disposition concrétise donc l'intérêt public consacré par la Loi fédérale sur la réduction des émissions de CO₂ du 23 décembre 2011¹² et l'intérêt plus général poursuivi par la Loi sur l'énergie du 26 juin 1998¹³ qui lui est connexe. La Loi sur le CO₂ vise à réduire les émissions de gaz à effet de serre, en particulier les émissions de CO₂ dues à l'utilisation énergétique des agents fossiles, combustibles et carburants, avec l'objectif de contribuer à ce que la hausse de la température mondiale soit inférieure à 2 °C (art. 1 al. 1 Loi sur le CO₂). Dans le domaine de l'énergie, la LEne pose les principes selon lesquels toute énergie doit être utilisée de manière aussi économe et rationnelle que possible et visant à l'accroissement du recours aux énergies renouvelables (art. 3 al. 1 LEne). Utiliser l'énergie de manière économe et rationnelle signifie avant tout : a. consommer le moins possible d'énergie ; b. utiliser l'énergie le mieux possible ; c. investir le moins possible d'énergie pour obtenir un résultat donné (rendement énergétique élevé) ; d. récupérer les rejets de chaleur utilisables (art. 3 al. 2 LEne).

⁹ Pour une casuistique détaillée, voir BOHNET (note 7), Intro. art. 269-270e CO n° 14-18.

¹⁰ RS 221.213.11 ; « OBLF ».

¹¹ Initiative parlementaire Hegetschweiler 02.473 « Loi sur le CO₂. Incitation à prendre des mesures d'économie d'énergie dans le bâtiment » déposée le 13 décembre 2002, disponible à l'adresse www.parlament.ch.

¹² RS 641.71 ; « Loi sur le CO₂ ».

¹³ RS 730.0 ; « LEne ».

L'art. 14 al. 2 OBLF a donc pour double fonction d'assurer non seulement, en tant que norme concrétisant l'art. 269a CO, la protection contre les loyers abusifs, mais aussi de permettre la poursuite des intérêts publics en matière de politique énergétique en permettant de répercuter sur le locataire le coût des investissements entraînant des améliorations énergétiques.

2. *La nature des travaux*

Les améliorations énergétiques sont des travaux de nature particulière apportés à la chose louée dont on présume qu'ils entraînent des prestations supplémentaires du bailleur. En effet, selon l'art. 14 al. 2 OBLF, sont aussi réputées prestations supplémentaires les améliorations énergétiques suivantes : a. les mesures destinées à réduire les pertes énergétiques de l'enveloppe du bâtiment ; b. les mesures visant à une utilisation rationnelle de l'énergie ; c. les mesures destinées à réduire les émissions des installations techniques ; d. les mesures visant à utiliser les énergies renouvelables ; e. le remplacement d'appareils ménagers à forte consommation d'énergie par des appareils à faible consommation. Ainsi rédigé, l'art. 14 al. 2 OBLF présume que les améliorations énergétiques constituent des prestations supplémentaires du bailleur, sans que celui-ci n'ait à démontrer qu'elles apportent une amélioration qualitative de la chose louée¹⁴.

Les améliorations énergétiques sont donc caractérisées par la nature matérielle des travaux réalisés sur la chose louée : ceux-ci doivent de manière générale contribuer à une utilisation rationnelle, économe et durable de l'énergie, dans le sens des objectifs poursuivis par la LEne.

La pratique judiciaire montre qu'il y a peu de contestation quant à la nature des travaux pouvant constituer ou non des améliorations énergétiques ; c'est bien plus la question de la nature de l'installation de remplacement et la répercussion des frais s'y rapportant sur les loyers qui est problématique¹⁵. Les améliorations énergétiques peuvent porter sur différentes installations ou parties de l'immeuble : isolation thermique en façade ou en toiture, remplacement des fenêtres, des installations de chauffage et de production d'eau chaude, nouvelles installations d'approvisionnement en énergie, d'éclairage ou de ventilation, notamment¹⁶.

3. *La réduction des frais accessoires*

Il ressort des travaux préparatoires à l'appui de l'art. 14 al. 2 OBLF que les améliorations énergétiques doivent satisfaire à une seconde condition, en sus de la nature matérielle des travaux : les améliorations énergétiques doivent, en outre, avoir pour effet de réduire les frais accessoires à charge du locataire.

Le but de l'art. 14 al. 2 OBLF est de répercuter sur le locataire le coût des investissements entraînant des améliorations énergétiques. Toutefois, selon la Commission auteure de la motion, la répercussion concerne uniquement « les investissements ayant des conséquences

¹⁴ Sarah BRUTSCHIN, Die Mietzinsgestaltung bei energetischen Verbesserungen gemäss Art. 14 VMWG unter besonderer Berücksichtigung der Förderbeiträge von Bund und Kantonen, *in* mp 2010 p. 1/7 ; Beat ROHRER, Mietzinsgestaltung nach energetischen Verbesserungen, *in* MRA 2/11 p. 41.

¹⁵ Voir *infra* II.

¹⁶ Jacques ANSERMET, L'incidence sur les loyers des mesures visant à des améliorations énergétiques selon l'article 14 al. 2 et 3 OBLF, *in* CdB 1/08 p. 1/3 ; François BOHNET/Julien BROQUET, *in* Droit du bail à loyer – CO et OBLF, Contrat-cadre romand, dispositions pénales et internationales (François BOHNET et Marino MONTINI, éd.), Bâle 2010, Art. 269a n° 77 ; ROHRER (note 14), p. 41.

sur le volume à chauffer et donc sur les frais de chauffage »¹⁷. Plus largement, il doit y avoir une relation entre l'amélioration de la performance énergétique de l'objet, qui génère une plus-value sous la forme d'une moindre consommation d'énergie et donc d'une baisse des frais accessoires, en échange de laquelle le loyer peut augmenter pour couvrir la charge d'investissement, respectivement les frais financiers qui en découlent¹⁸.

Cette seconde condition de la réduction des frais accessoires a été mise en évidence par le Tribunal fédéral dans un arrêt de novembre 2011¹⁹, s'appuyant sur la doctrine²⁰. Elle a toutefois été critiquée s'agissant des mesures visant à l'utilisation des énergies renouvelables au motif que celles-ci peuvent être plus onéreuses que les énergies traditionnelles et selon les cas ne pas permettre de réduire les frais accessoires. Pour les auteurs qui se sont prononcés sur cette question et qui se référaient à un arrêt du Tribunal de district de Neuchâtel retenant que, pour la production d'eau chaude par des capteurs solaires, l'on peut attendre des locataires qu'ils participent à un effort collectif favorable à la collectivité dans son ensemble²¹, on doit pouvoir admettre que la réduction de la consommation d'énergie et des émissions de substances polluantes est dans l'intérêt des locataires et justifie que ceux-ci supportent les coûts ainsi occasionnés, même en l'absence de réduction des frais accessoires²². On relèvera que dans l'arrêt critiqué, le Tribunal fédéral n'avait pas à se pencher spécifiquement sur cette question. A notre sens, cette position de la doctrine minoritaire doit être suivie car elle correspond au principe dégagé de l'art. 269a let. b CO selon lequel une prestation supplémentaire justifie une majoration de loyer même si elle ne profite pas directement au locataire²³. Ce qui vaut de manière générale pour les prestations supplémentaires du bailleur doit valoir également pour les prestations supplémentaires particulières que sont les améliorations énergétiques.

C. Les améliorations énergétiques dans la méthode relative

L'utilisation de la méthode relative pour l'examen du caractère abusif du loyer en cas de travaux d'améliorations énergétiques suppose en règle générale le maintien du bail²⁴. Dans ce cas, les travaux interviennent sans que les locataires aient à quitter leur logement ; éventuellement, un tournus peut être organisé avec des logements vacants dans l'immeuble.

Dans le système mis en place par l'art. 269a let. b CO, la mise à charge du locataire des frais découlant des travaux se justifie par des prestations supplémentaires du bailleur, qui peuvent consister, notamment, en des améliorations créant des plus-values. On y ajoute les importantes réparations, à raison de 50 à 70% de leur coût (art. 14 al. 1 OBLF). Cela évite au bailleur d'avoir à déterminer la part exacte des travaux à plus-value ; en sus de ce caractère simplificateur, cette règle vise aussi à encourager ou, du moins, à ne pas décourager le bailleur d'entreprendre à temps les mesures d'entretien nécessaires et a pour but de l'inciter à réaliser des travaux d'entretien plus importants que nécessaires²⁵. Il ne faut en revanche pas

¹⁷ Conseil national, Rapport de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du 22 mai 2007, p. 3, disponible à l'adresse www.parlament.ch.

¹⁸ BO CN 2007 782.

¹⁹ Arrêt TF 4A_484/2011 du 2 novembre 2011 c. 2.2.

²⁰ LACHAT (note 5), p. 482 ; BRUTSCHIN (note 14), p. 1/5. Voir ég. ANSERMET (note 16), p. 1/3.

²¹ DB 2006 p. 28 (Tribunal de district (NE) du 28 septembre 2001).

²² BOHNET/BROQUET (note 16), Art. 269a CO n° 79.

²³ ATF 110 II 404 c. 2a. LACHAT (note 5), p. 478.

²⁴ Voir *supra* A.

²⁵ ATF 118 II 415 c. 3.

que le coût des travaux d'entretien ordinaire soit mis à la charge du locataire car l'entretien est une obligation du bailleur (art. 256 al. 1 CO) dont les frais sont couverts par le loyer. Selon la jurisprudence, le taux forfaitaire ne vaut que comme simple alternative à une détermination exacte de ces investissements mais la présomption tombe si la part d'investissement est précisément déterminable²⁶.

Deux questions se posent lorsque des améliorations énergétiques sont effectuées par le propriétaire. La première concerne la part du coût de celles-ci pouvant être répercutées sur le loyer (1.), la seconde a trait au sort des améliorations énergétiques imposées par une prescription de droit public (2.).

1. La part des améliorations énergétiques à répercuter sur le loyer

Selon l'art. 14 al. 3 OBLF, est considérée comme prestation supplémentaire uniquement la part des coûts d'investissement qui excède les coûts de rétablissement ou de maintien de l'état initial de la chose louée. Cette disposition, adoptée en même temps que l'art. 14 al. 2 OBLF, protège le locataire contre l'imputation de frais d'entretien supplémentaires liés à la mise en œuvre de mesures d'économie d'énergie²⁷. Dans la version initialement soumise aux chambres fédérales, cette disposition se référait spécifiquement aux améliorations énergétiques de l'art. 14 al. 2 OBLF, mais elle a été élargie pour insister sur le fait qu'elle ne dérogeait pas au principe général de l'interdiction de mettre les frais d'entretien à charge du locataire²⁸.

De manière très surprenante, le Tribunal fédéral a laissé entendre, dans son arrêt du 2 novembre 2011 précité²⁹, que « les investissements pour des améliorations énergétiques peuvent être considérés dans leur totalité comme des améliorations à plus-value (...) »³⁰. Cette phrase maladroite devrait plutôt être comprise comme visant les *surcoûts* liés à des améliorations énergétiques qui, effectivement, peuvent être entièrement répercutés sur les loyers. A défaut, cette position ne pourrait pas être maintenue car contraire aux art. 256 al. 1 et 269a let. b CO selon lesquels les frais d'entretien ordinaire sont assurés par le propriétaire, non par le locataire³¹.

La mise en œuvre de l'art. 14 al. 3 OBLF soulève plusieurs questions. La première question est de déterminer la méthode pour apprécier la mesure des surcoûts pouvant être pris en compte au titre d'amélioration à plus-value. En effet, de nombreuses difficultés pratiques surgissent lorsqu'il s'agit de comparer l'équipement à remplacer, qui souvent n'existe plus (par exemple des simples vitrages ou un lave-vaisselle sans label énergétique), et les standards actuels de construction ou des installations, par définition différents et comprenant *de facto* des améliorations énergétiques (doubles vitrages ou lave-vaisselle de catégorie environnementale moyenne ou supérieure). L'enjeu est de pouvoir chiffrer le coût de la construction ou de l'installation de remplacement d'un standard équivalent ou actualisé et de comparer ce coût avec celui d'une construction ou d'une installation à efficacité énergétique supérieure.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Conseil national (note 17), p. 2.

²⁸ BO CN 2007 782.

²⁹ Voir *supra* B.3.

³⁰ Arrêt TF 4A_484/2011 du 2 novembre 2011 c. 2.2.

³¹ Dans le même sens, BRUTSCHIN (note 14), p. 16. *Contra* : Gianmaria MOSCA, Note à l'appui de l'Arrêt TF 4A_484/2011 du 2 novembre 2011, in DB 2012 p. 36/37.

Dans un arrêt rendu avant l'entrée en vigueur de l'art. 14 al. 2 et 3 OBLF, le Tribunal fédéral a appliqué un taux forfaitaire de 40% de plus-value pour le changement de fenêtres³². La doctrine semble préférer un calcul concret de la plus-value, celle-ci étant déterminée par la différence entre le coût des travaux ou des installations permettant de parvenir à un standard actuel et celui des travaux ou des installations à efficacité énergétique supérieure³³. Cette solution a le mérite de la cohérence avec le texte de l'art. 14 OBLF dont l'alinéa 3 ne contient pas de référence à un taux forfaitaire, contrairement à l'alinéa 1, 2^{ème} phrase de cette même disposition comme on le voit ci-après.

Conformément à l'art. 14 al. 3 OBLF, ce surcoût constituant la plus-value peut être intégralement répercuté sur les loyers, le solde devant alors être considéré comme de l'entretien.

La seconde question qui se pose est de déterminer la relation entre l'art. 14 al. 3 OBLF et l'art. 14 al. 1, 2^{ème} phrase OBLF qui permet d'assimiler, à raison de 50 à 70% de leur coût, les importantes réparations aux améliorations créant des plus-values. En effet, très souvent, les améliorations énergétiques sont réalisées à l'occasion d'une rénovation lourde de l'immeuble. On se demande en effet si, en cas d'importantes réparations comportant des améliorations énergétiques, la présomption de l'art. 14 al. 1, 2^{ème} phrase OBLF peut être appliquée pour l'ensemble des travaux, sans alors devoir déterminer la part des coûts d'investissement qui excède les coûts de rétablissement ou de maintien de l'état initial conformément à l'art. 14 al. 3 OBLF.

Le Tribunal fédéral n'a pas directement tranché la question. La pratique récente tend à illustrer que, lorsqu'il y a lieu d'apprécier la répercussion du coût d'importantes réparations sur les loyers en application de l'art. 14 al. 1 OBLF, il n'est pas distingué si, parmi ces importantes réparations, certaines consistent en des améliorations énergétiques³⁴, entraînant par là l'application de la présomption de l'art. 14 al. 1, 2^{ème} phrase OBLF, et non de l'art. 14 al. 3 OBLF, aux dites améliorations. Cette solution – qui a le mérite de la facilité – ne devrait être utilisée qu'en dernier recours. En effet, l'art. 14 al. 3 OBLF, qui exige selon nous un calcul concret, doit être vu comme une *lex specialis* de l'art. 14 al. 1 OBLF dans la mesure où les améliorations énergétiques sont un cas particulier de prestations supplémentaires du bailleur. De plus, le Tribunal fédéral rappelle constamment que, lorsqu'il est possible de déterminer la part des coûts, la présomption de l'art. 14 al. 1, 2^{ème} phrase ne s'applique pas³⁵.

A noter encore que les hausses de loyer fondées sur les améliorations énergétiques ne doivent, pour ne pas être considérées comme abusives, servir qu'à couvrir équitablement les frais d'intérêts, d'amortissement et d'entretien résultant de l'investissement, comme c'est le cas en cas d'investissements créant des plus-values (art. 14 al. 4 OBLF)³⁶.

³² Arrêt TF 4C.287/2001 du 26 mars 2002 c. 3.1.

³³ Peter R. BURKHALTER/Emmanuelle MARTINEZ-FAVRE, *Le droit suisse du bail à loyer – Commentaire*, Zurich 2011, Art. 269a n° 60d ; BOHNET/BROQUET (note 16), Art. 269a CO n° 66 ; BRUTSCHIN (note 14), p. 13 ; Peter HIGI, *Die Miete*, Zürcher Kommentar, Band V/2b/3, Zurich 1998, Art. 269a n° 366. Pour un calcul forfaitaire : ROHRER (note 14), p. 45 ; pour une appréciation en équité : Roger WEBER, *in* *Commentaire bâlois*, 4^{ème} éd., Art. 269a n° 11.

³⁴ Voir p. ex. ATF 139 III 209 ; Arrêt TF 4A_102/2012 du 30 mai 2012.

³⁵ Peter R. BURKHALTER, *Energetische Sanierung und Mietrecht im Kontext energiepolitischer Herausforderungen*, *in* *Jusletter* du 24 février 2014, n° 2.1.2 ; BRUTSCHIN (note 14), p. 16. *Contra* : ROHRER (note 14), p. 41.

³⁶ Voir p. ex. BURKHALTER/MARTINEZ-FAVRE (note 33), Art. 269a n° 72-76 ; LACHAT (note 5), p. 483.

De plus, les aides octroyées pour des améliorations créant des plus-values doivent être déduites du montant de la prestation supplémentaire (art. 14 al. 3^{bis} OBLF). Cette disposition sert à mettre en œuvre le principe du loyer basé sur les coûts en liaison avec les aides publiques et à assurer que le bailleur ne puisse pas refinancer les frais d'investissement à double en reportant intégralement sur les loyers les coûts de prestations supplémentaires en partie couverts par les aides publiques³⁷.

Enfin, les hausses de loyer ne peuvent être notifiées qu'une fois les travaux achevés et à condition que le bailleur détienne les pièces justificatives correspondantes (art. 15 al. 5 OBLF).

2. *Les améliorations énergétiques découlant d'une obligation de droit public*

Les améliorations énergétiques peuvent être engagées spontanément par le propriétaire mais souvent elles lui sont imposées par la législation de droit public. La pression normative dans ce domaine est forte et va en s'accroissant lorsque l'on sait que le domaine du bâtiment en Suisse présente d'importants potentiels en termes d'augmentation de l'efficacité énergétique et d'utilisation des énergies renouvelables et que, dans le cadre de la Stratégie énergétique 2050, la Confédération a entre autres objectifs que l'électricité ne soit plus utilisée pour alimenter les chauffages électriques à résistance et les chauffe-eaux électriques et que les installations de chauffage à combustibles fossiles soient remplacées par des systèmes fonctionnant aux énergies renouvelables. De plus, d'un système actuellement incitatif, on se dirige vers un système plus coercitif³⁸.

Lorsqu'elles sont imposées par le droit public, il est lieu de se demander si les améliorations énergétiques ne constituent en réalité pas une réparation d'un défaut affectant la chose louée.

Selon l'art. 256 al. 1 CO, le bailleur est tenu de délivrer la chose à la date convenue, dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée, et de l'entretenir en cet état. S'il ne le fait pas, le bailleur peut se voir opposer les règles en matière d'inexécution du contrat (art. 258 al. 1 CO) ou devoir remédier aux défauts de la chose louée (art. 259a ss CO). Selon le Tribunal fédéral, faute de définition légale, la notion de défaut doit être rapprochée de l'état approprié à l'usage pour lequel la chose a été louée ; elle suppose la comparaison entre l'état réel de la chose et l'état convenu ; il y a ainsi défaut lorsque la chose ne présente pas une qualité que le bailleur avait promise ou lorsqu'elle ne présente pas une qualité sur laquelle le locataire pouvait légitimement compter en se référant à l'état approprié à l'usage convenu³⁹. A cet effet, la réelle et commune intention des parties est recherchée, le cas échéant selon le principe de la confiance⁴⁰. Pour reprendre les termes de LACHAT, la notion de défaut est éminemment

³⁷ Office fédéral du logement, Projet de modification de l'ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux du 9 mai 1990 (OBLF) – Rapport explicatif du 5 décembre 2013, p. 1, disponible à l'adresse www.admin.ch. Voir ég. Arrêt TF 4A_484/2011 du 2 novembre 2011 c. 4.

³⁸ Message du Conseil fédéral relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050 (Révision du droit de l'énergie) et à l'initiative populaire fédérale « Pour la sortie programmée de l'énergie nucléaire (Initiative « Sortir du nucléaire ») » du 4 septembre 2003, in FF 2013 p. 6771/6821. Pour un inventaire des obligations de mise aux normes découlant des législations fédérale et cantonales sur l'énergie, voir Valérie DÉFAGO GAUDIN, Les rénovations en droit public, in 18^e Séminaire sur le droit du bail (François BOHNET et Blaise CARRON, éd.), Neuchâtel 2014, p. 175/180.

³⁹ ATF 135 III 345 c. 3.2.

⁴⁰ ATF 132 III 109 c. 3.

relative car elle dépend, outre des termes du contrat et des promesses faites par le bailleur, de l'évolution des mœurs et de la technique⁴¹.

Les prescriptions de droit public sont à apprécier au regard des qualités sur lesquelles le locataire peut légitimement compter⁴². La casuistique sur cette question est pauvre. Deux arrêts du Tribunal fédéral sont néanmoins à relever⁴³. Dans un premier arrêt de 2005, le Tribunal fédéral a confirmé, mais pour des motifs essentiellement procéduraux et sans entrer dans le fond, un arrêt du Tribunal cantonal argovien qui retenait qu'un appartement qui ne respectait pas les prescriptions en matière de protection contre l'incendie était affecté d'un défaut⁴⁴. Dans un second arrêt de 2013, le Tribunal fédéral s'est interrogé sur la validité d'un décompte de frais accessoires qui n'était pas calculé sur la base d'un décompte individuel comme prescrit par le droit cantonal de l'énergie fribourgeois. Retenant que la législation cantonale sur l'énergie cherche à réaliser un intérêt général, qui ne relève pas de la relation entre bailleur et locataire, il est parvenu à la conclusion que le non-respect du droit cantonal n'emporte pas la nullité du décompte de frais accessoires au sens des art. 19 al. 2 et 20 CO⁴⁵.

Une indication importante peut être tirée de ces arrêts : le but poursuivi par la norme de droit public en cause doit être pris en considération pour apprécier l'existence ou non d'un défaut. Une norme dont le but premier est de protéger la sécurité ou la santé des occupants d'un immeuble a plus de portée dans l'appréciation du caractère défectueux de la chose louée qu'une norme édictée dans un autre but d'intérêt public. En cela, les prescriptions visant à l'amélioration énergétique doivent avoir un poids moins important dans l'appréciation de l'existence d'un défaut.

Un autre élément qui doit entrer en ligne de compte dans l'appréciation est l'élément temporel. Dans ce sens, BRUTSCHIN en relève l'importance sur ce que l'on peut attendre de l'état de la technique pour qualifier le défaut : dans les cantons où des hauts standards énergétiques sont imposés de longue date, le locataire doit pouvoir s'attendre à ce que la chose louée y réponde. En revanche, en cas de modification de la loi après la conclusion du bail, les améliorations énergétiques ainsi imposées ne répondent pas à la réparation d'un défaut⁴⁶.

En définitive, la notion de défaut est doublement relative. Elle est relative en tant qu'elle est définie au regard de l'état des mœurs et de la technique, de sorte que son appréciation pourra être différente selon le lieu et le temps à laquelle elle est faite. Mais la notion de défaut est surtout relative en tant qu'elle relève de la relation de droit privé entre bailleur et locataire, conformément au principe de la relativité des conventions. C'est avant tout le contrat conclu et les attentes qui en découlent qui font foi. Les obligations de droit public incombant au propriétaire n'ont sous cet angle qu'un aspect secondaire.

D. Les améliorations énergétiques dans la méthode absolue

⁴¹ LACHAT (note 5), p. 219.

⁴² Carole AUBERT, Les défauts de la chose louée, *in* 17^e Séminaire sur le droit du bail (François BOHNET, éd.), Neuchâtel 2012, p. 1/4. Voir ég. LACHAT (note 5), p. 219 ; HIGI (note 33), Art. 256 n° 40.

⁴³ Pour les casuistiques cantonales, voir AUBERT (note 42), p. 4-5 et Sarah BRUTSCHIN, *Ausgewählte Fragen zur Überwälzung von Mehrleistungen auf den Mietzins*, *in* mp 2013 p. 81/91-92.

⁴⁴ Arrêt TF 4C.333/2004 du 6 janvier 2005.

⁴⁵ Arrêt TF 4A_502/2012 du 22 janvier 2013 c. 2.2.

⁴⁶ BRUTSCHIN (note 43), p. 86-88.

Des améliorations énergétiques peuvent être réalisées lors d'une rénovation lourde d'un immeuble nécessitant le départ des locataires. A l'issue des travaux, de nouveaux baux sont alors conclus. Le caractère non abusif du nouveau loyer est alors déterminé sur la base d'un calcul de rendement, lequel relève de la méthode absolue.

Selon l'art. 269 CO, le loyer est abusif lorsqu'il permet au bailleur d'obtenir un rendement excessif de la chose louée. Est ici visé le rendement net des fonds propres investis, à savoir celui qui correspond au rapport entre les revenus nets que procure la chose louée au bailleur, après déduction de toutes les charges, et les fonds propres investis. Le loyer doit d'une part offrir un rendement raisonnable par rapport aux fonds propres investis, d'autre part couvrir les charges immobilières⁴⁷. Aussi le calcul de rendement implique-t-il de déterminer les coûts d'investissement financés par les fonds propres (principalement le prix d'acquisition de l'immeuble) et d'appliquer à ces investissements un taux de rendement admissible, qui se définit par le taux d'intérêt hypothécaire de référence augmenté de 0,5 pour cent⁴⁸. Il convient d'y ajouter les charges immobilières annuelles, soit les charges financières (en particulier les intérêts hypothécaires dus sur les emprunts), les charges courantes (impôt, prime d'assurance, etc.) et les charges d'entretien⁴⁹.

Dans un arrêt très circonstancié du 7 juillet 2015, le Tribunal fédéral a tranché par la négative la question de savoir si la totalité des fonds propres ayant financé de grands travaux pouvait être intégrée dans les coûts d'investissement, et pas seulement la part représentant une plus-value. Il a considéré que les travaux importants financés par des fonds propres ne peuvent pas automatiquement être traités comme des coûts d'investissement, en précisant toutefois que le renouvellement des installations, qui représente un investissement important à intervalles très éloignés, justifie un correctif⁵⁰. Il a en outre rappelé sa jurisprudence selon laquelle l'art. 14 al. 1 OBLF peut être appliqué par analogie lorsque le bailleur n'a pas distingué concrètement entre investissements à plus-value et frais d'entretien, pour la prise en compte de frais de rénovation⁵¹.

Par conséquent, lorsque dans le cadre de la réalisation de grands travaux des améliorations énergétiques sont effectuées, il importe de faire application, par analogie, de l'art. 14 al. 3 OBLF. A notre sens en effet, la part des coûts qui excède les coûts de rétablissement ou de maintien initial de la chose louée doit être considérée comme relevant des coûts d'investissement devant être rentés au titre des fonds propres. En effet, bien qu'inspiré de la méthode relative, l'art. 14 al. 3 OBLF est compatible avec la distinction, essentielle dans le modèle du rendement net, entre coûts d'investissement (coûts de revient) et charges⁵².

III. Les rénovations énergétiques dans les différents systèmes de loyers contrôlés

Confédération et cantons interviennent en matière de politique sociale du logement par des mesures d'encouragement à la construction de logements ou en restreignant les rénovations et démolitions d'immeubles de logement. Ces mesures étatiques ont la plupart pour corollaire

⁴⁷ ATF 141 III 245 c. 6.3.

⁴⁸ ATF 122 III 257 c. 3a.

⁴⁹ ATF 141 III 245 c. 6.3.

⁵⁰ ATF 141 III 245 c. 6.6.

⁵¹ Arrêt TF 4A_636/2012 du 2 avril 2013 c. 2.5 et ATF 141 III 245 c. 6.5.

⁵² ATF 141 III 245 c. 6.6.

d'entraîner un contrôle étatique des loyers, lequel se substitue alors au système de la surveillance.

Avant de présenter les rénovations énergétiques dans différents systèmes de loyers contrôlés (B.), il s'agit de rappeler les fondements et les principes applicables dans les systèmes prévoyant un contrôle étatique des loyers (A.).

A. Les fondements et les principes applicables aux systèmes de loyers contrôlés

La politique sociale du logement de la Confédération se fonde sur l'art. 108 Cst. selon lequel la Confédération encourage la construction de logements ainsi que l'acquisition d'appartements et de maisons familiales destinés à l'usage personnel de particuliers et les activités des maîtres d'ouvrage et des organisations œuvrant à la construction de logements d'utilité publique (al. 1). Elle encourage en particulier l'acquisition et l'équipement de terrains en vue de la construction de logements, la rationalisation de la construction, l'abaissement de son coût et l'abaissement du coût du logement (al. 2)⁵³. En sus de ce mandat constitutionnel, l'art. 41 al. 1 let. e Cst. fait de la faculté de se loger un droit social.

Le mandat constitutionnel fédéral instaure une compétence dite parallèle, de sorte que les cantons conservent toute latitude pour mener leur propre politique en matière de logement qui le cas échéant peut se cumuler avec les mesures prises en vertu du droit fédéral⁵⁴. Les mesures de rang fédéral sont vues comme destinées à fournir un approvisionnement de base à l'échelle nationale, de sorte qu'elles peuvent être complétées par d'autres prestations cantonales ou communales⁵⁵. Genève a depuis longtemps adopté une politique du logement très active. Cette politique trouve désormais son ancrage aux art. 38 (droit au logement) et 178 à 182 (logement en tant que tâche publique) de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012⁵⁶.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur les politiques cantonales en matière de logement, en particulier au regard de la place laissée par le législateur fédéral pour une intervention cantonale dans ce domaine. Selon la jurisprudence consacrée, « dans les domaines régis par le droit civil fédéral, les cantons conservent la compétence d'édicter des règles de droit public en vertu de l'art. 6 CC à condition toutefois que le législateur fédéral n'ait pas entendu régler une matière de façon exhaustive (en ce sens qu'il n'entendait laisser aucune place pour du droit public cantonal sur la même matière), que les règles cantonales soient motivées par un intérêt public pertinent et qu'elles n'éluent pas le droit civil, ni n'en contredisent le sens ou l'esprit (...). Les cantons demeurent par exemple libres d'édicter des mesures destinées à combattre la pénurie dans le secteur locatif dans la mesure où leur finalité n'est pas d'intervenir dans les rapports entre bailleur et preneur. »⁵⁷

⁵³ L'art. 108 Cst. a deux autres alinéas 3 et 4 dont les objets sont, respectivement, la compétence de légiférer sur l'équipement des terrains et la rationalisation de la construction et la mention des intérêts publics dont il faut tenir compte dans la législation fédérale, à savoir les intérêts des familles et des personnes âgées, handicapées ou dans le besoin.

⁵⁴ Cipriano ALVAREZ, *Die Bundesverfassung, Commentaire Saint-Gallois* (Bernhard EHRENZELLER, Benjamin SCHINDLER, Rainer J. SCHWEIZER et Klaus A. VALLENDER, éd.), 3^{ème} éd., Saint-Gall 2014, Art. 108 n° 13.

⁵⁵ Message du Conseil fédéral relatif à l'encouragement du logement à loyer ou à prix modérés du 27 février 2002, FF 2002 2649/2656.

⁵⁶ RSG A 2 00 ; « Cst-GE ».

⁵⁷ ATF 137 I 135 c. 2.5.2 et les références.

S'agissant plus particulièrement du contrôle des loyers, le Tribunal fédéral a posé plusieurs principes.

Tout d'abord, il a, en 1973 déjà, indiqué que les lois cantonales peuvent instaurer un contrôle des loyers afin de poursuivre leur politique sociale en matière de logement⁵⁸.

Plus tard, il a précisé que l'examen du loyer des appartements sortant de la période de contrôle doit se faire selon la méthode absolue⁵⁹.

Il a également indiqué que le droit fédéral ne permet pas à une loi cantonale de prévoir que le bailleur puisse facturer comme frais accessoires des coûts liés à l'existence de la chose louée⁶⁰.

Plus récemment, le Tribunal fédéral a affirmé que l'art. 269 CO, qui pose le principe de la protection contre les loyers abusifs, s'applique de manière générale et y compris aux logements bénéficiant de mesures d'encouragement par les pouvoirs publics et dont le loyer est soumis au contrôle d'une autorité⁶¹.

Dans ce même arrêt, il a précisé que le calcul des loyers de ces logements doit être fondé sur les coûts et non sur des critères comparatifs⁶².

B. Les rénovations énergétiques dans les différents systèmes de loyers contrôlés

Nous présentons ci-après la répercussion des rénovations énergétiques dans trois systèmes différents de contrôle des loyers, fédéral et cantonaux, à savoir dans la Loi fédérale encourageant le logement à loyer ou à prix modérés du 21 mars 2003⁶³ (1.), la Loi générale sur le logement et la protection des locataires du 4 décembre 1977⁶⁴ (2.) et la Loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi) du 25 janvier 1996⁶⁵ (3.).

1. Le système de la LOG et les rénovations énergétiques

La politique fédérale en matière d'aide au logement est mise en œuvre, aujourd'hui, par la LOG. L'aide fédérale fondée sur la LOG a succédé à l'aide fédérale accordée sur la base de la Loi fédérale encourageant la construction et l'accession à la propriété de logements du 4 octobre 1974⁶⁶⁻⁶⁷ ; la LCAP est encore en vigueur car elle régit les aides qui ne sont pas

⁵⁸ ATF 99 Ia 604.

⁵⁹ ATF 123 III 171.

⁶⁰ ATF 137 I 135.

⁶¹ Arrêt TF 1C_500/2013 du 25 septembre 2014 c. 2.3. Pour une critique de cet arrêt, voir François BELLANGER/ Valérie DÉFAGO GAUDIN, Les loyers contrôlés par l'Etat peuvent-ils être abusifs ?, in SJ 2015 I 214. Voir ég. David LCHAT, Droit du bail : rendement des immeubles subventionnés : un arrêt qui agite la Genève immobilière, in Regards de marathoniens sur le droit suisse – Mélanges publiés à l'occasion du 20^e « Marathon du droit » (Ordre des avocats de Genève, éd.), Genève 2015, p. 161ss.

⁶² *Ibid.*

⁶³ RS 842 ; « LOG ».

⁶⁴ RSG I 4 05 ; « LGL ».

⁶⁵ RSG L 5 20 ; « LDTR ».

⁶⁶ RS 843 ; « LCAP ».

⁶⁷ Pour les motifs qui ont présidé à l'abandon du système d'aides selon la LCAP, voir Message du Conseil fédéral (note 55), p. 2660.

encore parvenues à terme⁶⁸, les dernières aides fondées sur la LCAP ayant été accordées à la fin 2001⁶⁹.

La LOG a pour but d'encourager l'offre de logements pour les ménages à revenu modeste ainsi que l'accession à la propriété (art. 1 al. 1 LOG); les ménages et personnes économiquement ou socialement défavorisés protégés par la loi sont ceux qui appartiennent aux classes de revenu moyen, voire inférieur et dont la charge locative, sans les frais accessoires, atteint plus de 25% du revenu brut pour une occupation du logement normale⁷⁰. A cet effet, la Confédération encourage la construction, la rénovation et l'acquisition de logements à loyer ou à prix modérés ainsi que l'activité d'organisations œuvrant à la construction de logements d'utilité publique (art. 2 al. 1 LOG). La Confédération ne construit donc pas elle-même des logements réservés aux personnes ayant des difficultés pour accéder au marché et trouver un logement car l'approvisionnement du marché en logements incombe, avant tout, au secteur privé. L'action des pouvoirs publics n'est sous cet angle que subsidiaire, complémentaire au marché et fondée sur des mesures d'encouragement⁷¹. De même, le droit fédéral prévoit uniquement un système dit d'aide à la pierre, les aides à la personne étant, le cas échéant, servies par les cantons⁷². Enfin, la rénovation est particulièrement encouragée⁷³.

La LOG prévoit des mesures d'encouragement direct, par le biais notamment de prêts à taux préférentiel aux propriétaires pour financer, notamment, les nouvelles constructions ou les rénovations (art. 10ss LOG). Toutefois, ces prêts ne sont plus octroyés depuis 2007. L'aide fédérale selon la LOG est désormais uniquement indirecte et s'exprime par le soutien aux activités des organisations œuvrant à la construction de logements d'utilité publique afin de couvrir les besoins en logements à loyer ou à prix modérés (art. 33 al. 1 LOG); ces organisations sont la Centrale d'émission pour la construction de logements d'utilité publique (CCL)⁷⁴ et la Coopérative de cautionnement hypothécaire, qui accordent à leurs membres, des maîtres d'ouvrage d'utilité publique, des prêts, respectivement des cautionnements pour la construction de logements locatifs bon marché⁷⁵.

L'aide sous forme d'encouragement direct fondée sur les art. 10ss LOG entraîne un contrôle des loyers. Bien que ce type d'aide ne soit désormais plus accordée, la durée maximale possible de celle-ci, qui est de 25 ans (art. 19 al. 1 LOG), fait en sorte que le contrôle des loyers s'exerce encore actuellement pour les immeubles qui en ont bénéficié avant 2007.

⁶⁸ Message du Conseil fédéral (note 55), p. 2699.

⁶⁹ Office fédéral du logement, à l'adresse www.bwo.admin.ch>thèmes>aide_au_logement. Pour une description du système de la LCAP, dans lequel le montant des loyers est arrêté pendant l'entier de la période d'encouragement, moyennant plan de hausse prédéfini : voir Arrêt TF 2C_254/2014 du 25 février 2015.

⁷⁰ Message du Conseil fédéral (note 55), p. 2673.

⁷¹ Message du Conseil fédéral (note 55), p. 2664.

⁷² Message du Conseil fédéral (note 55), p. 2665.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ La CCL a pour but l'acquisition de fonds pour un financement à taux avantageux de l'habitat d'utilité publique. La mobilisation de fonds se fait notamment par l'émission officielle d'emprunts obligataires en nom propre, mais sur ordre et pour le compte des membres qui y participent. La CCL a été instituée en 1990 par les quatre associations faitières de l'habitat d'utilité publique de l'époque. Elle est organisée sous forme de coopérative. Ses membres sont des coopératives d'habitation et d'autres maîtres d'ouvrage d'utilité publique : www.egw-ccl.ch.

⁷⁵ Office fédéral du logement, à l'adresse www.bwo.admin.ch>thèmes>aide_au_logement. Voir ég. Vincent MARTENET, Compétences cantonales, aides financières et principes de droit fiscal, in Les rénovations d'immeubles (Bénédict FOËX éd.), Genève/Bâle/Zurich 2012, p. 1/8ss.

L'Office fédéral du logement (OFL) est compétent à cet effet (art. 54 al. 1 LOG). Il fixe le loyer des logements au bénéfice de l'aide en tenant compte des fonds propres et des coûts immobiliers pouvant être pris en compte (art. 8 et 10 al. 1 de l'Ordonnance encourageant le logement à loyer ou à prix modérés du 26 novembre 2003⁷⁶), étant précisé que les limites des coûts et le montant des prêts pouvant être accordés font l'objet d'une Ordonnance de l'OFL du 27 janvier 2004⁷⁷. Le propriétaire est tenu de répercuter sur les locataires la réduction des coûts immobiliers découlant de l'octroi de prêts sans intérêt ou à taux préférentiel (art. 14 LOG). Dans ce cas, les locataires sont tenus de respecter des limites en matière de revenu, de fortune et d'occupation (art. 15 LOG et 17ss OLOG), le groupe-cible étant les ménages et personnes n'ayant pas accès aux logements appropriés correspondant à leur situation économique ou à leurs besoins spécifiques⁷⁸. Le contrôle des loyers porte uniquement sur les loyers, non sur les frais accessoires (art. 13 LOG)⁷⁹.

L'art. 11 al. 1 OLOG permet au propriétaire, pendant la durée du contrôle, d'adapter les loyers à la suite, notamment, d'améliorations augmentant la valeur de la chose louée (art. 11 al. 1 let. b OLOG).

Les termes de l'OLOG ne sont pas identiques à ceux utilisés à l'art. 14 OBLF puisque l'OLOG parle d'améliorations augmentant la valeur de la chose louée alors que l'OBLF se réfère aux prestations supplémentaires du bailleur, lesquelles comprennent les améliorations créant des plus-values ainsi que, depuis 2006, les améliorations énergétiques.

La question est donc de savoir si les améliorations énergétiques peuvent, sous le régime de la LOG et de l'OLOG, être assimilées aux améliorations augmentant la valeur de la chose louée comme elles sont assimilées aux prestations supplémentaires du bailleur sous le régime de l'OBLF, afin qu'elles puissent de la même manière être encouragées.

La question ne fait l'objet d'aucune jurisprudence publiée ou diffusée et n'a pas non plus été abordée en doctrine. A notre sens, il s'agit d'une lacune qui s'explique par le fait que le Conseil fédéral n'a pas modifié l'art. 11 al. 1 OLOG en même temps qu'il a adopté l'art. 14 al. 2 OBLF. En effet, l'art. 5 let. a LOG pose, parmi les principes régissant les mesures d'encouragement, que les ressources comme l'énergie ou le terrain doivent être utilisées de façon économe et rationnelle. Le législateur a, de plus, exprimé le souhait que les principes du développement durable, et en particulier celui des économies d'énergie, mènent à concentrer l'aide fédérale sur la rénovation de logements plutôt que sur la construction de nouveaux logements⁸⁰. Enfin, et surtout, le Conseil fédéral a précisé, dans son Message à l'appui de la LOG, que pour définir la notion de rénovation qui génère une plus-value, on peut se reporter aux principes énoncés en droit du bail ainsi qu'à la jurisprudence qui s'y rattache, renvoyant expressément à l'art. 269a CO ainsi qu'à l'art. 14 OBLF⁸¹. En cela, le fait que les loyers sont fixés sur les coûts (art. 12 al. 1 let. b LOG) n'est pas un obstacle puisque dans le même temps le système mis en place à l'art. 11 OLOG permet une adaptation des loyers en fonction de la variation de ceux-ci.

⁷⁶ RS 842.1 ; « OLOG ».

⁷⁷ RS 842.4.

⁷⁸ Message du Conseil fédéral (note 55), p. 2669.

⁷⁹ Pour les conséquences procédurales de cette distinction : art. 54 al. 4 LOG et Arrêt TF 4A_394/2015 du 6 novembre 2015.

⁸⁰ Message du Conseil fédéral (note 55), p. 2665.

⁸¹ Message du Conseil fédéral (note 55), p. 2677.

Aussi, nous sommes d'avis que les améliorations énergétiques effectuées dans un immeuble soumis au contrôle des loyers selon la LOG peuvent être répercutées sur les loyers selon les mêmes modalités et dans la même mesure que sous le régime du Code des obligations.

2. *Le système de la LGL et les rénovations énergétiques*

La LGL est la loi fondant l'encouragement à la construction de logements dits sociaux à Genève. Elle prévoit à cet effet que l'Etat acquiert des terrains en usant notamment des droits de préemption et d'expropriation que lui confère la loi, qu'il encourage la construction de logements, en particulier à but non lucratif, par voie notamment de caution simple d'emprunts hypothécaires, d'octroi de prêts avec ou sans intérêt, de subventions, d'avantages fiscaux, de mises à disposition dans la mesure des disponibilités de terrains à bâtir en droit de superficie, d'aide à l'équipement de terrains à bâtir, pouvant également faire usage des aides et moyens que les lois et ordonnances fédérales fournissent aux cantons dans le même dessein, qu'il construit des logements par l'intermédiaire de fondations de droit public, qu'il veille à la qualité des logements et de leur environnement, ainsi qu'à l'économie des coûts de production et d'exploitation et qu'il favorise, dans le cadre du développement durable, les projets utilisant des produits et des matériaux de construction respectueux de l'environnement, présentant une aptitude maximale au recyclage (art. 2 al. 1 LGL).

La politique d'encouragement de logements dits d'utilité publique s'exprime par le dispositif mis en place par la Loi pour la construction de logements d'utilité publique du 24 mai 2007⁸². Aux termes de celle-ci, l'Etat constitue un parc de logements d'utilité publique de 20% du parc locatif du canton par la construction et l'acquisition de logements dans lequel le loyer de deux tiers au moins des nouveaux logements d'utilité publique construits doit respecter les normes applicables aux catégories d'immeubles comprenant des logements dits sociaux au sens de la LGL (art. 1 al. 1 LUP). Les logements d'utilité publique au sens de la LUP sont les logements locatifs, pour lesquels un taux d'effort et un taux d'occupation sont appliqués et qui sont détenus par l'Etat, une fondation de droit public, une commune ou un organisme sans but lucratif (art. 1 al. 2 LUP) ; on parle dans ce cas de logements pérennes. Pour parvenir à l'objectif visé d'un parc de logements d'utilité publique, un Fonds pour la construction de logements d'utilité publique est constitué, financé en premier lieu par la part cantonale au bénéfice de la Banque nationale suisse (art. 4 al. 2 LUP).

La politique d'encouragement est, en outre, assurée, sous l'angle de l'aménagement du territoire, par la Loi générale sur les zones de développement du 29 juin 1957⁸³. Cette loi a pour fonction de permettre le développement de zones ordinaires par la superposition sur celles-ci de zones dites de développement afin de permettre l'utilisation des normes d'une zone de construction plus dense. En contrepartie de la densification ainsi permise, la LGZD impose la destination des constructions dans le périmètre ainsi que les caractéristiques de ceux-ci (art. 5 al. 1 LGZD). En particulier, la LGZD impose un certain pourcentage de logements dits sociaux au sens de la LGL, respectivement d'utilité publique au sens de la LUP, dans les périmètres densifiés (art. 4B LGZD).

Tant la LGL que la LUP et la LGZD prévoient un contrôle des loyers. La durée du contrôle est fonction de la période d'aide octroyée selon la LGL (art. 1 al. 3 LGL), respectivement de 10 ans pour les logements au bénéfice de la densification permise par la LGZD (art. 5 al. 3

⁸² RSG I 4 06 ; « LUP ».

⁸³ RSG L 1 35 ; « LGZD ».

LGZD) ; le contrôle est permanent pour les logements d'utilité publique selon la LUP (art. 2 al. 2 LUP).

Dans les trois systèmes, le contrôle des loyers se fait selon les modalités prévues par la LGL (art. 2 al. 4 LUP et 5 al. 3 LGZD). Certaines caractéristiques du régime peuvent être mises en évidence. Tout d'abord, le contrôle des loyers intervient aux côtés d'un contrôle portant sur l'essentiel des éléments financiers de l'opération : contrôle du prix du terrain⁸⁴, contrôle du prix de construction⁸⁵, contrôle du rendement des fonds propres⁸⁶ notamment. Par ailleurs, les loyers sont fixés à un montant nominal arrêté dans une pratique de l'Office du logement⁸⁷. Tous ces éléments sont fixés par le truchement d'un plan financier accepté au début de la période de contrôle, dont les effets sont destinés à durer pendant toute la période de celui-ci (art. 27 LGL et 5 al. 2 LGZD).

Outre les éléments susmentionnés, le plan financier prévoit également un poste pour les charges d'exploitation destinées à couvrir les charges courantes et constituer des réserves pour l'entretien. Le système des réserves pour l'entretien est conçu pour s'équilibrer pendant la durée de la période de contrôle : les dépenses effectives étant inférieures aux dépenses budgétées durant les premières années, une réserve nécessaire est ainsi constituée, destinée à financer des travaux liés à l'usure et au vieillissement dans les années qui précèdent la sortie du régime de contrôle. Ainsi, la constitution d'une provision pour travaux d'entretien et de réparation, même autorisée par la décision validant le plan financier, ne doit pas permettre au propriétaire d'obtenir par des voies détournées, à la fin du contrôle officiel, un rendement des fonds propres excédant celui autorisé. Le solde positif du compte de réserve pour travaux doit de ce fait tendre vers zéro à la fin du contrôle⁸⁸.

Pendant toute la durée du contrôle, l'état locatif agréé de l'immeuble ne peut être modifié qu'en raison de la diminution légale des prestations de l'Etat et de l'évolution des conditions d'exploitation des immeubles, notamment des variations du taux des intérêts des dettes hypothécaires et du coût des travaux d'entretien et de réparation, sans préjudice des besoins d'alimentation des réserves pour l'entretien (art. 42 al. 1, première phrase, LGL⁸⁹). L'adaptation des loyers ne peut donc pas être demandée sur la base de cette disposition pour des travaux de rénovation énergétique.

Lorsque de tels travaux sont réalisés, ils doivent, s'agissant de travaux importants dépassant l'entretien courant, être préalablement soumis pour approbation à l'Office du logement (art. 3 al. 3 LGL). Si le propriétaire entend pouvoir en répercuter tout ou partie sur le montant des loyers, il doit, partant, obtenir l'accord de l'Office du logement. Dans ce contexte, il ne peut pas se prévaloir d'une application directe de l'art. 14 OBLF puisque cette disposition n'est pas applicable. La question est donc de savoir si l'Office peut, voire doit, faire une application

⁸⁴ Pratique administrative de l'Office du logement, Prix admis dans les plans financiers pour les terrains en zone de développement (PA/SI/001.05) du 1^{er} août 2006/15 octobre 2012.

⁸⁵ Pratique administrative de l'Office du logement, Coûts de construction admis dans les plans financiers des immeubles soumis à la LGZD ou à la LGL (PA/SI/036.01) du 1^{er} octobre 2012/19 juin 2014.

⁸⁶ Pratique administrative de l'Office du logement, Taux de rendement nets initiaux admis en fonction du type de financement (PA/SI/004.03) du 3 avril 2007/22 janvier 2014.

⁸⁷ Pratique administrative de l'Office du logement, Loyers maximums par pièce pour accord de principe (PA/SI/005.03) du 1^{er} janvier 2008/1^{er} octobre 2012.

⁸⁸ ATA/311/2011 du 17 mai 2011 c. 7 ; ATA/879/2010 du 14 décembre 2010 c. 4 ; Richard BARBEY, Le contrôle officiel des loyers à Genève, *in* RDAF 1981 p. 209/217.

⁸⁹ La deuxième phrase de l'art. 42 al. 1 LGL réserve l'art. 24 al. 2 de la loi figurant dans les mesures fiscales d'encouragement mais cet alinéa a dans l'intervalle été supprimé.

analogique de l'art. 14 OBLF et autoriser des travaux importants dépassant l'entretien courant consistant en des améliorations énergétiques, en en répercutant le coût sur le montant des loyers prévus dans le plan financier. Plaident en faveur de cette solution le fait que la LGL érige en principe la poursuite du développement durable (art. 1 al. 2 let. e LGL) et que l'aide de l'Etat est subordonnée à des critères d'économie des coûts de production et d'exploitation, de qualité des logements et de leur environnement et en matière d'énergie, à des économies d'énergie et à une minimisation du recours aux énergies non renouvelables conformément aux exigences de la législation en la matière (art. 15 al. 2 LGL). Contre cette solution, on opposera que les loyers tels que bloqués ne le sont pas sur la base de seuls critères de coûts, mais sont plafonnés selon un montant prédéterminé dans la pratique de l'Office du logement dans le cadre d'une appréciation globale du plan financier, de sorte que la modification d'un élément du plan en affecte tout l'équilibre.

A notre sens, l'Office devrait, en cas de rénovations énergétiques, faire application de l'art. 14 OBLF, à tout le moins en partie. En effet, dans la mesure où la LGL se réfère expressément au principe du développement durable et où elle subordonne l'aide étatique à la qualité énergétique des bâtiments, l'application analogique de l'art. 14 OBLF doit être vue comme une mesure concourant à cet effet. D'ailleurs, la pratique fixant le montant des loyers connaît déjà un montant majoré des loyers à la pièce pour les logements dans les bâtiments à très haute performance énergétique ; ce qui vaut pour les bâtiments neufs doit à notre sens également valoir pour les rénovations lorsqu'elles consistent en des améliorations énergétiques. Enfin, l'Office du logement n'est pas entravé dans sa marge de décision par le principe de la légalité puisque le fonctionnement de l'instrument du plan financier dépend de sa pratique administrative et n'est pas figé par une base légale qui l'empêcherait d'agir dans ce sens. Une solution ménageant les divers intérêts en cause pourrait être que l'Office complète sa pratique en admettant un montant d'augmentation possible afin de tenir compte de rénovations énergétiques intervenant au cours de la période de contrôle.

3. Le système de la LDTR et les rénovations énergétiques

La LDTR, dont l'article 1 prévoit qu'elle a pour but de préserver l'habitat et les conditions de vie existants ainsi que le caractère actuel de l'habitat, vise, entre autres buts, à protéger le parc locatif en quantité et qualité⁹⁰. A cet effet, elle prévoit des restrictions à la démolition, à la transformation et au changement d'affectation des maisons d'habitation, l'encouragement à des travaux d'entretien et de rénovation raisonnables et proportionnés de ces bâtiments, des restrictions quant à l'aliénation des appartements destinés à la location ainsi que l'expropriation temporaire de l'usage des appartements laissés vides sans motif légitime (art. 1 al. 2 LDTR).

Le contrôle des loyers instauré par cette loi s'impose en cas de démolitions ou de transformations d'un immeuble de logement. Dans ce cas, le contrôle des loyers n'est pas justifié parce que représentant la contrepartie d'une prestation étatique, comme dans les politiques d'encouragement au logement, mais il constitue le moyen direct de parvenir au but prévu par la loi⁹¹. Contrairement aux systèmes du contrôle des loyers dans la LOG ou la LGL dans lesquels il s'agit de concilier un loyer déjà bloqué avec des améliorations énergétiques

⁹⁰ Pour une description des buts de la LDTR, qui ne ressortent pas tous de l'art. 1 al. 1 de la loi, voir Emmanuelle GAIDE/Valérie DÉFAGO GAUDIN, *La LDTR – Démolition, transformation, rénovation, changement d'affectation et aliénation – Immeubles de logements et appartements*, Berne 2014, p. 107ss.

⁹¹ GAIDE/DÉFAGO GAUDIN (note 90), p. 263.

intervenant au cours de la période de contrôle, ce sont, dans le cadre de la LDTR, les travaux de rénovation énergétique qui sont susceptibles d'entraîner un blocage des loyers.

Un des enjeux de la mise en œuvre de la LDTR est la distinction entre travaux de transformation et d'entretien. En effet, les travaux de transformation déclenchent l'application de la loi tandis que les travaux d'entretien n'y sont pas soumis. Par travaux d'entretien, non assujettis à la loi, il faut entendre les travaux courants d'entretien faisant partie des frais d'exploitation ordinaires d'une maison d'habitation. Les travaux raisonnables d'entretien régulier ne sont pas considérés comme travaux de transformation, pour autant qu'ils n'engendrent pas une amélioration du confort existant (art. 3 al. 2 LDTR). La distinction entre transformations et entretien est à la fois qualitative et quantitative. Selon la jurisprudence, il convient de tenir un raisonnement en deux temps. Il faut tout d'abord examiner si, de par leur nature, les travaux en cause relèvent de l'entretien ou, au contraire, consistent en des travaux de rénovation. En prolongement de cette distinction, la jurisprudence a admis que des travaux d'entretien sont susceptibles d'aboutir à une rénovation ou à une transformation soumise à la LDTR, en raison d'une incidence directe de ceux-ci sur le loyer du logement, ou lorsque, n'ayant pas été exécutés périodiquement ou par rotation tout au long de l'existence de l'immeuble, ou encore parce qu'ils n'ont pas été exécutés du tout pendant de nombreuses années, leur accumulation, même en tenant compte d'une exécution rationnelle commandant un regroupement, leur confère une incidence propre à engendrer un changement de standing de l'immeuble. On parle alors aussi de travaux d'entretien différés dans le temps. Dans un deuxième temps, il s'agit de s'attacher à l'ampleur et, partant, au coût desdits travaux et à leur répercussion sur le montant du loyer, dès lors qu'il pourrait en résulter un changement d'affectation qualitatif des logements, au risque que le loyer de ces derniers ne réponde plus aux besoins prépondérants de la population⁹². On précise que dans ses dernières jurisprudences sur cette question⁹³, la Chambre administrative de la Cour de justice, suivie par le Tribunal fédéral⁹⁴, a renoncé au critère, pourtant objectif, du coût des travaux ramené à la pièce, soit CHF 10'000.-, pour distinguer entre transformations et entretien.

Cette distinction doit être appliquée en cas de travaux consistant en des rénovations énergétiques. Lorsque ceux-ci sont de grande ampleur, parce qu'ils touchent notamment à l'enveloppe du bâtiment ou à la toiture, ils sont susceptibles de consister en des transformations, déclenchant l'application de la LDTR et, partant, un blocage des loyers. En revanche, des travaux de moindre ampleur, comme par exemple le changement des fenêtres intervenant à l'exclusion d'autres travaux, devraient être considérés comme relevant de l'entretien.

La fixation des loyers et des prix en cas de démolitions ou de transformations fait l'objet des art. 10 à 14 LDTR. Le système est, très schématiquement, le suivant. Il s'agit tout d'abord de se référer au montant des loyers avant travaux et de déterminer si ceux-ci sont inférieurs ou supérieurs aux loyers correspondant aux besoins prépondérants de la population. Par besoins prépondérants de la population, il faut entendre les loyers accessibles à la majorité de la population (art. 9 al. 3 LDTR). La loi contient le montant nominal des loyers à la pièce par année mais ces chiffres ont depuis été réévalués par le Conseil d'Etat. Actuellement, les loyers répondant aux besoins de la population sont compris entre CHF 2'536.- et 3'405.- la

⁹² ATA/584/2015 du 9 juin 2015 c. 5, et les références.

⁹³ ATA/584/2015 du 9 juin 2015 ; ATA/440/2015 du 12 mai 2015 ; ATA/334/2014 du 13 mai 2014.

⁹⁴ Arrêt TF 1C_624/2014 du 13 février 2014.

pièce l'an⁹⁵. Si les loyers avant travaux sont inférieurs au plafond de CHF 3'405.- la pièce l'an, il est possible de répercuter le coût des travaux sur les loyers, conformément à la formule de calcul figurant à l'art. 11 al. 1 LDTR, jusqu'audit plafond. En revanche, si les loyers avant travaux sont d'ores et déjà supérieurs au plafond, ils ne peuvent pas être augmentés, lorsqu'il apparaît qu'ils permettent économiquement au propriétaire de supporter le coût des travaux sans majoration de loyer (art. 11 al. 3 LDTR).

La LDTR contient une disposition particulière destinée à favoriser les rénovations énergétiques, l'art. 9 al. 6 LDTR⁹⁶. Cette disposition a été adoptée lors de la modification du 7 mars 2010 de la Loi sur l'énergie du 18 septembre 1986⁹⁷ par laquelle le législateur genevois a repensé en profondeur les moyens de sa politique énergétique et imposé un certain nombre de mesures pour limiter les émissions de gaz à effet de serre ainsi que la consommation d'électricité, dans le domaine de la construction notamment. La législation se veut à la fois plus directive en matière d'utilisation rationnelle de l'énergie mais conserve un certain nombre d'instruments incitatifs⁹⁸, dont l'art. 9 al. 6 LDTR. La teneur de cette disposition est la suivante : « Les mesures suivantes peuvent également être répercutées sur les loyers, aux conditions prévues par l'article 14 de l'ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux, du 9 mai 1990 : – les mesures destinées à réduire les pertes énergétiques de l'enveloppe du bâtiment ; – les mesures visant à une utilisation rationnelle de l'énergie ; – les mesures destinées à réduire les émissions des installations techniques ; – les mesures visant à utiliser les énergies renouvelables ; – le remplacement d'appareils ménagers à forte consommation d'énergie par des appareils à faible consommation. Pour les loyers correspondant, avant travaux, aux besoins prépondérants de la population, le loyer après travaux n'excédera pas le montant maximum de la fourchette des loyers correspondant aux besoins prépondérants de la population, majoré : a) d'un montant correspondant à la baisse prévisible des charges énergétiques du locataire, auquel peut être rajouté, si nécessaire : b) un montant correspondant à la contribution énergétique du locataire, qui ne pourra pas dépasser 10 F par pièce, par mois. Pour les loyers situés, avant travaux, au-delà des besoins prépondérants de la population, la hausse mentionnée ci-dessus n'excédera pas la baisse prévisible des charges énergétiques du locataire à laquelle peut être rajouté, si nécessaire, un montant correspondant à la contribution énergétique du locataire qui ne pourra pas dépasser 10 F par pièce, par mois. »

En substance, le système mis en place vise une répartition tripartite des coûts des rénovations énergétiques entre l'Etat, le propriétaire – qui peut prétendre à une subvention – et le locataire. L'art. 9 al. 6 LDTR renvoie expressément à l'art. 14 OBLF et fait par conséquent sienne la définition des améliorations énergétiques selon cette disposition. En revanche, le renvoi à la méthode de calcul préconisée par cette disposition est malheureux puisque la

⁹⁵ Arrêté du Conseil d'Etat du 24 août 2011 relatif à la révision des loyers correspondant aux besoins prépondérants de la population, publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève du 26 août 2011.

⁹⁶ Une disposition de même teneur existe pour les démolitions : art. 6 al. 3 LDTR.

⁹⁷ RSG L 2 30 ; « LEn ».

⁹⁸ Exposé des motifs à l'appui du projet de loi présenté par le Conseil d'Etat modifiant la loi sur l'énergie (PL 10258), p. 19. L'art. 9 al. 6 LDTR est le fruit d'un amendement apparu au cours des travaux préparatoires, le projet de loi initial ne contenant pas de disposition relative à la répercussion des rénovations énergétiques sur les loyers : Rapport de la Commission de l'énergie et des Services industriels de Genève chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat modifiant la loi sur l'énergie, déposé le 22 septembre 2009 (PL 10258-A), p. 3. Ces documents sont disponibles à l'adresse www.ge.ch/grandconseil.

LDTR dispose, avec l'art. 11 al. 1 LDTR, d'une méthode de calcul propre pour la répercussion des travaux sur les loyers. En outre, l'art. 5 du Règlement d'application de la loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation du 29 avril 1996⁹⁹ précise qu'en règle générale, la part des travaux d'amélioration énergétique qui constitue des prestations supplémentaires au sens de l'art. 14 al. 3 OBLF s'élève à 50% du coût total des travaux d'amélioration énergétique considéré (al. 2) et que le solde constitue d'importantes réparations au sens de l'art. 14 al. 1 OBLF et doit être considéré, en règle générale, à raison de 50 à 70%, comme des investissements créant des plus-values (al. 3)¹⁰⁰.

Ainsi, dans le système de la LDTR, les rénovations énergétiques ont expressément été prises en compte dans la loi, par le renvoi à l'art. 14 OBLF, et les intérêts publics opposés ont été directement arbitrés dans la loi.

Conclusion

Les rénovations ou améliorations énergétiques sont à la croisée des chemins entre droit public et droit privé. Avec une norme telle l'art. 14 al. 2 OBLF, la problématique énergétique, qui relève de l'intérêt public, a saisi le droit privé. L'art. 14 al. 2 OBLF est une disposition qui peut être qualifiée de *quasi aliud* dans le mécanisme de protection contre les loyers abusifs puisqu'il a non seulement la fonction d'assurer la protection contre les loyers abusifs, mais aussi de favoriser la poursuite des intérêts publics en matière de politique énergétique.

L'articulation et la mise en œuvre de cette disposition, pourtant adoptée il y a près de 8 ans, ne sont pas encore stabilisées, mettant en évidence la complexité de la matière. Ainsi, les questions de la condition – nécessaire ou non – de la réduction des frais accessoires ou de la part du coût des améliorations pouvant être répercutée sur les loyers ne sont pas clairement tranchées. La très importante question de l'existence – ou non – d'un défaut en cas de non conformité aux prescriptions en matière énergétique est également encore ouverte à ce jour.

Dans le système des loyers contrôlés, les mêmes incertitudes demeurent puisque les autorités administratives devraient s'inspirer de la solution de l'art. 14 al. 2 OBL, qu'elles y soient invitées par le législateur ou parce que la poursuite de l'intérêt public aux économies d'énergie dans les bâtiments doit valoir de la même manière, fût-ce au détriment de l'intérêt public à l'existence d'un parc de logements à loyers modérés imposant que les loyers ne soient pas augmentés.

⁹⁹ RSG L 5 20.01 ; « RDTR ».

¹⁰⁰ Pour un exemple de calcul de répercussion sur les loyers de rénovations énergétiques selon la LDTR, voir GAIDE/DÉFAGO GAUDIN (note 90), p. 309ss.