

La section des affaires sociales de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers et ses nouvelles activités

par

Jean A. MIRIMANOFF
Juge au Tribunal de première instance, Genève
Président de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers
Secrétaire général de GEMME-Suisse

et

David HOFMANN
Avocat-stagiaire au Tribunal de première instance, Genève

PLAN

INTRODUCTION

1. ENTRE LE DROIT DE LA PROPRIETE ET LE DROIT AU LOGEMENT
 - 1.1 Le droit de la propriété
 - 1.2 Le droit au logement
 - 1.3 Appréciation intermédiaire
2. L'ANCIENNE COMMISSION SOCIALE ET LES ACCORDS DE RATRAPAGE
3. LA CREATION DE LA NOUVELLE SECTION DES AFFAIRES SOCIALES (SAS)
 - 3.1 La création du groupe de travail CCBL
 - 3.2 La fin des travaux : l'amendement au PL 8736
 - 3.3 Les sections de la Commission de conciliation
4. L'ART. 8 L-CCBL ET SES MESURES D'ACCOMPAGNEMENT
 - 4.1 Les conditions de saisine de la section des affaires sociales
 - 4.2 La qualité pour « saisir »
 - 4.3 Le moment pour « saisir »
 - 4.4 Les solutions envisageables
 - 4.5 Règles de procédure
5. L'ART. 8 L-CCBL ET LA FUTURE PROCEDURE CIVILE SUISSE

CONCLUSION : LES AVANTAGES DES ACCORDS DE RATRAPAGE

INTRODUCTION

En date du 27 août 2004, le Grand Conseil de la République et canton de Genève a modifié la loi instituant la Commission de conciliation en matière de baux et loyers du 4 décembre 1977¹, en particulier afin de préciser les compétences de la section des affaires sociales (SAS) de la Commission de conciliation. Lors des débats au Grand Conseil, le texte de la loi n'a pas été contesté².

C'est à la suite des mouvements sociaux à Genève dans les années 1930, et en particulier à la suite d'une manifestation du 10 août 1936, que deux commissions de conciliation ont été créées le 17 octobre 1936 : la Commission de conciliation de baux à loyer d'appartements non meublés et la Commission de conciliation de baux à loyer de locaux commerciaux et artisanaux. Comme il n'existait alors pas de protection des locataires au niveau fédéral, ces commissions cantonales de conciliation avaient une vocation principalement sociale. En 1977, les Commissions ont été regroupées en une commission unique, l'actuelle Commission de conciliation en matière de baux et loyers³.

Comme nous le verrons, la section des affaires sociales intervient notamment dans les cas de résiliation du bail pour non-paiement du loyer (art. 257d CO), dès lors que le locataire⁴ se trouve dans une situation financière difficile.

Dans les lignes qui suivent, après avoir rappelé quelques considérations générales relatives aux consécutions constitutionnelles du droit de la propriété et du droit au logement (1.), nous évoquerons l'ancienne Commission sociale et sa pratique (2.), ce qui permettra de comprendre les raisons de la création de la nouvelle section des affaires sociales (3.). L'art. 8 de la loi sera ensuite présenté plus en détails (4.) ; quelques considérations relatives à la compatibilité de cette disposition avec la future procédure civile fédérale concluront cette présentation (5.).

1. ENTRE LE DROIT DE LA PROPRIETE ET LE DROIT AU LOGEMENT

Selon l'art. 257d al. 1 CO, lorsque le locataire a du retard pour le paiement de son loyer ou de frais accessoires, le « bailleur peut lui fixer par écrit un délai de paiement et lui signifier qu'à défaut de paiement dans ce délai il résiliera le bail ». Si le paiement n'a pas lieu dans le délai indiqué, le bailleur dispose du droit de résilier le bail (art. 257d al. 2 CO) ; pour la résiliation, le bailleur doit utiliser une formule officielle, approuvée à Genève par le Conseil d'Etat (art. 266l al. 2 CO).

¹ Loi genevoise instituant la commission de conciliation en matière de baux et loyers, du 4 décembre 1977 (RS/GE E 3 15 ; L-CCBL).

² Séance du Grand Conseil du 27 août 2004, à 14h00, Mémorial du Grand Conseil 2004, p. xxxx (à paraître).

³ Pour l'historique de la Commission de conciliation, voir Jean MIRIMANOFF / Isabelle DUBOIS, *La Commission de conciliation en matière de baux et loyers de la République et canton de Genève : hier, aujourd'hui et demain*, in Commission de conciliation en matière de baux et loyers (éd.), *Jubilé de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers de la République et canton de Genève 1937 – 1977 – 2002 et Première rencontre des autorités cantonales de conciliation en matière de baux et loyers*, Genève 2002, p. 45-55.

⁴ Dans la présente contribution, par commodité, le terme de « locataire » sera employé non seulement pour la personne titulaire d'un bail que pour celle dont le bail a été résilié.

La résiliation du bail illustre le conflit entre deux intérêts opposés : la garantie de la propriété permettant à son titulaire d'utiliser son bien selon son libre choix (1.1) et le droit au logement du locataire (1.2).

1.1 DROIT DE LA PROPRIÉTÉ

La garantie de la propriété est expressément consacrée par la Constitution fédérale du 18 avril 1999⁵ : l'art. 26 al. 1 Cst. féd. mentionne en effet, dans le chapitre des droits fondamentaux, que « la propriété est garantie ». Sur le plan international, la propriété est également garantie par l'art. 1 du Protocole additionnel No 1 à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)⁶, mais la Suisse n'a pas ratifié ce protocole – en raison cependant des autres articles qui y figuraient. Ni le Pacte ONU I⁷, ni le Pacte ONU II⁸, que la Suisse a ratifiés, ne consacrent la garantie de la propriété⁹.

La garantie de la propriété protège non seulement les biens mobiliers et immobiliers, mais aussi les droits réels, les droits contractuels, les droits de propriété intellectuelle et la possession¹⁰. Tant les personnes physiques que les personnes morales, tant les Suisses que les étrangers peuvent invoquer la protection de la garantie de la propriété¹¹.

La garantie de la propriété fait partie des libertés, c'est-à-dire de l'une des catégories de droits fondamentaux. Elle doit être respectée par toutes les autorités étatiques (art. 35 al. 2 Cst.), et dans la mesure du possible, même par les personnes privées (art. 35 al. 3 Cst.). Le non-respect de la garantie de la propriété par l'Etat permet au propriétaire de saisir en dernier lieu le Tribunal fédéral d'un recours de droit public pour violation de ses droits constitutionnel (art. 84 al. 1 let. a OJ¹²).

La garantie de la propriété n'est cependant pas un droit absolu, puisqu'elle peut être restreinte à un certain nombre de conditions cumulatives : cette restriction doit figurer dans une base légale (art. 36 al. 1 Cst. féd.), représenter un intérêt public ou un intérêt prépondérant d'autrui (art. 36 al. 2 Cst. féd.) et respecter l'exigence de la proportionnalité.

Parmi les droits fondamentaux, la garantie de la propriété a ceci de particulier qu'elle est précisée, détaillée et mise en œuvre par de nombreuses dispositions législatives, en particulier par les art. 641ss du Code civil¹³, qui définissent sa portée et son étendue. De plus, les art.

⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101 ; Cst. féd.).

⁶ Pour une affaire où la Cour européenne des droits de l'homme a constaté une violation de l'art. 1 P1, en raison de l'absence de suite donnée par les autorités italiennes à la demande d'expulsion de l'ex-locataire formulée par le propriétaire, voir l'ACEDH *Scollo c. Italie* du 28 septembre 1995, requête No 19133/01, Série A 315-C, §40.

⁷ Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels, du 16 décembre 1966 (RS 0.103.1 ; Pacte ONU I).

⁸ Pacte international sur les droits civils et politiques, du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2 ; Pacte ONU II).

⁹ Voir à ce sujet, Giorgio MALINVERNI, *Les Pactes et la protection des droits de l'homme dans le cadre européen*, in Walter KÄLIN / Giorgio MALINVERNI / Manfred NOWAK, *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte / La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, 2^{ème} édition, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1997, p. 55-56.

¹⁰ ATF 128 I 295, 311 *Association suisse des annonceurs*; ATF 126 I 213, 215 *Eduard Waldburger AG*; 120 Ia 120, 121 G.

¹¹ Ulrich HÄFELIN / Walter HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 6^{ème} éd., Zurich 2005, p. 180 ; Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse – volume II : Les droits fondamentaux*, Berne 2000, p. 376.

¹² Loi fédérale d'organisation judiciaire, du 16 décembre 1943. (RS 173.110 ; OJ).

¹³ Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210 ; CC).

137ss du Code pénal¹⁴ permettent de sanctionner les infractions au patrimoine d'autrui. Dans la mesure où les atteintes au droit de la propriété émanent de personnes privées, il convient d'utiliser les moyens de défense du droit privé, respectivement du droit pénal.

La propriété figure également à l'art. 6 Cst/GE¹⁵. Dans la mesure où elle garantie tant au niveau fédéral qu'au niveau cantonal, les tribunaux ont appliqué plutôt l'art. 26 Cst. féd., de sorte qu'il ne semble pas y avoir de jurisprudence récente sur la protection constitutionnelle genevoise de la garantie de la propriété.

1.2 DROIT AU LOGEMENT

Le « droit au logement » ne figure pas parmi les droits fondamentaux consacrés par la Constitution fédérale de 1999¹⁶. En revanche, l'art. 41 al. 1 let. e Cst. féd. prévoit que « la Confédération et les cantons s'engagent, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée, à ce que toute personne en quête d'un logement puisse trouver, pour elle-même et sa famille, un logement approprié à des conditions supportables ». L'art. 41 al. 4 Cst. féd. précise encore qu'aucun droit subjectif à des prestations de l'Etat ne saurait être déduit de l'art. 41 Cst¹⁷. Au niveau fédéral, le droit au logement n'est donc *pas un droit* fondamental, mais uniquement un *but social*¹⁸.

L'art. 11 al. 1 Pacte ONU I prévoit pour sa part que « les Etats parties [...] reconnaissent le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants »¹⁹. Le sens de cette disposition a été précisé dans deux observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels de 1991²⁰ et 1997²¹. L'art. 11 Pacte ONU I est cependant considéré par la jurisprudence comme n'étant pas directement applicable, de sorte que les citoyens ne peuvent en déduire directement un droit invocable en justice. Sauf erreur, le Tribunal fédéral ne s'est

¹⁴ Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS 311.0 ; CP)

¹⁵ Constitution de la République et canton de Genève, du 24 mai 1847 (RS/GE A 2 00 ; Cst/GE).

¹⁶ Voir déjà Jean-François AUBERT, *La Constitution fédérale et le logement*, in 5^{ème} Séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 1988, p. 26, §56 : « Nous ne savons pas ce que signifierait un 'droit au logement' garanti par la Constitution fédérale [...]. Dans la Constitution d'un canton, un tel droit, dûment interprété, ne confère pas de créance aux particuliers. La terminologie, pour cette raison, n'est pas très satisfaisante. Le 'droit au logement' n'en a pas moins une valeur juridique. C'est le mandat, adressé aux autorités du canton et des communes, mais principalement au législateur cantonal, de prendre des mesures pour répondre au besoin raisonnable de logement de la population ».

¹⁷ Sur les différentes conséquences découlant de l'art. 41 Cst., voir notamment René RHINOW, *Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsverfassung*, in Ulrich ZIMMERLI (éd.), *Die neue Bundesverfassung : Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft : Tagung vom 21./22. Oktober 1999 an der Universität Bern – BTJP 1999*, Berne 2000, p. 173-175. Voir aussi MAHON, in AUBERT / MAHON, *Petit Commentaire de la Constitution fédérale*, Zurich 2003, Nos 9ss ad art. 41 Cst. ; BIGLER-EGGENBERGER, in Bernhard EHRENZELLER et al. (éd.), *Die schweizerische Bundesverfassung : Kommentar*, Zurich 2002, Nos 94ss ad art. 41 Cst.

¹⁸ Sur la distinction entre droits sociaux et buts sociaux, voir Ulrich HÄFELIN / Walter HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 6^{ème} éd., Zurich 2005, p. 258-259 ; AUER / MALINVERNI / HOTTELIER (2000), vol. II, p 681-683.

¹⁹ Sur cette disposition, voir notamment Jörg KÜNZLI / Walter KÄLIN, *Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht*, in KÄLIN/MALINVERNI/ NOWAK (1997), p. 105, 127-129.

²⁰ Observation générale 4 du 13 décembre 1991, *Le droit à un logement suffisant*, reproduite in KÄLIN / MALINVERNI / NOWAK (1997), p. 461-469.

²¹ Observation générale 7 du 20 mai 1997, *Le droit à un logement suffisant : expulsions forcées*, disponible sur www.unhchr.ch.

prononcé qu'à une reprise sur cette disposition²², en la déclarant non directement applicable, comme, selon lui, toutes les autres normes figurant dans le Pacte ONU I²³.

Le droit à des conditions minimales d'existence (art. 12 Cst. féd.) prévoit que « quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine ». Ce droit fondamental ne garantit pas un revenu minimal ; d'un point de vue constitutionnel, il n'exige que ce qui est indispensable pour assurer une existence conforme à la dignité humaine et protéger d'une mendicité indigne. Cette prétention comprend les moyens indispensables en matière de nourriture, d'habillement, de logement et de soins médicaux pour pouvoir survivre dans une situation de détresse²⁴. L'art. 12 Cst. concerne donc aussi le logement. Il ne s'applique toutefois que de manière subsidiaire.

Au niveau genevois, l'art. 10A al. 1 Cst./GE mentionne que le « droit au logement est garanti »²⁵. L'art. 10A al. 3 Cst./GE fixe les buts de la politique sociale du logement à Genève; celle-ci doit cependant se concrétiser par l'adoption de dispositions législatives détaillées, conférant, le cas échéant, des droits justiciables aux personnes physiques et morale : c'est notamment le cas avec la loi générale sur le logement²⁶ et la loi sur les démolitions, transformations et rénovations²⁷ ou encore la L-CCBL.

Sur le plan législatif, la plus importante mise en œuvre de la garantie de la propriété et du droit du logement se retrouve dans le Code des obligations, dans le cadre des dispositions du contrat de bail (art. 253ss CO) : les art. 269ss CO protègent le locataire contre les loyers abusifs, les art. 271ss CO le protègent contre les congés.

1.3 APPRECIATION INTERMEDIAIRE

En conclusion, la garantie de la propriété est solidement consacrée par la Constitution fédérale, de même que par la Constitution genevoise ; sa portée est précisée dans de nombreuses dispositions législatives. La garantie de la propriété n'est cependant pas absolue, puisqu'elle peut être relativement facilement restreinte.

A l'inverse, le « droit » au logement n'est pas consacré dans la Constitution fédérale. Sa mention dans le Pacte ONU I et dans la Constitution genevoise nécessite une concrétisation par le législateur ordinaire, afin d'en préciser les contours.

²² ATF 4C.15/2001 du 22 mai 2001, consid. 4 X.

²³ Pour une critique à ce sujet, voir Giorgio MALINVERNI, *Le projet de protocole additionnel au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, in Constance GREWE / Florence BENOÎT-ROHMER (éd.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg 2003, p. 95-115, en particulier p. 102ss. Giorgio MALINVERNI explique que chaque droit fondamental engendre pour l'Etat trois niveaux d'obligations : l'obligation de respecter le droit concerné, l'obligation de le protéger et l'obligation de lui donner effet (p. 107).

²⁴ ATF 2P.318/2004 du 18 mars 2005, consid. 3.1 X. (à paraître) ; ATF 130 I 71, 74-75 consid. 4.1 X. et les références citées.

²⁵ L'art. 10A Cst./GE a été accepté par le peuple le 16 février 1992 (RO 1992 84-85) à la suite d'une initiative populaire ; au préalable, le Tribunal fédéral avait examiné la constitutionnalité de cette initiative (ATF 112 Ia 382 Fédération des associations de quartiers et d'habitants (FAQH).

²⁶ Loi générale genevoise sur le logement et la protection des locataires, du 4 décembre 1977 (RS/GE I 4 05 ; LGL).

²⁷ Loi sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi), du 25 janvier 1996 (RS/GE L 5 20 ; LDTR).

Le droit constitutionnel consacre ainsi une certaine asymétrie entre la garantie de la propriété et le « droit au logement », la première étant bien mieux protégée que le second. Au niveau législatif, l'asymétrie est inverse, étant donné que certaines dispositions légales sont plus favorables au locataire qu'au propriétaire.

2. L'ANCIENNE COMMISSION SOCIALE ET LES « ACCORDS DE RATRAPAGE »

Avant le 27 août 2004, la L-CCBL connaissait déjà une « Commission sociale ». Le locataire était cependant très souvent absent aux audiences de cette Commission ; lorsqu'il était présent, il y était mal préparé, car il n'avait pas reçu assez d'informations sur les enjeux de sa convocation. Enfin et surtout, la convocation survenait trop tard, lorsque le montant de l'arriéré de loyer n'était pratiquement plus rattrapable.

Le locataire n'était que rarement assisté d'un avocat, et encore plus rarement d'un assistant social. Par ailleurs, la Commission sociale était souvent saisie tardivement, lorsque la situation était plus que désespérée et qu'une solution acceptable pour le bailleur et le locataire devenait difficile à trouver.

Quant aux « accords de rattrapage » proprement dits, c'est depuis les années 1990 que la Commission de conciliation en matière de baux et loyers proposait en effet aux locataires se trouvant dans une situation financière difficile et en retard avec le paiement du loyer et à leurs bailleurs de conclure un tel accord, qui visait d'une part le remboursement total de l'arriéré au bailleur, d'autre part le maintien du locataire dans les locaux par le retrait du congé, une fois l'engagement totalement respecté.

Ces accords de rattrapage posaient cependant plusieurs problèmes : tout d'abord, en l'absence de base légale claire, ils n'étaient pas pratiqués par l'ensemble des magistrats de la Commission de conciliation ; ils étaient ensuite passés directement, oralement ou par écrit, entre le locataire et le bailleur, sans signature formelle par les membres de la Commission. Afin de vérifier le respect des accords, de multiples reconvoctions des parties étaient de plus nécessaires.

L'ancienne commission sociale présentait ainsi plusieurs inconvénients : une certaine insécurité juridique, qui concernait tant le bailleur que le locataire ; une maîtrise difficile du dossier par la Commission, et un coût important découlant des multiples convocations.

Dans l'ancien, comme dans le nouveau système, la conclusion de ces accords implique le consentement de toutes les parties.

3. LA CREATION DE LA NOUVELLE SECTION DES AFFAIRES SOCIALES (SAS)

3.1 LA CREATION DU GROUPE DE TRAVAIL CCBL

Sur la base des expériences faites avec la Commission sociale, la présidence de la Commission de conciliation en matière des baux et loyers a entamé des consultations avec ses différents partenaires : les milieux de protection des locataires, les représentants des propriétaires, l'Hospice général, l'Office cantonal du logement, Caritas, le Centre social protestant.

A la fin du printemps 2002, ces consultations ont été davantage formalisées ; un groupe de travail a été constitué (groupe de travail CCBL) et a préparé un projet durant l'automne 2002, issu d'un processus proche de la conciliation.

3.2 LA FIN DES TRAVAUX : L'AMENDEMENT AU PL 8736

En mai 2002, six députés au Grand Conseil genevois ont déposé un projet de loi modifiant la L-CCBL²⁸. Ce projet visait à « mettre en place, le plus en amont possible dans la procédure judiciaire [d'expulsion], une structure comparable à celle dont s'est doté le procureur général pour permettre de détecter rapidement les situations de défaut de paiement et mettre en œuvre les services sociaux ainsi que les organismes gérant les logements d'utilité publique, cela afin de trouver les aides nécessaires et un logement compatible avec les ressources du locataire »²⁹.

Pour les auteurs du projet de loi, l'institution la plus appropriée pour prévenir l'expulsion des locataires était la Commission de conciliation en matière de baux et loyers. Ce projet envisageait de soumettre *toutes* les évacuations à la Commission sociale³⁰, ce qui n'aurait pas manqué de poser d'importants problèmes pratiques³¹. Après un bref débat devant le Grand Conseil, le projet de loi a été renvoyé à la Commission législative³².

Sur demande du groupe de travail CCBL, la Commission législative du Grand Conseil a suspendu son examen du PL 8736. Elle a ensuite entendu le groupe de travail CCBL qui lui a présenté le résultat de ses travaux, consensus établi avec tous les milieux intéressés.

La Commission législative a alors décidé que le projet issu du groupe de travail CCBL représentait un amendement au projet de loi 8736. Sous réserve d'une précision à l'art. 8 al. 3 L-CCBL, la Commission législative a repris, à l'unanimité, les propositions du groupe de travail CCBL.

Sur la base du rapport de la Commission législative³³, le Grand Conseil a ensuite voté le 27 août 2004 les modifications préconisées de la L-CCBL³⁴. La loi est entrée en vigueur le 11 novembre 2004.

La nouvelle teneur de la L-CCBL modifie d'une part la composition de la section des affaires sociales et son fonctionnement, et clarifie d'autre part les compétences de la SAS.

3.3 LES SECTIONS DE LA COMMISSION DE CONCILIATION

En matière de bail à loyer, le droit fédéral impose aux cantons la création d'autorités de conciliation chargées « a) de conseiller les parties ; b) de tenter, en cas de litige, de les amener

²⁸ PL 8736, déposé par Mmes et MM. Carlo Sommaruga, Esther Alder, Joceylne Haller, Alberto Velasco, Michèle Künzler et Rémy Pagani le 7 mai 2002.

²⁹ Exposé des motifs du PL 8736, p. 5.

³⁰ Art. 8 al. 1 du PL 8736.

³¹ En 2004, il y a eu 1715 nouveaux dossiers de requêtes en évacuation pour défaut de paiement du loyer (art. 257d CO) déposés devant la Commission de conciliation, ce qui représente un tiers des nouvelles affaires de la Commission (Source : Rapport de la Commission de gestion du pouvoir judiciaire 2004, Genève 2005, p. 25).

³² Séance du Grand Conseil du 28 juin 2002, à 17h00, Mémorial du Grand Conseil 2002, p. 2740-2744.

³³ Rapport PL 8736-A, rédigé par M. Bernard Lescaze, déposé le 8 juin 2004.

³⁴ Séance du Grand Conseil du 27 août 2004, à 14h00, Mémorial du Grand Conseil 2004, p. xxxx (à paraître).

à un accord ; c) de rendre les décisions prévues par la loi ; d) de transmettre les requêtes du locataire à l'autorité compétente lorsqu'une procédure d'expulsion est pendante ; e) de faire office de tribunal arbitral à la demande des parties » (art. 274a al. 1 CO)³⁵.

L'autorité de conciliation en matière de bail à loyer (art. 274e CO) n'est pas une autorité judiciaire, qui serait comparable à un tribunal ordinaire. Sa première mission consiste à conduire les parties à régler leur litige de manière consensuelle³⁶. A Genève, c'est donc la « Commission de conciliation en matière de baux et loyers » qui est l'autorité de conciliation (art. 1 L-CCBL). L'art. 426 al. 1 LPC³⁷ confirme que toute demande susceptible d'être jugée par le Tribunal des baux et loyers doit avoir été soumise à une tentative de conciliation devant la commission de conciliation³⁸.

Selon l'art. 2 al. 2 L-CCBL, la Commission de conciliation se divise en sections, codifiant une pratique datant du 1^{er} juillet 1990 qui voulait que la Commission se divise en *trois sections* : une section de conciliation, une section de décision et une section des affaires sociales.

La *section de conciliation* s'efforce d'amener les parties à une transaction (art. 7 al. 1 L-CCBL) ; si celle-ci intervient, un procès-verbal en est dressé. Ce procès-verbal, signé par les membres de la commission et les parties (art. 7 al. 2 L-CCBL), est exécutoire comme un jugement (art. 7 al. 3 L-CCBL). Le pouvoir d'examen de la section ne se confine pas à l'objet du litige, bien entendu, à condition de ne pas sortir de la compétence en raison de la matière et du lieu de la commission de conciliation³⁹.

La *section de décision* intervient, dans une autre composition, lorsqu'il n'y a pas eu d'accord en conciliation (art. 10 L-CCBL). Elle s'occupe uniquement des litiges relatifs à la consignation du loyer (art. 259i al.1 CO), à la contestation du congé et à la prolongation du bail (art. 273 al. 4 CO), pour lesquels le droit fédéral exige qu'une autorité de conciliation – c'est-à-dire la Commission de conciliation et non le Tribunal des baux et loyers – soit non seulement saisie, mais encore prenne une décision.

Tant la section de conciliation que la section de décision siègent à trois membres : un magistrat ou un ancien magistrat du pouvoir judiciaire qui la préside et deux assesseurs choisis parmi les groupements représentatifs des locataires, respectivement des milieux immobiliers (art. 2 al. 1 et 2 L-CCBL). Du point de vue de sa composition, il y a actuellement sept magistrats ou anciens magistrats qui peuvent présider une section de la Commission, plusieurs dizaines d'assesseurs locataires et d'assesseurs bailleurs.

³⁵ Pour une bibliographie détaillée sur les art. 274ss, voir notamment Peter HIGI, *Zürcher Kommentar – Obligationenrecht – Teilband V2b, Die Miete – Vierte Lieferung, Art. 271-274g OR*, 4^{ème} éd., Zurich 1996, No 2 ad art. 274 CO ; voir aussi David LACHAT, *Code des obligations CO I – Commentaire romand*, Bâle 2003, ad art. 274 CO.

³⁶ ATF 121 III 266, 269 consid. 2b) S. ; voir aussi Nicolas SAVIAUX, *Décisions des autorités de conciliation en matière de bail : quelques réflexions*, Cahiers du bail 2002, p. 66.

³⁷ Loi genevoise de procédure civile, du 10 avril 1987 (RS/GE E 3 05 ; LPC).

³⁸ ATF 4C.252/2002 du 8 novembre 2002, consid. 1 Epoux A : « Les articles 426ss LPC/GE traduisent en droit genevois l'obligation d'instituer des autorités de conciliation ; plus précisément, l'art. 426 LPC/GE, qui fonde le préalable obligatoire de la conciliation, correspond à l'art. 274a al. 1 let. b CO ».

³⁹ Jean A. MIRIMANOFF, *Mort ou renaissance de la conciliation judiciaire en Suisse ?*, RDS 2004 I p. 529-570, en particulier p. 539-541.

La *section des affaires sociales* représente, enfin, la troisième section de la Commission de conciliation (art. 8 L-CCBL). Elle siège à cinq membres ; en plus d'un magistrat ou d'un ancien magistrat du pouvoir judiciaire qui la préside et de deux assesseurs choisis parmi les groupements représentatifs des locataires, respectivement des milieux immobiliers, elle comprend également un représentant de l'Office cantonal du logement et un représentant de l'Hospice général (art. 2 al. 1 et 2, art. 8 al. 2 L-CCBL).

La présence d'un *représentant de l'Hospice général* permet à celui-ci de vérifier, avant l'audience, que le locataire est effectivement suivi par un assistant social pour qu'un plan de remboursement réaliste soit préparé et qu'une solution acceptable pour le bailleur et la section des affaires sociales soit présentée à cette dernière.

La présence d'un *représentant de l'Office cantonal du logement* pourrait, dans l'idéal, permettre d'examiner, avant l'audience également, si le locataire peut être relogé dans un logement correspondant mieux à sa situation personnelle et financière.

Afin de permettre une conciliation fructueuse, aucune partie ne peut se prévaloir, dans la suite de la procédure, de ce qui a été déclaré devant la section de conciliation par une partie, par un magistrat ou par un assesseur (principe de confidentialité ou de non-préjudice). Afin de garantir la portée pratique de ce principe, la loi prévoit désormais explicitement que la composition de la section de conciliation et celle de la section de décision sont différentes pour une même affaire (art. 10 al. 6 L-CCBL).

4. L'ART. 8 L-CCBL ET SES MESURES D'ACCOMPAGNEMENT

Après avoir évoqué les cas de saisine (4.1) la qualité (4.2) et le moment pour saisir la section des affaires sociales (4.3), nous présenterons les solutions envisageables (4.3). Nous terminerons par quelques aspects de procédure (4.4).

4.1 Les cas de saisine de la section des affaires sociales

Dans la mesure où la situation financière très difficile du locataire fait obstacle à une conciliation, la section des affaires sociales peut être saisie pour trouver une solution. Elle peut être saisie notamment dans le cadre de l'opposition à une *majoration de loyer* ou d'une *demande en évacuation pour non-paiement du loyer* (art. 8 al. 1 L-CCBL). Ce dernier cas est le plus fréquent.

4.2 La qualité pour « saisir »

Le *locataire* se trouvant dans une situation personnelle difficile, en particulier en raison d'une perte d'emploi, d'une atteinte à la santé⁴⁰, d'une rupture familiale ou d'une situation analogue, peut saisir directement la section des affaires sociales.

Le *bailleur*, de même que la *section des conciliations* et la *section des décisions* peuvent aussi saisir la section des affaires sociales (art. 8 al. 4 L-CCBL).

⁴⁰ La maladie mentale n'est pas en soi un cas de saisine de la section des affaires sociales ; ces cas peuvent ou doivent être signalés au Tribunal tutélaire ou au Conseil de surveillance psychiatrique (autorité instituée par les art. 15ss de la Loi genevoise sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques, du 7 décembre 1979 [RS/GE K 1 25]).

4.3 Le moment pour « saisir »

Le plus tôt pour « saisir » la section des affaires sociales est le mieux. Moins il y a de retard, plus il est facile de rattraper l'arriéré. Ainsi, la saisine de la SAS à l'occasion de la sommation (art. 257d al. 1 CO) est-elle possible avant la notification du congé, voir parfois souhaitable. En pratique, ce cas se rencontre plutôt rarement pour l'instant.

Il n'est donc pas nécessaire d'attendre la requête en évacuation ou la contestation du congé pour solliciter la convocation du dossier devant la section des affaires sociales.

Enfin, à titre exceptionnel, même un litige se trouvant déjà devant le Tribunal des baux et loyers peut être soumis à la section des affaires sociales (art. 439 LPC) ; la suspension éventuelle de la procédure devant le Tribunal est alors de la compétence de ce dernier. Un tel « retour » à la Commission comporte cependant plusieurs inconvénients majeurs : d'une part, le rattrapage du loyer impayé devient de plus en plus difficile au fil du temps, d'autre part, le risque d'une manœuvre dilatoire est réel. Il convient donc d'invoquer l'art. 439 LPC avec retenue et discernement.

4.4 Les solutions envisageables

La section des affaires sociales « tente de trouver avec les parties une solution acceptable pour chacune d'entre elles » (art. 8 al. 1 *in fine* L-CCBL). Le litige peut se « résoudre » de quatre manières différentes : un accord de rattrapage (a), un relogement (b), une autorisation de citer en vue d'une évacuation (c) ou une reconvoction (d).

Dans le cadre de son examen, la section des affaires sociales contrôle notamment le respect du minimum vital du locataire : elle vérifie la faisabilité de l'accord, de sorte que ce dernier ne porte pas atteinte au minimum. Il serait en effet inutile, tant pour le locataire que pour le bailleur, de conclure un accord inapplicable, car irréaliste au vu du taux d'effort exigé du locataire.

La section des affaires sociales vérifie également s'il n'y a pas de sous-occupation du logement. Dans de tels cas, la solution serait plutôt un relogement du locataire dans un endroit mieux adapté à ses besoins et à ses moyens financiers. C'est dans ces situations que pourrait intervenir utilement l'Office cantonal du logement.

a) Un accord de rattrapage ou le maintien dans le logement

La conclusion d'un *accord de rattrapage* représente l'une des raisons principales de l'existence de la section des affaires sociales. Un tel accord vise à permettre au locataire de rembourser, de manière échelonnée, les arriérés de loyers, en lui permettant de rester dans son logement. En effet, à l'issue du remboursement, le bailleur retirera le congé. Cet accord – remboursement contre retrait du congé – est conclu dans le cadre d'un « procès-verbal partiel », signé tant par les membres de la section que par les parties au litige.

Avant l'audience, il incombe au locataire d'élaborer un projet d'accord de rattrapage, avec un assistant social, le cas échéant en se rendant au CASS de son quartier, qui pourra – en dernière extrémité – l'aider à en trouver le financement.

D'une manière générale, le *procès-verbal partiel* contient les informations suivantes : le montant global de l'arriéré reconnu à la fin du mois, le montant de l'acompte mensuel pour amortir l'arriéré, l'engagement par le locataire de payer, une clause condamnatoire, de même que l'engagement du bailleur de retirer le congé une fois le remboursement effectué.

Ce procès-verbal vaut *transaction judiciaire* (art. 274e al. 1, 2^{ème} phrase CO ; art. 7 al. 3 L-CCBL)⁴¹ ; après avoir acquis la force de chose jugée, il permet, le cas échéant, au bailleur d'obtenir la *mainlevée définitive*, au sens de l'art. 80 al. 2 ch. 1 LP⁴², tandis qu'un accord « privé » ne constitue, au plus, qu'un titre de mainlevée provisoire selon l'art. 82 LP. En l'absence de tout accord enfin, la jurisprudence a indiqué que le bail signé par l'ex-locataire ne valait pas titre de mainlevée provisoire s'agissant de l'indemnité pour occupation illicite des locaux, lorsque le bail avait été résilié⁴³.

C'est au premier chef aux parties de veiller que l'accord soit respecté et, dans la négative, d'en informer la Commission. A l'issue de la période prévue pour le remboursement de l'arriéré, le greffe de la Commission interpelle le bailleur par écrit. Ce dernier doit alors indiquer si i) l'arriéré a été totalement rattrapé et le congé retiré, de sorte que la requête en évacuation auprès de la Commission peut être retirée, ou si ii) l'arriéré est régulièrement payé, mais pas encore totalement remboursé, de sorte qu'il convient d'attendre encore avant de reconvoquer une audience, ou enfin si iii) l'engagement n'a pas été tenu (s'il ne l'a pas déjà signalé spontanément).

Si l'accord figurant dans le procès-verbal partiel n'est pas respecté, le président de la Commission de conciliation, après avoir interpellé le locataire – pour lui garantir le respect du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst. féd.), lui permettre de faire valoir ses moyens et notamment de justifier ses paiements –, *peut* délivrer l'autorisation de citer, c'est-à-dire le droit pour le bailleur de saisir le Tribunal des baux et loyers d'une requête en évacuation, même *sans reconvoquer* les parties (art. 8 al. 3 L-CCBL).

De même plus générale, le bailleur peut relancer en tout temps la Commission en cas de non-respect du procès-verbal partiel, c'est-à-dire si le locataire ne rembourse pas régulièrement son arriéré.

Il faut encore préciser que les accords de rattrapage ne sont pas de la compétence exclusive de la section des affaires sociales ; ils peuvent également être adoptés par les autres sections de la Commission (en « conciliation » ou en « décision ») avec l'accord de toutes les parties. L'art. 8 L-CCBL s'applique alors par analogie.

b) Un relogement

⁴¹ Voir aussi ATF 121 III 397, 404 consid. 2c) SI F.

⁴² Pierre TERCIER, *Les contrats spéciaux*, Zurich 2003, p. 350, §2420; Schweizerischer Verband der Immobilien-Treuhänder SVIT (éd.), *Schweizerisches Mietrecht – Kommentar*, Zurich 1998, No 2 ad art. 279e CO ; Peter STÜCHELI, *Die Rechtsöffnung*, Zurich 2000, p. 257; Jean-Marc RAPP, *Autorités et procédure en matière de bail à loyer – aperçu de la jurisprudence et de la doctrine récente au sujet des art. 274 à 274g CO*, in 8^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1994, p. 14 ; Jean GUINAND, *Le nouveau droit du bail à loyer – autorités et procédure*, in 6^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1990, p. 5.

⁴³ Arrêt de la Cour de justice civile (ACJC) 151/2005 du 17 février 2005, §4 ; ACJC 421/00 du 13 avril 2000, §1 ; ACJC 1447/97 et 1448/97 du 27 novembre 1997, §2 ; SJ 1984 p. 389-390 (TF, 29 mars 1984) ; SJ 1980 p. 580 no 18 (CJ, 5 avril 1974) ; JT 1945 II 127-128 (TC VD, 30 janvier 1945).

La deuxième voie envisageable concerne un relogement, en particulier si le taux d'effort du locataire est trop élevé ou le taux d'occupation du logement trop faible. Malgré la présence – lors de l'audience – d'un représentant de l'Office cantonal du logement, l'hypothèse du relogement du locataire paraît présenter actuellement des difficultés pratiques.

L'examen d'un relogement déjà au niveau de la section des affaires sociales permettrait pourtant de décharger le parquet du procureur général.

Ainsi, après quelques mois d'activité de la nouvelle section des affaires sociales, il est très rare qu'un relogement puisse être proposé avant ou durant une audience de la section. Dans la pratique, la question du relogement se pose donc toujours après l'intervention de la section des affaires sociales, devant le procureur général, où des représentants de l'Hospice général et de l'Office cantonal du logement sont également présents.

c) Une « autorisation de citer »

La troisième voie est « l'autorisation de citer » donnée par la Commission, ce qui signifie que le bailleur a le droit de saisir le Tribunal des baux et loyers d'une requête en évacuation. Ce cas se produit en particulier lorsque le locataire ne se présente pas, sans aucun motif, à l'audience, ou qu'il fait preuve de désinvolture ou de mauvaise foi. La Commission peut alors déclarer l'affaire non conciliée et délivrer l'autorisation de citer (art. 5 al. 5 L-CCBL).

d) Une reconvoication

Lorsque la Commission ne dispose pas d'assez d'éléments pour proposer une solution (données manquantes, absence d'une personne importante pour le litige, telle que le propriétaire ou un tiers garant) ou que la situation de l'une des parties est susceptible d'évoluer rapidement, il est possible de reconvoquer une nouvelle audience (art. 5 al. 3, 3^{ème} phrase L-CCBL).

4.5 Règles de procédure

En principe – c'est-à-dire sous réserve d'un comportement téméraire d'une partie – la procédure est *gratuite* (art. 274d al. 2 CO ; art. 9 L-CCBL).

Selon la loi, la comparution personnelle des parties peut être ordonnée par la Commission (art. 5 al. 3 L-CCBL). Elle est cependant presque systématique devant la section des affaires sociales.

Les parties comparaissent en personne. Elles peuvent toutefois se faire représenter ou assister par leur conjoint, par un ascendant ou un descendant majeur, par un avocat ou par un mandataire professionnellement qualifié. Le bailleur quant à lui peut se faire représenter ou assister par son gérant (art. 5 al. 2 L-CCBL).

Il faut encore souligner ici que dans le cadre de la convocation du locataire devant la section des affaires sociales, le greffe de la commission envoie au locataire une note informative de l'importance de la procédure, en l'invitant notamment à se présenter personnellement, à apporter toutes les pièces utiles, à se rendre immédiatement dans un centre d'aide sociale (pour élaborer un projet de rattrapage ou un plan de désendettement) et à se faire accompagner à l'audience par un assistant social.

5. L'ART. 8 L-CCBL ET LA FUTURE PROCEDURE CIVILE SUISSE :

Selon l'art. 122 al. 2 Cst. féd., l'organisation judiciaire et la procédure civile sont du ressort des cantons. Dans le cadre de la réforme de la justice, approuvée par le peuple et les cantons le 12 mars 2000, mais pas encore en vigueur en matière civile, la Confédération obtiendra une compétence en matière de *procédure* civile⁴⁴. C'est ainsi qu'une loi fédérale de procédure civile⁴⁵ sera adoptée ces prochaines années.

Le domaine de l'*organisation* judiciaire en matière civile restera cependant, même après l'entrée en vigueur de la réforme de la justice, dans la compétence des cantons. La Commission cantonale de conciliation en matière de baux et loyers, et sa division en trois sections (dont la section des affaires sociales), ne sera donc pas touchée par la future loi fédérale sur la procédure civile. Il n'est cependant pas exclu que la future loi contienne l'une ou l'autre disposition de procédure⁴⁶ qui aurait des implications sur les compétences de la Commission.

CONCLUSION

Les nouveaux accords de rattrapage présentent plusieurs avantages : pour le bailleur, une procédure en évacuation et son exécution coûtent toujours de l'argent, avec le risque de la perte définitive de l'arriéré ; pour le locataire, le maintien du logement constitue un élément très important. Ces accords, qui valent jugement, présentent également une sécurité juridique que la loi précédente ne leur conférait pas : le locataire obtient que le bailleur s'engage à retirer son congé dès la réalisation des conditions de l'accord ; à l'inverse, en cas de non-paiement par le locataire, c'est-à-dire de non-respect de l'accord, le procès-verbal partiel représente pour le bailleur un titre de mainlevée définitive.

D'une manière plus générale, la société est également gagnante. Les accords de rattrapage permettent en effet de régler les litiges en amont, bien avant une éventuelle intervention du procureur général. Le Ministère public est ainsi déchargé d'une partie de ces dossiers d'évacuation. De plus, le relogement des locataires coûte cher ; la poursuite de la procédure engendre des coûts et les loyers des logements disponibles sur le marché sont en règle générale sensiblement plus élevés que ceux des logements libérés. Enfin, ce système participe au maintien de la paix du logement en atténuant dans toute la mesure possible les souffrances et inconvénients liés à l'expulsion.

Afin d'évaluer l'efficacité de l'art. 8 L-CCBL, la Commission de conciliation récolte dès à présent des données afin d'établir des statistiques précises ; elle effectuera également des bilans annuels avec les milieux intéressés, de même que des enquêtes de satisfaction. Ces mesures devraient permettre de vérifier si l'art. 8 L-CCBL a atteint son but et, le cas échéant, d'effectuer les corrections nécessaires.

⁴⁴ RO 2002 3148.

⁴⁵ Un avant-projet de loi fédérale sur la procédure civile suisse (AP-PCS) rédigé par une commission d'experts a été présenté en juin 2003. Le 15 septembre 2004, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de justice et police d'élaborer un message et de présenter un projet de loi fédérale (P-PCS) ; ce message devrait être transmis au Parlement d'ici à l'automne 2006. L'entrée en vigueur n'est pas prévue avant 2010.

⁴⁶ Voir notamment l'art. 193 al. 3 AP-PCS (projet de juin 2003) qui prévoit que « lorsque le litige porte sur la validité de la résiliation de baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux et de baux à ferme agricole et qu'une procédure d'expulsion est pendante (art- 260 ch. 8), la procédure de conciliation est exclue. Le tribunal compétent pour prononcer l'expulsion statue aussi, le cas échéant, sur la prolongation du bail ».