Université de Neuchâtel
Faculté de droit

Analyse de l'arrêt ATF 149 I 25 - TF 1C_759/2021

Valérie Défago, Professeure à l'Université de Neuchâtel

ATF 149 I 25 - TF 1C_759/2021, 19 décembre 2022

Thèmes : *Rénovations, ATF*
Lois : *Art. 49 Cst., Art. 109 Cst., Art. 122 Cst.*

Newsletter bail.ch juin 2023

15 juin 2023

Le Tribunal fédéral continue de façonner les contours des dispositions cantonales en matière de logement et d'en poser les limites face au droit fédéral sur le bail à loyer

I. Objet de l'arrêt

Dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes, le Tribunal fédérale examine la validité des nouvelles dispositions de la loi cantonale sur l'aide au logement du canton de Bâle-Ville et annule celle conditionnant l'autorisation de rénover ou transformer au droit de retour des locataires dans l'immeuble.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le 28 novembre 2021, les électeurs du canton de Bâle-Ville acceptent l'initiative populaire « OUI à une VRAIE protection du logement », qui prévoit, parmi d'autres modifications, celle de l'article 8a de la loi du canton de Bâle-Ville du 5 juin 2013 sur l'aide au logement (WRFG/BS ; RS-BS 861.500 ; ci-après :

« loi sur l'aide au logement »), dont l'alinéa 3 est nouveau :

« [1] Tous les projets de transformation, de rénovation et d'assainissement qui dépassent le simple entretien ordinaire sont soumis à autorisation en période de pénurie de logements, conformément aux §§ 8d et 8e. Dans les cas visés au § 8c, une obligation de notification suffit. Cela vaut pour la procédure ordinaire, simplifiée et générale d'autorisation de construire ainsi que pour la procédure d'annonce et les demandes de canalisation.

[2] Aucune autorisation au sens de l'alinéa 1 n'est requise pour les transformations, rénovations et assainissements qui sont nécessaires en vertu d'une décision administrative exécutoire ou dans l'intérêt de constructions et d'installations publiques ou de la construction de logements d'utilité publique.

[3] L'autorisation est accordée si, par la suite :

- les parties locataires ont le droit de retourner dans l'immeuble rénové ou transformé et
- les loyers fixés conformément aux §§ 8b à 8e sont respectés ».

Le 10 décembre 2021, Monsieur A., propriétaire d'un immeuble d'habitation dans le canton, forme un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral contre la modification adoptée de la loi sur l'aide au logement et, simultanément, un recours auprès du Tribunal d'appel du canton de Bâle-Ville contre la nouvelle ordonnance sur la protection du logement. Il demande en substance au Tribunal fédéral de constater que l'initiative ou la modification partielle de la loi sur l'aide au logement est contraire à la Constitution.

Par décision du 17 mai 2022, le Conseil-exécutif valide le résultat de la votation populaire cantonale du 28 novembre 2021.

B. Le droit

Pour ce qui est de l'objet du recours, le Tribunal fédéral retient que c'est en premier lieu la modification partielle d'une loi cantonale qui est attaquée ; le recours en matière de droit public est donc directement ouvert (art. 82 let. b LTF) dans la mesure où le canton de Bâle-Ville ne connaît pas de procédure de contrôle abstrait des normes (art. 87 al. 1 LTF, et les références). En revanche, l'initiative populaire elle-même ne constitue pas l'objet de la contestation devant le Tribunal fédéral ; faute pour le recourant de faire valoir une violation des droits politiques, il n'y a pas de recours en matière de droit de vote. Enfin, l'ordonnance querellée devant le Tribunal d'appel du canton de Bâle-Ville ne constitue pas non plus l'objet du recours (consid. 1.1).

Pour ce qui est du délai de recours, celui-ci est de 30 jours à compter de la publication déterminante selon le droit cantonal (art. 101 LTF). En cas de votation populaire, le délai commence à courir avec la publication de ses résultats. Ainsi, un recours déposé avant que l'autorité exécutive ne valide le résultat de la votation populaire est considéré comme prématuré. Cela n'entraîne toutefois pas l'irrecevabilité du recours, mais le cas échéant uniquement la suspension de la procédure devant le Tribunal fédéral (ATF 136 I 17, consid. 1.2) (consid. 1.3).

Quant au pouvoir d'examen du Tribunal fédéral dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes, celui-ci rappelle le principe de l'interprétation conforme à la Constitution, en particulier le fait que pour déterminer si une norme cantonale doit être annulée ou si elle peut être interprétée de manière conforme au droit supérieur, il faut tenir compte en détail de la portée de l'atteinte au droit, de la possibilité d'une protection suffisante lors d'un contrôle ultérieur de la norme, des circonstances concrètes de l'application et des effets sur la sécurité juridique (consid. 2.1). De plus, lorsque le Tribunal fédéral statue en tant que première et unique instance judiciaire comme en l'espèce, un état de fait constaté par une instance précédente, qui serait en principe contraignant pour le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), fait défaut. Le Tribunal fédéral rappelle ainsi les règles en matière d'établissement des faits lorsque cette tâche lui incombe. D'une part, le Tribunal fédéral doit établir les faits de manière autonome et il peut à cet effet s'appuyer sur les déclarations des autorités (ATF 138 I 331, consid. 8.4.2) – notamment celles concernant l'application future d'une disposition – , sur des faits notoires ainsi que sur les moyens de preuve produits par les recourants (TF, 29.04.2020, 1C_181/2019, consid. 2.3, non publié in ATF 147 I 103). D'autre part, il soumet le tout à la libre appréciation des preuves (ATF 143 I 137, consid. 2.3 ; art. 40 de la loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 [PCF ; RS 273] *cum* 55 al. 2 let. a LTF) (consid. 2.3).

Au fond, et notamment quant au grief de la primauté du droit fédéral, le Tribunal fédéral rappelle les principes valant en matière de mesures cantonales destinées à lutter contre la pénurie de logements, qu'il a développés dans sa jurisprudence constante au fil des ans en la matière et dernièrement dans l'ATF 146 I 70, consid. 5.2 : même si les cantons ne peuvent pas intervenir directement dans les contrats entre bailleur et locataire – car le droit civil fédéral règle cette matière de manière exhaustive – , ils demeurent libres de prendre des mesures proportionnées pour lutter contre la pénurie de logements à loyers abordables, par exemple en soumettant la transformation et la démolition d'immeubles d'habitation à une autorisation ou en liant l'autorisation de transformer des immeubles d'habitation à la condition de contrôler le montant des loyers pendant une période déterminée et d'empêcher ainsi des augmentations de loyer contraires à l'objectif de la réglementation cantonale. Le fait que les mesures correspondantes visant à lutter contre la pénurie de logements abordables puissent influencer indirectement les relations entre bailleurs et locataires en empêchant de pratiquer des loyers plus élevés pour les logements concernés par ces mesures

ne change rien à l'admissibilité de telles dispositions cantonales : les mesures cantonales ou communales qui visent à maintenir ou à augmenter l'offre de logements à loyer modéré ont une autre orientation que les dispositions fédérales visant à lutter contre les loyers abusifs et poursuivent un intérêt public qui leur est propre (consid. 4.2).

Si le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur la critique du contrôle des loyers opéré à la suite des travaux, faute de grief suffisamment motivé (consid. 4.3), il fait porter son examen sur la question de savoir si le législateur cantonal est habilité à faire dépendre l'autorisation de transformations, de rénovations et d'assainissements d'un droit de retour des anciens locataires (consid. 4.4).

Dans un premier temps, le Tribunal fédéral note que la disposition qui subordonne l'autorisation d'une telle activité de construction à l'octroi aux anciens locataires d'un droit de retour dans l'immeuble rénové ou transformé ne sert pas le but de la loi, qui est de garantir des logements à loyer modéré en période de pénurie de logements (consid. 4.4.1.). Il relève ensuite, dans la foulée, que, bien que l'article 8a de la loi sur l'aide au logement semble s'appliquer à l'ensemble des logements d'habitation du canton, il ne doit trouver application que lorsque des logements abordables sont concernés en période de pénurie de logements. En effet, cette disposition concrétise l'article 34 de la Constitution du canton de Bâle-Ville, qui fonde un intérêt public au maintien de logements locatifs abordables en période de pénurie de logements, de sorte qu'il faut partir du principe que les auteurs de l'initiative voulaient protéger exclusivement les logements locatifs abordables (consid. 4.4.2).

Dans un deuxième temps, le Tribunal fédéral revient sur l'article 34, alinéa 3, de la Constitution du canton de Bâle-Ville, qui prévoit qu'« [E]n période de pénurie de logements, il [l'Etat] veille, conformément aux besoins prépondérants de la population résidente, à ce que celle-ci soit efficacement protégée contre l'évacuation par des résiliations de bail et des augmentations de loyer. Cela vaut en particulier pour les locataires âgés et de longue date. » Le Tribunal fédéral se réfère à ce propos au Message du Conseil fédéral du 21 novembre 2018 relatif à la garantie des constitutions modifiées des cantons de Schwyz, Zoug, Fribourg, Bâle-Ville, Bâle-Campagne et Appenzell Rhodes-Intérieures (FF 2018 7750) selon lequel : « Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la Confédération a réglé de manière exhaustive la protection contre la résiliation en droit privé. Le canton de Bâle-Ville ne pourrait donc pas prévoir, par exemple, que les locataires qui ont dépassé l'âge de 64 ou 65 ans ne peuvent pas voir leur bail résilié. En revanche, des mesures de politique sociale proportionnées sont autorisées, qui peuvent protéger indirectement contre l'évacuation par des congés et des augmentations de loyer, comme par exemple l'introduction temporaire d'une obligation d'autorisation pour les démolitions. On peut donc attribuer aux modifications de l'art. 34 de la Constitution du canton de Bâle-Ville un sens qui ne les fait pas apparaître clairement comme inadmissibles au regard du droit fédéral (principe de faveur). Elles s'avèrent conformes au droit fédéral et doivent donc être garanties. Les dispositions d'exécution cantonales doivent toutefois être compatibles avec le droit de rang supérieur, notamment avec le droit du bail. » (consid. 4.4.3).

Ces principes étant posés, le Tribunal fédéral se demande alors si le droit de retour litigieux selon l'article 8a al. 3 let. a de la loi sur l'aide au logement est une disposition de droit civil ou de droit public. Rappelant le pluralisme des méthodes lorsqu'il s'agit de distinguer si une contestation est soumise au droit public ou au droit privé (ATF 138 II 134, consid. 4), le Tribunal fédéral se fonde principalement sur la théorie de l'intérêt. Selon celle-ci, il faut tenir compte du fait que la règle de droit contestée sert exclusivement ou principalement des intérêts privés ou publics (consid. 4.4.4). En l'occurrence, bien que devant être compris conformément à la disposition constitutionnelle qu'il concrétise, l'article 8a al. 3 let. a de la loi sur l'aide au logement n'est pas limité aux logements locatifs abordables, ni à un cercle de personnes dont la protection revêt un intérêt public pour d'autres considérations de politique sociale. Il ne prévoit pas non plus de différenciation spatiale, par exemple en ce qui concerne certains quartiers ayant des besoins sociopolitiques particuliers. L'article 8a al. 3 let. a de la loi sur l'aide au logement protège au contraire, en cas de pénurie de logements, tous les locataires concernés par une rénovation ou une transformation sans distinction. Dans ces circonstances, selon le Tribunal fédéral, il est douteux que l'intérêt public justifie une protection juridique aussi indifférenciée pour presque tous les locataires. Un droit de retour ainsi conçu sert plutôt en premier lieu les intérêts privés des locataires actuels. Autrement dit, tous les locataires de logements locatifs abordables sont protégés, qu'ils aient besoin ou non d'une telle protection. Sous cette forme peu différenciée, un tel privilège accordé aux anciens locataires par

rapport à de nouveaux locataires éventuellement plus nécessiteux ne peut que partiellement se fonder sur un intérêt public. Dans la mesure où l'intérêt privé à protéger les anciens locataires contre le congé est au premier plan de la réglementation, le droit de retour ne relève pas d'un intérêt public prépondérant. La disposition doit donc être qualifiée de droit civil selon la théorie de l'intérêt. De plus, sous l'angle du lien avec l'exécution d'une tâche publique (théorie de la fonction), le Tribunal fédéral relève que la disposition n'a pas pour objet une tâche publique. Elle concerne en effet les relations entre personnes privées et entraîne des conséquences de droit civil. Enfin, le fait que le droit de retour ne soit pas accordé directement, mais que l'autorisation de droit public de la transformation, de la rénovation ou de l'assainissement soit simplement subordonnée à l'octroi de ce droit de retour (théorie modale), n'y change rien. La sanction de droit public d'une disposition cantonale de droit civil ne fait pas de celle-ci une disposition de droit public. Et le Tribunal fédéral de rappeler ensuite que la protection contre les congés en droit du bail est réglée de manière exhaustive par le droit civil fédéral (ATF 113 Ia 126, consid. 9d) ; or, l'article 8a al. 3 let. a de la loi sur l'aide au logement intervient directement dans la relation entre le locataire et le bailleur. Comme le Conseil fédéral l'a indiqué dans son message relatif à la garantie de l'art. 34 de la Constitution cantonale, des mesures indirectes et proportionnées de politique sociale visant à protéger la population contre l'évacuation par des congés et des hausses de loyer sont autorisées, mais non des interventions directes. La garantie de la Constitution bâloise par l'Assemblée fédérale ne doit donc pas être comprise comme signifiant que quelque chose devrait changer à cet égard. En outre, il n'est pas évident que le droit de retour puisse servir à garantir des logements à prix avantageux en période de pénurie de logements (consid. 4.4.5).

En définitive, le droit de retour prévu à l'article 8a al. 3 let. a de la loi sur l'aide au logement intervient directement dans la relation entre le locataire et le bailleur, réglée de manière exhaustive par le droit fédéral. Contrairement aux dispositions de droit public intervenant indirectement et qui sont typiquement motivées par des considérations de politique sociale, comme l'obligation d'obtenir une autorisation pour les rénovations ou la limitation des augmentations de loyer à la suite d'une rénovation (ATF 146 I 70, consid. 5.2.2), il s'agit d'une disposition de droit civil. L'admissibilité de dispositions cantonales de droit civil dans ce domaine supposerait que le droit civil fédéral fasse une réserve correspondante (art. 5, al. 1, CC). Or, une telle réserve fait défaut. L'article 8a al. 3 let. a de la loi sur l'aide au logement s'avère donc contraire au droit fédéral et doit être annulé (consid. 4.4.6).

Par conséquent, le Tribunal fédéral admet partiellement le recours en matière de droit public et annule – et non constate la nullité de – l'article 8a al. 3 let. a de la loi sur l'aide au logement (consid. 6).

III. Analyse

Si la conclusion de l'arrêt ne prête pas à discussion, le chemin pour y parvenir mérite que l'on s'y attarde.

Le recours aux critères de distinction entre droit public et droit privé pour apprécier la primauté du droit fédéral. - C'est la première fois à notre connaissance que le Tribunal fédéral utilise l'ensemble des critères de distinction entre droit civil et droit public (ATF 138 II 134, consid. 4) pour apprécier la conformité d'une mesure prévue dans une loi de droit public sous l'angle de la primauté du droit fédéral. En effet, jusqu'à présent, selon la jurisprudence constante, le Tribunal fédéral se demande avant tout si la relation juridique en cause est régie exclusivement par le droit fédéral, respectivement si la réglementation cantonale poursuit un autre but que celui poursuivi par le droit fédéral (not. ATF 148 I 198, consid. 3.4), sans passer par l'examen des critères de l'intérêt, de la fonction ou de la théorie modale.

Si ce détour peut *a priori* paraître bienvenu pour la cohérence du système et de la relation entre droit public et droit privé, il ne devrait pas avoir de conséquence significative. D'une part, l'intérêt public poursuivi par la mesure contestée est apprécié à l'aune de la théorie de l'intérêt comme il l'est dans la jurisprudence relative à l'article 49 Cst. D'autre part, il demeure qu'en définitive c'est la question de savoir si la relation est régie exclusivement par le droit fédéral qui permet de trancher la question (consid. 4.4.5) ; or, la théorie des critères de distinction entre droit public et droit privé ne fournit pas d'élément de réponse à cet égard.

En l'occurrence, le Tribunal fédéral aurait pu se contenter de rappeler qu'il a par le passé jugé qu'il est interdit aux cantons, sous l'angle de la primauté du droit fédéral, de légiférer sur la résiliation du bail (ATF 113 Ia 126, consid. 9d) et que le droit de retour, tel que prévu par l'article 8a al. 3 let. a de la loi sur l'aide au logement, affecte, en réalité, la possibilité pour le bailleur de résilier le bail, respectivement le contraint à conclure à la suite d'une résiliation en vue de travaux, ce qui, dans son résultat, contrevient à l'interdiction de légiférer sur la résiliation du bail.

Le principe de la proportionnalité en lieu et place d'une analyse sous l'angle de l'intérêt public. - Sous l'angle de l'examen de l'intérêt public, l'argumentation du Tribunal fédéral n'est pas limpide. D'un côté, il soutient que la mesure est trop générale pour soutenir un intérêt public car elle ne distingue pas entre les catégories de populations, respectivement de logements à favoriser. Ce raisonnement peut à première vue paraître critiquable sachant que le Tribunal fédéral a relevé que l'article 8a de la loi sur l'aide au logement doit être compris comme ne visant que les logements à loyer abordable (consid. 4.4.2), d'une part, et que, de manière plus générale, l'absence d'une telle distinction expressément énoncée dans la loi n'a par le passé pas été considérée comme rédhibitoire, d'autre part ; en effet, dans son arrêt de 1990 qui validait le contrôle des loyers après travaux de rénovation à Genève, le Tribunal fédéral a souligné que la loi ne pouvait être comprise qu'au regard du but qu'elle poursuit de maintenir un parc locatif qualitativement intact (ATF 116 Ia 401, consid. 11). Cela étant, l'article 8a al. 3 let. a de la loi sur l'aide au logement est rédigé de manière telle qu'il ne laisse guère de marge de manœuvre à l'autorité pour soumettre ou non l'autorisation de procéder aux travaux aux conditions du retour des locataires. A notre avis, cet élément aurait pu être mis en exergue, scellant le sort de la disposition querellée sous l'angle non pas de l'intérêt public, mais du principe de la proportionnalité dans son volet relatif à la subsidiarité de la mesure, conformément à la jurisprudence constante en matière de contrôle abstrait des normes.

Par ailleurs, le Tribunal fédéral relève que la protection des seuls locataires en place est trop étroite pour lutter contre la pénurie de logements à loyers abordables. Là encore, il eût probablement été plus opportun de placer le débat sous l'angle de la proportionnalité de la mesure, en particulier de sa capacité à atteindre son but, comme il l'a fait au début de son arrêt, mais sans trancher d'emblée péremptoirement ce point (consid. 4.4.1). En effet, s'il est admis que le blocage et le contrôle des loyers après travaux sert à maintenir un parc de logements à loyers abordables même en cas de rénovations, le droit de retour sert les intérêts des personnes occupant directement ces logements avant les travaux : il s'agit alors d'une mesure qui protège les locataires en place, à savoir, selon le Tribunal fédéral, les intérêts privés de ces personnes.

En définitive, outre la question de la primauté du droit fédéral, c'est surtout sous l'angle de la proportionnalité que la cause aurait pu être tranchée. En effet, sous l'angle de la théorie des intérêts, il est extrêmement délicat de déterminer à partir de quand la somme des intérêts privés d'une partie de la population devient un intérêt public. En l'occurrence, la démonstration relative au fait que le droit de retour ne sert que l'intérêt privé des locataires en place ne convainc que moyennement, surtout si l'on compare le contrôle des loyers au droit de retour du locataire : dans l'un et l'autre cas, ce sont des travaux dans l'immeuble qui ont un effet sur la situation du locataire, et tout comme le contrôle des loyers après travaux a pour effet de contenir le niveau général des loyers, il aurait pu être argumenté que la diminution du tournus dans les immeubles locatifs du canton induite par le droit de retour des locataires pût elle aussi avoir un effet sur le niveau général des loyers. En définitive, sous l'angle de l'intérêt public, les législateurs cantonaux sont parfois en mesure d'objectiver l'objet de la protection et de, partant, se soustraire au grief de poursuivre un but identique à celui poursuivi par le législateur fédéral, comme l'a fait le législateur genevois en indiquant que la loi cantonale sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation du 25 juin 1996 (LDTR/GE ; RS-GE L 5 20) protège le parc locatif en quantité et qualité, non directement les locataires. Il n'en demeure pas moins que dans certains cas, l'objectivation de l'objet de la protection n'est pas possible, par exemple dans le domaine de la protection de l'environnement, exclusivement régie par le droit fédéral.

Vers un assouplissement du contrôle incident des dispositions constitutionnelles cantonales ? - Enfin, dans cet arrêt, le Tribunal fédéral fait semble-t-il un pas supplémentaire vers la possibilité d'un contrôle incident des dispositions des constitutions cantonales. En l'état de la jurisprudence, en effet, le Tribunal fédéral renonce au contrôle incident des dispositions des constitutions cantonales, compte

tenu de leur garantie par l'Assemblée fédérale (ATF 140 I 394, consid. 9.1) ; cette absence de contrôle s'étend également aux actes d'application des constitutions garanties (ATF 131 I 85, consid. 2.3) et donc aux lois cantonales, dans la mesure où elles sont conformes aux dispositions constitutionnelles garanties (ATF 138 I 378, consid. 5.2).

En l'espèce, bien qu'ayant souligné l'ancrage constitutionnel de l'article 8a al. 3 let. a de la loi sur l'aide au logement et son lien étroit avec l'art. 34 al. 3 de la Constitution cantonale qu'en réalité il concrétise, le Tribunal fédéral ne s'est privé ni de procéder à un contrôle abstrait subséquent des normes de droit cantonal inférieur, encore moins de les annuler, en se fondant il est vrai sur le Message du Conseil fédéral qui rappelait au canton que « les dispositions d'exécution cantonales doivent toutefois être compatibles avec le droit de rang supérieur, notamment avec le droit du bail. » (FF 2018 7750).

Proposition de citation

Valérie Défago, Le Tribunal fédéral continue de façonner les contours des dispositions cantonales en matière de logement et d'en poser les limites face au droit fédéral sur le bail à loyer (arrêt 1C_759/2021), Newsletter Bail.ch juin 2023