

Articles

DROIT CIVIL

La conciliation entre le droit de propriété et le droit au logement

Radji LORRAINE

Lauréate du Prix LexOI 2020

Doctorante en droit privé à l'Université de La Réunion

Résumé :

La valeur absolue du droit de propriété est mise à mal par la valeur relative mais sociale du droit au logement. Ainsi, dans leurs natures mêmes, ces droits se confrontent. Le droit de propriété est éprouvé par les textes législatifs nationaux, protecteurs du droit au logement, mais également par les textes européens, protecteurs de la vie familiale et privée. En conséquence, le droit de propriété est fragilisé aussi bien face aux locataires qu'aux occupants sans droit ni titre.

C'est pourquoi, il apparaît nécessaire de concilier droit de propriété et droit au logement. Il est en effet, important d'équilibrer ces deux droits afin d'éviter que l'un pâtisse de l'influence de l'autre. Une conciliation qui passe en premier lieu par un travail jurisprudentiel aussi bien national qu'europpéen mais aussi par les textes législatifs nationaux, qu'il convient de réformer selon nous.

Mots-clés :

Droit de propriété – Droit au logement – Droits fondamentaux – Contrôle de proportionnalité – Convention européenne des droits de l'homme – Bail d'habitation.

Abstract:

The absolute value of the right to property is undermined by the relative but definitively social value of the right to housing. In this respect, by their very nature, these rights are in conflict

with each other. The right to property is tested by national legislation, which protects the right to housing, but also by European legislation, which protects family and private life. As a result, the right to property is weakened before both tenants and landless squatters.

This is why it seems necessary to reconcile property rights with housing rights. It is indeed important to balance these two rights so that one does not suffer from the influence of the other. This is a conciliation that goes first and foremost through jurisprudential work, at both national and European levels, but also through national legislation that needs to be reformed in the opinion of this author.

Keywords:

Property rights – Right to housing – Fundamental rights – Proportionality review – European Convention on Human Rights – Protected tenancy.

« On peut dire du droit de propriété qu'il est un droit 'artichaut' : même si on lui retire une série d'attributs, il reste lui-même ; sauf si l'on touche au cœur, auquel cas il disparaît »¹.

Dans l'Ancien Droit français, le droit de propriété n'existe pas, d'ailleurs la coutume de Paris dans sa rédaction de 1580 n'utilise jamais le mot « propriété ». Il faut attendre la redécouverte du droit romain avec le Digeste de Justinien pour apercevoir les prémices du droit de propriété.

« *Diminium est jus utendi et abutendi re suâ, quatenus juris ratio patitur* »², c'est ainsi qu'est définie la propriété par le droit romain. Une définition proche de celle du Code civil : « *La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements.* »³ La rédaction de l'article laisse penser qu'il y aurait des degrés d'absolu. Il n'en est rien : les rédacteurs du Code civil usent de l'hyperbole afin d'appuyer fermement le caractère illimité de ce droit. Pourtant, ces deux définitions sont contradictoires en ce qu'elles consacrent chacune « *un double absolutisme, celui du propriétaire et celui de l'État, deux absolutismes manifestement incompatibles* »⁴.

Le droit de propriété se doit d'être absolu, explique Proudhon, il s'agit de sa nature : il ne peut être restreint, conditionné, entravé ou limité. Si le droit de propriété est absolu, comment le législateur peut-il « *exprimer des réserves au nom de la raison du Droit, qui n'est autre évidemment que la raison d'État, organe et interprète du Droit ?* »⁵. Le Code civil fait précisément état de telles restrictions : un droit de propriété absolu tant qu'il n'en est pas fait un usage prohibé par les lois et les règlements. Or, le législateur édicte des lois en permanence, desquelles peuvent toujours résulter des atteintes au droit de propriété. Ce type de contradiction se retrouve à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose que « *la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». Un droit absolu proclamé mais finalement conditionné.

¹ F. LUCHAIRE, « La Constitution et la propriété », *Droit constitutionnel et droits de l'homme, Economica-PUAM*, 1987, p. 139 et s.

² Le domaine est le droit d'user et d'abuser de sa chose, autant que la raison du Droit le souffre.

³ Art. 544 du Code Civil.

⁴ P.-J. PROUDHON, *Théorie de la propriété*, A. Lacroix, Verboeckhover et Cie., 1866, pp. 67-75.

⁵ *Idem*.

En tant que droit réel, le droit de propriété permet au propriétaire d'être titulaire de différents pouvoirs sur le bien possédé : l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. L'*usus* est le droit d'utiliser la chose. Le *fructus* est le droit de percevoir les revenus de la chose, de les conserver, de les consommer. Enfin, l'*abusus* est le droit de disposer de la chose : le propriétaire peut réaliser l'ensemble des actes matériels ou juridiques se rapportant à cette chose (vendre, donner, voire détruire). Aussi, le droit de propriété s'avère, surtout, être la possibilité d'exclure autrui. Toute propriété est nécessairement synonyme d'exclusion. D'ailleurs, à la question de savoir ce qu'est la propriété, Proudhon déclare abruptement que « *la propriété ? C'est le vol !* »⁶. Une réponse qu'aurait approuvé Jean Jacques Rousseau puisqu'il avait tantôt affirmé que : « *Le premier qui, ayant enclos un terrain, s'avisait de dire : ceci est à moi, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile [...]. Gardez-vous d'écouter cet imposteur ; vous êtes perdus si vous oubliez que les fruits sont à tous et que la terre n'est à personne* »⁷. L'appropriation d'un bien entraîne nécessairement la soustraction de ce bien à l'autre. Pour autant, la propriété est indissociable de la liberté, elle est le fondement du pacte social, si cher à Rousseau. En matière immobilière, cet exclusivisme se traduit notamment par la possibilité d'interdire aux tiers de pénétrer chez le propriétaire, permettant ainsi une certaine sécurité. De même, en cas d'empiétement sur son terrain, le propriétaire est en droit d'obtenir du juge la démolition de l'ouvrage invasif. Enfin, le droit de propriété est un droit perpétuel, qui ne s'éteint pas au décès du propriétaire mais qui se transmet aux héritiers. Le droit de propriété existe tant que le bien demeure.

Joseph Comby affirmait que la « *législation française est malade de ses tabous* »⁸. En l'occurrence, celle-ci évoque dans un premier temps l'absoluité, la sacralité et l'inviolabilité du droit de propriété. Mais cette position est intenable, bien trop éloignée de la réalité. Alors, elle accumule les exceptions, les limitations et les contraintes au libre exercice du droit de propriété, afin de faire respecter d'autres légitimités. Ainsi, le droit de propriété connaît de nombreuses limites telles que l'expropriation, les troubles anormaux du voisinage, les nationalisations, les servitudes, etc. Mais les plus grandes limites à ce droit dit « *absolu* » sont à l'heure actuelle les autres droits et libertés fondamentaux, qui entrent nécessairement en conflit avec lui. Ils sont définis comme l'ensemble des droits subjectifs primordiaux de l'individu, assurés dans un État de droit et une démocratie. La doctrine évoque souvent des « *générations* » de droits du fait d'une certaine progression linéaire des droits et libertés fondamentaux. Il y a tout d'abord la première génération contentant les droits dits « *civils et politiques* » : la liberté (d'aller et venir, de religion...), l'égalité, la sûreté individuelle et la propriété. Vient ensuite la seconde génération renfermant des droits dits

⁶ *Idem*.

⁷ J.-J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes*, 1754.

⁸ J. COMBY, *Un droit inviolable et sacré*, ADEF, 1990.

« économiques et sociaux » tels que : le droit au travail, le droit d’asile, le droit de grève. Enfin la troisième génération concentre les « droits de solidarités » tel que le droit de l’environnement. Ces différents droits sont consacrés au niveau national certes, mais aussi au niveau international et notamment européen.

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l’Homme et des libertés fondamentales (CESDH) est sûrement le texte européen le plus important. Son contenu ne se démarque pas sensiblement de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen ou de la Déclaration universelle des droits de l’homme, quant aux droits consacrés. Une différence réside toutefois dans son mode de sanction : le respect de la CESDH est, en effet, contrôlé par la Cour européenne des Droits de l’homme (CEDH). La Cour peut être saisie par une personne physique, une organisation non gouvernementale ou un groupe de particuliers qui se prétend victime d’une violation des droits reconnus dans la Convention, par l’un des États parties. L’État peut ainsi être sanctionné par la Cour. Ces droits fondamentaux ont été proclamés à différentes époques, en fonction des évolutions de la société. Souvent, ces droits s’opposent et ont tendance à se confronter, du fait de leur contradiction, par exemple le droit de grève et le principe de continuité des services publics. La CEDH invite alors les juges à mettre en balance les droits antagonistes afin de garantir un juste équilibre et d’offrir la solution la plus protectrice de l’intérêt le plus légitime.

Le droit au logement est un droit universel, inscrit pour la première fois au niveau international dans la Déclaration universelle des droits de l’homme de 1948. Le droit au logement est un droit fondamental, reconnu comme un droit social et économique. Il occupe aujourd’hui une place centrale dans une société de plus en plus urbaine, en ce qu’il est nécessaire à l’homme. La définition du droit au logement n’est pas aisée car ce droit ne se limite pas à quatre murs et un toit au-dessus de sa tête. Jean-François Tribillon en propose la définition suivante : « *le droit d’accéder à un logement décent, convenablement situé, suffisamment desservi par des équipements publics et privés* »⁹. Au niveau national, le Conseil constitutionnel a consacré un « objectif de valeur constitutionnelle » relatif au logement décent¹⁰. Aussi, le droit au logement a une certaine portée juridique : il oblige l’État à mettre en œuvre les moyens nécessaires à sa garantie. À l’échelle internationale, un droit au domicile est reconnu sur la base de l’article 8 de la CESDH.

Ce droit au logement, protégé à la fois par la législation nationale et européenne entre directement en conflit avec le droit de propriété. En effet, c’est

⁹ J-F. TRIBILLON, *Le droit à la ville (2003) ; Le droit au logement (2003)*, cité in AITEC, « Le droit au logement, Pourquoi ce droit qui a l’air si simple dans son affirmation est en fait si compliqué à définir ? », 2007 – URL : <http://base.d-p-h.info/fr/fiches/dph/fiche-dph-7301.html>

¹⁰ C.C, décision n° 94-359 du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l’habitat*.

au nom du droit au logement que de nombreuses limites sont posées au droit de propriété, d'où une remise en cause du caractère absolu du droit de propriété, pourtant un droit fondamental. Hélène Pauliat explique à ce propos qu'il faut « *ouvrir vraiment le débat sur la hiérarchie des droits. Il faut se comprendre : la hiérarchie sera sociale ou ne sera pas. Les droits ne primeront pas les uns sur les autres, sur le fondement prétendu ou avancé d'une hiérarchie formelle. Ils primeront par leur utilité sociale, voire leur nécessité sociale, à un moment donné. La valeur du droit se mesurera, en plus, parfois, à l'aune de la liberté, plus souvent peut-être et malheureusement au regard de ses capacités économiques et sociales. La valeur absolue des droits est en train d'évoluer très vite, au bénéfice d'une valeur beaucoup plus relative* »¹¹. La valeur absolue du droit de propriété est donc mise à mal par la valeur relative mais sociale du droit au logement. Ainsi, dans leurs natures mêmes, ces droits se confrontent. Aussi, il est très vite apparu nécessaire de concilier droit de propriété et droit au logement, pour ne pas que l'un pâtisse de l'influence de l'autre. Portalis affirmait que « *la vraie liberté consiste dans une sage composition des droits et des pouvoirs individuels avec le bien commun. Quand chacun peut faire ce qui lui plaît, il peut faire ce qui nuit à autrui, il peut faire ce qui nuit au plus grand nombre. [...] On doit être libre avec les lois, et jamais contre elles. De là, en reconnaissant dans le propriétaire le droit de jouir et de disposer de sa propriété de la manière la plus absolue, nous avons ajouté : pourvu qu'il ne fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* »¹². Ainsi, le droit de propriété est limité pour ne pas nuire à autrui, il est limité pour l'intérêt général qui s'attache au droit au logement. En conséquence, un véritable arsenal législatif est apparu dans le paysage français depuis une cinquantaine d'années pour tenter de créer un équilibre entre droit de propriété et droit au logement. Cette conciliation passe notamment par une législation stricte encadrant les relations des bailleurs et des locataires. En effet, le législateur restreint la liberté contractuelle dans le cadre du contrat de bail afin de protéger le locataire. Les lois en question prônent l'équilibre des deux droits en présence, même si la balance est bien plus favorable au locataire. De même, des lois viennent restreindre le droit absolu qu'est le droit de propriété, en encadrant les hypothèses de vacance du logement ou en permettant la réquisition. Ainsi, nombreuses sont les dispositions législatives portant une véritable atteinte au droit de propriété. En tentant de (sur)protéger le locataire, le législateur n'a cessé d'effeuiller le droit de propriété au point que celui-ci s'en trouve aujourd'hui menacé.

¹¹ H. PAULIAT, « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », *Dalloz*, 1995, p. 283.

¹² J.-E.-M. PORTALIS, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. des publications du Centre de Philosophie du Droit, Aix-en-Provence, 1988, pp. 111 et s.

Si cette conciliation est difficile pour le législateur, elle l'est d'autant plus pour le juge qui peine à établir un équilibre entre droit de propriété et droit au logement. Le juge a pourtant une place essentielle dans cette conciliation, notamment lorsqu'il s'agit des occupants sans droit ni titre. En effet, il revient au pouvoir judiciaire de décider concrètement quel intérêt protéger entre celui du propriétaire et celui de l'occupant. Le juge n'est ainsi plus seulement la bouche de la loi, il devient le législateur « *des cas particuliers* »¹³ grâce au contrôle de proportionnalité que lui impose la CEDH.

Dans quelle mesure le droit au logement peut-il entraîner une dénaturation du droit de propriété ?

La conciliation du droit de propriété et du droit au logement passe tout d'abord par une véritable quête d'équilibre entre ces deux droits (I). Un équilibre recherché tant au niveau législatif que judiciaire. Pourtant, au fil des années, ce fragile équilibre ne cesse de s'effriter tant les pouvoirs publics souhaitent protéger le droit au logement et notamment le locataire, partie faible au contrat. En ce qui concerne l'occupant sans droit ni titre, il revient au pouvoir judiciaire de mettre en balance les intérêts en présence et d'offrir la solution la plus juste au regard de l'intérêt le plus légitime. Cependant, en souhaitant protéger à tout prix le droit de propriété, le juge ne parvient pas à effectuer cette mise en balance et rompt l'équilibre en s'opposant frontalement à la CEDH et au Conseil constitutionnel. La quête d'équilibre entre droit de propriété et droit au logement est un chemin semé d'embûches dont la quête s'avère vaine. Si le droit de propriété prime toujours face aux occupants sans droit ni titre, il est mis à mal face au locataire. Le droit de propriété est menacé par les atteintes dont il fait l'objet. Le droit de propriété n'est plus absolu et il ne cesse d'être dénaturé. Face à cela, il est nécessaire de trouver des solutions pour tenter de sauvegarder ce droit (II).

I. La quête d'un équilibre entre droit de propriété et droit au logement

Que signifie l'« *équilibre* » ? La loi n'en dit mot. Le mot équilibre vient des mots latins « *aequilibrium* » / « *aequus* » (signifiant égal) et « *libra* » (signifiant balance), d'après le dictionnaire Larousse qui le définit comme : « *la juste proportion entre des éléments opposés, entre des forces antagonistes, d'où résulte un état de stabilité, d'harmonie* ». Finalement, le mot équilibre représente parfaitement la balance, emblème du droit. Dans cette balance, peuvent être placés le droit de propriété et le droit au logement qui ont des significations

¹³ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 11.

antagonistes. Pour parvenir à un état de stabilité et d'harmonie, l'intervention du pouvoir judiciaire est indispensable. Ces deux droits s'opposent puisqu'ils sont naturellement contradictoires : la protection de l'un affaiblit nécessairement l'autre (A). Comment protéger le propriétaire sans affaiblir le locataire ? Comment protéger le locataire sans atténuer l'absoluité du droit de propriété ? Le pouvoir judiciaire doit ainsi effectuer une mise en balance des intérêts en présence afin d'offrir la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime. Pour autant, cette quête d'équilibre ne peut être la seule affaire du pouvoir judiciaire. En effet, le juge n'étant que « *la bouche de la loi* »¹⁴, le législateur se trouve tout aussi concerné par cette quête. La rencontre de ces deux droits lors de la contractualisation nécessite une intervention législative, protectrice des intérêts en présence. Ce souci d'équilibre est évident dans le bail d'habitation, l'objectif du législateur étant d'instaurer un régime équilibré entre les intérêts du bailleur et ceux du locataire (B).

A. L'opposition entre droit de propriété et droit au logement

Un véritable bras de fer se déroule depuis quelques années entre le droit au logement et le droit de propriété. Lorsque le juge répond favorablement au propriétaire, le locataire se sent lésé ; lorsque le législateur protège le locataire, il fragilise le propriétaire. Cette opposition entre le droit de propriété et le droit au logement réside tout d'abord dans la nature même des deux droits, l'un est un droit-liberté, l'autre un droit-créance (1). La confrontation entre le droit de propriété et le droit au logement ne déroge pas à la règle du contrôle de proportionnalité, imposée par la Cour européenne des Droits de l'Homme (2). Pourtant, ce contrôle est complètement écarté par la Cour de cassation lorsqu'il est question de l'expulsion d'un occupant sans droit ni titre (3).

1. L'articulation entre le droit-liberté et le droit-créance

Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, inclus depuis 1971 dans le bloc de constitutionnalité, illustre nettement cette opposition entre droit-liberté et droit-créance. Le texte commence par réaffirmer « *solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » puis « *proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après [...]* ». Cette locution adverbiale « *en outre* » crée cette opposition entre les droits-libertés et les droits-créances, en les séparant en deux blocs distincts. Les droits-libertés sont reconnus dès 1789 dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) ; ces droits reposent sur une logique de défense des libertés

¹⁴ MONTESQUIEU, *De L'esprit des lois*, 1748.

individuelles. Les droits-libertés sont communément surnommés les droits « de » : le droit d'être libre, le droit d'être égaux, le droit d'être propriétaire. Les droits-libertés sont inhérents à l'homme ; ainsi l'État n'a pas, en principe, à intervenir si ce n'est pour en faciliter l'exercice. Le droit de propriété est proclamé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen à l'article 17 : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». En 1804, Napoléon poursuit le travail entrepris par les révolutionnaires et offre une place de choix au droit de propriété au sein de son Code civil, l'article 544 dispose que : « *Le droit de propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Pour les révolutionnaires, la première des libertés est la propriété. L'affirmation de l'absoluité du droit de propriété traduit l'intention, toujours affichée aujourd'hui, de lui offrir une protection des plus sérieuses. Le droit de propriété étant défini comme illimité, le propriétaire peut en théorie faire ce qu'il souhaite de son bien.

Si les droits-libertés sont opposables à l'État, les droits-créances sont quant à eux exigibles de l'État.

Le préambule de la Constitution de 1946 constitue le texte symbole de ces droits-créances reposant sur une logique d'intervention étatique. Au milieu du XX^{ème} siècle, les citoyens aspirent à des droits complémentaires de ceux qui leur sont inhérents et acquis depuis plus de 150 ans. La liberté tant désirée en 1789 n'a plus le même sens en 1946 : la liberté d'aller et venir, de s'exprimer ou d'avoir une opinion ne suffit plus. Le préambule proclame ainsi les droits à l'éducation, le droit de grève, le droit à la santé, le droit au travail, etc. La société a évolué, et avec elle, les mentalités, les mœurs et les valeurs. René Capitant souligne parfaitement cela lorsqu'il explique que : « *la liberté a besoin, pour être effective, que l'État organise ces grands services publics [...] qui sont le moyen pour l'État de remplir les obligations nouvelles qu'il contracte envers l'individu et de distribuer à chacun les soins, l'éducation, les secours à défaut desquels il n'y a pas de sécurité sociale et, par conséquent, pas de liberté véritable* »¹⁵. Il fallait ainsi « *compléter la déclaration des droits politiques par une déclaration des droits sociaux, proclamer le droit des producteurs, des consommateurs [...] à une participation effective à tous les aspects de la vie* »¹⁶. Georges Gurvitch résume ainsi parfaitement l'intention des rédacteurs du préambule de la Constitution de 1946 : « *compléter la DDHC avec les droits-créances* ».

¹⁵ R. CAPITANT, discours du 8 mars 1946 à l'Assemblée nationale, *JO Débats*, p. 645.

¹⁶ G. GURVITCH, *La déclaration des droits sociaux*, Vrin, 1946.

Si en 1946, le préambule de la Constitution ne proclame pas explicitement le droit au logement, on peut en voir les prémices en ses alinéas 10 et 11 : « 10. La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. 11. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ».

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, la France connaît une véritable crise du logement : l'offre est insuffisante face à la demande exponentielle, les locataires connaissent une réelle instabilité. C'est dans ce contexte de crise qu'est adoptée la loi du 1^{er} septembre 1948¹⁷. Bien que son champ d'application soit limité aux logements construits avant le 1^{er} septembre 1948, cette loi assure une protection effective des locataires en leur donnant un droit illimité au maintien dans les lieux, accompagné d'un gel du loyer. Ce n'est qu'en 1982 que le législateur consacre enfin « le droit à l'habitat » dans la loi Quillot qui sera la première à réglementer les rapports locatifs dans le cadre d'un bail d'habitation¹⁸. Son article 1er l'affirme : « le droit à l'habitat est un droit fondamental ». La loi dite « Méhaignerie » du 23 décembre 1986 poursuit quant à elle l'objectif de favoriser l'investissement locatif : elle introduit le droit de disposer d'un local d'habitation conforme à la dignité humaine¹⁹. Peu après, la loi « Mermaz » de 1989 est adoptée : elle constitue la législation actuellement en vigueur pour la réglementation des baux d'habitations²⁰. Son article 1^{er} dispose que « Le droit au logement est un droit fondamental ». Parce qu'il est un droit fondamental, il mérite d'être protégé. C'est pourquoi cette loi a mis en place un régime réellement protecteur du locataire.

La loi dite « Besson » du 31 mai 1990 proclame en son article 1^{er} que « garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la Nation. Toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières, en raison notamment de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'existence, a droit à une aide de la collectivité, [...] pour accéder à un logement décent et indépendant [...] »²¹. La notion de droit-créance se retrouve ainsi dans

¹⁷ Loi n° 48-1360 du 1er septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants des locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement, J.O., 2 sept. 1948, p. 8649.

¹⁸ Loi n° 82-526 du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs.

¹⁹ Loi n° 86-1290 du 23 Décembre 1986 tendant à améliorer l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux, le développement de l'offre foncière, J.O., 24 déc. 1986.

²⁰ Loi n° 89- 462 du 6 Juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 89- 1290 du 23 décembre 1986, J.O., 8 juill. 1989.

²¹ Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, J.O. du 2 juin 1990, p. 6551.

cet article : c'est un droit que doit l'État au peuple ; l'État est créancier du droit au logement. En effet, le logement occupe désormais une place essentielle dans la vie de l'homme, il lui est indispensable. Il est ainsi essentiel de protéger le droit au logement pour toutes les personnes qui ne peuvent accéder à la propriété. Jean-François Tribillon définit le droit au logement comme le « *droit d'accéder à un logement décent, convenablement situé, suffisamment desservi par des équipements publics et privés* »²². Ainsi, le droit au logement ne se limite pas à quatre murs et un toit, cela ne suffit pas à constituer « *un logement respectant la dignité humaine* ». Le logement doit être décent d'après la loi Besson. Un logement décent est d'une part celui qui ne comporte pas de risque pour la santé du locataire et d'autre part celui dans lequel l'occupant y trouve un minimum de confort. Le Conseil Constitutionnel reconnaît le 19 janvier 1995 la possibilité d'accéder à un logement décent comme étant un objectif à valeur constitutionnelle.²³ Les objectifs à valeurs constitutionnelles font partie du bloc de constitutionnalité au même titre que la Constitution, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le préambule de la Constitution de 1946 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ces objectifs ont ainsi été dégagés sur la base de dispositions du bloc de constitutionnalité et permettent de justifier une ingérence dans l'exercice d'un droit fondamental²⁴. Le Professeur Luchaire explique que « *le Conseil Constitutionnel n'a jamais utilisé un objectif de valeur constitutionnelle pour censurer une disposition législative. Il a au contraire justifié des dérogations à des principes constitutionnels* »²⁵.

La notion « d'objectif » permet, une nouvelle fois, de se rapprocher du droit-créance : il revient à l'État de parvenir à cet objectif relatif au logement décent. En conséquence de cette décision de 1995, le Gouvernement a proposé au Parlement la création d'un dispositif de prévention des expulsions en cas d'impayés de loyers, d'où la loi du 29 juillet 1998²⁶. Celle-ci facilite l'accès au logement, modifie l'attribution des logements sociaux, permet une prévention des expulsions et tend à améliorer les conditions de vie dans l'habitat. Ces différentes lois ont conduit à protéger de plus en plus le droit au logement.

²² J-F. TRIBILLON, *Le droit à la ville (2003), Le droit au logement (2003)*, cité in AITEC, « Le droit au logement, Pourquoi ce droit qui a l'air si simple dans son affirmation est en fait si compliqué à définir ? », 2007, DPH <http://base.d-p-h.info/fr/fiches/dph/fiche-dph-7301.html>

²³ C.C., décision n° 94-359 du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*.

²⁴ V. TCHEN, Synthèse « Contentieux constitutionnels », *Jurisclasseur*, 13 mai 2019.

²⁵ F. LUCHAIRE, « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », *R.F.D.C.*, 2005, pp. 675-684.

²⁶ Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, *J.O.* du 31 juillet 1998, p. 11679.

Malgré tout, de nombreux doutes ont persisté quant à son effectivité. En effet, le Conseil d'État s'est montré peu favorable à cette consécration constitutionnelle : dans une ordonnance *Association de réinsertion sociale du Limousin*²⁷, il refuse catégoriquement de qualifier le droit au logement de droit fondamental au sens de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative. Cette décision soulignait l'impossibilité pour les justiciables d'invoquer le droit au logement²⁸. Le caractère d'opposabilité manquait au droit au logement.

C'est dans ce contexte qu'intervient la loi du 5 mars 2007, visant à conférer au droit au logement un caractère opposable (loi dite « DALO »)²⁹. La loi réaffirme tout d'abord le droit à un logement décent ; elle souligne que l'État se porte garant du droit au logement et ouvre deux types de recours au profit des personnes mal-logées ou sans logement : l'un, amiable, devant une commission de médiation, puis si nécessaire un recours contentieux devant le tribunal administratif. En pratique, cette procédure définie à l'article L.441-2-3-1 du Code de la construction et de l'habitation s'avère terriblement longue pour quiconque se trouve en attente d'un logement décent. Il faut tout d'abord saisir la commission de médiation, qui a entre trois et six mois pour statuer sur le caractère prioritaire ou non de la demande. Dans l'hypothèse où la commission fait droit à la demande, le préfet doit reloger la personne dans un délai de trois à six mois. Une fois ce délai passé, le recours contentieux est ouvert, le tribunal administratif doit être saisi dans un délai de quatre mois. Toutefois, ce recours ne peut donner lieu à l'octroi d'indemnités, le tribunal peut simplement ordonner le logement ou le relogement de la personne à l'État et assortir l'injonction d'une astreinte.

Selon, le Professeur Nicolas Bernard, il était inévitable « *qu'un dispositif aussi ambitieux — et hybride ! — que le droit au logement opposable (DALO) en vigueur depuis de nombreuses années en France prenne un jour le chemin de Strasbourg, pour s'y voir confronté aux divers droits fondamentaux qu'il ne manque pas d'éprouver* »³⁰. L'inévitable se produit ainsi en 2015 avec un arrêt *Tchokontio Happi c./ France*³¹. Il était ici question d'une requérante vivant avec

²⁷ CE, ord., 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin* (affaire n°245697), Rec. p. 168 : « Si, dans une décision du 29 juillet 1998, le Conseil constitutionnel a qualifié d'objectif de valeur constitutionnelle la 'possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent', il n'a pas consacré l'existence d'un droit au logement ayant rang de principe constitutionnel ».

²⁸ J. TREMEAU, « Le référé-liberté, instrument de protection du droit de propriété », *A.J.D.A.*, 2012, p. 653.

²⁹ Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, J.O. du 6 mars 2007, p. 4190.

³⁰ N. BERNARD, « Le DALO, un droit au logement vraiment 'opposable' ? Commentaire de l'arrêt *Tchokontio Happi* de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2016, pp. 713-731.

³¹ CEDH, *Tchokontio Happi c./ France*, 9 avril 2015 (affaire n° 65829/12).

ses enfants en région parisienne dans un logement insalubre. Elle est reconnue prioritaire par la commission de médiation en février 2010 afin d'avoir un nouveau logement. Toutefois, le délai imparti au préfet s'écoule sans qu'elle ne soit relogée. Elle saisit alors le tribunal administratif de Paris qui, par décision du 28 décembre 2010, ordonne au préfet de la région d'Ile-de-France d'assurer son relogement et ce, sous astreinte de 700 euros par mois de retard. Le jugement n'est toujours pas exécuté par le préfet, en conséquence le juge administratif procède en 2012 à la liquidation provisoire de l'astreinte et condamne l'État à verser la somme de 8.400 euros au fonds d'aménagement urbain de la région d'Ile-de-France. Pour autant, elle n'est toujours pas relogée : raison pour laquelle elle saisit la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour considère que la France a violé l'article 6 § 1 de la Convention relatif au droit à un procès équitable : « *en s'abstenant, pendant plusieurs années, de prendre les mesures nécessaires pour se conformer à une décision judiciaire définitive et exécutoire, les autorités nationales ont privé les dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention de tout effet utile* ».

Pour les juges de Strasbourg, l'astreinte et le versement à un fonds public ne sont pas suffisants pour garantir l'exécution d'une décision de justice. La France s'est toutefois défendue en arguant « *une situation de pénurie marquée par une disproportion manifeste entre le nombre de logements disponibles et le nombre de ménages reconnus comme prioritaires* ». Les faits de l'espèce mettent en avant la difficulté à respecter l'opposabilité du droit au logement dans certains lieux du territoire français. La pénurie de logements, cependant, ne peut justifier que l'État n'exécute pas une décision de justice. En effet, cet arrêt met en exergue un certain manque d'efficacité de la loi DALO, comme le souligne Yves Struillou : « *ce n'est qu'un droit à une procédure et un droit à un accès prioritaire au logement sans que soit garanti in fine pour le demandeur un droit subjectif à l'attribution effective d'un logement* »³². La loi dite « ALUR » du 24 mars 2014 apporte ainsi des modifications au dispositif de la loi DALO : elle élargit les prérogatives de la commission de médiation, les possibilités d'orientation du préfet et améliore la prévention des expulsions locatives³³. Enfin, la loi dite « ELAN » de 2018 a pour ambition la construction de plus de logements et la simplification des normes existantes.

En 73 ans, nombreuses sont les lois qui se sont succédé afin de protéger le droit au logement. Ce droit-créance qui pèse sur l'État a eu des conséquences pour le bailleur. En effet, le pouvoir a dû imposer des normes aux bailleurs afin de répondre à l'objectif de valeur constitutionnelle qu'est la possibilité d'accéder

³² Y. STRUILLOU, « Le contentieux du droit au logement opposable », *R.F.D.A.*, 2010, p. 157.

³³ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, *JO* n° 0072 du 26 mars 2014, p. 5809.

à un logement décent. Par exemple, le bailleur « *est tenu de remettre au locataire un logement décent* »³⁴, à défaut de quoi il s'expose à de sévères sanctions (effectuer les travaux nécessaires, baisse du loyer et dommages et intérêts). L'ensemble de normes protectrices du locataire a eu pour effet de porter de plus en plus atteinte au droit de propriété. Le pouvoir judiciaire a lui aussi joué un rôle dans cette protection d'un droit au logement amenuisant le droit de propriété, comme l'arrêt *Winterstein* rendu en 2013 par la CEDH l'a dernièrement mis en exergue.

2. L'obligation européenne du contrôle de proportionnalité

Cet équilibre entre le droit de propriété et le droit au logement, recherché au niveau national, est sollicité à l'échelle européenne. En effet, le droit de propriété est protégé au niveau européen, notamment par la CESDH, dont le Protocole 1^{er} dispose en son article 1^{er} que : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.* » Cet article protège les personnes contre les ingérences arbitraires d'un État vis-à-vis de leurs biens. La CEDH veille à ce que toute ingérence soit justifiée par un intérêt légitime.

L'article 55 de notre Constitution dispose que : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois* ». En conséquence, la CESDH dispose d'une valeur supra-législative et doit être appliquée par les juridictions françaises. La CESDH a notamment instauré la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) pour garantir les droits et libertés fondamentaux qu'elle consacre, cette juridiction pouvant être saisie par toute personne ou État partie qui entend contester une violation des droits reconnus dans la Convention par un État partie. La Cour, qui ne manque jamais de rappeler sa mission de « *protéger des droits non pas théoriques et illusoire mais concrets et effectifs* »³⁵, invite en conséquence les juridictions nationales à opérer un contrôle de proportionnalité : « *c'est la Cour européenne des droits de l'Homme qui a directement conduit à l'introduction du contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation* »³⁶. En effet, la Cour de cassation a dû « *s'approprier un contrôle de type européen pour inclure dans la*

³⁴ Article 6 de la Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

³⁵ CEDH, *Loizidou c./ Turquie*, 18 décembre 1996, Recueil, 1996-VI, § 72, p. 27 ; J. CALLEWEART, « La Convention européenne des droits de l'homme entre effectivité et prévisibilité », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire : Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 93-108.

³⁶ C. KLEITZ, « Contrôle de proportionnalité : une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne – Entretien avec Pascal Chauvin, magistrat, président de chambre à la Cour de cassation », *Gazette du Palais*, 6 décembre 2016, n°43.

technique de cassation toutes les données de ce contrôle »³⁷. Ce contrôle de proportionnalité consiste à vérifier que l'application d'une règle de droit interne ne conduit pas à porter une atteinte disproportionnée à un droit fondamental. Il s'agit ainsi d'opérer une mise en balance des intérêts en présence. Une mesure restreignant des droits et libertés fondamentaux doit donc être à la fois appropriée (en ce qu'elle doit permettre la réalisation de l'objectif légitime poursuivi), nécessaire et proportionnée. Ce contrôle doit être exercé par les juridictions du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, elle-même contrôlée par la CEDH. Les arrêts rendus par la Cour de Strasbourg ont désormais une autorité croissante, permettant une protection efficace des droits fondamentaux.

« *Là où le juge français était habitué à user de l'aphorisme 'la loi, toute la loi, rien que la loi', la CEDH répond : oui, à condition que le résultat soit équitable, c'est-à-dire que l'application de la loi soit adaptée aux circonstances de l'espèce, nécessaire en raison de ces circonstances, et proportionnée à ces circonstances* »³⁸. Le contrôle de proportionnalité bouleverse le traditionnel légicentrisme français, en ce qu'il offre un réel pouvoir au juge qui ne peut plus se contenter du classique syllogisme juridique. En effet, il doit parfois s'affranchir de la loi qui pourrait porter une atteinte disproportionnée à un droit garanti par la CEDH. Seuls les droits relatifs peuvent faire l'objet d'un tel contrôle : les droits absolus « *ne laissent place à aucune proportionnalité [...] le juge se limite à rechercher l'existence ou non d'une atteinte* »³⁹. Il existe deux méthodes de contrôle de proportionnalité : *in abstracto* ou *in concreto*. La méthode *in abstracto* consiste à ne pas prendre en considération les faits de l'espèce, il s'agit de contrôler uniquement la règle en cause. *A contrario*, dans la méthode *in concreto*, les juges prennent en compte les faits de l'espèce et s'assurent que l'application de la règle de droit n'entraîne pas une ingérence manifestement disproportionnée dans les droits de l'individu. Lorsque les faits l'exigent, les juges du fond et la Cour de cassation devront nécessairement effectuer ce contrôle s'ils ne veulent pas être sanctionnés par la CEDH : « *La question de savoir si le juge français doit ou non procéder au contrôle de proportionnalité ne se pose pas véritablement : il le doit tout simplement car la Cour européenne des droits de l'homme le fait et l'y invite, sous peine de condamnation de la France* »⁴⁰.

³⁷ H. BÉRANGER, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter à ses modes de contrôle – entretien avec Bertrand Louvel Premier président de la Cour de cassation », *JCP G.*, 2015, p. 1907.

³⁸ B. LOUVEL, « La Cour de cassation face aux défis du XXI^{ème} siècle » (discours prononcé en mars 2015), *Les Cahiers Portalis*, 2016/1 (n° 3), p. 11.

³⁹ SDER, Compte-rendu de la réunion du 27 novembre 2015 avec A. Potocki, juge à la Cour EDH, https://www.courdecassation.fr/IMG/5_SDER_compte_rendu_Potocki_1115.pdf

⁴⁰ V. VIGNEAU, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *Dalloz*, 2017, p. 124.

La motivation succincte des décisions des juges nationaux a nécessairement dû évoluer afin de répondre aux exigences de la CEDH. « *Le contrôle de proportionnalité implique, à la manière de la Cour EDH, d'employer une motivation plus circonstanciée et, quoiqu'on en pense sur le plan qualitatif, se voulant plus 'persuasive'* »⁴¹. Cette motivation s'effectue en effet suivant trois étapes : « *l'adéquation du moyen, de sa nécessité et de la proportionnalité stricto sensu donc de la pesée des intérêts en présence, ou balance des intérêts* »⁴². Dès lors que des droits garantis par la CEDH sont en cause, le contrôle de proportionnalité s'impose. À cette fin, le juge est devenu un arbitre de l'équilibre entre les droits et libertés invoqués par les parties.

Quid du droit européen sur la question du droit au logement ? L'article 8 de la CEDH dispose que « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

Jusqu'en 2013, les juges nationaux considéraient que l'atteinte au droit de propriété suffisait à constituer le trouble manifestement illicite et permettait ainsi au juge des référés de le faire cesser, sur le fondement de l'article 809 du code de procédure civile. Par conséquent, les juges ne procédaient pas à un contrôle de proportionnalité sur ce point, comme le démontre l'arrêt du 20 janvier 2010⁴³ de la Cour de cassation. En l'espèce, la société HLM France habitation a assigné en expulsion, pour occupation sans droit ni titre, des couples qui s'étaient installés avec leurs enfants sous des tentes dressées sur l'aire de jeux de l'ensemble immobilier. Pour rejeter la demande et renvoyer les parties à se pourvoir au principal, la Cour d'appel retient que les défendeurs sont dans une situation précaire et indigne, que « *le seul constat de la méconnaissance du droit d'autrui n'établit pas le trouble manifestement illicite obligeant le juge des référés à ordonner des mesures pour y mettre fin* », que la société HLM ne prouve pas une atteinte à la sécurité des personnes et des biens et que les « *occupants établissent que leur démarche, avait pour unique but d'atteindre l'objectif reconnu de valeur constitutionnelle de disposer d'un logement décent* ». La Cour d'appel juge alors qu'il y a lieu de renvoyer la société d'HLM

⁴¹ J. LAURENT, « Propriété versus droit au respect du domicile de l'occupant illégal à l'heure du contrôle de proportionnalité – Tout changer pour que rien ne change », *JCP G*, 2018, n° 28.

⁴² E. JEULAND, « Réforme de la Cour de cassation. Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *JCP G.*, 2016, p. 24.

⁴³ Civ. 3ème, 20 janvier 2010, n° 08-16088, *Bull. Civ.*, 2010 III n°19.

à se pourvoir devant le juge du fond seul compétent pour opérer un contrôle de proportionnalité entre les droits respectifs en cause. Toutefois, la Cour de cassation casse cet arrêt, considérant que l'occupation sans titre suffisait à constituer un trouble manifestement illicite au sens de l'article 809 du code de procédure civile. Ainsi, le contrôle de proportionnalité est refusé par la Cour de cassation. Ce faisant, les juges de la Haute font primer le droit de propriété.

Cette jurisprudence de la Cour de cassation est bouleversée par l'arrêt *Winterstein* de la CEDH⁴⁴. En l'espèce, vingt-six familles, issues de la communauté des gens du voyage, sont installées depuis de nombreuses années dans des caravanes, bungalows ou cabanes situés sur un terrain de la commune d'Herblay. Ils sont assignés par la commune, en mai 2004, devant le juge des référés du TGI de Pontoise, pour occupation illicite des lieux. La commune souhaite que les occupants sans titres évacuent les lieux sans délai. Le 2 juillet 2004, le juge des référés rejette le recours pour défaut d'urgence et absence de trouble manifestement illicite. En septembre 2004, la commune réassigne ces familles devant le TGI de Pontoise, en formulant les mêmes demandes. Par jugement du 22 novembre 2004, le tribunal fait droit aux demandes de la commune, en estimant que les défendeurs avaient enfreint le plan d'occupation des sols et leur ordonne d'évacuer toutes leurs caravanes et d'enlever leurs constructions dans un délai de trois mois et sous astreinte de 70 € par jour de retard. Les défendeurs firent appel du jugement devant la Cour d'appel de Versailles. Par jugement du 13 octobre 2005, elle confirma la décision du TGI. Les défendeurs n'ont pas pu se pourvoir en cassation à la suite du refus du bureau d'aide juridictionnelle et du magistrat délégué par le premier président de la Cour de cassation. C'est pourquoi, une requête est déposée devant la CEDH par les défendeurs et l'association ATD Quart-Monde. Les requérants demandent à la Cour de constater qu'il y a eu une ingérence disproportionnée de l'État dans leur droit au respect de la vie privée et familiale et de leur domicile, protégé par l'article 8 de la CEDH. La CEDH donne droit aux requérants en estimant qu'il y a eu violation de l'article 8 portant sur le droit au respect du domicile.

Il convient ici de se pencher sur la définition de « domicile ». En France, le domicile se définit comme le lieu où toute personne, quant à l'exercice de ses droits civils, a son principal établissement⁴⁵. La CEDH retient une définition plus large et rappelle dans l'arrêt que : « *la notion de 'domicile' au sens de l'article 8 de la Convention, ne se limite pas au domicile légalement occupé ou établi, mais qu'il s'agit d'un concept autonome qui ne dépend pas d'une qualification en droit interne. La question de savoir si une habitation particulière constitue un 'domicile' relevant de la protection de l'article 8 dépend des circonstances factuelles, notamment de l'existence de liens suffisants et continus avec un lieu*

⁴⁴ CEDH, *Winterstein et autres c. France*, 17 octobre 2013 (affaire n°27013/07).

⁴⁵ C. civ., art. 102, al. 1^{er}.

déterminé ». Ainsi, la notion européenne de domicile est plus large que la notion de domicile protégée en France : le domicile n'est pas seulement le bien loué ou acheté. En effet, la notion européenne comprend par exemple le domicile privé comme professionnel⁴⁶, ou encore le véhicule de la personne physique⁴⁷. De même, il a été jugé que les caravanes et autres domiciles non fixes sont considérés comme des domiciles.⁴⁸

Ainsi, la Cour s'inscrit dans la lignée jurisprudentielle en indiquant que des cabanes, caravanes et bungalows installés sur des terrains communaux de façon illégale et occupés depuis de longues années par les requérants sont bien constitutifs de domicile. Ceux-ci ont donc droit à la protection de la CEDH à ce titre, l'expulsion constituant alors une ingérence dans leur droit au respect de leur vie privée et familiale et de leur domicile. Cette ingérence, bien qu'elle soit légale et légitime, ne peut être regardée comme « *nécessaire dans une société démocratique* » au sens de l'article 8 de la Convention. La Cour considère que les juridictions internes ont accordé une importance prépondérante à l'occupation illégale des requérants sans la mettre en balance avec le droit au domicile. Or, « *la perte d'un logement est une atteinte des plus graves au droit au respect du domicile. Toute personne qui risque d'en être victime doit en principe pouvoir faire examiner la proportionnalité de cette mesure* ». Cet arrêt prouve l'attachement de la Cour à prendre sérieusement en considération l'ensemble des faits pour motiver son appréciation. Certes les requérants occupent le terrain illégalement, mais ils s'y sont installés depuis longtemps, ils méritent une attention spéciale en raison de « *la vulnérabilité des Roms et gens du voyage, du fait qu'ils constituent une minorité* », parce qu'« *aucun hébergement de rechange n'est disponible* ». Les circonstances susmentionnées n'ont pas été prises en considération par les juges du fond, d'où la violation de l'article 8 : les requérants « *n'ont pas bénéficié, dans le cadre de la procédure d'expulsion, d'un examen de la proportionnalité de l'ingérence conforme aux exigences de cet article.* » En outre, il y a également violation de l'article 8 pour ceux des requérants « *qui avaient demandé un relogement sur des terrains familiaux, en raison de l'absence de prise en compte suffisante de leurs besoins.* » La Cour reproche ainsi aux juges du fond de ne pas avoir procédé au contrôle de proportionnalité. Il aurait fallu mettre en balance la mesure d'expulsion due à l'illégalité de l'occupation et le fait que ces familles se retrouvaient sans aucun endroit où vivre. Si ce contrôle avait été effectué, l'expulsion aurait peut-être été refusée, ou du moins elle aurait été assortie de délais et de garanties pour qu'elle ait lieu dans de meilleures conditions. Pour la Cour, la balance penchait en la faveur des requérants au vu des faits, notamment l'inaction de l'État durant plusieurs années : « *Dans cette affaire, la Cour a relevé*

⁴⁶ CEDH, *Niemietz c./ RFA*, 16 décembre 1992 (affaire n° 13710/88).

⁴⁷ CEDH, 18 juillet 1974, *X c./ Belgique* (affaire n° 5488/72).

⁴⁸ CEDH, 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, n°27238/95.

que, si les autorités avaient en principe le droit d'expulser les requérants, qui occupaient un terrain communal illégalement, elles n'avaient accompli aucune démarche en ce sens pendant de nombreuses années et avaient ainsi de facto toléré cette occupation illégale. Dès lors, la Cour a estimé que [...] si les occupants sans titre ne pouvaient prétendre avoir une espérance légitime de rester sur le terrain, l'inactivité des autorités avait eu pour conséquence qu'ils avaient développé des liens étroits avec le lieu et y avaient construit une vie communautaire. La Cour a conclu que le principe de proportionnalité exigeait que de telles situations, où une communauté entière et une longue période de temps sont en jeu, soient traitées de façon totalement différente de situations courantes où un individu est expulsé d'une propriété qu'il occupe illégalement ». Les juges européens laissent manifestement entendre qu'au vu de toutes ces circonstances, l'expulsion immédiate est constitutive d'une restriction disproportionnée.

Or, depuis 2011 la Cour de cassation a affirmé la force obligatoire des arrêts de la CEDH : « les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation »⁴⁹. Les juges nationaux ont donc nécessairement dû prendre en compte l'arrêt *Winterstein*. C'est pourquoi, dans un arrêt du 17 décembre 2015, la Cour de cassation s'aligne sur la jurisprudence européenne⁵⁰. En l'espèce, des habitants du voyage occupent des cabanons de jardins et des caravanes sur un terrain appartenant à Mme X, l'une d'entre eux. La commune les assigne en référé expulsion pour infraction aux dispositions du plan local d'urbanisme (PLU). La Cour d'appel fait droit à la commune aux motifs que les caravanes occupées par des gens du voyage avaient été implantées en méconnaissance du plan local d'urbanisme (PLU) de la commune et que « l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et le droit au logement ne peuvent faire obstacle au respect des règles d'urbanisme ni faire disparaître le trouble résultant de leur violation ou effacer son caractère manifestement illicite ». Cependant, la Cour de cassation casse l'arrêt au motif que la Cour d'appel n'a pas recherché, « comme il le lui était demandé, si les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile ». La Cour de cassation applique ainsi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et donne gain de cause aux requérants en considérant que, dans le cadre de la procédure d'expulsion, ils n'ont pas bénéficié d'un contrôle la proportionnalité entre le droit du propriétaire et l'ingérence dans leur droit au respect de leur vie privée et familiale et de leur domicile conforme aux exigences de l'article 8 de la CESDH. Ainsi, la Cour admet que le droit au respect du

⁴⁹ Ass. plén. c., 15 avr. 2011, n° 10-17.049.

⁵⁰ Civ. 3e, 17 décembre 2015, n° 14-22095.

domicile garanti par cette disposition puisse faire obstacle à l'application de règles d'urbanisme.

Les arrêts du 7 avril 2016⁵¹ et du 31 janvier 2017⁵² de la Cour de cassation s'inscrivent dans la même lignée jurisprudentielle. L'examen de ces jurisprudences laisse à penser que l'expression « occupant sans droit ni titre » est sur le point de devenir obsolète : un occupant peut être sans titre sans forcément être sans droit. Cette solution de la Cour de cassation permet assurément une protection plus efficiente du droit au logement : ces familles sont dans une situation précaire et les expulser n'aurait contribué qu'à aggraver leur situation.

Les trois derniers arrêts cités invitent donc à s'interroger : lorsque le droit de propriété est mis en péril par une occupation sans droit ni titre, comme ce fut le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 20 janvier 2010, le contrôle de proportionnalité est-il effectué par le juge ? Serait-ce possible qu'un propriétaire ayant l'abusus, le fructus et l'usus soit dans l'impossibilité d'obtenir l'expulsion de personnes occupant illégalement son terrain ?

3. La primauté du droit de propriété dans le cas de l'expulsion

Les prémices d'une primauté absolue du droit de propriété sur le droit au logement sont posées dans un arrêt du 21 décembre 2017 de la troisième chambre civile de la Cour de cassation⁵³. En l'espèce, l'office public de l'habitat, propriétaire d'un ensemble immobilier, a assigné en expulsion M. et Mme X. Pour dire n'y avoir lieu à référé, la cour d'appel retient que l'expulsion placerait les défendeurs dans une situation de précarité, précisant qu'il s'agit de ressortissants syriens ayant fui leur pays. La mesure d'expulsion caractérise une atteinte plus importante au droit au respect du domicile des défendeurs, que ne l'est le refus d'une telle mesure vis-à-vis du droit de propriété d'Habitat Toulouse. Ainsi, la Cour estime qu'au regard des circonstances de l'espèce, l'occupation sans droit ni titre du logement ne constitue pas un trouble manifestement illicite, de sorte que la procédure ne relève pas de la compétence du juge des référés. La Cour de cassation casse l'arrêt au motif que : « *l'occupation sans droit ni titre du bien d'autrui constitue un trouble manifestement illicite* » au sens de l'article 849, alinéa 1^{er} du code de procédure civile ; il appartient donc au juge des référés de faire cesser ce trouble. Ainsi, la jurisprudence civile se maintient dans le droit fil de l'arrêt du 20 janvier 2010 : l'occupation sans droit ni titre d'un immeuble d'autrui suffit à caractériser un

⁵¹ Civ. 3e, 7 avril 2016, n° 15-13064.

⁵² Crim., 31 janvier 2017, n°16-82945.

⁵³ Civ. 3ème, 21 décembre 2017, n°16-25469.

trouble manifestement illicite⁵⁴. « *En se positionnant ainsi, la Cour a affirmé la primauté du droit de propriété et la possibilité offerte au propriétaire de réclamer en référé toutes mesures utiles pour faire cesser un trouble manifestement illicite dont il se dit victime* »⁵⁵. Il convient de se demander pourquoi les juges du fond ont exclu la compétence du juge des référés à la suite du contrôle de proportionnalité. Pour les juges du fond, les conséquences d'une mesure d'expulsion étaient disproportionnées au regard du droit au respect du domicile consacré à l'article 8 de CESDH. Ils ont hiérarchisé les droits en cause et ont privilégié le droit au respect du domicile sur le droit de propriété au regard des « *circonstances de l'espèce* ». En conséquence, le contrôle de proportionnalité a permis aux juges du fond d'affirmer que le trouble au droit de propriété était en l'occurrence dépourvu d'illicéité manifeste. La Cour d'appel applique tout simplement la jurisprudence de la Cour de cassation, qui avait évolué à travers l'arrêt susmentionné de 2015⁵⁶. Dès lors, comment comprendre que la Cour de cassation n'ait pas tiré les conséquences de cette évolution dans son arrêt du 21 décembre 2017? La Cour de cassation ne rejette pas le contrôle de proportionnalité en soi, simplement elle estime que celui-ci n'a pas lieu d'être au stade de la détermination de l'illicéité manifeste du trouble invoqué : « *Le tort des juges du fond est d'avoir mis de la proportionnalité là où il n'en fallait pas, à savoir non pas au stade de la détermination de la mesure et de son opportunité mais à celui de la qualification juridique des faits en cause. Or, sur ce point, il n'y avait guère de discussion possible : 'l'occupation sans droit ni titre du bien d'autrui constitue un trouble manifestement illicite'* »⁵⁷. Le juge des référés ne peut en aucun cas écarter la qualification de « *trouble manifestement illicite* » lorsqu'il y a occupation sans droit ni titre du bien d'autrui et ce, quel que soient les faits de l'espèce. Implicitement, la Cour de cassation rappelle le caractère absolu du droit de propriété, l'atteinte à ce droit justifie la qualification de trouble manifestement illicite.

Un arrêt du 17 mai 2018 réaffirme l'absoluité du droit de propriété⁵⁸. En l'espèce, deux époux assignent le propriétaire d'un terrain en revendication de la propriété, par prescription trentenaire, de la parcelle qu'ils occupaient sans droit ni titre et sur laquelle ils avaient construit leur maison illégalement. Le propriétaire se prévalant d'un titre de propriété, demande la libération des lieux et la démolition de la maison. La Cour d'appel fait droit au propriétaire au motif que les époux ne rapportaient pas la preuve d'une prescription trentenaire, et leur ordonne de démolir la maison et de quitter les lieux. L'époux devenu veuf forme

⁵⁴ Civ. 3ème, 20 janvier 2010, n° 08-16088 – *Bull.Civ* 2010 III n°19.

⁵⁵ M. KEBIR, « Référé : l'occupation sans droit ni titre du bien d'autrui constitue un trouble manifestement illicite », *Dalloz Actualités, Procédure civile*, 23 Janvier 2018.

⁵⁶ Civ. 3ème., 17 décembre 2015, n° 14- 22095.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ Civ. 3ème, 17 mai 2018, n° 16-15.792.

un pourvoi en cassation, soutenant que le droit au domicile est protégé par l'article 8 de la CESDH et qu'en conséquence, toute ingérence dans ce droit au doit être proportionnée au but légitime poursuivi et tenir compte à ce titre de l'ancienneté de son occupation des lieux et de sa particulière vulnérabilité due à son âge avancé (87 ans). La Cour de cassation approuve le raisonnement de la Cour d'appel et rejette le pourvoi. Les juges affirment tout d'abord que les mesures d'expulsion et de démolition d'un bien construit illégalement sur le terrain d'autrui caractérisent effectivement une ingérence dans le droit au respect du domicile de l'occupant. Cette ingérence est fondée « *sur l'article 544 du Code civil, selon lequel la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements, et sur l'article 545 du même code, selon lequel nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* ». Cette ingérence dans le droit au domicile des occupants permet de protéger le droit de propriété absolu qui est garanti par la DDHC et la CESDH. L'expulsion et la démolition sont les seules mesures de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien, c'est pourquoi « *l'ingérence qui en résulte ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété* ». Cet arrêt confirme la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle le droit de propriété prime le droit au logement⁵⁹.

L'arrêt du 17 mai 2018 s'inscrit ainsi dans la logique qui est celle de la jurisprudence constitutionnelle. En effet, dans une décision du 30 septembre 2011, le Conseil Constitutionnel explique que le droit au logement peut justifier que des restrictions soient apportées au droit de propriété, mais uniquement dans le cadre des lois qui le régissent⁶⁰. En effet, « *il appartient au législateur de mettre en œuvre l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent* ». Par conséquent, en l'absence de disposition légale protégeant l'occupant, les juges doivent permettre au propriétaire de « *recouvrer la plénitude de son droit sur le bien occupé illicitement* ».

⁵⁹ En effet, la Cour affirmait déjà que l'occupation sans droit ni titre d'un bien appartenant à autrui constitué un trouble manifestement illicite (Cass. civ. 3ème, 20 juin 2010, n°08-16.088). Dès lors, la mesure d'expulsion est proportionnée au regard de l'atteinte portée au droit de propriété, même si elle porte atteinte au droit au respect du domicile protégé par la CESDH, en plaçant les occupants dans une grande précarité (Cass. civ. 3ème, 21 décembre 2017, n°16-25.469).

⁶⁰ C.C., décision n° 2011-169 QPC du 30 septembre 2011, *Consorts M. et autres* [Définition du droit de propriété] – *Dalloz Actualités*, 7 oct. 2011, obs. G. FOREST; *D.* 2012. 2128, obs. B. MALLET-BRICOUT et N. REBOUL-MAUPIN ; *A.J.D.I.* 2011. 885, obs. N. LE RUDULIER ; *A.J.D.I.* 2012. 487, chron. F. ZITOUNI ; *A.J.C.T.* 2012. 51, obs. E. AUBIN.

Les mots ont un sens, les juges de la Cour de cassation n'ont pas employé la formule « *ne saurait être disproportionnée* » vainement. En effet, ils ne disent pas que l'ingérence n'était pas disproportionnée mais qu'elle ne saurait être disproportionnée, traduisant ainsi un contrôle de proportionnalité formel. D'ailleurs, la Cour de cassation conclut son raisonnement en indiquant que « *la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche inopérante, a légalement justifié sa décision* ». Implicitement, elle vient expliquer que la cour d'appel n'avait pas à réaliser un contrôle de proportionnalité entre le respect du droit au domicile et les mesures permettant au propriétaire de recouvrer la plénitude de son bien. Finalement, la Cour de cassation invite les juges du fond à considérer que toute expulsion d'un occupant sans droit ni titre est toujours proportionnée.

Que reste-t-il alors du droit au respect du domicile ? « *Rien ou presque pourrait-on dire, car l'ingérence qu'il consomme dans la sauvegarde du droit de propriété est toujours disproportionnée lorsque le propriétaire entend récupérer son bien. C'est dire que l'appréciation du juge est en quelque sorte paralysée* »⁶¹. La Cour de cassation réitère sa position dans un arrêt du 4 juillet 2019⁶². En l'espèce, plusieurs occupants sans droit ni titre d'une parcelle ont été assignés en expulsion par les propriétaires. La Cour d'appel fait droit aux propriétaires en retenant l'existence d'un trouble manifestement illicite et ordonne l'expulsion des occupants et l'enlèvement des caravanes. Pour la Cour d'appel, l'occupation sans droit ni titre du terrain d'autrui permet aux propriétaires d'obtenir l'expulsion des occupants « *sans que puisse leur être opposée la légitimité du but poursuivi d'atteindre l'objectif de valeur constitutionnelle de disposer d'un logement décent, la nécessité de satisfaire à cet objectif étant opposable, non pas aux particuliers, mais à la personne publique* ». Les occupants forment un pourvoi en cassation, ils soutiennent que la Cour d'appel n'a pas effectué de contrôle de proportionnalité alors que « *la perte d'un logement est une atteinte des plus graves au droit au respect du domicile* ». Ils lui reprochent de ne pas avoir mis en balance le droit de propriété avec le droit au respect du domicile. La Cour de cassation rejette le pourvoi et affirme que « *l'expulsion étant la seule mesure de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien occupé illicitement, l'ingérence qui en résulte dans le droit au respect du domicile de l'occupant, protégé par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété ; qu'ayant retenu à bon droit que, le droit de propriété ayant un caractère absolu, toute occupation sans droit ni titre du bien d'autrui constitue un trouble manifestement illicite* ».

⁶¹ A. TADROS, « Vers l'établissement d'une hiérarchie objective en faveur de la propriété au détriment du droit au domicile », *R.D.C.*, 2018, p. 452.

⁶² Civ. 3ème, 4 Juillet 2019, n° 18-17.119.

permettant aux propriétaires d'obtenir en référé l'expulsion des occupants, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche inopérante, a légalement justifié sa décision ».

La Cour de cassation reprend les termes qu'elle avait utilisés dans l'arrêt de 2018, afin de réaffirmer l'absoluité du droit de propriété. Il est d'ailleurs regrettable que la Cour vise le caractère absolu du droit de propriété alors que c'est l'exclusivité qui est en cause dans ces arrêts. Ainsi parce que la propriété est fondamentalement « *une relation exclusive entre une personne et un bien, celle-ci commande que l'immixtion d'autrui dans cette relation soit sanctionnée par la seule mesure qui permet de recouvrer cette exclusivité : l'expulsion* »⁶³. Pour les juges, le droit de propriété et le droit au logement ne sont pas du même rang, l'un est un droit fondamental, l'autre n'est qu'un objectif à valeur constitutionnelle. Le droit au logement est une finalité assignée au seul législateur, il ne saurait donc « *ôter au trouble que constitue, dans les circonstances de l'espèce, l'occupation sans droit ni titre, son caractère manifestement illicite* »⁶⁴. C'est pourquoi les atteintes portées au droit au respect du domicile des occupants sont nécessaires et seront toujours proportionnées puisqu'il s'agit de respecter le droit fondamental qu'est le droit de propriété. La Cour de cassation dispense les juges du fond d'effectuer tout contrôle entre la mesure de remise en état à ordonner et le droit au domicile de l'occupant. Il n'y a plus lieu de rechercher la proportionnalité de la mesure d'expulsion, une telle recherche est « *inopérante* » : « *Timidement reconnu, le droit au logement ne peut l'emporter sur le droit de propriété, dont la suprématie rend inutile l'exercice d'un contrôle de proportionnalité dès lors que la gravité, inhérente à sa supériorité, de l'atteinte qui y sera portée par une occupation illégale établit d'elle-même l'absence de disproportion de la mesure d'expulsion ordonnée en conséquence* »⁶⁵.

Cet arrêt est décrié par la majorité des associations protégeant les plus démunis et le droit au logement, telle que le Groupe d'information et de soutien des immigrées (Gisti) qui dénonce le refus de la Cour de cassation de « *mettre en balance le droit de propriété avec le droit à la protection du domicile des occupants de terrains ou de squats. Elle renie ainsi sa propre jurisprudence et s'oppose frontalement à la Cour européenne des droits de l'homme. Les personnes vulnérables contraintes de vivre en bidonville ou en squats – et parmi elles nombre d'étrangers et étrangères – feront les frais de cette volte-face rétrograde qui, aveugle à toute autre considération, entend rétablir une*

⁶³ R. BOFFA , « La propriété et le contrôle de proportionnalité », *D.* 2019, p. 2163.

⁶⁴ C.A. Paris - Pôle 01 ch. 086 décembre 2019 / n° 19/02201.

⁶⁵ M. HERVIEU, « Occupation illégale : primauté du droit de propriété sur le droit au logement », *Dalloz Actualité* - 27 septembre 2019.

prééminence absolue du droit de propriété »⁶⁶. En effet, en refusant d'opérer un contrôle de proportionnalité, la Cour de cassation s'oppose à la jurisprudence *Winterstein* de la CEDH. La Cour de Strasbourg considère que « *la perte d'un logement est une atteinte des plus graves au droit au respect du domicile* », c'est pourquoi elle juge que « *toute personne qui risque d'en être victime doit en principe pouvoir faire examiner la proportionnalité de cette mesure par un tribunal indépendant* ». La Cour européenne ajoutait que lorsque des arguments relatifs au droit à la protection du domicile sont invoqués devant ce tribunal, il doit « *les examiner en détail et y répondre par une motivation adéquate* ». Pourtant, la Cour de cassation a tout de même refusé de se livrer à un contrôle de proportionnalité et ce depuis son arrêt de 2017⁶⁷. Pour le GISTI, la Cour de cassation a renié une conception équilibrée de la mise en balance des intérêts à protéger, en affirmant que l'atteinte au droit au respect du domicile résultant d'une expulsion « *ne saurait être disproportionnée* ». La haute Cour en dispensant les juges du fond du contrôle de proportionnalité « *les invite du même coup à ordonner aveuglément les expulsions demandées, quelles que soient les circonstances (terrain inexploitable ou absence de projet d'aménagement, familles accompagnées par des associations, enfants scolarisés, projets d'insertion...)* »⁶⁸.

Qu'en est-il réellement ? Cette dispense du contrôle de proportionnalité entraîne-t-elle une rupture d'équilibre ? La réponse apparaît nécessairement positive. D'une part, parce que cette jurisprudence ne peut être viable : la France s'expose de façon certaine à une censure de la CEDH pour avoir refusé la mise en balance des droits fondamentaux. D'autre part, le droit de propriété doit-il toujours l'emporter sur le droit au logement, quelles que soient les circonstances, quitte à mettre en danger la vie des familles ? Montesquieu disait qu'« *il y a des cas où il faut mettre, un voile sur la liberté, comme l'on cache les statues des dieux* ». La CEDH l'approuverait en précisant qu'il y a des cas où il faut porter atteinte au droit de propriété pour offrir la solution la plus protectrice de l'intérêt légitime. Ce voile, seuls les juges peuvent décider à quelles conditions le mettre, une décision qu'ils ne peuvent prendre qu'en effectuant un contrôle de proportionnalité. C'est pourquoi la Cour de cassation renonce au contrôle de proportionnalité : elle refuse de porter atteinte au droit de propriété. Rappelons, qu'il était question dans les différents arrêts : de réfugiés syriens, d'un veuf de 87 ans, de familles Roms... ce sont toutes des personnes vivant dans une grande précarité ; ainsi dans ces cas-là, le contrôle de proportionnalité devrait amener la balance à pencher en leur faveur. Le droit de propriété ne serait plus absolu si le

⁶⁶ GISTI, « Bidonvilles et squats : en se rangeant du côté des propriétaires, la Cour de cassation se renie », 12 juillet 2019, <https://urlz.fr/k9Lp>

⁶⁷ Civ. 3ème., 21 Décembre 2017, n°16-25469.

⁶⁸ GISTI, « Bidonvilles et squats : en se rangeant du côté des propriétaires, la Cour de cassation se renie », *ibid.*

contrôle de proportionnalité était effectué... En effet, être propriétaire signifie avoir l'usus, l'abusus et le fructus de son bien, alors finalement que reste-t-il du droit de propriété si quiconque peut s'installer sur ledit bien? Si une famille peut installer des tentes dans le jardin d'un propriétaire, est-il alors toujours propriétaire ? Ainsi, refuser le contrôle de proportionnalité est le seul moyen permettant à la Cour de protéger coûte que coûte le droit de propriété, en dépit de la protection du droit au logement.

Ces décisions de la Cour de cassation mettent en exergue la difficulté pour ne pas dire l'impossible conciliation entre le droit de propriété et le droit au logement. La Cour de cassation, en affirmant la primauté du droit de propriété, altère l'équilibre fragile existant entre ces deux droits. Cette primauté n'a pas vocation à durer, la Cour de cassation est soumise au contrôle de la CEDH et elle devra nécessairement à un moment ou à un autre accepter d'opérer ce contrôle de proportionnalité. L'équilibre entre le droit de propriété et le droit au logement recherché par le pouvoir judiciaire est plus que jamais fragilisé.

B. La contractualisation du droit de propriété et du droit au logement

Si la quête d'un équilibre entre le droit de propriété et le droit au logement s'avère périlleuse pour le pouvoir judiciaire, elle l'est tout autant pour le pouvoir législatif. Le droit au logement peut justifier que des atteintes soient portées au droit de propriété mais uniquement dans le cadre des lois qui le régissent. En conséquence, il revient au pouvoir législatif de mettre en œuvre les mesures permettant au droit au logement de devenir effectif. Selon le Professeur Seube, « *le bail d'habitation n'échappe pas au vent de 'fondamentalisation' qui souffle sur tous les contrats. Il est même un laboratoire de premier ordre [...]* » puisqu'il mobilise les droits fondamentaux des deux parties : d'une part le droit de propriété du bailleur, d'autre part le droit au respect du domicile du locataire⁶⁹. Ainsi, le législateur a tout d'abord tenté d'installer un équilibre contractuel des baux d'habitation soumis à la loi du 6 juillet 1989 dite « loi d'équilibre » (1). Il a, en effet, restreint la liberté contractuelle en imposant une loi d'ordre public de protection visant à réguler les relations entre les bailleurs et les locataires. Ainsi, cette loi comporte des « *règles tendant à maintenir l'équité et l'équilibre des prestations respectives dans les accords contractuels* »⁷⁰. L'objectif principal de cette loi est de protéger le droit au logement du locataire, dit « partie faible au contrat » (2). Si la grande majorité des logements sont soumis à la loi de 1989, certains y échappent : c'est le cas des locations saisonnières. Raison pour laquelle, le législateur a instauré des normes permettant d'encadrer la prolifération de cette activité afin de protéger le droit au logement (3).

⁶⁹ J.-B. SEUBE, « La loi du 6 juillet 1989 et le droit commun », *A.J.D.I.* 2019.756.

⁷⁰ CA Amiens, 9 décembre 1974, *R.D.I.*, 1975, p. 772 (note P. MALAURIE).

1. Le droit au bail : une tentative d'équilibre

Selon le Professeur Seube, la loi de 1989 apparaît de plus en plus comme « *une législation émancipée du droit commun [...] En trente années, la loi de 1989 a peu à peu largué les amarres du droit commun pour elle-même devenir une sorte de droit commun du bail d'habitation* »⁷¹. La loi de 1989 est si précise et complète que le droit commun ne peut que s'estomper face à elle, comme en témoigne la rareté des arrêts de la Cour de cassation visant à la fois la loi de 1989 et le Code civil. La loi de 1989 vient de fêter ses trente ans, au cours desquels elle a connu bien des changements. Son évolution révèle un fort interventionnisme législatif : « *les modifications ont été quasi annuelles, avec en outre des lois dont l'ambition était d'apporter une réponse d'ampleur et définitive aux problèmes d'accès au logement* »⁷². En trente ans d'existence, la loi de 1989 est passée de 42 à 80 articles, dédiés à la poursuite de l'objectif énoncé à l'article 1^{er} de la loi : « *Les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés dans leurs relations individuelles comme dans leurs relations collectives* ». Ainsi, l'amélioration des rapports locatifs entre bailleurs et locataires passerait par un équilibre contractuel entre les parties. Cet équilibre contractuel permet d'éviter que la conjoncture économique influe sur la relation entre les parties, comme ce fut le cas après la Seconde Guerre mondiale. C'est pourquoi le législateur encadre le contenu du contrat de bail d'habitation : il est impératif de limiter les effets de la loi du marché, qui pourrait être défavorable au locataire. Cette loi de 1989 reprend une idée chère à la loi Quillot : celle de la négociation collective entre bailleurs et locataires. En effet, « *le but de ces rapports collectifs est d'accorder aux locataires un poids qu'à titre individuel, ils ne peuvent pas avoir face à un bailleur* »⁷³. Grâce à ces rapports collectifs, le locataire et le bailleur n'ont plus à négocier les éléments importants du contrat, qui sont encadrés par la loi (la durée, le prix, le contenu). La négociation ne portera que sur des éléments non-substantiels tels que les charges, l'entretien ou l'amélioration des immeubles loués. Cette loi de 1989 a l'ambition de trouver un juste équilibre entre les intérêts des locataires et des bailleurs ; l'idée étant de protéger le locataire en respectant les prérogatives du bailleur.

La loi de 1989 pose un certain nombre de règles qui vont permettre d'encadrer la relation contractuelle entre le bailleur et le locataire. Les règles posées par la loi de 1989 permettent d'équilibrer le contrat pour éviter que le

⁷¹ J.-B. SEUBE, « La loi du 6 juillet 1989 et le droit commun », *ibid.*

⁷² N. DAMAS & Y. ROUQUET, « Trente ans de la loi du 6 juillet 1989 : points de rupture et d'équilibre », *A.J.D.I.*, 2019.754.

⁷³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des contrats spéciaux : distribution, entremise, entreprise et louage*, Cours en ligne sur l'UNJF (2016) – URL : <https://cours.unjf.fr/enrol/index.php?id=2>

locataire soit victime d'abus de la part du bailleur. L'article 4, par exemple, pose une liste de clauses réputées non écrites dans le contrat de bail d'habitation :

« *Est réputée non écrite toute clause :*

d) Par laquelle le locataire autorise le bailleur à prélever ou à faire prélever les loyers directement sur son salaire dans la limite cessible ;

e) Qui prévoit la responsabilité collective des locataires en cas de dégradation d'un élément commun de la chose louée. (...) ».

Cette liste restreint considérablement la liberté contractuelle des parties afin de protéger le locataire. Le bailleur ne peut pas imposer à son locataire toutes ces clauses abusives, signe d'un contrat de bail strictement encadré. Le contrat de bail d'habitation est un contrat à part parce qu'il repose sur le logement. Le logement est aujourd'hui nécessaire à la vie de l'homme tout comme la nourriture et le travail, c'est pourquoi il est un contrat réglementé, protégé et équilibré.

La notion d'équilibre se retrouve tout d'abord dans les obligations mises à la charge de chacune des parties. Ces obligations sont mentionnées à l'article 6 pour le bailleur et à l'article 7 pour le locataire. Le bailleur doit tout d'abord remettre au locataire un logement décent « *en bon état d'usage et de réparation* », il est tenu « *d'y faire toutes les réparations, autres que locatives, nécessaires au maintien en état et à l'entretien normal des locaux loués* ». Les réparations autres que locatives comprennent les améliorations des parties communes de l'immeuble, les travaux nécessaires à l'entretien normal du logement, notamment les travaux liés à la vétusté du logement ou encore les « grosses réparations » telles que celles de la toiture. L'article 7 prévoit quant à lui que : « *Le locataire est obligé : de prendre à sa charge l'entretien courant du logement, des équipements mentionnés au contrat et les menues réparations ainsi que l'ensemble des réparations locatives définies par décret en Conseil d'État, sauf si elles sont occasionnées par vétusté, malfaçon, vice de construction, cas fortuit ou force majeure* ». Le locataire devra ainsi prendre à sa charge l'entretien du jardin, les réparations des mécanismes des portes et des fenêtres, il assure la propreté des murs, du plafond, des revêtements de sol ainsi que l'entretien de la plomberie et de certains éléments d'équipement électrique (interrupteurs, prises de courant, etc.). Ainsi, une répartition équilibrée des travaux entre le bailleur et le locataire est opérée par la loi. Il serait injuste de faire peser sur le locataire les « grosses réparations » puisqu'il n'a pas vocation à habiter le logement *ad vitam aeternam*. Il n'a pas à se charger des améliorations pérennes telle que la réparation du toit qui lui coûterait une fortune et profiterait

ensuite à un autre locataire lors de son départ. *A contrario*, il semble normal qu'il ait à sa charge les réparations locatives et courantes, nécessaires à son bien-être.

De plus, le bailleur se doit d'assurer au locataire une jouissance paisible du logement en garantissant notamment les vices ou les défauts de nature à faire obstacle. La Cour de cassation, dans un arrêt du 11 octobre 2018, a ainsi rappelé que le locataire est en droit de réclamer des dommages et intérêts à son bailleur en réparation du préjudice occasionné par le mauvais fonctionnement de son chauffage⁷⁴. Le chauffage ne fonctionnant pas, le locataire ne peut jouir paisiblement du bien. La jouissance paisible est aussi une obligation pour le locataire qui doit : « *user paisiblement des locaux loués suivant la destination qui leur a été donnée par le contrat de location* »⁷⁵ et de manière « *raisonnable* »⁷⁶. À cet effet, le locataire doit respecter le voisinage : éviter les nuisances sonores, ne pas avoir un comportement nuisible. Le locataire doit user du bien tel « *un bon père de famille* ». Il doit respecter la destination du bien, il s'agit d'un « bail d'habitation » ainsi le locataire ne peut en aucun cas transformer son logement en local commercial. L'irrespect de l'usage paisible et conforme du logement peut être sanctionné par la résiliation du bail d'habitation. La réciprocité de l'obligation pour le locataire et le bailleur permet là aussi d'équilibrer leurs relations. De même, le locataire devra par exemple répondre des dégradations et pertes « *qui surviennent pendant la durée du contrat dans les locaux dont il a la jouissance exclusive* »⁷⁷. Le propriétaire lui confie son bien, lui offre l'usus, il est ainsi normal que le locataire réponde de toutes dégradations ou pertes, cette obligation concorde ainsi avec la précédente : l'obligation de jouissance paisible. Il n'est pas question de briser les murs, les fenêtres ou endommager la plomberie du propriétaire du bien, le locataire s'exposerait à la résiliation du bail, là encore. Enfin, le locataire doit évidemment payer les loyers au propriétaire, en contrepartie de la jouissance paisible du bien. Ces différentes obligations imposées aux propriétaires et aux locataires participent à l'équilibre de leur relation. De même, la durée du bail encadrée par la loi de 1989, participe à cet équilibre. En effet, lorsque le logement est vide, le bail est conclu pour une durée minimale de trois ans lorsque le bailleur est un particulier ou une société civile immobilière familiale et de six ans lorsque le propriétaire est une personne morale. Lorsque le logement est meublé il est conclu pour une durée minimale d'un an. À la fin du bail, il peut être reconduit automatiquement ou renouvelé sur proposition du bailleur. L'obligation d'une durée minimum permet de protéger le locataire en lui offrant une stabilité. Le locataire est assuré de pouvoir rester dans le logement pendant la durée du bail,

⁷⁴ Civ.3ème, 11 octobre 2018, n°17-21286.

⁷⁵ Article 7 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

⁷⁶ Article 1728 du Code civil.

⁷⁷ Article 7 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

s'il respecte ses obligations. Dans le même temps, cette durée n'est pas excessivement longue afin de permettre au bailleur de récupérer sa propriété.

Il convient de faire ici un parallèle avec le contrat de prêt à usage. Aussi appelé commodat, le prêt à usage est défini à l'article 1875 du Code civil comme « *un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi* ». Il s'agit d'un prêt sans contrepartie financière qui peut porter sur tous types de biens qui ne se consomment pas par l'usage, mais est principalement utilisé pour les biens immobiliers. Le caractère gratuit du prêt à usage le distingue du bail d'habitation. Le contrat de prêt à usage obéit aux règles du Code civil, ce qui laisse ainsi une large place à la liberté contractuelle : la durée, les règles de congé et de préavis sont fixées librement. Cela permet au propriétaire de reprendre son bien à tout moment. Le prêt à usage peut être conclu à durée déterminée ou indéterminée. Comment mettre fin au contrat lorsqu'il est à durée indéterminée ? La question a fait l'objet de multiples palinodies.

En 1993, la Cour de cassation affirme que : « *le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée* »⁷⁸. Cette jurisprudence fait l'objet de critiques virulentes. En effet, « *elle sacrifiait le besoin du prêteur en conférant au contrat une durée incertaine fondée sur le seul besoin de l'emprunteur* »⁷⁹. Pour les juges de la haute Cour, le propriétaire qui prête gratuitement son bien à durée indéterminée ne peut le récupérer seulement lorsque l'emprunteur n'en a plus besoin. Dans le cadre du prêt au logement celui-ci pouvait donc devenir viager puisque le logement est un besoin durant toute la vie. Dans un arrêt du 4 mai 2000⁸⁰, la Cour de cassation souligne une nouvelle fois que le prêteur ne peut en aucun cas donner congé à l'emprunteur si son besoin n'a pas cessé : l'emprunteur est donc plus protégé que le locataire. Alors que le bailleur peut délivrer un congé à son locataire à la fin de la durée du bail, le prêteur lui n'en a pas le droit.

Finalement, dans un arrêt de 2004, la Cour de cassation opère un revirement jurisprudentiel en décidant de revenir au droit commun des contrats et déclare : « *lorsqu'aucun terme n'a été convenu pour le prêt d'une chose d'un usage permanent, sans qu'aucun terme naturel soit prévisible, le prêteur est en droit d'y mettre fin à tout moment, en respectant un délai de préavis*

⁷⁸ Civ. 1^{re}, 3 févr. 1993 n°89-18467, D. 1994. 248, 1^{re} esp., note A. BÉNABENT ; R.T.D. civ. 1994. 125, obs. P.Y. GAUTIER ; JCP 1994, II, n° 22239, note V. MORGAND-CANTEGRIT.

⁷⁹ P. PUIG, « Un revirement privé d'avenir : le prêt à usage peut encore être perpétuel ! », R.D.C., 2010, p. 144.

⁸⁰ Civ.3ème, 4 mai 2000, n° 98-11.783.

raisonnable »⁸¹. Ainsi, dans le prêt à usage, l'équilibre entre droit de propriété et droit au logement est difficile à trouver, en ayant permis un prêt viager la Cour a protégé de façon incommensurable l'emprunteur en dépit du droit de propriété. Le propriétaire n'est plus propriétaire s'il ne peut récupérer l'usus. Ainsi, il y avait là une forte atteinte au droit de propriété comme l'affirme le Professeur Puig : « *Il est tout aussi discutable d'affirmer que l'impossibilité pour le prêteur de récupérer le bien gracieusement mis à la disposition de l'emprunteur ne méconnaît pas son droit de propriété ni celui au respect de ses biens. Que l'emprunteur puisse se prévaloir d'un intérêt légitime, celui de se loger, est une chose. Que les restrictions apportées aux droits du propriétaire soient considérées comme proportionnées à la défense de cet intérêt en est une autre* »⁸². En effet, les restrictions apportées au droit de propriété dans ce cas précis n'étaient absolument pas proportionnées à l'intérêt légitime de l'emprunteur qui, rappelons-le, occupe le logement gratuitement. En permettant la résiliation unilatérale, les juges rétablissent l'équilibre entre les droits en présence : comme dans les contrats à durée indéterminée soumis au droit commun, l'une des parties peut mettre fin au contrat quand elle le souhaite.

La durée du contrat tant du bail que du prêt à usage est donc un levier permettant au pouvoir judiciaire et législatif d'équilibrer les droits de propriété et du logement dans les relations contractuelles.

Quid du contrôle de proportionnalité au sein des conflits juridiques entre bailleur et locataire ? La CEDH dans un arrêt *Vrzic c./ Croatie*⁸³ en date du 12 juillet 2016 souligne qu'en raison de la nature purement privée des intérêts en cause, il n'est pas nécessaire que le contrôle de proportionnalité soit réalisé par le juge. Elle réitère cette position dans un arrêt du 29 novembre 2018⁸⁴, en refusant d'enjoindre aux juridictions internes de s'immiscer dans les relations contractuelles entre le bailleur et le locataire par le biais du contrôle de proportionnalité. La Cour refuse ce contrôle de proportionnalité pour ne pas mettre en péril la sécurité juridique. Si la Cour européenne venait s'immiscer dans les rapports locatifs, notamment en imposant le contrôle de proportionnalité, les décisions seraient rendues au cas par cas. En effet, la Cour de cassation devrait par exemple juger que l'expulsion est proportionnée dans le cas où il s'agit d'un couple mais qu'elle est disproportionnée lorsqu'il s'agit d'une mère célibataire avec trois enfants. Le contrôle de proportionnalité aurait

⁸¹ Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, D. 2004. 903, note C. NOBLOT ; R.T.D. civ. 2004. 312, obs. P.-Y. GAUTIER ; *Defrénois* 2004, n° 38041, note R.CRÔNE ; C.C.C. 2004, Comm. n° 53, obs. L.LEVENEUR ; RDC 2004. 647, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; Civ. 3^e, 19 janv. 2005 et Civ. 1^{re}, 10 mai 2005, D. 2005. 2439, note Y. DAGORNE-LABBE.

⁸² P. PUIG, « Un revirement privé d'avenir : le prêt à usage peut encore être perpétuel ! », *ibid.*

⁸³ CEDH, 12 juillet 2016, *Vrzic c./ Croatie* (affaire n° 43777/13).

⁸⁴ CEDH, 29 novembre 2018, *F.J.M. c./ the United Kingdom* (affaire n° 76202/16).

des répercussions dommageables et imprévisibles dans les rapports entre bailleur et locataire et il porterait atteinte à la stabilité de législation nationale. Ainsi, la CEDH impose simplement aux législations internes de veiller à assurer un équilibre entre les droits des parties.

Pourtant, l'ambition d'un équilibre entre les droits et obligations des locataires et des bailleurs reste inassouvie dans la loi de 1989. En effet, il existe sur certains points un semblant d'équilibre, notamment dans la répartition des réparations ou les différentes obligations des parties. Cependant, en réalité, la loi de 1989 n'a pas pour objectif premier d'équilibrer les relations entre le bailleur et le locataire : son but est de protéger le locataire. En faisant de la liberté contractuelle un lointain souvenir, la loi de 1989 a créé un bail d'habitation « pro-locataire », souvent au détriment du propriétaire. Maître Richard explique ainsi que « *sur un temps long, le locataire a vu ses droits s'étendre, et inversement le propriétaire ses prérogatives se restreindre. Ce constat renforce bien entendu celui fait en liminaire de la qualité de la loi de 1989 qui, face à un équilibre introuvable, a permis d'apaiser les tensions en apportant assurément une certaine stabilité juridique* »⁸⁵. La loi de 1989 protège tant le locataire qu'elle est devenue une véritable source de contraintes pour le bailleur : l'obligation d'un logement décent, un droit de préemption pour le locataire, une fixation du loyer, des préavis et des congés strictement encadrés...

2. Le droit au bail : une protection du locataire face au bailleur

S'il est possible d'acheter en l'état, il n'est pas possible de louer en l'état : en effet, le Conseil constitutionnel érige la possibilité d'accéder à un logement décent en objectif à valeur constitutionnelle dans sa décision de 1995⁸⁶. À cette fin, le législateur impose au bailleur de « *remettre au locataire un logement décent ne laissant pas apparaître de risques manifestes pouvant porter atteinte à la sécurité physique ou à la santé, exempt de toute infestation d'espèces nuisibles et parasites, répondant à un critère de performance énergétique minimale et doté des éléments le rendant conforme à l'usage d'habitation* »⁸⁷. L'État, créancier du droit au logement fait ainsi peser sur le bailleur l'obligation de remettre au locataire un logement décent. De plus, un décret de 2002⁸⁸, pris en application de de la loi du 13 décembre 2000 (SRU), précise les

⁸⁵ D. RICHARD, « La loi du 6 juillet 1989 : retour critique sur un texte de plus en plus complexe », *R.D.I.*, 2019, p. 496.

⁸⁶ C.C., décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*.

⁸⁷ Article 6 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

⁸⁸ Décret n° 2002-120 relatif aux caractéristiques du logement décent pris pour l'application de l'article 187 de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, *JO* du 31 janvier 2002.

caractéristiques auxquelles doit répondre « un logement décent »⁸⁹. Ainsi, un logement décent dispose d'au moins une pièce habitable respectant la surface, la hauteur et le volume posés par le décret. Il doit prévenir des risques, à ce titre il doit assurer « le clos et le couvert » à l'occupant, c'est-à-dire le protéger des risques d'effondrement, de ruissellement ou d'infiltration. Il doit être suffisamment éclairé, ventilé et les réseaux électriques doivent répondre aux normes de sécurité en vigueur. Aussi, le logement doit assurer un certain confort : un chauffage, une alimentation d'eau potable, un coin cuisine... Enfin, le logement ne doit pas mettre en péril la santé du locataire, il doit être exempt de plomb ou d'amiante, par exemple. Ce décret a été complété par un décret de 2017 introduisant un critère de performance énergétique (étanchéité suffisante de l'air afin d'éviter les déperditions d'énergie.) Le bailleur doit répondre à l'ensemble de ces critères posés par les décrets. Le cas échéant, le locataire peut demander la mise en conformité du logement par lettre recommandée avec accusé de réception. Il convient de souligner que la validité du bail n'est pas remise en question par la demande de mise en conformité. Si le propriétaire ne répond pas dans les deux mois ou que les parties ne parviennent pas à un accord, le locataire peut saisir la commission départementale de conciliation et/ou en l'absence d'accord amiable le tribunal judiciaire. Il reviendra alors au juge de déterminer la nature des travaux à réaliser et le délai d'exécution. S'il l'estime nécessaire, le magistrat peut réduire le montant du loyer ou suspendre son paiement ainsi que la durée du bail jusqu'à l'exécution de ces travaux. Ainsi, lorsque le logement ne contient pas d'installation sanitaire et que la surface habitable est inférieure à celle prévue par le décret, les juges ont estimé que la demande du locataire tendant à obtenir une réduction du loyer est fondée⁹⁰. De plus, la suspension du loyer a été accordée par les juges lorsque l'appartement est envahi de cafards, dégradé et malodorant, ainsi que contraire aux exigences d'hygiène imposées par la loi de 1989⁹¹. Par ailleurs, lorsque le bailleur délivre un logement non-décent, il engage sa responsabilité et doit indemniser le locataire. Le préjudice résultant du manquement du bailleur à son obligation de délivrer un logement décent s'analyse comme la conséquence d'un trouble de jouissance. Ainsi, dans un arrêt du 4 juin 2014, la Cour de cassation a jugé que la présence de rongeurs, de peinture dégradée au plomb et d'une installation d'électricité vétuste au sein d'un logement le rendait indécemment et qu'il incombait au bailleur d'indemniser le locataire pour trouble de jouissance. L'obligation d'un logement décent découle finalement de la dignité humaine : le locataire doit pouvoir vivre dignement dans son logement.

⁸⁹ Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, JO n° 289 du 14 décembre 2000.

⁹⁰ ANIL, « Logement décent : note de jurisprudence », <https://www.anil.org/jurisprudences-logement-decent/> (2016).

⁹¹ *Idem.*

Par ailleurs, la loi de 1989 protège le locataire en réglementant la résiliation du bail. Tout d'abord, en cours d'exécution, le bailleur ne peut pas résilier le bail sauf en cas d'inexécution des obligations du locataire. En second lieu, lorsque le bail parvient à expiration, il a vocation à se poursuivre. En effet, à défaut de congé ou proposition de renouvellement, le bail est reconduit tacitement (art 10 al.2) pour une durée égale à celle du contrat initial (3 ou 6 ans). Ainsi, si le bailleur ne résilie pas, alors le contrat de bail persiste. La possibilité pour le propriétaire de récupérer son bien est d'ores et déjà amenuisée par ces dispositions. En effet, la tacite reconduction permet de protéger le locataire en lui offrant une certaine stabilité au sein du logement. Pour récupérer son bien le propriétaire doit donc procéder à la résiliation du bail mais le législateur, souhaitant protéger le locataire, a étroitement encadré cette possibilité. Ainsi, à l'expiration de la durée de celui-ci, le bailleur doit donner congé au locataire au moins six mois avant son terme par lettre recommandée avec accusé de réception ou acte d'huissier. À défaut de respecter ce délai minimum de 6 mois, le bail est reconduit d'office. Cependant, il ne suffit pas de donner congé six mois avant le bail, encore faut-il que ce congé soit motivé. La loi fournit au bailleur trois motifs permettant de motiver son congé : le congé pour reprise, pour vendre et pour un motif légitime et sérieux. Le congé pour reprise est possible lorsque le bailleur a besoin de se loger ou de loger sa famille (art 15). Le congé pour vendre permet au bailleur de vendre un local d'habitation vide qui a plus de valeur que s'il est habité. Cependant, le locataire a un droit de préemption sur ce logement. En effet, le propriétaire ne peut pas vendre son bien sans l'avoir proposé prioritairement à son locataire. Le congé vaut offre de vente et le locataire dispose d'un délai de deux mois pour se décider. Si le locataire ne préempte pas, alors il sera déchu de tout droit d'occupation du logement à l'expiration du délai de préavis (de 6 mois). Cependant, s'il ne préempte pas et que le bailleur décide, en définitive, de vendre le bien loué à des conditions ou à un prix plus avantageux, le locataire bénéficie alors d'un nouveau droit de préemption. Si le locataire préempte, le propriétaire n'a pas d'autre choix que le lui vendre, il ne peut pas choisir son acheteur sauf s'il vend à l'un de ses parents. Ainsi, une atteinte est portée à son droit de propriété et à sa liberté contractuelle, puisqu'il n'est pas libre de choisir son co-contractant. Enfin le congé pour un motif légitime et sérieux est explicité par le législateur comme, par exemple « *l'inexécution par le locataire de l'une des obligations lui incombant* » (art 15) : le plus fréquemment, il s'agit du défaut de paiement des loyers. Il appartient au juge d'apprécier souverainement si le motif invoqué par le bailleur dans la notification de congé constitue un motif légitime et sérieux de refus de renouvellement. En dehors de ces trois cas limitativement prévus par la loi, le bailleur ne peut pas refuser le renouvellement. Ainsi, il est porté une atteinte à son droit de propriété. Un propriétaire ne peut pas récupérer son bien sans motif valable, il doit justifier le fait qu'il souhaite récupérer ce qui lui appartient. La

loi de 1989 protège le locataire grâce à cette disposition mais nuit au droit de propriété : l'équilibre est rompu.

De surcroît, il existe des « locataires protégés »: ceux qui sont âgés de plus de 65 ans et qui ont de faibles ressources (inférieur au plafond en vigueur) ou ceux qui ont la charge de quelqu'un de plus de 65 ans et qui ont de faibles ressources⁹². Dans ces cas-là, le renouvellement du bail d'habitation est automatique et le bailleur ne peut pas donner congé aux locataires protégés, sauf s'il lui trouve une solution de relogement correspondant à ses besoins et à ses possibilités, qui soit situé dans le voisinage. Le propriétaire ayant des locataires protégés est dans l'impossibilité totale de récupérer son bien sauf s'il les relogé. Cette disposition prouve à quel point le législateur fait peser sur le bailleur l'objectif à valeur constitutionnelle qu'est la possibilité de disposer d'un logement décent. Il revient au bailleur, et non à l'État, de trouver une solution de relogement, alors qu'il souhaite simplement récupérer ce qui lui appartient de droit à la fin du bail d'habitation. L'adjectif « absolu » peut-il toujours habiller le droit de propriété lorsque le propriétaire n'est même plus en mesure de reprendre son bien ? Que le législateur souhaite protéger le locataire âgé cela semble relativement juste, mais qu'il oblige le bailleur à reloger celui-ci semble plus discutable. Cette disposition, là encore, porte atteinte au droit de propriété pour protéger le locataire. Précisons que cette disposition ne s'applique pas si le bailleur est âgé de plus de 65 ans ou qu'il a lui-même des ressources inférieures à celles fixées pour le locataire protégé, contrairement au locataire les conditions ne sont pas cumulatives. Par ailleurs, si le locataire protégé ne paie pas ces loyers le bail pourra être résilié. Cela permet de rétablir quelque peu l'équilibre entre le droit de propriété et le droit au logement, même si l'on s'aperçoit que cette loi de 1989 a pour but d'assurer une protection effective du locataire. En effet, *a contrario* le locataire peut facilement résilier le bail : il a un droit de résiliation unilatérale. La résiliation du contrat de bail à l'initiative du locataire peut intervenir à tout moment, de façon discrétionnaire : il n'a nullement besoin de motiver son départ⁹³. Le locataire doit simplement respecter un délai de préavis de trois mois, qui peut même être réduit à un mois dans certains cas (mutation, perte d'emploi, appartement en zones tendues...). Il lui suffit donc d'envoyer son congé par lettre recommandée avec accusé de réception, trois mois (ou un mois) avant de quitter le logement. Ainsi, le bailleur ne peut résilier le contrat qu'à la fin du bail et doit prévenir son locataire six mois avant, mais le locataire peut mettre fin au contrat quand il veut et doit prévenir son bailleur trois semaines ou un mois avant. Ces dispositions permettent de se rendre compte à quel point la loi de 1989 est loin d'établir un réel équilibre entre les parties : il est évident que ces dispositions sont protectrices du locataire avant tout. Cette différence de traitement est due à la différence de conséquences pour les parties :

⁹² Article 15 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

⁹³ Article 12 de la loi de 1989.

lorsque le locataire résilie le bail, le bailleur perd un loyer en revanche quand le bailleur résilie le bail, le locataire perd son logement. Les conséquences sont bien plus graves pour le locataire qui n'a plus d'endroit pour vivre, c'est pourquoi cette loi lui assure une stabilité et une protection en ne permettant pas au bailleur de pouvoir résilier facilement le contrat de bail.

Cette protection accordée par la loi de 1989 passe aussi par la réglementation de l'élément le plus important du contrat : le prix. En effet, en principe, le loyer est librement fixé au moment de la conclusion du bail d'habitation⁹⁴. En cours d'exécution, le montant du loyer ne peut être révisé qu'une seule fois, et seulement si une clause du bail d'habitation le prévoit. Pour réviser le montant du loyer, le propriétaire doit se baser sur l'indice de référence des loyers (IRL) car l'augmentation annuelle du loyer est plafonnée par l'évolution sur un an de l'IRL⁹⁵. Il n'est donc pas libre d'augmenter le loyer librement. De plus, la loi ALUR, en 2014 ambitionnait d'encadrer les loyers dans des zones dites « tendues »⁹⁶, c'est-à-dire les communes (28) rencontrant des difficultés d'accès au logement dues à un déséquilibre entre l'offre et la demande. Dans ces communes, les écarts entre les loyers pratiqués et les revenus des ménages français étaient de plus en plus grands, ainsi la loi ALUR souhaitait favoriser l'accession au logement. Seules les agglomérations de plus de 50 000 habitants sont visées par ces dispositions : comme par exemple Nice, Paris, Marseille, Bordeaux et Montpellier. Elle met en place un observatoire des loyers, ayant pour but de fixer, à partir de statistiques, des loyers de référence⁹⁷:

- Un loyer médian calculé à partir de la moyenne de loyers existants sur le marché.
- Un loyer médian majoré de 20% fixé chaque année par décret et qui permet d'adapter le montant du loyer.

⁹⁴ Art 17 de la loi de 1989.

⁹⁵ Art 17-1 de la loi de 1989.

⁹⁶ Le décret n° 2013-392 du 10 mai 2013 relatif au champ d'application de la taxe annuelle sur les logements vacants instituée par l'article 232 du code général des impôts pose la liste des zones tendues en France. Cette liste est applicable pour l'encadrement des loyers et la taxe des logements vacants.

⁹⁷ « Dans les zones d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants où il existe un déséquilibre marqué entre l'offre et la demande de logements, entraînant des difficultés sérieuses d'accès au logement sur l'ensemble du parc résidentiel existant [...] le représentant de l'État dans le département fixe chaque année, par arrêté, un loyer de référence, un loyer de référence majoré et un loyer de référence minoré, exprimés par un prix au mètre carré de surface habitable, par catégorie de logement et par secteur géographique » (L. n° 89-462, 6 juill. 1989 : JO 8 juill. 1989, p. 8541, art. 17, modif. par L. n° 2014-366, 24 mars 2014, art. 6).

- Un loyer plancher (médian minoré, 30% inférieur au loyer médian) en dessous duquel un propriétaire pourra augmenter le loyer.

Ce dispositif a été mis en œuvre par le décret du 10 juin 2015 délimitant le périmètre géographique des zones tendues et les modalités de détermination des loyers de référence. L'application du dispositif nécessitait ensuite la publication d'un arrêté déterminant les montants des loyers de référence dans chaque ville concernée. Ce dispositif d'encadrement des loyers portait une atteinte incommensurable au droit de propriété puisque le propriétaire ne peut plus fixer librement son loyer. Ainsi, de nombreuses collectivités locales ont refusé d'appliquer ce dispositif sur leur territoire. Raison pour laquelle le Premier ministre Manuel Valls dans son discours du 9 août 2014, soit moins de six mois après l'adoption de la loi, affirmait que « *le dispositif sera donc appliqué [uniquement] à titre expérimental à Paris* » car « *les conditions techniques ne sont pas réunies* », ainsi « *il ne sera pas étendu aux autres agglomérations concernées tant qu'un bilan sur sa mise en œuvre n'aura pas été réalisé* ». Cette déclaration pose un véritable problème en termes d'« équilibre institutionnel » puisqu'un Premier ministre vient écarter une disposition d'une loi adoptée par le Parlement. C'est pourquoi le Conseil d'État a estimé dans une décision du 15 mars 2017 que le Premier ministre ne pouvait pas « *procéder à une mise en œuvre de la loi à titre expérimental lorsque la loi ne l'a pas elle-même prévue* »⁹⁸. En conséquence, le gouvernement était tenu de mettre en œuvre l'encadrement des loyers dans les communes où le dispositif faisait défaut. Cependant, ce dispositif fut finalement un échec puisque les arrêtés préfectoraux pris à Paris et Lille ont été annulés par la Cour administrative d'appel au motif qu'ils auraient dû concerner toute l'agglomération parisienne et lilloise et non les seules capitales. L'encadrement des loyers par la loi ALUR s'est donc révélé être un véritable échec, pourtant cela ne signifie pas qu'il soit définitivement enterré. En effet, la loi ELAN définit un régime d'encadrement des loyers qui n'est désormais applicable qu'à titre expérimental pour une durée de cinq ans, et selon la volonté de chaque commune.⁹⁹ Ainsi les communes dites « tendues » et répondant aux conditions fixées par la loi ELAN peuvent adopter ce dispositif, permettant au préfet de fixer par arrêté des loyers de référence (loyer médian, loyer de référence majoré, loyer de référence minoré). Les propriétaires ayant des biens dans les communes appliquant ce dispositif (pour l'instant simplement Paris et Lille l'ont adopté) devront fixer leur loyer en fonction de l'arrêté du préfet. Le loyer ne pourra pas excéder le loyer de référence majoré, fixé par le préfet, et le bailleur ne respectant pas ce dispositif s'expose à une action en diminution du loyer. De plus, la loi ELAN introduit la possibilité pour le préfet de département de sanctionner, après mise en demeure, les propriétaires ne respectant pas les plafonds de loyers préfectoraux, et ce

⁹⁸ CE, 15 mars 2017, n°391654.

⁹⁹ Article 17 de la loi 1989.

même si le locataire ne conteste pas son loyer : le préfet peut infliger une amende pouvant atteindre 5.000 € pour une personne physique et 15.000 € pour une personne morale. Cette mesure si elle permet de faciliter l'accès au logement, bride le propriétaire qui ne peut plus fixer son loyer librement dans ces communes.

Si la loi de 1989 porte atteinte au droit de propriété et à la liberté contractuelle, il semble tout de même qu'elle reste globalement respectueuse des droits et libertés fondamentaux des contractants. C'est en tout cas ce qu'affirme le Conseil constitutionnel qui a eu l'occasion de se prononcer sur la conformité des dispositions de cette loi à la Constitution. Dans une décision du 20 mars 2014, il affirme ainsi que : « *L'article 5 modifie l'article 15 de la loi du 6 juillet 1989 relatif au congé qui peut être donné par le bailleur au locataire. Il apporte une protection accrue aux locataires âgés disposant de faibles ressources, ce qui n'est pas contraire à la Constitution* »¹⁰⁰. Ainsi, la disposition sur les « locataires protégés » est respectueuse de la Constitution. De même, concernant l'encadrement des loyers « *L'article 6 met en place un encadrement des prix des loyers dans les zones d'urbanisation de plus de 50 000 habitants connaissant des difficultés sérieuses d'accès au logement [...] Ce mécanisme est institué dans le but de lutter contre les difficultés d'accès au logement. Le Conseil a jugé ces dispositions conformes à la Constitution* »¹⁰¹.

Pour juger ces deux articles susmentionnés conformes à la Constitution, les Sages précisent à chaque fois les raisons pour lesquelles ils ont été mis en place : l'un pour protéger le locataire âgé, l'autre pour faciliter l'accès au logement. Ainsi, le Conseil constitutionnel qui exerce un contrôle *a priori* considère que les atteintes au droit de propriété sont finalement proportionnées à l'objectif constitutionnel qu'est le droit au logement. Par ailleurs, les Sages ont depuis 2009 l'occasion de se prononcer *a posteriori* sur la constitutionnalité d'une disposition législative contestée par un justiciable : il s'agit de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Cependant, rares sont les QPC qui ont réussi à passer le filtre de la Cour de cassation.¹⁰² En effet, par exemple dans une décision du 20 juin 2019, la Cour de cassation répond à un justiciable invoquant

¹⁰⁰ Cons. const., décision n° 2014-691 DC du 20 mars 2014, *Loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové*.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² V. par exemple, pour des questions non transmises au Conseil constitutionnel : QPC, Civ. 3^e, 20 juin 2019, n° 19-40.009, *D.* 2019. 1336 ; QPC, 28 juin 2018, n° 18-40.015 ; QPC, 16 janv. 2018, n° 17-40.059 ; QPC Civ. 3^e, 9 févr. 2017, n° 16-22.445, *D.* 2017. 1149, obs. N. DAMAS ; *ibid.* 2018. 1117, obs. N. DAMAS ; *A.J.D.I.* 2017. 444, obs. N. DAMAS ; QPC Civ. 3^e, 3 déc. 2015, n° 15-18.194, *D.* 2016. 1102, obs. N. DAMAS ; *A.J.D.I.* 2016. 430, obs. N. DAMAS ; QPC, Civ. 3^e, 17 juin 2015, n° 15-40.009, *D.* 2016. 1102, obs. N. DAMAS.

la contrariété de l'article L. 412-1 du code des procédures civiles d'exécution¹⁰³ à l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue le droit au logement : « celle-ci ne présente pas un caractère sérieux dès lors que les dispositions de l'article L. 412-1 du code des procédures civiles d'exécution [...] s'inscrivent dans un dispositif global destiné à protéger les locaux servant à l'habitation et à faciliter le relogement des occupants, tendent à assurer la nécessaire conciliation entre le droit de propriété, droit constitutionnel [...] D'où il suit qu'il n'y a pas lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ». Et les QPC qui parviennent jusqu'au Conseil constitutionnel sont généralement rejetées, comme celle du 22 février 2019¹⁰⁴, relative à la pénalité en cas de retard de restitution du dépôt de garantie. Ainsi, le législateur créancier de l'objectif constitutionnel qu'est la possibilité de disposer d'un logement décent a mis en place un certain nombre de normes permettant de parvenir à cet objectif et ce même si une certaine atteinte est portée au droit de propriété. La réglementation stricte des baux d'habitations, si elle reste perfectible, est révélatrice d'un fort interventionnisme législatif permettant une protection efficace du locataire¹⁰⁵.

Pourtant, certains comportements du locataire restent largement discutables. Le professeur Philippe Malinvaud prend pour exemple la conformité des états des lieux d'entrée et de sortie¹⁰⁶. En effet, un dépôt de garantie d'un mois de loyer est généralement demandé au locataire, lors de la conclusion du bail d'habitation : celui-ci permet de couvrir les éventuels manquements du locataire (loyers ou charges impayés, réalisation des réparations locatives, etc.). Ce dépôt doit être restitué au locataire lors de sa sortie du logement dans un délai d'un mois ou deux mois selon la conformité ou la non-conformité des états des lieux (d'entrée et de sortie)¹⁰⁷. Or, le professeur observe un véritable changement des « *us et coutumes* » : il explique que désormais le locataire s'attend à ce que le logement soit impeccable, exempt de tous travaux « *un peu comme un logement AIRBNB* », et lors de sa sortie du logement il est toujours persuadé d'avoir satisfait ses obligations d'entretien, ce qui n'est que rarement le cas. Ainsi, la conformité des états des lieux n'est pas perçue de la même façon par le bailleur et le locataire. De plus, le bailleur est souvent obligé de réaliser des travaux importants, dépassant largement le montant du dépôt de garantie, lors de la sortie du locataire, afin de pouvoir relouer son appartement à un nouveau

¹⁰³ Relatif à la suppression du délai de deux mois suivant le commandement d'avoir à libérer les lieux lorsque les occupants sont entrés dans les lieux par voie de fait.

¹⁰⁴ C.C., décision n° 2018-766 QPC du 22 février 2019, *Mme Sylviane D.* [Majoration du dépôt de garantie restant dû à défaut de restitution dans les délais prévus].

¹⁰⁵ V. Sur ce point : N. DAMAS, « Trente ans de la loi du 6 juillet 1989 : points de rupture et d'équilibre », *A.J.D.I.*, 2019. 754.

¹⁰⁶ P. MALINVAUD, « Propriétaire versus locataire et vice versa », *R.D.I.* 2020 p. 53.

¹⁰⁷ Article 22 de la loi de 1989.

locataire qui s'attend à un logement impeccable¹⁰⁸. Ces travaux sont en plus difficiles à amortir, lorsque le taux de rotation des locataires est important.

C'est l'une des nombreuses raisons pour laquelle, les propriétaires se tournent de plus en plus vers la location saisonnière, moins encadrée, plus souple et plus rentable.

3. La location saisonnière : un régime favorable au droit au logement

La location saisonnière n'entre pas dans le champ d'application de la loi de 1989, c'est pourquoi le législateur a dû imposer des normes permettant de protéger ce type de locataire. La loi n° 70-9 du 2 janvier 1970¹⁰⁹ définit la location saisonnière comme « *la location d'un immeuble conclue pour une durée maximale et non renouvelable de quatre-vingt-dix jours consécutifs* »¹¹⁰. En effet, comme son nom l'indique, la location doit être temporaire elle n'a pas vocation à durer dans le temps.

La durée de ce type de location lui permet donc d'échapper à la réglementation du bail d'habitation¹¹¹. Ainsi, la liberté contractuelle demeure la règle dans ce type de contrat : les parties sont libres de négocier le prix, la durée et les conditions du contrat. Néanmoins, des règles viennent encadrer ce contrat spécifique, notamment depuis la prolifération des plateformes numériques telles que AIRBNB qui permettent la location de biens immobiliers en ligne. Il devenait essentiel d'encadrer le régime de la location saisonnière des meublés de tourisme. Ainsi, le contrat de location saisonnière est régi par les articles 1709 et suivants du Code civil, complétés par les articles L. 324-1 et suivants du Code du tourisme. De plus, la loi ALUR de 2014 est venue encadrer les meublés touristiques de courte durée, en fixant des règles plus ou moins strictes selon qu'elles portent sur la résidence principale ou secondaire du loueur.

Tout d'abord, l'article L324-1-1 du Code de tourisme définit les meublés de tourisme comme étant « *des villas, appartements ou studios meublés, à l'usage exclusif du locataire, offerts à la location à une clientèle de passage qui n'y élit pas domicile et qui y effectue un séjour caractérisé par une location à la journée, à la semaine ou au mois* ». Le meublé de tourisme a donc vocation à devenir le logement du locataire pour une courte durée, il s'agit bien d'une

¹⁰⁸ Plafonné généralement à un mois de loyer par la loi de 1989.

¹⁰⁹ Loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce.

¹¹⁰ Article 1-1 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce.

¹¹¹ Sur l'incompatibilité entre location saisonnière et utilisation des lieux à titre d'habitation principale, v. Cass. 3e civ., 5 nov. 2015, n° 14-20.295 : *JurisData* n° 2015-024790 ; *Loyers et copr.* 2016, comm. 10.

location saisonnière. Ce meublé de tourisme doit parfois faire l'objet d'une déclaration. En effet, l'article L324-1-1 prévoit qu'il doit être déclaré à la mairie de la commune où est situé le bien. Il existe plusieurs types de déclarations suivant la commune où se situe le bien et suivant qu'il s'agit de la résidence principale ou secondaire.

Pour les résidences secondaires, la déclaration est obligatoire, cependant la procédure n'est pas toujours la même suivant la commune où est situé le bien : parfois il s'agira de demander l'autorisation de changement d'usage puis de déclarer le meublé en mairie (c'est le cas lorsque la mairie utilise un numéro de déclaration : Paris, Lyon, Cannes, Bordeaux par exemple). Si le bailleur n'a pas obtenu l'autorisation de changement d'usage, il risque une amende civile pouvant aller jusqu'à 50 000 €¹¹². À Paris, la politique de la location saisonnière est encore plus stricte : en effet, pour éviter la pénurie de logements, la mairie de Paris a assorti l'autorisation de changement d'usage d'une obligation de compensation. Il s'agit de transformer des surfaces commerciales en logements, pour compenser la perte de surfaces d'habitation du local transformé. Par exemple, si le bailleur transforme un studio de vingt-cinq mètres carrés en meublé touristique alors il devra proposer une surface d'habitation nouvelle de cinquante mètres carrés à l'appui de sa demande de changement d'usage. Cette démarche est pratiquement impossible tant elle est fastidieuse et le coût est exorbitant : ainsi, peu de bailleurs réalisent la démarche. Cette mesure mise en place à Paris porte atteinte au droit de propriété de façon implicite : en bridant le propriétaire qui ne peut plus faire ce qu'il souhaite de son bien, le changement d'usage étant extrêmement compliqué. Par ailleurs, pour les villes de plus de 200.000 habitants¹¹³, il faudra faire la déclaration de changement d'usage puis obtenir l'autorisation (la sanction du défaut d'autorisation est aussi de 50 000 euros) et enfin dans toutes les autres communes il s'agira d'une déclaration simple sans autorisation : le défaut de déclaration est sanctionné de 450 euros.

De plus, en principe, la déclaration n'est pas obligatoire lorsqu'il s'agit de la résidence principale du bailleur¹¹⁴. La résidence principale est entendue au sens de l'article 2 de la loi de 1989, le bailleur doit occuper le logement au moins huit mois par an. Ainsi, par exemple, aucune déclaration n'est obligatoire si le bailleur loue sa résidence principale seulement pour les deux mois d'été. Cependant, face à la prolifération des plateformes en ligne, la loi « pour une République numérique » offre la possibilité à certaines communes (celles de plus de 200 000 habitants, pour l'essentiel) de mettre en place une procédure de

¹¹² Code du tourisme, articles L324-1 à L324-2-1.

¹¹³ Toutefois, toutes les communes peuvent faire le choix de cette procédure, même si elles ont moins de 200 000 habitants.

¹¹⁴ Au sens de l'article 2 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

déclaration en mairie du logement afin d'obtenir « un numéro de déclaration » devant être publié dans leur annonce¹¹⁵. La loi a pour but de contrôler les propriétaires qui louent leur logement principal de façon occasionnelle à des fins touristiques. Le décret « AIRBNB » de 2017 vient préciser cette procédure : dorénavant, les communes peuvent se réserver le droit de contraindre les propriétaires de meublés en tourisme à disposer d'un numéro d'enregistrement (c'est le cas de Paris, Lyon, Annecy, Bordeaux, Aix-en-Provence, etc.)¹¹⁶. Ainsi, dans ces grandes villes, le principe est devenu exception. Désormais, les propriétaires qui louent leur résidence principale devront le déclarer à la mairie. Cette obligation permet de surveiller les propriétaires. En effet, rappelons que la location saisonnière de la résidence principale ne peut excéder 120 jours. À cette fin, le numéro d'enregistrement permettra de veiller à ce que les propriétaires ne dépassent pas la limite de 120 jours. D'autre part la commune peut demander à la plateforme de lui communiquer le nombre de jours au cours desquels le meublé de tourisme ayant tel numéro a fait l'objet d'une location par son intermédiaire¹¹⁷. Une fois les 120 nuitées dépassées, le logement est considéré comme une résidence secondaire et non plus comme une résidence principale, et doit faire l'objet d'une nouvelle déclaration ou autorisation de changement d'usage auprès de la commune. L'objectif est d'éviter les abus des propriétaires qui font une concurrence déloyale à l'hôtellerie, mais aussi et surtout d'éviter une pénurie de logement longue durée. En effet, louer à court terme signifie retirer le logement du parc locatif longue durée et Fabrice Abraham, Directeur général du réseau Guy Hoquet, constate « *depuis de longs mois déjà sur le terrain que les zones tendues souffrent de propriétaires se détournant d'un bail de longue durée, préférant proposer ce même bien à la location saisonnière car plus rémunérateur. Ce phénomène contribue à ce que le marché déséquilibré entre offre et demande se tende de plus en plus et les prix grimpent inexorablement...* »¹¹⁸. Les locations saisonnières sont-elles réellement plus rentables que la location classique ? En octobre 2017, le cabinet Asterès a étudié la question à partir du site d'AIRBNB¹¹⁹. L'étude dévoile qu'à partir de 126 nuitées, la location saisonnière sur AIRBNB est plus rentable qu'une location classique sur toute l'année : « *À titre d'exemple, à partir de la 200e nuit, là où une location via Airbnb à Bordeaux génère un bénéfice de près de 3500 euros par an, le profit réalisé avec une location classique se limite à un peu plus de*

¹¹⁵ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JO n°0235 du 8 octobre 2016.

¹¹⁶ Décret n° 2017-678 du 28 avril 2017 relatif à la déclaration prévue au II de l'article L. 324-1-1 du code du tourisme et modifiant les articles D. 324-1 et D. 324-1-1 du même code, JO n° 0102 du 30 avril 2017.

¹¹⁷ Article 145 de la loi ELAN.

¹¹⁸ H. DUPUY, « Airbnb : de nouvelles amendes pour les loueurs qui ne sont pas dans les clous », Les Échos, 1^{er} mars 2018.

¹¹⁹ F. BRILLET, « Loueurs ou locataires : à qui profite le plus Airbnb ? », Capital, 19 Avril 2019.

1000 euros »¹²⁰. Ainsi, si la durée légale de 120 jours est souvent dépassée par les propriétaires c'est souvent parce que la location saisonnière est plus rentable que la location classique. De plus, dans la location saisonnière, le droit de propriété du bailleur est moins mis à mal que dans la location à l'année soumise à la loi de 1989. La possibilité laissée aux communes de contrôler le nombre de nuitées via les numéros de déclaration permettra donc de réduire les abus, d'autant que les sanctions sont très dissuasives. En effet, le bailleur risque jusqu'à 5 000 euros d'amende en cas d'absence du numéro d'enregistrement dans son annonce et il s'expose à une amende de 10 000 euros s'il loue plus de 120 nuits ou s'il refuse de transmettre le décompte des nuitées des locations.

Ainsi, en posant un nombre de nuitées maximum et en offrant les moyens de contrôle et de sanction nécessaires, la loi régule les abus et permet une meilleure rentabilité. Si le bailleur perçoit plus de revenus en location saisonnière qu'en location classique, son choix se portera sur la location à court terme, d'autant que cela lui permettrait d'échapper aux nombreuses contraintes du bail d'habitation. Et si le bailleur ne loue plus en location longue durée, alors cela générerait une véritable crise du logement ! En effet, les locataires seraient obligés de louer sur une courte durée et bien plus cher. D'autant qu'ils ne seront plus autant protégés que dans le bail d'habitation : aucune stabilité ne leur est assurée. C'est pourquoi, il est nécessaire que les pouvoirs publics régulent cette activité aussi bien pour les résidences secondaires, via l'obligation de déclaration et d'autorisation, que pour les résidences principales. D'ailleurs, à Paris, les élus souhaitaient même diminuer le nombre maximum de nuitées pour passer à 60. Cependant, l'amendement n'a pas été accepté par l'Assemblée nationale en octobre 2019. Le maire de Paris a fustigé les élus ayant voté contre l'amendement car : « *ils jurent la main sur le cœur qu'ils sont prêts à s'attaquer aux plates-formes de location de meublés de courte durée, mais en réalité ils votent systématiquement pour conforter leurs intérêts. Ce double discours ne va pas dans le sens de ce que nous demandent les Parisiennes et les Parisiens, à savoir d'encadrer davantage ce mode de location qui impacte l'accès au logement et la vie de nos quartiers* »¹²¹. S'il est clos pour le moment, le débat ne tardera sûrement pas à refaire surface : l'encadrement de ce type de location étant nécessaire pour éviter une crise du logement, et la législation française est relativement clémente sur ce point par rapport aux autres pays du monde (à Londres, Seattle ou San Francisco la durée maximale de location est de 90 jours, à New-York elle est de 30 jours¹²²!).

¹²⁰ G. ERRARD, « À Paris, louer sur Airbnb est rentable à partir de 126 nuits par an », *Le Figaro Immobilier*, 2 mars 2018.

¹²¹ C. HENRY, « Paris : un amendement pour limiter le nombre de nuitées Airbnb », *Le Parisien*, 18 octobre 2019.

¹²² L. MOTET, « Locations saisonnières : que dit la loi ? », *Le Monde*, 4 août 2017.

Par ailleurs, selon l'article L324-2 du Code de tourisme, le contrat de location saisonnière doit être conclu par écrit et contenir l'indication du prix demandé ainsi qu'un état descriptif complet des lieux. C'est une obligation d'information, le locataire doit savoir exactement ce qu'il va louer. En cas de renseignements inexacts, le bailleur risque une amende de 4^{ème} classe, voire une annulation du contrat pour vice de consentement comme ce fut par exemple le cas dans l'affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation le 11 mai 1993¹²³.

Enfin, le bailleur doit répondre à un certain nombre de normes pour pouvoir louer son bien en location saisonnière. En premier lieu, la location n'a pas à répondre aux critères de décence telle que la surface des pièces ou les normes énergétiques, fixés par le décret n° 2002-120 du 30 janvier 2002, mais il doit répondre aux normes fixées par le décret n° 87-149 du 6 mars 1987. Celui-ci pose des exigences concernant les dimensions des pièces, l'étanchéité et l'entretien du logement, la luminosité et la ventilation, la composition de la cuisine et de la salle d'eau, de l'alimentation en gaz, électricité et eau, etc.) Le bailleur a tout intérêt à respecter ces normes et à offrir un logement décent. Dans le cas contraire, le locataire pourrait engager la responsabilité du bailleur pour inexécution contractuelle en cas de logement indécent : ce sont les sanctions du Code civil qui s'appliquent.

Toutefois, il n'en reste pas moins que la réglementation de la location saisonnière deviendra sûrement plus stricte dans les années à venir tant cette dernière prolifère, et ce afin de préserver le droit au logement. Comme dans le cadre du bail d'habitation, il semble que des atteintes au droit de propriété soient nécessaires pour pouvoir atteindre cet objectif constitutionnel de décence du logement. L'on admet le principe d'une limitation du droit de propriété pour répondre à des exigences d'intérêt général, tel que les objectifs sociaux. Mais limitation ne peut signifier dénaturation. François Luchaire, considère le droit de propriété comme un droit « artichaut » : « *même si on lui retire une série d'attributs, il reste lui-même ; sauf si l'on touche au cœur, auquel cas il disparaît* »¹²⁴. Alors jusqu'où peut-on porter atteinte au droit de propriété ? À partir de quel moment basculons-nous dans la dénaturation ? À quel moment touche-t-on le cœur même du droit de propriété ?

¹²³ Civ., 3ème, 11 mai 1993, n° 1993-001695.

¹²⁴ F. LUCHAIRE, « La Constitution et la propriété », *ibid.*

II. Le risque d'une dénaturation du droit de propriété

La recherche d'un équilibre entre droit de propriété et droit au logement est aujourd'hui un véritable échec. En effet, le droit au logement n'a cessé de porter atteinte au droit de propriété par le biais de législations protectrices du locataire. Le droit de propriété absolu ô combien adoré par les révolutionnaires n'existe plus. Pour autant, ces limitations sont nécessaires pour parvenir à l'objectif constitutionnel qu'est le droit au logement. Mais il est impératif de trouver la frontière entre limitation et dénaturation. En effet, le droit de propriété, s'il peut être limité, ne doit pas être dénaturé par le droit au logement. Or, les atteintes, toujours plus vigoureuses, toujours plus véhémentes, se multiplient dans le but de protéger les locataires au détriment du propriétaire. Et ces atteintes finissent par mettre en danger le droit de propriété qui est aujourd'hui menacé (A). Face à ce risque de dénaturation du droit de propriété, il est indispensable de réfléchir à des pistes permettant de rééquilibrer le droit de propriété et le droit au logement. Car cet équilibre inassouvi à l'heure actuelle est pourtant indispensable en ce qu'il permet aux deux droits de coexister. En effet, si le droit au logement et le droit de propriété se confrontent naturellement, cela ne signifie pas qu'ils sont inconciliables. Mais cette conciliation n'est possible que si chaque droit peut être garanti sans mettre en péril l'un d'entre eux. C'est pourquoi il est nécessaire de trouver des solutions permettant la sauvegarde du droit de propriété (B).

A. Un droit de propriété menacé

Le Conseil constitutionnel affirme dans une décision du 25 juillet 1989¹²⁵ que « *les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux et par des limitations exigées au nom de l'intérêt général ; que c'est en fonction de cette évolution que doit s'entendre la réaffirmation par le Préambule de la Constitution de 1958 de la valeur constitutionnelle du droit de propriété* ». Si le droit de propriété n'est pas remis en cause dans son principe, les propriétaires sont tout de même de plus en plus astreints. Certaines limitations du droit de propriété sont trop vigoureuses et contribuent à la dénaturation du droit de propriété. En effet, en premier lieu, le droit européen est amené à fragiliser le droit de propriété français avec la conception de « la propriété du logement » (1). De même, le droit national ébranle gravement les droits des propriétaires en voulant protéger le locataire, notamment avec la réquisition et la taxation des logements vacants (2) ou en permettant le transfert du bail en cas

¹²⁵ C.C, décision n° 89-256 DC du 25 juillet 1989, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles*.

du décès du locataire (3). Ces limites au droit de propriété sont violentes et entraînent une réelle dénaturation du droit fondamental.

1. La « propriété du logement » : une notion européenne

En 1952, le droit de propriété est reconnu dans le Protocole additionnel n°1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme qui dispose que : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international [...]* » (article 1^{er}). Cette reconnaissance est semblable à la définition du droit de propriété posée par la DDHC : un droit de propriété garanti mais auquel il est possible de porter atteinte si l'intérêt général le commande. Ainsi, à première vue, la notion de droit de propriété est perçue de la même façon par le droit européen et le droit national. Pourtant au fil des jurisprudences de la Cour EDH, l'on a pu remarquer une certaine divergence de points de vue. Ainsi, en 2006 dans un arrêt *Hutten-Czapska c. Pologne*¹²⁶, la CEDH a eu l'occasion d'exposer son raisonnement concernant le droit de propriété et laissait déjà apparaître quelques différences avec les juridictions françaises. En l'espèce, une propriétaire se plaignait du plafonnement des loyers à un niveau si faible qu'elle ne parvenait pas à compenser les frais d'entretien, ni *a fortiori* à réaliser un profit. Elle réclamait ainsi la libéralisation des loyers. La Cour conclut à la violation du droit de propriété car la propriétaire avait subi une charge disproportionnée puisqu'elle n'avait pas été dédommée de l'effort demandé. Cependant, la Cour considère que la réglementation des loyers et son plafonnement inférieur au prix du marché n'est pas une violation du droit de propriété. En effet, la Cour estime que cette réglementation est faite dans l'intérêt général, ce qui justifie l'entorse au droit de propriété. Il est nécessaire de plafonner les loyers pour permettre à chacun de trouver un logement, cette mesure est prise dans l'intérêt général. Pour autant, cette entorse au droit de propriété doit être accompagnée de compensations pour ne pas léser le propriétaire. Or le législateur polonais n'a pas mis en place de « *mécanisme juridique qui permette aux propriétaires au moins de compenser les pertes entraînées par l'entretien de leurs biens [...]* l'État n'a pas donné aux propriétaires la possibilité de percevoir des loyers en rapport raisonnable avec le coût d'entretien de leurs biens ». En conséquence, la Cour vient affirmer que le droit de propriété peut faire l'objet d'atteintes et de restrictions afin de permettre à tous d'accéder au logement mais qu'un mécanisme doit être mis en place afin de compenser les pertes des propriétaires, auquel cas cela viole le droit de propriété. Dans cet arrêt, la Cour EDH ne pose pas de hiérarchie entre le droit de propriété et le droit au logement, elle ne vient jamais dire que le droit de propriété est plus absolu ou plus fondamental que le

¹²⁶ CEDH, 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c. Pologne* (affaire n° 35014/97).

droit au logement. Au contraire, elle recommande un « *mécanisme destiné à ménager un équilibre entre les droits des propriétaires et ceux des locataires* » afin d'« *établir un équilibre entre l'intérêt des propriétaires à tirer un profit de leurs biens et les autres intérêts en jeu.* » Ainsi, la Cour EDH se distingue quelque peu de nos juridictions nationales, il semble qu'elle place le droit de propriété et le droit au logement sur un même piédestal : l'un ne peut être subordonné à l'autre. Elle l'affirme, le droit de propriété peut faire l'objet d'atteintes lorsqu'il est question de l'intérêt général : la possibilité de loger tout un chacun est bien un motif d'intérêt général. *A contrario*, en France, le droit de propriété, droit fondamental et le droit au logement objectif constitutionnel n'ont point la même valeur. En effet, il est à rappeler que le droit au logement est une finalité assignée au législateur créancier de cet objectif. Il ne s'agit en aucun cas d'un droit subjectif au logement permettant à chacun de revendiquer le droit d'obtenir concrètement un logement.

Deuxième différence avec nos juridictions nationales : la Cour EDH retient une conception particulièrement large de la notion de biens susceptibles d'appropriation. À travers la notion de biens, la Cour a étendu celle de propriété tout en tentant d'harmoniser et de rassembler les visions de chaque pays. Ainsi, dans l'affaire *Marckx c/ Belgique* elle exprime la corrélation forte entre biens et propriété : « *En reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1 garantit en substance le droit de propriété. Les mots "biens", "propriété", "usage des biens", en anglais "possessions" et "use of property", le donnent nettement à penser ; de leur côté, les travaux préparatoires le confirment sans équivoque : les rédacteurs n'ont cessé de parler de "droit de propriété" pour désigner la matière des projets successifs d'où est sorti l'actuel article 1. Or le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété* »¹²⁷. Ainsi, la Cour estime dans cet arrêt que la notion de respect des biens équivaut au droit de propriété. De même, dans un arrêt *Gasus c/ Pays-Bas*, « *La Cour rappelle que la notion de "biens" (en anglais: possessions) de l'article 1 du Protocole no 1 a une portée autonome qui ne se limite certainement pas à la propriété de biens corporels : certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des "droits de propriété" et donc pour des "biens" aux fins de cette disposition* »¹²⁸. Ainsi, au fil de sa jurisprudence, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur la protection de la propriété de multiples biens qu'ils soient meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, des clientèles, des créances, des actions, des brevets, une sentence arbitrale, etc. Aussi la question se pose indéniablement : le domicile pourrait-il être une propriété pour le locataire ? Le locataire serait-il titulaire d'un

¹²⁷ CEDH, 13 juin, 1979, *Marckx c/ Belgique* (affaire n° 6833/74).

¹²⁸ CEDH, 23 février 1995, *Gasus Dossier un Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas* (affaire n° 15375/89).

droit de propriété ? En France cela est impossible, pourtant dans la moitié des pays d'Europe c'est bien le cas.

Afin de comprendre cette divergence, il convient de distinguer deux types de droits de propriété : l'un est un droit allodial (direct et collatéral) hérité du droit romain, l'autre est un droit dérivé et linéaire issu de la *Common Law*.¹²⁹ Dans les pays latins, le droit de propriété est une relation exclusive de l'individu à la chose possédée. *A contrario*, dans les pays de *Common Law*, la propriété est un octroi de jouissance moyennant une contrepartie. Ainsi, « *dans le système anglais de propriété dérivée et linéaire, la propriété n'est souvent que partielle et dépendante d'autrui et le transfert des droits de propriété n'est que rarement, voire jamais, complet et définitif [...] ce sont les relations d'obligations personnelles entre le ou les propriétaires et les tiers eu égard au bien approprié qui sont premières, et non le lien par lequel la chose appropriée leur est attachée. Selon la doctrine des tenures, en effet, aucune terre n'était détenue en pleine propriété, mais seulement par tenure, c'est-à-dire sous condition d'obligations personnelles vis-à-vis du supérieur féodal* »¹³⁰. Finalement, dans le droit anglais, la propriété du sol est une situation juridique du fait de la possession. *A contrario* « *en droit foncier français, tant le droit de propriété que ses démembrements doivent être transférés dans leur plénitude, sans que l'auteur du transfert puisse se réserver une part de contrôle sur le droit cédé* »¹³¹. Cette divergence de notion du droit de propriété influe nécessairement en matière de droit au logement. Dans les pays héritiers du droit romain, le droit au logement est un droit social qui relève de la responsabilité de la puissance publique, créancier de ce droit. Le droit au logement est une protection accordée aux locataires face aux éventuels abus des propriétaires. C'est pourquoi, droit au logement et droit de propriété rivalisent quotidiennement. En revanche, dans les pays de *Common Law*, le droit dérivé permet à plusieurs personnes de prétendre à un droit de propriété partiel sur le logement. Le juge a pour but de déterminer les droits de propriété de chacun. Ainsi, le droit au logement ne s'oppose pas au droit de propriété, bien au contraire, le droit au logement s'appuie sur le droit de propriété. C'est le droit de propriété qui permet de protéger le droit au logement dans les pays de *Common Law*, notamment au Royaume-Uni. Le domicile peut même être une composante du droit de propriété¹³². En effet, la notion de propriété a été influencée par le philosophe John Locke qui conçoit la propriété comme ce qui est propre à l'homme (leurs biens, leur vie, leur liberté, etc.). Le

¹²⁹ M. GALEY, "C. R. Noyes' Typology of Property Systems. A Tool for the Contextualized Evaluation of Private, Public and Common Property Regimes", in C. EBERHARD, *Enjeux fonciers et environnementaux. Dialogues afro-indiens*, Pondichery, Institut Français de Pondichéry, 2007, 549 pp., spéc. pp. 89-125.

¹³⁰ M. UHRY, « L'impact du droit européen sur le droit au logement : l'exemple du droit de propriété » – <https://www.habiter.org/wp-content/uploads/Article-Alpil-FEANTSA-2008.pdf>

¹³¹ *Idem*.

¹³² CEDH, 21 février 1986, *James et autres c/ Royaume-Uni* (affaire n° 8793/79).

domicile étant propre à l'individu il doit nécessairement revêtir une dimension de propriété. « *Au Royaume-Uni, la non-prise en charge des demandeurs d'asile accueillis en hôtel, lorsqu'ils sont déboutés de leurs démarches administratives a été considérée comme 'un traitement inhumain et dégradant', parce que sur le fond, cela attente aux possibilités d'exercice de l'égalité de dignité, c'est-à-dire à leur propriété, au sens du concept de property, les conditions de la singularité, de l'individu comme sujet* »¹³³.

Le droit européen a dû jongler entre ces deux notions de propriété et les harmoniser. Ainsi, au fil de sa jurisprudence, la Cour a élargi la notion de biens susceptibles d'appropriation comme on l'a vu précédemment : dans un arrêt *Mellacher c/ Autriche*, elle vient même reconnaître les droits découlant du statut de locataire comme un bien¹³⁴. Dans l'arrêt *Marckx* susmentionné, les juges expliquent ne pas être liés par les définitions nationales de « biens », de sorte qu'un intérêt substantiel (dont il était question dans cette espèce) peut être défini comme un bien. De même dans un arrêt *Stretch c./ Royaume-Uni*, elle affirme que le non-renouvellement du bail alors qu'une partie pouvait en avoir une espérance légitime a été considéré comme une entorse au droit de propriété¹³⁵. Ainsi, pour la Cour, ce n'est pas l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus* qui déterminent la propriété mais plutôt l'intérêt substantiel ou l'espérance légitime. Par exemple, de nombreux recours russes ont été faits devant la Cour européenne à la suite de difficultés d'accès au logement alors que la Russie a une législation extrêmement protectrice du droit au logement. Dans une série d'arrêts, la Cour EDH a estimé que cette législation protectrice offrait une source d'espérance légitime aux russes et qu'ainsi, la difficulté d'accès au logement était une entorse à leurs droits de propriété¹³⁶. Le droit de propriété découle ici de la simple espérance légitime, or, au sens du droit français il n'y a là matière à aucun droit de propriété. La simple espérance légitime permet d'affirmer la violation de leur droit de propriété ! Par ailleurs, en 2002, la Cour estime que la notion de droit de propriété peut être mobilisée dans le cadre de la défense d'un habitant d'un bidonville illicite : « *la non-reconnaissance par les lois internes d'un intérêt particulier comme un 'droit' ni le fait que celles-ci ne confèrent pas à un tel intérêt la qualité d'un 'droit de propriété', n'empêchent pas forcément que l'intérêt en question puisse, dans certaines circonstances, passer pour un 'bien', au sens de l'article 1 du protocole n° 1* »¹³⁷. Ainsi, la Cour ne distinguerait

¹³³ M. UHRY, « La propriété du logement, soluble dans le droit européen ? » – <https://www.jurislogement.org/la-propri-du-logement-soluble-dans-le-droit-europ/>

¹³⁴ CEDH, 19 décembre 1989, *Mellacher et autres c/ Autriche* (affaires n° 10522/83 ; 11011/84 ; 11070/84).

¹³⁵ CEDH, *Stretch c/ Royaume-Uni*, 2002, (affaire n° 44277/98).

¹³⁶ CEDH, *Shevchenko c/ Russie*, 2008 (affaire n° 48243/11) ; *Novikov c/ Russie*, 2008 (affaire n° 7087/04), *Nagovitsine c/ Russie*, 2008 (affaire n° 27451/09), *Ponomarenko c/ Russie*, 2007 (affaire n° 14656/03).

¹³⁷ CEDH, *Oneryildiz c. Turquie*, 2002 (affaire n° 48939/99).

pas « possession » et « propriété » dès lors que la possession revêt un intérêt pour celui qui possède. D'ailleurs, en anglais, le Protocole additionnel n°1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme qui dispose que : « *Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions* ». "*Possessions*" includes shares, patents, licences, leases and welfare benefits (provided they are enjoyed by legal right, not by discretion) ». L'article parle bien de « *possessions* » pour traduire à la fois « biens et propriété », ainsi la rédaction française et anglaise peut d'ores et déjà porter à confusion. En effet, l'article a été traduit dans les deux langues de manière à respecter les différentes cultures juridiques. Ainsi, la Cour EDH est devenue un théâtre important où se confrontent droit de propriété français et droit de propriété anglais. Et au vu de la jurisprudence de la Cour EDH, la balance penche inexorablement en faveur du droit de propriété anglais. La Cour EDH invite à réformer la définition française du droit de propriété au profit de la propriété de l'usage.

Cette invitation a pu être entendue par le Conseil d'État, dans un arrêt *SCI Stéphaneur* et autres, qui a reconnu au droit de propriété le caractère de liberté fondamentale et affirmé le même caractère au droit pour le locataire de disposer librement de ses biens pris à bail, en tant que corollaire du droit de propriété¹³⁸. Le Conseil d'État procède ainsi à l'extension de la protection dont bénéficie le propriétaire au locataire et fait découler le droit du locataire du droit de propriété à l'instar du Royaume-Uni. Ainsi, le droit du locataire, droit personnel est qualifié de corollaire du droit de propriété, droit réel par excellence. Le Conseil d'État, en traitant le droit du preneur à bail comme un droit direct sur la chose, est accusé de brouiller « *les catégories et les notions qui assurent la cohérence et l'unité de ce droit* »¹³⁹. Plus indulgent, Yves Lequette affirme qu'« *en jouant sur l'ambiguïté du mot 'disposer' et en traitant le droit du preneur à bail comme un droit direct sur la chose, elle cherche à faire rejaillir sur celui-ci une partie de l'aura qui entoure le droit de propriété, afin que son titulaire puisse bénéficier du référé-liberté. L'objectif est louable. Mais il reste à l'atteindre autrement que par un tour de passe-passe* »¹⁴⁰.

Il est indéniable que la Cour EDH a une autorité et une influence notables en France. En observant le cheminement parcouru au fil de ses jurisprudences, il est possible de se rendre rapidement compte qu'il pourrait y avoir un jour une propriété du logement, comme c'est le cas dans de nombreux pays européens. Le fait est que la Cour EDH a été et sera amenée à bouleverser la jurisprudence française en termes de droit au logement.

¹³⁸ CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaneur et autres* (affaire n° 243338).

¹³⁹ T. PEZ, « Le droit de propriété devant le juge administratif du référé-liberté », *RFDA*, 2003, p. 370.

¹⁴⁰ Y. LEQUETTE, « Les droits du locataire sur les biens loués », *RFDA*, 2003, p. 386.

Une dimension de propriété peut-elle baigner la notion de domicile ou les droits accordés par bail ? Le contrat de bail pourrait-il un jour en France offrir un droit réel sur la chose du fait de la possession, comme au Royaume-Uni ? L'intérêt substantiel ou l'espérance légitime permettraient-ils d'affirmer une violation de la propriété en France ? Seul l'avenir nous le dira. Force est de constater que le droit de propriété français serait complètement dénaturé si les réponses à ces questions devenaient affirmatives. Si le droit de propriété se résume à la possession alors le droit de propriété français serait plus que menacé : il disparaîtrait.

2. La vacance du logement : un régime éprouvant pour le droit de propriété

Si le droit de propriété est menacé par un droit européen de plus en plus prégnant, il l'est tout autant par le droit national. En effet, un régime sévère entoure les logements vacants. Aujourd'hui en France, ne pas louer son bien coûte cher. Le propriétaire d'un logement qui ne le loue pas ampute le parc locatif d'un bien alors que ce logement pourrait loger une famille.

- Ainsi, l'État créancier de l'objectif constitutionnel qu'est le droit au logement décent a usé du levier fiscal afin de sanctionner les propriétaires ne louant par leur bien immobilier, par le biais de la loi relative à la lutte contre les exclusions en 1998¹⁴¹. En effet, cette loi institue à l'article 51 une taxe en fonction de la commune où est situé le bien, le propriétaire d'un logement inoccupé depuis plus d'un an doit s'acquitter d'une taxe sur les logements vacants en zone tendue (TLV) et dans les autres cas d'une taxe d'habitation sur les logements vacants (THLV)¹⁴². La taxe sur les logements vacants (à usage d'habitation) doit être payée par le propriétaire ou l'usufruitier d'un logement vacant depuis plus d'un an (au 1^{er} janvier de l'année d'imposition), situé dans une commune dite « *tendue* ». Il s'agit des communes appartenant à une zone d'urbanisation de plus de 50 000 habitants où il existe un déséquilibre marqué entre l'offre et la demande de logements¹⁴³. Il convient de rappeler qu'il s'est longtemps agi des communes appartenant à une zone d'urbanisation de plus de 200 000 habitants. Mais en 2012, le législateur a renforcé le champ d'application

¹⁴¹ Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, *JO* n°175 du 31 juillet 1998

¹⁴² Le décret n° 2013-392 du 10 mai 2013 relatif au champ d'application de la taxe annuelle sur les logements vacants instituée par l'article 232 du code général des impôts pose la liste des zones tendues en France.

¹⁴³ L'article 232 du Code général des impôts dispose que : « *La taxe annuelle sur les logements vacants est applicable dans les communes appartenant à une zone d'urbanisation continue de plus de cinquante mille habitants où existe un déséquilibre marqué entre l'offre et la demande de logements, entraînant des difficultés sérieuses d'accès au logement sur l'ensemble du parc résidentiel existant [...]* ».

territorial de cette taxe en diminuant le nombre minimal d'habitants afin que la taxe s'applique dans plus de communes et donc à plus de propriétaires. Le législateur a eu cette volonté de sanctionner les propriétaires de logements vacants pour garantir le droit au logement. L'intérêt étant de les encourager à remettre leurs biens sur le marché locatif.

La taxe sur les logements vacants est basée sur la valeur locative du logement (comme la taxe d'habitation). Le taux appliqué est de 12,5 % la première année et de 25 % les années suivantes : l'évolution du taux la deuxième année prouve qu'il s'agit véritablement d'une sanction à l'encontre du propriétaire qui a tout intérêt à louer rapidement. Cependant, celui-ci sera exempté de la taxe lorsque des travaux d'un montant supérieur à 25% de la valeur du logement sont nécessaires pour le rendre habitable. De même si la vacance du logement est indépendante de la volonté du propriétaire il n'aura pas à payer cette taxe : par exemple, si la location du logement est proposée sur le marché mais qu'elle ne trouve pas preneur. Enfin, la taxe n'est pas due lorsque le logement est occupé plus de trois mois de suite ou qu'elle constitue une résidence secondaire meublée soumise à la taxe d'habitation. Il est indéniable que cette taxe porte atteinte au droit du propriétaire et plus exactement au droit du propriétaire de disposer librement de son bien. Que reste-t-il du droit de propriété si le propriétaire est sanctionné lorsqu'il décide de ne pas louer son bien ?

S'agissant des communes qui ne sont pas situées en zone tendues, elles peuvent décider de soumettre les propriétaires et usufruitiers à une taxe d'habitation sur les logements vacants depuis plus de deux ans (au 1^{er} janvier de l'année d'imposition)¹⁴⁴. On dénombre une cinquantaine de villes concernées par cette taxe d'habitation sur les logements vacants telles que Saint-Denis, le Tampon, Saint-Paul, Nîmes, Mulhouse, ou encore Tours. La THLV est basée sur la valeur locative du logement et le taux appliqué est le même que celui de la taxe d'habitation de la commune¹⁴⁵. De plus, les exonérations prévues pour la taxe des logements vacants susmentionnées s'appliquent pour la taxe d'habitation des logements vacants.

- Si taxer les propriétaires ne louant pas leur bien est une atteinte à leur propriété, la réquisition de ceux-ci l'est encore plus. En effet, cette même loi de 1998 crée en son article 52 une nouvelle procédure de réquisition de locaux destinés au logement, venant compléter celle issue de l'ordonnance de 1945. La loi insère ainsi un nouveau chapitre relatif à la « *réquisition avec attributaire* »

¹⁴⁴ L'instauration de la taxe d'habitation sur les logements vacants est seulement optionnelle ainsi le conseil municipal ou intercommunal décide de la mise en place de cette taxe, sous respect des conditions prévues à l'article 1407 bis du CGI (Code général des impôts).

¹⁴⁵ Le taux peut être majoré du taux de l'EPCI.

dans le titre IV du livre VI du Code de la construction et de l'habitation qui s'intitule dorénavant « *mise en œuvre du droit au logement par la réquisition* ».

Cette réquisition est l'acte par lequel une autorité administrative impose, dans un but d'intérêt général, à une personne, le transfert de propriété ou l'usage de son bien immobilier moyennant indemnité. La loi de 1998 pose une réquisition qui ne concerne que des locaux appartenant à des personnes morales, vacants depuis dix-huit mois et situés dans des communes tendues. Cette réquisition engendre une relation tripartite, en effet, entre le propriétaire et le bénéficiaire du logement, il y a un attributaire (aux termes de l'article L. 642-3, celui-ci peut être l'État, une collectivité locale, un organisme d'HLM, une société d'économie mixte...). Ainsi, la réquisition donne la jouissance des locaux à cet attributaire qui est chargé de les donner à bail à des personnes justifiant de ressources inférieures à un plafond fixé par décret. En effet, la relation entre l'attributaire et le bénéficiaire du logement est régie par la loi du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation¹⁴⁶. De plus, la durée de la réquisition est d'un an minimum et de six ans maximum, cependant l'attributaire peut y réaliser des travaux de mise en conformité (aux normes de confort et d'habitabilité) permettant de justifier l'allongement de la durée de la réquisition jusqu'à douze ans.

Cette procédure est placée sous l'autorité du préfet, qui identifie les locaux vacants puis notifie l'intention de réquisitionner après avoir sollicité l'avis du maire. Si cet avis est positif le préfet adresse alors une lettre recommandée avec avis de réception dans laquelle il exprime aux propriétaires son intention de procéder à la réquisition de son bien. Le propriétaire dispose d'un délai de deux mois pour répondre, soit il accepte la réquisition soit il la refuse auquel cas il s'engage à mettre fin à la vacance de son bien sous trois mois ou à effectuer les travaux nécessaires à la location du bien. Si son bien est réquisitionné, le propriétaire a droit à une contrepartie déterminée en fonction d'un prix de base au mètre carré se situant à un niveau inférieur aux loyers « logement social ». Cependant, de la faible indemnité versée au propriétaire, est déduit l'amortissement du montant des travaux nécessaires effectués par l'attributaire. Aussi, finalement, du fait de cette déduction, c'est le propriétaire qui supporte le coût des travaux. Enfin, le propriétaire a un droit de reprise qu'il ne peut exercer qu'au bout de neuf ans à compter de la notification de l'arrêté de réquisition et sous réserve d'adresser à l'attributaire un préavis d'un an.

Pour Béatrice Vial-Pédroletti, ces dispositions sur les réquisitions, comme celles sur la taxation des logements vacants « *constituent de nouvelles atteintes au droit de propriété, plus particulièrement au principe de libre disposition de*

¹⁴⁶ Certaines dispositions de la loi de 1989 sont adaptées afin de prendre en compte la situation précaire du bénéficiaire qui n'aura pas de caution ou de dépôt de garantie par exemple.

son bien par le propriétaire, mais qui sont légitimées par le droit au logement du locataire »¹⁴⁷. Pourtant, selon le Conseil Constitutionnel, la réquisition des logements vacants ne constitue pas une atteinte au droit de la propriété. En 1998, les requérants estimaient devant lui que l'article 52 de la loi (portant sur la réquisition du logement vacant) « *organise un 'quasi-transfert du droit de propriété au bénéfice de l'attributaire', puisque la durée de la réquisition peut être portée à douze ans, le titulaire du droit d'usage ne pouvant exercer son droit de reprise qu'après neuf ans de réquisition ; qu'en outre, l'indemnité versée par l'attributaire sera amputée des sommes correspondant à l'amortissement des travaux, 'ce qui fait peser sur le titulaire du droit d'usage le coût de la remise aux normes de son bien alors qu'il ne peut en disposer'* »¹⁴⁸. Il est indéniable qu'au vu de l'article 52, la réquisition des logements vacants porte atteinte au droit de propriété dit « absolu ». Les Sages ne sont pas de cet avis puisqu'ils affirment que « *si la mise en œuvre de la procédure de réquisition prévue par la disposition contestée n'emporte pas, par elle-même, contrairement à ce que soutiennent les requérants, privation du droit de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, elle limite néanmoins, pour une période de temps déterminée, le droit d'usage des locaux réquisitionnés ; qu'une telle limitation, alors même qu'elle répond à un objectif de valeur constitutionnelle, ne saurait revêtir un caractère de gravité tel qu'elle dénature le sens et la portée du droit de propriété* »¹⁴⁹. Le Conseil Constitutionnel énonce par la suite les différentes garanties entourant la procédure de réquisition : la notification du droit d'usage par le préfet, l'énoncé du motif et de la durée de la réquisition, la faculté laissée au propriétaire de mettre fin à la vacance, etc. Selon lui, ces différentes garanties permettent d'affirmer que les dispositions de l'article 52 « *ne portent pas au droit de propriété une atteinte contraire à la Constitution* ». Bertrand Mathieu explique à ce propos que « *les requérants estimaient que la réquisition, par elle-même, entraînait la privation du droit de propriété. Si le Conseil répond que tel n'est pas le cas en l'espèce, c'est pour préciser aussi que la limitation du droit d'usage n'est possible que si elle ne dénature pas, par sa gravité, le sens et la portée du droit de propriété. Si ce droit peut être limité pour répondre à un objectif constitutionnel, cette limitation ne doit pas être excessive et porter atteinte à la substance du droit de propriété. Dans le cadre de cet examen, le juge constitutionnel examine précisément les garanties de procédure et de fond qui sont accordées par la loi au propriétaire du bien* »¹⁵⁰.

¹⁴⁷ B. VIAL-PÉDROLETTI, « La loi sur l'exclusion : les dispositions relatives au logement », *JCP N*, 1998, p. 1687.

¹⁴⁸ C.C., décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*.

¹⁴⁹ *Idem*.

¹⁵⁰ B. MATHIEU, « Le droit au logement révélateur de la place des droits sociaux dans l'ordre juridique », *Le Genre Humain*, 2002, pp. 215-231.

Si finalement réquisitionner le bien d'une personne morale qui ne peut plus s'en servir durant douze ans ne dénature pas le droit de propriété, alors à quel moment est-il dénaturé ? Où commence la dénaturation ? D'après Hélène Pauliat, le droit de propriété est voué à disparaître au profit du droit au logement, puisqu'en effet *« si, juridiquement, le titre de propriété reste essentiel, la pression sociale ne peut que s'opposer à la vacance et l'inutilité du bien. C'est semble-t-il dans cette voie que s'est engagé le président du Tribunal de Saintes qui, par une ordonnance, a fait clairement prévaloir le droit au logement sur le droit de propriété comme étant, à un moment donné, socialement plus utile que le droit de propriété en tant que tel. Une telle démarche conduit à admettre que l'ensemble des réquisitions de logements appartenant à des personnes physiques ou morales, mais non occupés, sera toujours justifié par l'obligation morale et sociale à la fois de loger les démunis »*¹⁵¹. Ainsi, le droit au logement prime le droit de propriété parce que le droit au logement a une fonction sociale et morale. Finalement, le droit au logement permet quelque part de garantir l'intérêt général contrairement au droit de propriété nécessairement individualiste. Et l'intérêt général finit toujours par primer l'intérêt individuel : *« La propriété devient inutile, voire nuisible, les prérogatives du propriétaire sans objet et presque scandaleuses si le bien et le droit ne servent pas à l'intérêt de la société »*¹⁵². Pour Frédéric Zenati, la réquisition du logement pourrait être *« la suite annoncée par une prophétie funèbre annonçant l'enterrement du droit de propriété sous l'effet de la montée en puissance du droit au logement »*¹⁵³.

En 2018, la France comptait trois millions de logements vacants : soit trois millions d'appartements ou de maisons qui auraient pu permettre à des familles d'avoir un endroit où vivre¹⁵⁴. Pour le ministre chargé de la Ville et du Logement, Julien Denormandie, cette situation est *« inacceptable »*¹⁵⁵, c'est pourquoi il a lancé le 10 février 2020 un plan national de mobilisation des logements vacants. Ce plan repose sur trois principes : identifier, inciter et, si nécessaire, réquisitionner. Il s'agit ainsi d'identifier les zones où il y a le plus de logements vacants pour en comprendre la cause. Il faut inciter les propriétaires à remettre ces biens sur le marché : grâce à la garantie Visale (l'État se porte caution) et à la plateforme Facilhabitat qui permet de demander des aides financières pour la rénovation du bien. Si l'incitation ne suffit pas, le ministre ne s'interdit pas la possibilité de réquisitionner certains biens, appartenant aux personnes morales situées en zone tendue. Il *« pense en particulier à ces immeubles de bureaux ou*

¹⁵¹ H. PAULIAT, « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », *Dalloz*, 1995, p. 283.

¹⁵² *Idem*.

¹⁵³ F. ZENATI, « Protection constitutionnelle du droit de propriété », *RTD Civ.*, 1999, p.132.

¹⁵⁴ INSEE, *Tableaux de l'économie française*, 2019.

¹⁵⁵ T. CHEMEL, « Immobilier : les logements laissés vacants bientôt réquisitionnés pour la location », *Capital*, 10/02/2020.

de logements souvent détenus par des banques ou des assureurs, précise-t-il au Parisien. J'appelle ces propriétaires institutionnels à mettre à disposition leurs espaces vacants pour éviter que des gens dorment dans la rue ou à transformer leurs bureaux en logements". *Quid des biens appartenant aux particuliers ? La question a été posée au ministre, qui affirme que : « Si vraiment rien n'est fait, je ne m'interdis rien par principe mais, pour les particuliers, il est très compliqué de réquisitionner »*¹⁵⁶. Face à cette menace, Henry Buzy-Cazaux, le président de l'Institut du Management des Services Immobiliers rétorque : « chez les particuliers, ce type de discours va créer une psychose. Cela sous-entend que, dans les situations que l'État juge urgentes, on pourrait revenir sur le droit de propriété. On peut évidemment considérer que l'état du mal-logement en France en est une. Mais peut-être pourrait-on commencer par actionner le levier fiscal, en menaçant d'augmenter la taxe sur les logements vacants¹⁵⁷».

• À l'heure actuelle, aucune disposition légale ne permet au gouvernement de réquisitionner les logements vacants des particuliers. Cependant, cela ne signifie pas qu'une telle disposition ne puisse pas apparaître dans le paysage législatif français. Une disposition s'applique néanmoins aux particuliers concernant la vacance du logement : il s'agit de l'encadrement des loyers des logements vacants. En effet, la loi ALUR du 24 mars 2014 a entrepris de réguler la hausse des loyers. Ainsi, lors de la conclusion du bail, le loyer est librement fixé par le propriétaire et ne peut être révisé qu'une fois dans les mêmes conditions susmentionnées. En revanche, lors d'une nouvelle mise en location du logement, les possibilités de rehausser le loyer sont encadrées. En effet, lorsqu'il s'est écoulé moins de dix-huit mois entre le départ d'un locataire et l'arrivée d'un nouveau, le propriétaire ne pourra augmenter le loyer que dans trois cas :

- Si l'ancien loyer n'a pas été révisé au cours des 12 mois précédents, il pourra l'augmenter sur la base de l'IRL ;
- S'il a effectué certains travaux permettant d'augmenter le loyer¹⁵⁸ ;
- Si le loyer était sous-évalué¹⁵⁹.

¹⁵⁶ *Idem.*

¹⁵⁷ *Idem.*

¹⁵⁸ Si le montant des travaux est égal à au moins 50 % de la dernière année de loyer, le propriétaire pourra augmenter de 15% le loyer. Si le montant des travaux est au moins égal à la dernière année de loyer, le propriétaire retrouve sa liberté de fixer librement le prix du loyer.

¹⁵⁹ Si le loyer pratiqué avec l'ancien locataire était sous-évalué, un nouveau loyer peut être fixé mais il ne doit pas excéder 50% de la différence entre : le montant d'un loyer déterminé par référence aux loyers pratiqués dans le voisinage pour des logements comparables, et le dernier loyer appliqué au précédent locataire.

Cette mesure permettant de faciliter l'accès au logement, bride malgré tout le propriétaire qui ne peut plus augmenter son loyer à sa guise. Ainsi, nombreuses sont les dispositions nationales sur le logement vacant portant atteinte au droit de propriété et plus particulièrement à l'abusus. En effet, « *l'abusus ne se concevra donc que dans des limites très rigides : si le propriétaire ne souhaite pas voir son immeuble réquisitionné pour un logement social, il a la possibilité soit de l'habiter lui-même, de l'entretenir, ou de le vendre, la liberté de choix étant relative* »¹⁶⁰.

Mais ce n'est pas tout, la législation portant sur le droit du bail d'habitation menace aussi le droit de propriété notamment en cas de transfert du bail.

3. Le régime applicable en cas de décès du locataire : une atteinte au droit de propriété

Le Code civil dispose en son article 1742 que « *le contrat de louage n'est point résolu par la mort du bailleur ni par celle du preneur* ». Toutefois, l'article 8 de la loi de 1989 affirme que le contrat de bail est incessible (sauf accord du bailleur) et intransmissible. Que se passe-t-il au décès du locataire ? Est-ce là une cause de force majeure permettant la résiliation du contrat de bail ? Il n'en est rien. En effet, en ce qui concerne le conjoint survivant, l'article 1751 du même code dispose que : « *Le droit au bail du local, sans caractère professionnel ou commercial, qui sert effectivement à l'habitation de deux époux est, quel que soit leur régime matrimonial et nonobstant toute convention contraire, et même si le bail a été conclu avant le mariage, réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux* ». Le contrat de bail continue donc au profit du conjoint ou du partenaire pacsé qui ont un droit exclusif sur le bail, sans partage et sans que puissent leur être opposées les prétentions d'autres bénéficiaires¹⁶¹. En effet, l'article 14 de la loi de 1989 permet à d'autres bénéficiaires de se prévaloir du contrat de bail :

- « *Lors du décès du locataire, le contrat de location est transféré :*
- *au conjoint survivant qui ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 1751 du Code civil ;*
- *aux descendants qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date du décès ;*
- *au partenaire lié au locataire par un pacte civil de solidarité ;*

¹⁶⁰ H. PAULIAT, « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », *ibid.*

¹⁶¹ CA Paris, 25 sept. 2007, n° 05/21120 : *JurisData* n° 2007-343465 ; *Loyers et copr.* 2008, comm. 7.

– aux ascendants, au concubin notoire ou aux personnes à charge, qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date du décès.

En cas de demandes multiples, le juge se prononce en fonction des intérêts en présence. À défaut de personnes remplissant les conditions prévues au présent article, le contrat de location est résilié de plein droit par le décès du locataire ou par l'abandon du domicile par ce dernier ».

Ainsi, la loi organise un transfert du bail d'habitation aux personnes précitées, qui déroge complètement au droit commun du contrat car en principe il n'y a pas de transmission aux héritiers du preneur.

En ce qui concerne le conjoint survivant, si le logement servait de logement aux deux époux l'article 1751 s'applique et il bénéficie d'un titre locatif personnel. Mais, lorsque le bien pris à bail ne lui sert pas de logement ou qu'il a un caractère professionnel ou commercial, alors l'article 14 s'applique et le conjoint entre en concurrence avec les autres bénéficiaires. En effet, les descendants, les ascendants ou les personnes étant à la charge du locataire décédé peuvent eux aussi bénéficier du transfert du bail, s'ils vivaient dans ce logement depuis au moins un an à la date du décès. Vivre dans le logement signifie qu'il doit y avoir une communauté d'habitation habituelle, effective et continue des lieux¹⁶². Les juges ont par exemple affirmé que le fils du locataire décédé venant séjourner périodiquement et ayant une autre résidence ne peut se prévaloir du transfert du bail¹⁶³. *A contrario*, comme expliqué précédemment le conjoint (ou partenaire pacsé) pourra se prévaloir du transfert du bail sans avoir à justifier qu'il logeait dans ledit bien. En cas de pluralité de bénéficiaires, le conjoint bénéficiant de l'application de l'article 1751 du Code civil est toujours prioritaire. En revanche, pour les autres bénéficiaires de l'article 14, la loi n'exprime pas clairement un ordre de priorité ainsi le juge se prononce en fonction des intérêts en présence et tient compte de l'existence d'un autre logement ou de la faculté de s'en procurer un, ainsi que des ressources, de l'âge et de l'état de santé du bénéficiaire¹⁶⁴.

Le transfert du bail se fait automatiquement, il n'y a même pas d'obligation légale d'informer le bailleur. D'ailleurs, le bailleur ne peut pas s'opposer au transfert du bail et il ne peut pas non plus demander au nouveau locataire de rembourser les impayés du locataire décédé. En effet, si le bail est transféré, les dettes ne le sont pas puisque la loi ne prévoit pas de reprise de

¹⁶² CA Versailles, 20 septembre 1996, n° 4591/94.

¹⁶³ CA Paris, 6e ch. B, du 30 novembre 2000, R. G. n° 1998/00097.

¹⁶⁴ J. HUGOT, D. LEPELTIER et H. THUILLIER, « *Locataires et propriétaires* » Litec, 1982, p. 21.

l'arriéré locatif¹⁶⁵. Par conséquent, le bailleur ne peut qu'attendre l'acceptation de la succession par les héritiers (dont le nouveau locataire peut faire partie) du locataire décédé pour pouvoir leur réclamer le remboursement des arriérés. Le fait que le bailleur n'ait pas son mot à dire dans le changement de contractant est une atteinte à son droit de propriété et à la liberté contractuelle. En effet, cette disposition permet une extension de la qualité de partie au contrat et remet ainsi en cause le principe du contrat *intuitu personae*. Les bailleurs, choisissent généralement leur locataire en fonction de leur revenu annuel, et en vérifiant leur solvabilité. Rappelons que la définition de « partie au contrat » est la personne qui a voulu et conclu le contrat, ce qui permet de comprendre l'effet relatif du contrat qui ne vaut que pour les parties déterminées. Or, au décès du locataire, le contrat est cédé à une personne qui n'était pas prévue initialement par le contrat de bail. Par conséquent, le bailleur peut se retrouver avec un nouveau locataire dont le profil est foncièrement différent de ce qu'il avait et il ne peut même pas le refuser.

Le Conseil constitutionnel a justement été saisi sur cette question de l'atteinte au droit de propriété par rapport à l'ajout du conjoint pacsé dans la liste des bénéficiaires. En effet, les requérants affirmaient que cette extension portait une « *atteinte violente par sa gravité* » au droit de propriété du bailleur puisque aucune durée du pacs ou de la cohabitation n'était exigée¹⁶⁶. Les Sages ont cependant décidé que « *la continuation et le transfert du bail sont d'ores et déjà prévus par les articles 14 et 15 de la loi du 6 juillet 1989 susvisée au profit du conjoint ou du concubin notoire ; que le partenaire lié au bailleur par un pacte civil de solidarité bénéficie, pour sa part, en application de l'article 14 de la loi déferée, d'un traitement identique à celui réservé au conjoint ou au concubin notoire en matière de congé donné au locataire par le bailleur ; que le dispositif critiqué par les requérants ne méconnaît aucun principe de valeur constitutionnelle* »¹⁶⁷. Finalement, le Conseil constitutionnel procède comme il l'a toujours fait, suivant sa méthode habituelle : il analyse l'étendue de l'atteinte afin de s'assurer qu'elle soit tolérable. Pour ce faire, le Conseil constitutionnel place le seuil de tolérance de plus en plus haut et parvient finalement à tolérer toutes les atteintes tant qu'elles ont un intérêt social. Mais ces atteintes sont-elles réellement proportionnées ? En soi, il ne fait nul doute que cette disposition de continuité du bail est nécessaire pour protéger le locataire demeurant avec la personne décédée. Cependant, est-ce normal que le bailleur n'ait pas son mot à dire alors même que le logement lui appartient ? N'est-il pas déraisonnable qu'il ne soit pas tenu d'être informé de ce changement ? Le Conseil constitutionnel considère que le bailleur n'est pas dépossédé de son bien puisqu'il continue à

¹⁶⁵ Civ, 3ème, 16 février 2000, n° 97-22.156.

¹⁶⁶ C.C, décision n° 99-419 du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*.

¹⁶⁷ *Idem*.

recevoir ses loyers. Dès lors, une contrepartie existe bel et bien, mais faut-il encore qu'elle soit jugée suffisante.

Dans cette perspective, il n'y a point d'équilibre entre droit de propriété et droit au logement en ce que le bail réduit à un bien patrimonial peut faire l'objet d'un transfert sans même que le bailleur ne puisse s'y opposer. Par ailleurs, si cette disposition peut se comprendre s'agissant des descendants et ascendants justifiant habités avec le locataire décédé depuis un an, elle l'est beaucoup moins en ce qui concerne les conjoints survivants, bénéficiaires des dispositions prévues à l'article 14 de la loi de 1989. En effet, ils n'ont à justifier aucune durée d'habitation et aucune durée d'engagement (matrimonial ou pacs) pour pouvoir se prévaloir du transfert. Ainsi, l'équilibre est fatalement rompu au profit d'un droit au logement toujours plus protégé. Selon Hélène Pauliat « *l'émergence du droit à un logement décent contribue à vider le droit de ces prérogatives, en rendant le propriétaire presque nuisible à la société. Le propriétaire disparaît au profit de l'utilisateur* ». Cette appréciation s'applique parfaitement à l'hypothèse du transfert du bail puisqu'on voit les prérogatives du propriétaire s'estomper au profit des personnes logeant dans le bien : les utilisateurs. Finalement, le propriétaire est titulaire d'un titre, mais plus d'un droit ni d'un bien.

Cette continuité du bail permet de se rendre compte que le propriétaire a perdu toute liberté contractuelle : c'était le cas pour de nombreuses dispositions comme on l'a vu précédemment tant sur le prix, sur la durée. Mais c'est d'autant plus grave, en matière de transfert, puisqu'il perd alors complètement le droit de choisir son co-contractant ; ainsi la loi de 1989 lie les mains du propriétaire. La question avait déjà été soulevée concernant le bail commercial sur la question du renouvellement du loyer dans un arrêt de la Cour de cassation du 27 février 1991¹⁶⁸. Le bailleur commercial arguait que ce renouvellement automatique le privait de son droit de propriété en lui interdisant de discuter des conditions d'un nouveau bail et affirmait que le statut des baux commerciaux était contraire à la Convention EDH – l'article 1er du premier protocole additionnel, dans la mesure où ce statut n'a pas été adopté « *au profit de l'intérêt général, mais dans l'intérêt d'une catégorie particulière de citoyens (les commerçants locataires), au détriment d'une autre catégorie de citoyens (les propriétaires)* ». La Cour de cassation a considéré qu'il n'y avait pas d'atteinte à son droit de propriété car d'autres garanties et procédures lui permettaient de rehausser son loyer. Cependant, si l'on fait le parallèle avec le bail d'habitation et plus précisément le transfert du bail, la même question peut se poser. En effet, le bail est transféré sans que les conditions puissent être changées, sans que le bailleur ne puisse s'y opposer. De plus, en l'espèce il n'y a pas de procédure lui permettant de modifier

¹⁶⁸ Cass. 3e civ., 27 févr. 1991, n° 89-18.729, *Bull. civ.* III, n° 67 ; *JCP G* 1991, IV, p. 158 ; *RD imm.* 1991, p. 518, obs. G. BRIÈRE DE L'ISLE et J. DERRUPPÉ.

le bail puisque c'est le même bail qui est transféré. Aussi, le statut des baux commerciaux fait l'objet de nombreuses controverses du fait d'une liberté contractuelle de plus en plus restreinte « *le siècle a préféré, dans notre domaine, mais aussi dans bien d'autres, une liberté contractuelle limitée par un statut légal partiellement d'ordre public. Aujourd'hui, la mode sociale et économique est au retour à la liberté contractuelle, nouvelle valeur constitutionnelle* »¹⁶⁹. Pour ce qui est du statut des baux d'habitations, la situation est similaire : la liberté contractuelle n'est plus qu'un lointain souvenir.

En soi, le seul transfert du bail ne dénature pas le droit de propriété. Mais l'ajout de toutes les dispositions étudiées précédemment et la multiplication des atteintes tolérées par le Conseil Constitutionnel conduisent à la dénaturation du droit de propriété au profit d'un droit au logement protecteur de l'intérêt général.

Fort de ce constat, il est primordial de se pencher sur des pistes de réflexion permettant de sauvegarder le droit de propriété.

B. Un droit de propriété sauvegardé

Le droit de propriété connaît un destin funeste depuis plusieurs décennies. Le droit au logement a contribué à vider le droit de propriété de toutes ses prérogatives. Si en théorie, le propriétaire a seul la maîtrise de la chose, en pratique il ne dispose plus d'aucun pouvoir. « *Propriétaire, il n'est plus maître des utilités du bien, il n'en dispose plus à son gré, il n'en jouit plus comme il l'entend* »¹⁷⁰. La propriété est devenue « *inutile, voire nuisible, les prérogatives du propriétaire sans objet et presque scandaleuses si le bien et le droit ne servent pas à l'intérêt de la société* ». Il devient urgent de réfléchir à des pistes permettant de rééquilibrer droit de propriété et droit au logement pour sauvegarder le droit de propriété. Il faut redonner aux propriétaires du pouvoir ou, du moins, il est nécessaire de délier ses mains, d'atténuer certaines dispositions pour qu'il puisse retrouver une certaine liberté. Dans un premier temps, il semble important de permettre au propriétaire d'exclure le locataire bien plus facilement lorsque la contrepartie de la jouissance, le paiement des loyers, disparaît. Raison pour laquelle, il est nécessaire de réformer la clause résolutoire ô combien source de difficultés pour les bailleurs (1). Dans un deuxième temps, il convient de se pencher sur le contrôle de proportionnalité importé du droit européen. En effet, ce contrôle de proportionnalité permettrait de rééquilibrer les droits en présence et de sauvegarder le droit de propriété puisqu'il ne sera plus question de tolérance mais de proportionnalité de l'atteinte. Aussi, la généralisation du contrôle de proportionnalité *in concreto* permettrait de prendre en considération les intérêts

¹⁶⁹ J. MONÉGER, « Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle », *AJDI*, 2000, p. 484.

¹⁷⁰ H. PAULIAT, « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », *ibid.*

et faits en présence : ainsi le juge deviendrait « le législateur des particuliers » (2).

1. Pour une réforme facilitant la procédure d'expulsion

La clause résolutoire est sûrement la clause la plus essentielle du contrat de bail. En effet, en cas d'inexécution contractuelle, la partie lésée peut se prévaloir de la clause résolutoire afin de résilier le contrat de bail. En pratique, cette clause permet de protéger le propriétaire qui peut mettre fin au bail en cas d'inexécution contractuelle. La résiliation du contrat par le biais de la clause résolutoire est notamment possible en cas de non-paiement des loyers, de non-souscription d'une assurance contre les risques locatifs ou encore de non-respect de l'obligation d'user paisiblement des locaux loués. Grâce à cette clause, le propriétaire résilie le bail sans que le juge doive statuer sur le bien-fondé de la résiliation. En effet, le juge devra prononcer l'expulsion ou accorder un délai supplémentaire au locataire mais ne pourra en aucun cas, annuler la clause prévue au contrat. Ainsi, cette clause a pour but de faciliter et d'accélérer les démarches du propriétaire en cas de défaillance de son locataire.

Pourtant, en pratique, il n'est rien tant la procédure de la clause résolutoire est complexe et longue. Dans l'hypothèse d'un non-paiement de loyer, le bailleur doit faire délivrer au locataire un commandement de payer en visant la clause résolutoire du bail. Le propriétaire doit impérativement recourir à un huissier de justice pour délivrer ce commandement. Une fois le commandement délivré par un huissier de justice, il doit s'écouler un délai de deux mois¹⁷¹ pour que la clause résolutoire puisse produire ses effets. En revanche, si dans les deux mois suivant le commandement de payer, le locataire paie le loyer, la clause résolutoire ne trouve plus à s'appliquer. À l'inverse, si après l'expiration du délai, le locataire ne s'est pas acquitté de sa dette locative, alors il est déchu de tout titre d'occupation. Cela pourrait être la fin de la procédure, mais il n'en est rien : bien au contraire, elle ne fait que commencer. Le bailleur doit ensuite assigner en référé le locataire afin de faire constater l'acquisition de la clause résolutoire. Cela fait déjà un délai incompressible de quatre mois minimum entre la délivrance du commandement de payer et la délivrance de l'assignation. Par la suite, une date d'audience est fixée par le greffe sur ce point, les délais peuvent être extrêmement longs en fonction de la période de l'année et du tribunal. Lors de l'audience, le juge peut constater l'acquisition de la clause résolutoire mais il peut aussi suspendre les effets de la clause et accorder au locataire un délai de paiement pouvant aller jusqu'à trois ans ! Si le locataire parvient à régler ses dettes dans le délai fixé par le juge, la clause résolutoire est réputée ne pas avoir joué mais dans le cas contraire elle reprend son plein effet. Une fois la clause résolutoire acquise, une ordonnance d'expulsion est rendue qu'il faut signifier

¹⁷¹ Un mois en cas de location meublée.

au locataire là encore par l'intermédiaire d'un huissier. Ce dernier délivre au locataire un commandement d'avoir à libérer le logement dans les deux mois. Ce délai de deux mois doit être scrupuleusement respecté, sous peine de nullité de la procédure, afin de permettre au locataire de pouvoir déménager et retrouver un logement. Toutefois, ce délai peut là encore être allongé puisque le locataire a la possibilité de saisir le juge pour demander des délais de grâce après avoir reçu le commandement d'avoir à libérer le logement. En effet, l'article L. 412-2 du Code des procédures civiles d'exécution dispose que « *lorsque l'expulsion aurait pour la personne concernée des conséquences d'une exceptionnelle dureté, notamment du fait de la période de l'année considérée ou des circonstances atmosphériques, le délai prévu à l'article L. 412-1 peut être prorogé par le juge pour une durée n'excédant pas trois mois* ». Et l'article L. 412-3 prévoit que « *le juge peut accorder des délais renouvelables aux occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel, dont l'expulsion a été ordonnée judiciairement, chaque fois que le relogement des intéressés ne peut avoir lieu dans des conditions normales, sans que ces occupants aient à justifier d'un titre à l'origine de l'occupation. Le juge qui ordonne l'expulsion peut accorder les mêmes délais, dans les mêmes conditions* ». Le juge peut accorder des délais de grâce jusqu'à trois ans au locataire en tenant compte de son âge, de son état de santé, de sa situation financière, de sa bonne foi, etc. Ainsi, le délai de deux mois suivant le commandement à payer pour l'expulsion paraît rapidement utopique au vu de ces dispositions. En plus de cette possibilité pour le juge d'accorder des délais, il faut savoir que l'expulsion ne peut pas avoir lieu à certaines périodes de l'année. En effet, l'article L. 613-3 du code de la construction et de l'habitation prévoit une trêve hivernale au cours de laquelle il est impossible d'expulser le locataire entre le 1er novembre et le 31 mars de l'année suivante. Ainsi, la procédure de la clause résolutoire est loin d'être simple et efficace, bien au contraire elle est longue et complexe. Les mois et les années passent, le locataire se maintient dans les lieux, demande des délais de grâce et évidemment très peu de loyers sont payés au bailleur. En effet, le locataire n'a plus rien à perdre, il est déjà devenu occupant sans droit ni titre. Finalement, en pratique, les arriérés de loyers ne cessent de s'accumuler et à la fin de cette bataille judiciaire, le bailleur n'est que très rarement payé. Parallèlement, le bailleur doit déboursier des sommes astronomiques tant pour l'huissier que pour l'avocat durant ces années alors même qu'il ne perçoit plus aucun loyer et même s'il obtient justice, le locataire ne pas pourra le payer. Raison pour laquelle il est indispensable de réformer cette procédure d'expulsion : ce n'est pas normal que le propriétaire doive se battre avec une telle vigueur pour récupérer un bien qui lui appartient ! À partir du moment où le locataire ne paie plus les loyers, il n'y a plus de contrepartie à la jouissance du bien donc le locataire devrait pouvoir être expulsé bien plus facilement avec la clause résolutoire. Cet outil était censé faciliter les démarches juridiques pour le bailleur or finalement cela n'est pas le cas. La loi ALUR tout comme la loi ELAN n'ont

pas facilité la procédure d'expulsion. Mise à part pour les squatteurs puisque la loi ELAN a introduit l'article L. 412-1 qui prévoit dorénavant que le délai de deux mois suivant le commandement de quitter les lieux ne s'applique pas lorsque le juge qui ordonne l'expulsion constate que les personnes dont l'expulsion a été ordonnée sont entrées dans les locaux par voie de fait. De même, le bénéfice de la trêve hivernale prévue à l'article L. 412-6 est dorénavant automatiquement refusé lorsque la mesure d'expulsion a été prononcée en raison d'une introduction par voie de fait. Cependant, ces deux dispositifs ne valent que s'il s'agit de l'habitation principale de la victime de la voie de fait. Ainsi, ce dispositif est futile pour le bailleur, il aurait fallu l'étendre à tous les logements qu'ils soient secondaires ou principaux ! Enfin, une proposition de loi du député Mickaël Nogal a été déposée à l'Assemblée nationale le 14 janvier 2020. Celle-ci vise à « réconcilier les bailleurs et les locataires » mais ne prévoit aucune simplification de la procédure d'expulsion. Pourtant nombreux sont les bailleurs à dénoncer cette clause résolutoire.

Prenons l'exemple d'un cas étudié lors d'un stage en cabinet d'avocat. Il était question d'un bailleur louant son bien à Madame X, celle-ci le paie uniquement grâce aux allocations qu'elle touche avec la caisse d'allocations familiales, elle n'a aucun salaire. Madame X dégrade complètement l'appartement : les toilettes ont été enlevées, les murs sont abîmés, la douche a disparu. La CAF inspecte son appartement, le déclare insalubre et suspend tous les paiements d'allocations. Madame X ne paie plus le loyer depuis des mois et le propriétaire souhaite procéder à une expulsion et demander des dommages et intérêts. L'assurance refuse d'indemniser le bailleur pour la perte des loyers car la locataire ne correspondait pas aux critères exigés (elle avait menti). Un an et demi plus tard, l'appartement est toujours dégradé, la locataire est toujours dans les lieux, le bailleur a commencé la procédure d'expulsion et attend une date d'audience. Il ne perçoit plus de loyer et étant à la retraite, il a réellement besoin de cette somme. Malheureusement, tous les propriétaires ne sont pas aisés, cela est une fausse image et certains vivent grâce à ce loyer. Cet exemple prouve la détresse du bailleur face à un locataire tout-puissant. Son avocat lui a d'ailleurs affirmé qu'il fallait déposer une plainte pour pouvoir être entendu par le tribunal correctionnel pour dégradations de biens dans l'espoir d'être indemnisé par la SARVI¹⁷² ou la CIVI¹⁷³ puisqu'il est évident que la locataire ne pourra jamais rembourser les dégâts causés. Sachant qu'avec la SARVI ou la CIVI, il ne sera indemnisé qu'à hauteur de 3500 euros maximum alors que son appartement est dans un état affligeant. De plus, le bailleur doit payer l'avocat, l'huissier, pour l'état des lieux ; il faut aussi faire un référé expertise, tout cela a un coût et si le bailleur n'a pas d'argent, il ne peut jamais récupérer son bien ou du moins cela s'avérera très compliqué.

¹⁷² Service d'Aide au Recouvrement des Victimes d'Infractions.

¹⁷³ Commission d'indemnisation des victimes d'infractions.

Ainsi, dans la pratique même du droit, l'on peut se rendre compte que le droit de propriété est en danger et qu'il n'est plus du tout absolu. Le droit de propriété est dépouillé de tous ses attributs pour parvenir à l'objectif constitutionnel qu'est le droit au logement. Il est certain que la procédure d'expulsion doit protéger le locataire pour éviter que le propriétaire ne puisse expulser trop facilement pour des raisons anodines. Cependant, il faut pouvoir trouver un équilibre, un juste milieu pour que la procédure d'expulsion ne soit pas trop simple mais pas trop complexe non plus. La procédure d'expulsion actuelle est beaucoup trop longue et bien trop protectrice du locataire. Elle se révèle finalement inefficace puisqu'il est presque impossible d'expulser le locataire. Avec cette procédure, le locataire obtient presque un « morceau » du droit de propriété, le droit de se maintenir dans les lieux, le droit d'obtenir des délais et finalement on en vient à la définition européenne avec une « propriété du logement ». C'est du moins l'impression que cela donne.

Réformer la clause résolutoire n'est pas chose facile. Étienne Wasmer, professeur d'économie à Sciences-Po Paris et chercheur à l'OFCE, préconise une réforme radicale de l'organisation du droit du logement¹⁷⁴ : « *On ne peut pas demander aux propriétaires de porter le fardeau des inégalités sociales* ». Il s'appuie ainsi sur l'exemple du Québec et émet les propositions suivantes :

« D'abord, faire de la loi sur le logement un sous-chapitre du droit des contrats : on signe, on paie, si on ne paie pas, on s'en va, la prise en charge éventuelle de ceux qui ne peuvent pas payer étant du ressort de la solidarité nationale, pas des propriétaires privés. [...] Supprimer la trêve hivernale qui interdit l'expulsion de novembre à mi-mars, les impayés commençant souvent en octobre : c'est au cas par cas qu'il faut juger de l'opportunité des expulsions, toute l'année. Supprimer les procédures complexes, les délais de deux mois des commandements à payer : dès le début des impayés, le propriétaire doit pouvoir exercer un recours ; au bout de trois semaines, si le loyer n'est pas payé, un conciliateur ou un juge examine le dossier, et établit les responsabilités ; le cas échéant, il ordonne aux parties de s'exécuter ou donne un délai ; à l'issue de ce délai, les obligations non remplies entraînent automatiquement la rupture du bail ; l'expulsion intervient dans les deux semaines. En contrepartie, puisque les locataires ne peuvent plus durablement rester dans un logement sans payer, les propriétaires ne peuvent plus refuser de logement ; ils ne peuvent pas exiger de mois d'avance ni de caution ; ils ne peuvent pas exiger de garanties complexes ou de

¹⁷⁴ E. WASMER, « Pour une réforme radicale de l'organisation du droit du logement quelques enseignements de l'analyse économique », *En Temps Réel*, cahier 27 – décembre 2006 [en ligne].

caution familiale ; ils s'exposent, s'ils louent des logements insalubres, à des sanctions financières. En clair, il y a toujours un équilibre subtil entre protection des uns et assurance des autres : simplement, cet équilibre est plus efficace ».

Ces propositions sont cohérentes et permettent d'apporter un véritable équilibre entre le droit de propriété et le droit au logement.

D'une part, il est vrai qu'il semble nécessaire de supprimer ou du moins réduire les délais accordés par le juge : le maximum de trois années est bien trop long. Ces délais ne sont pas seulement théoriques, en pratique les juges accordent réellement de longs délais. Par exemple, en avril 2018, le tribunal d'instance d'Aubervilliers a accordé un délai de paiement de vingt-quatre mois à un locataire pour lui permettre de rembourser la dette locative en trente-six mensualités de cent euros¹⁷⁵. De même, dans la pratique, les bailleurs sont réellement désœuvrés face à ces procédures complexes et longues. Un bailleur a été assigné devant le juge des référés de Mulhouse pour avoir changé les serrures de l'appartement de sa locataire en conditionnant la remise des clés au paiement de l'arriéré locatif. En effet, celle-ci ne payait plus son loyer depuis plusieurs mois et le bailleur avait décidé de changer les serrures pour l'obliger à payer ce qu'elle devait. Finalement, le tribunal juge que le fait de priver la locataire de l'accès à son logement est constitutif d'un trouble manifestement illicite et condamne le bailleur à remettre les clés du logement au locataire sous astreinte de 50 euros par jour de retard.¹⁷⁶ Le bailleur s'il souhaite expulser sa locataire est obligé de respecter la procédure légale.

En revanche, il n'est pas certain que ce soit une bonne chose de supprimer la trêve hivernale qui est essentielle pour protéger le locataire. En effet, une reprise des expulsions en hiver pourrait avoir des conséquences dramatiques. En tout état de cause, ces propositions méritent d'être étudiées : il n'est pas normal que les propriétaires doivent finalement porter le fardeau de l'État, le social étant le ressort des pouvoirs publics et non des bailleurs. Les propositions d'Étienne Wasmer s'appuient sur une analyse qui conclut que l'État en cherchant à protéger le locataire n'a fait qu'empirer la situation. En effet, l'État a surprotégé le locataire et, ainsi, a généré des pratiques qui excluent du marché les ménages défavorisés : face à cette surprotection, en effet, le bailleur sélectionne les locataires, exige une caution et augmente les loyers pour décourager le locataire défavorisé. Les bailleurs craignent tellement de ne pas être payés et de devoir se livrer à un véritable parcours du combattant pour expulser leur locataire qu'ils deviennent réfractaires à la location et c'est la raison pour laquelle la crise du

¹⁷⁵ TGI Bobigny, jugement du 27 août 2019, RG n° 19/02799.

¹⁷⁶ TI Mulhouse, jugement du 14 août 2018, RG n°12-18-001859.

logement survient. En définitive « *ce sont les locataires de bonne foi qui paient le surcoût de la complexité du droit en termes de loyers* ».

Une autre réflexion méritant d'être étudiée est celle de Maître Romain Rossi-Landi, avocat au barreau de Paris. À notre question de savoir comment le législateur pourrait faciliter la procédure d'expulsion, il a apporté la réponse suivante : « *la clause résolutoire est toujours acquise lorsque le locataire ne règle pas les sommes visées au commandement de payer dans le délai imparti. Dans ce cas, le juge ne peut que constater l'acquisition de la clause résolutoire. C'est donc un moyen efficace pour le bailleur. En revanche, en fonction de la bonne ou mauvaise foi du débiteur, le juge peut suspendre les effets de cette clause résolutoire et accorder des délais au locataire, ce qui dénature effectivement l'efficacité de cette clause. Il faudrait donc limiter les pouvoirs du juge ? Je ne crois pas mais rééquilibrer l'égalité des armes entre bailleur et locataire serait déjà un bon début* ». Ainsi, d'après ce praticien, une réforme est nécessaire pour permettre de rééquilibrer le droit de propriété et le droit au logement.

Une mesure envisagée par Étienne Wasmer mériterait qu'on s'y attarde en ce qu'elle permettrait de rééquilibrer l'égalité des armes entre bailleur et locataire sans toutefois limiter le pouvoir du juge. En effet, il explique qu'il faut pouvoir juger « *au cas par cas* », en fonction des situations des uns et des autres. Le contrôle de proportionnalité *in concreto* permettrait justement ce jugement au cas par cas : serait-ce une solution pour sauvegarder le droit de propriété ?

2. Pour la généralisation du contrôle de proportionnalité *in concreto*

Le contrôle de proportionnalité consiste à vérifier que l'application d'une règle de droit interne ne conduit pas à porter une atteinte disproportionnée à un droit fondamental garanti par une convention internationale, européenne ou même nationale. Le juge contrôle que l'atteinte portée à un droit fondamental n'est pas disproportionnée, auquel cas la règle de droit interne sera écartée.

Il s'agit ainsi d'opérer une mise en balance des intérêts en présence, en l'espèce entre le droit de propriété et le droit au logement. Il existe deux sortes de contrôle de proportionnalité : le contrôle *in concreto* permet une mise à l'écart ponctuelle de la disposition législative, par conséquent moins drastique qu'une mise à l'écart définitive obtenue par le biais d'un contrôle de proportionnalité *in abstracto*. Avec le contrôle de proportionnalité *in concreto* le raisonnement est différent : la balance des intérêts est faite en fonction de l'équité. Ainsi, il ne s'agit pas d'écarter une norme parce qu'elle est contraire à un engagement international mais parce qu'en l'espèce, l'application de la norme apparaît disproportionnée.

Ce raisonnement en équité est en somme révolutionnaire puisque le juge devient pleinement le « *législateur des cas particuliers* »¹⁷⁷. En effet, le juge n'est plus simplement la « *bouche de la loi* » puisqu'il peut désormais écarter la loi, lorsqu'il considère que la situation l'exige. Ainsi, les faits prennent une place fondamentale dans la construction de la solution. Emmanuel Jeuland explique ainsi, devant la Cour de cassation, la modification de méthode juridique qu'implique le contrôle de proportionnalité *in concreto*¹⁷⁸ : « *Il ne s'agit plus d'approfondir la qualification d'une catégorie juridique comme celle de faute, car la proportionnalité ne fonctionne pas comme une catégorie juridique classique. Elle n'implique pas un travail classique de qualification, mais notamment une pesée d'avantages et d'inconvénients concernant l'utilisation de moyens pour atteindre une fin. Elle se rattache à une interprétation ou à un raisonnement par analogie car elle vise à comparer des rapports de droit existants et prétendus* »¹⁷⁹.

Ainsi, dans le cadre de l'expulsion notamment, rappelons¹⁸⁰ que dans l'arrêt du 4 juillet 2019¹⁸¹ la Cour a estimé que l'expulsion et la démolition étaient les seules mesures de nature à permettre au propriétaire de recouvrer la plénitude de son droit sur le bien. Par conséquent, l'ingérence qui en résulte ne saurait être disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte portée au droit de propriété. Finalement, dans cet arrêt les juges font primer le droit de propriété sur le droit au logement en dispensant les juges du fond d'exercer un quelconque contrôle de proportionnalité. Ce faisant, la Cour de cassation s'expose nécessairement à une condamnation de la part de la Cour EDH. En effet, les juges se détournent de la jurisprudence de cette dernière qui, dans son arrêt *Winterstein* du 17 octobre 2013, avait conclu à la violation de l'article 8 de la Convention en cas d'absence de contrôle de proportionnalité. De plus, la Cour de cassation fait prévaloir le droit de propriété, protégé par l'article 1^{er} du protocole n° 1 à la Convention EDH, sur le droit au respect du domicile qui est protégé par l'article 8 de celle-ci. Enfin, cet arrêt pose également la question de la concordance de la jurisprudence de la Cour de cassation vis-à-vis de celle du Conseil constitutionnel selon laquelle l'article 544 du Code civil, relatif à la protection de la propriété privée, doit être concilié avec l'objectif à valeur constitutionnelle qu'est la possibilité pour toute personne de disposer d'un

¹⁷⁷ G. RIPERT, *Les Forces Créatrices du Droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 11.

¹⁷⁸ Pour une approche publiciste du contrôle de proportionnalité voir en particulier : J.-B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2015 ; X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, PUAM, 1989.

¹⁷⁹ E. JEULAND, « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation – Actes de la Conférence-débat du 24 novembre 2015, *JCP G*, supplément au n° 1-2, 11 janvier 2016, p. 21.

¹⁸⁰ V. *supra* n° 23.

¹⁸¹ Civ. 3e, 4 juillet 2019, n° 18-17.119.

logement décent¹⁸². Ainsi il est certain que cette jurisprudence n'a pas vocation à s'inscrire dans le temps, elle devra nécessairement changer puisqu'elle va à l'encontre de la jurisprudence européenne et constitutionnelle. En définitive, le contrôle de proportionnalité *in concreto* permettait dans cette affaire du 4 juillet 2019 d'être juste, on ne peut pas faire primer le droit de propriété dans tous les cas en prenant le risque de mettre à la rue des familles. En refusant le contrôle de proportionnalité, la Cour de cassation rompt l'équilibre.

A contrario, s'agissant du cas de la démolition, dans un arrêt du 17 décembre 2015¹⁸³ la Cour de cassation a estimé que le juge des référés ne pouvait ordonner l'enlèvement de caravanes occupées par des gens du voyage en méconnaissance du plan local d'urbanisme (PLU) de la commune, sans examiner la proportionnalité de cette mesure au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile proclamé à l'article 8 de la Convention EDH. De même, dans un arrêt du 31 janvier 2017, elle affirme que les juges doivent s'assurer que la démolition d'une maison d'habitation édifiée illégalement ne porte pas atteinte à la vie privée et familiale du prévenu. Elle demande aux juges d'effectuer le contrôle de proportionnalité¹⁸⁴. Pourtant, dans un arrêt du 16 janvier 2018¹⁸⁵, la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence. Dans cette affaire, Madame X érige une construction sur son terrain, en connaissant parfaitement le caractère inconstructible de sa parcelle et sans demander de permis de construire à la mairie. Par une décision du 9 décembre 2016, la Cour d'appel de Nantes ordonne la démolition totale du bien. Madame X se pourvoit alors en cassation au motif que cette mesure porte atteinte à son droit au domicile et que l'atteinte est disproportionnée au regard de la gravité de la faute commise et des intérêts à protéger. La Cour de cassation rétorque que « *la disproportion manifeste entre l'atteinte à la vie privée et familiale et au domicile par rapport aux impératifs d'intérêt général des législations urbanistiques et environnementales qui résulterait de la démolition ne saurait être utilement invoquée quand la construction litigieuse est située en zone inondable avec fort aléa* ». Ainsi, les juges de la Cour de cassation restreignent les possibilités d'invoquer une violation de l'article 8 de la Convention EDH à l'encontre d'une mesure de démolition. En effet, dans certains cas le contrôle de proportionnalité est demandé, dans d'autres il n'est pas utile. De même, dans une affaire tranchée le 16 janvier 2020¹⁸⁶, une commune assigne la propriétaire d'un pavillon en démolition car elle n'avait pas eu de permis de construire. La Cour d'appel donne droit à la commune et ordonne la démolition de l'immeuble construit

¹⁸² C.C, décision n°2011-169 QPC du 30 septembre 2011, *Consorts M. et autres* [Définition du droit de propriété].

¹⁸³ Civ. 3^{ème}, 17 décembre 2015, n°14-22095.

¹⁸⁴ Crim. 31 janvier 2017, n° 16-82.945.

¹⁸⁵ Civ. 3^{ème}, 16 janvier 2018 n° 17-81884.

¹⁸⁶ Civ. 3e, 16 janv. 2020, n° 19-10.375.

illégalement. La propriétaire se pourvoit en cassation en reprochant à la cour de ne pas avoir procédé à un contrôle de proportionnalité de la mesure au regard notamment de sa situation familiale et financière de parent isolé, à la tolérance de la commune pendant sept ans depuis la reconstruction et de l'absence de droits des tiers en jeu. Pour autant, la Cour de cassation rejette le pourvoi car elle estime que la Cour d'appel a légalement justifié sa décision en ayant retenu « *qu'il existait un besoin social impérieux de préserver la sécurité des personnes exposées à un risque naturel d'inondation et d'éviter toute construction nouvelle ou reconstruction à l'intérieur des zones inondables soumises aux aléas les plus forts* ». Elle confirme ainsi sa jurisprudence de 2018 concernant les zones inondables. Ce même jour, elle rend un second arrêt¹⁸⁷ dans le cadre d'une affaire où les faits sont semblables : une commune se plaignant de divers aménagements réalisés illégalement sur un terrain classé en zone naturelle par le plan local d'urbanisme, avait assigné les occupants en référé pour obtenir la démolition des constructions et leur expulsion. La Cour d'appel, avait là encore donné droit à la commune en estimant « *que les droits fondamentaux des occupants ne sauraient ôter au trouble que constitue la violation réitérée et en toute connaissance de cause des règles d'urbanisme en vigueur son caractère manifestement illicite et que les mesures de démolition et d'expulsion sollicitées sont proportionnées au droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile* ». Cependant, cette fois, la Cour casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel, en lui reprochant de s'être bornée à prendre en considération l'importance purement théorique de l'irrégularité affectant les constructions par rapport aux dispositions d'urbanisme, « *sans rechercher concrètement, comme il le lui était demandé, si les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile [...]* ». Ainsi, face à deux espèces différentes avec des faits similaires la Cour de cassation parvient à rendre une décision différente. Cela est typique du contrôle de proportionnalité *in concreto* qui permet d'analyser concrètement les faits et d'offrir une solution juridique réellement adaptée à chaque situation. En ce sens, même si les situations se ressemblent, elles ne sont pas les mêmes. Dans la seconde affaire, la Cour considère que l'expulsion et la démolition constitueraient une atteinte excessive à leur droit au respect de la vie privée et familiale, ce qu'elle écarte dans la première affaire. En effet, la différence entre ces deux affaires est l'existence d'un risque d'inondation du terrain concerné. Ainsi ce qui importe ce n'est pas le respect de la réglementation d'urbanisme, mais la sécurité des citoyens. C'est pourquoi, la Cour considère que dans ce cas, la démolition d'une construction irrégulière, même constituant un domicile, n'est pas disproportionnée puisqu'elle est motivée par la protection de la sécurité des personnes (inondation, incendie...). Ainsi, le contrôle de proportionnalité *in concreto* offre une solution parfaitement adaptée à chaque problème en prenant en compte l'ensemble des

¹⁸⁷ Civ. 3e, 16 janv. 2020, n° 19-13.645.

faits et en faisant la balance des intérêts en présence. Le contrôle de proportionnalité permet un équilibre entre les droits et libertés fondamentaux. Cependant, il faut admettre que, d'une part ce contrôle porte atteinte à la sécurité juridique puisqu'il est plus difficile de prévoir les décisions de la Cour de cassation. Et d'autre part, ce type de contrôle entraîne nécessairement une certaine « dévalorisation » de la loi, puisque comme l'explique Pascal Puig : « *le juge hésitera beaucoup moins à écarter ces dispositions lorsqu'elles lui apparaîtront, in concreto, avoir des conséquences excessives : difficultés de relogement de la famille expulsée [...] Une telle victoire ponctuelle du droit au logement sur le droit de propriété ne manquera pas d'être saluée comme un progrès du droit vers davantage d'équilibre et d'équité. Mais au prix du sacrifice de la loi, son autorité, sa prévisibilité et sa généralité* ». Ainsi, « *le contrôle de 'proportionnalité privatisée' propose un 'droit à la carte', un droit pour chacun qui l'emporte sur le droit pour tous. Il accentue l'égoïsme inhérent aux droits subjectifs fondamentaux. À chacun son intérêt, à chacun son droit. Les intérêts privés tiennent, en quelque sorte, lieu de loi à ceux qui s'en prévalent* »¹⁸⁸.

Enfin, si dans son arrêt du 4 juillet 2019, la Cour de cassation fait primer le droit de propriété en refusant le contrôle de proportionnalité et tourne ainsi le dos au Conseil Constitutionnel et à la Cour EDH, sa position semble changer en 2020. En effet, dans l'arrêt du 16 janvier 2020, elle vient affirmer que la Cour d'appel « *en se déterminant ainsi, par un motif inopérant tiré de ce que la mesure d'expulsion ne concerne que les constructions à usage d'habitation, sans rechercher concrètement, comme il le lui était demandé, si les mesures ordonnées étaient proportionnées au regard du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile de Mme C et de M. B, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ». Implicitement, la Cour vient dire que la démolition entraînant nécessairement l'expulsion, les juges doivent effectuer un contrôle de proportionnalité. Ainsi, n'y aurait-il pas déjà dans cet arrêt un prémice de revirement jurisprudentiel ? La Cour de cassation ne pourra pas faire primer le droit de propriété sur le droit au logement éternellement, d'une part parce que cela n'est pas juste et d'autre part parce qu'elle sera tôt ou tard condamnée par la Cour EDH.

Conclusion

Au fil de ce travail, nous avons étudié certaines catégories de dispositions législatives portant atteinte au droit de propriété. Si plusieurs sont justes et nécessaires pour protéger le locataire, d'autres tendent à dénaturer le droit de propriété. S'il est important de protéger le locataire, cela ne doit pas se faire au

¹⁸⁸ P. PUIG, « L'excès de proportionnalité », *RTD civ.*, 2016, p. 70.

prix d'un droit de propriété pour lequel les révolutionnaires se sont battus et auquel les Français demeurent fortement attachés. La protection du locataire ne devrait pas peser sur le propriétaire, il revient à l'État et non au bailleur de prendre en charge la mise en œuvre de cet objectif constitutionnel.

Ainsi, il est important à l'heure actuelle de travailler sur une réforme qui permettrait de rééquilibrer les rapports entre droit de propriété et droit au logement. Le locataire doit pouvoir jouir paisiblement de son logement mais le bailleur doit pouvoir expulser son locataire quand la contrepartie de cette jouissance a disparu. Le propriétaire, personne morale ne doit pas laisser son logement vacant mais il devrait pouvoir le récupérer avant une dizaine d'années si celui-ci est réquisitionné.

Dans le même sens, pour que l'équilibre soit retrouvé, le juge ne peut pas faire primer le droit de propriété sur le droit au logement dans le cadre de l'occupation sans droit ni titre sans même effectuer une balance des intérêts. En effet, certes le propriétaire doit pouvoir expulser les occupants sans droit ni titre mais pas aux dépens de la sécurité de ceux-ci. Le contrôle de proportionnalité devient nécessaire pour protéger chacun des droits.

Une réforme devient urgente.