



FAUT-IL INDEMNISER LES SERVITUDES D'ENVIRONNEMENT ?

par Jean-Yves CHEROT
Professeur de Droit Public à l'Université AIX-MARSEILLE

Le principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme affirmé dès 1943 à l'époque du "retour à la terre" continue de régir les rapports entre puissance publique et propriétaires privés. L'émergence des problèmes d'environnement, la généralisation des procédures de zonage à l'ensemble du territoire et la multiplication des nuisances liées aux grandes infrastructures, conduisent à remettre en question un système qui peut engendrer iniquité, spoliation, corruption et destruction de l'environnement.

Indemnisation des servitudes d'urbanisme en droit constitutionnel.

Egalité devant les charges publiques et garantie de la propriété.

Jean-Yves Cherot,
professeur à l'Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille,
Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, URA CNRS.

Ce rapport a pour objet immédiat deux questions : 1/ Le principe législatif de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme (article L. 160-5 du Code de l'urbanisme) est-il conforme à la constitution?

2/ Sur quelles bases peut-on fonder un régime de réparation des préjudices causés par ces servitudes?

Au-delà de ces questions il a pour objet de jeter les bases d'une réflexion sur notre "association politique" et sur la conception de la justice qui y préside. L'étude des principes selon lesquels l'Etat doit réparer les dommages qu'il cause dans l'intérêt général est au centre de cette question.

On voudrait en quelque ligne commencer par présenter l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme¹. Il comporte deux alinéas.

alinéa 1 : "N'ouvrent droit à aucune indemnité les servitudes instituées par application du présent code en matière de voirie, d'hygiène et d'esthétique ou pour d'autres objets et concernant notamment l'utilisation du sol, la hauteur des constructions, la proportion des surfaces bâties et non bâties dans chaque propriété, l'interdiction de construire dans certaines zones et en bordure de certaines voies, la répartition des immeubles entre diverses zones".

Le principe est d'autant plus sévère que quelle que soit l'importance de la servitude il n'est pas prévu un droit de délaissement au profit des propriétaires et que la loi du 31 décembre 1975 a imposé au juge de l'expropriation de tenir compte des servitudes d'urbanisme pour évaluer le bien faisant l'objet d'une procédure d'expropriation (sauf institution d'une servitude dans le but de payer le bien moins cher lors d'une expropriation, c'est-à-dire sauf en cas d'"intention dolosive"). A noter qu'une servitude donnant lieu à indemnité en vertu d'un texte spécial ne

¹ Voir J-B. Auby, Le principe de non-indemnisation des servitudes instituées par application du code de l'urbanisme, *Droit et ville*, 1980, p. 169 s.

change pas de nature ni de régime juridique du fait qu'elle est incluse dans un plan d'urbanisme.

Le deuxième alinea concerne les exceptions au principe de non indemnisation.

"Toutefois, une indemnité est due s'il résulte de ces servitudes une atteinte à des droits acquis ou une modification à l'état antérieur des lieux déterminant un préjudice direct, matériel, certain. Cette indemnité, à défaut d'accord amiable, est fixée par le tribunal administratif, qui doit tenir compte de la plus value donnée aux immeubles par la réalisation du plan d'occupation des sols rendu public ou approuvé ou du document qui en tient lieu".

Les droits acquis ne peuvent être les droits qui découlent du régime général de la propriété ni ceux qui découlent d'une précédente réglementation d'urbanisme. Les droits acquis sont les droits individuels qui découlent d'une décision individuelle de l'administration susceptible de créer des droits à son maintien : permis de construire, permis de lotir, etc. Ainsi (solution implicite) on peut considérer que le titulaire d'une autorisation d'ouverture ou d'un permis d'exploiter une carrière détient des droits acquis pour la durée de son autorisation et que l'intervention d'une servitude d'urbanisme qui vient empêcher l'exploitation de la carrière porte à ces droits l'atteinte qu'envisage l'article L. 160-5, alinea 2 (CE 10 juin 1988 SA Ets Bonnargent-Goyon). De même l'atteinte par une servitude à la réalisation d'un lotissement précédemment autorisé entraîne la réparation des frais engagés pour lotir. Mais pas de réparation pour la perte de la valeur des sols ou pour le manque à gagner car l'autorisation de lotir n'étant pas une autorisation de construire, il n'y a pas de lien direct entre le préjudice et la réglementation nouvelle d'urbanisme.

Donne lieu à indemnisation une modification à l'état antérieur des lieux. Cette hypothèse n'a guère de portée pratique, le Conseil d'Etat exigeant que l'institution de la servitude entraîne, par elle-même, et d'une façon immédiate, un changement dans l'état des lieux. Cette condition apparaît difficilement réalisable et jusqu'ici n'a jamais été considérée comme satisfaite. Elle pourrait concerner la servitude de passage sur les propriétés riveraines du domaine maritime (servitude de passage des piétons le long du littoral). Mais précisément l'article L. 160-7 du code de l'urbanisme prévoit dans ce cas une indemnisation du préjudice matériel, direct et certain.

I. Responsabilité sans faute des personnes publiques et principe d'égalité devant les charges publiques

I. 1. La jurisprudence du Conseil d'Etat.

Dans une jurisprudence fameuse le Conseil d'Etat a jugé que les dommages ayant un caractère spécial et anormal causés aux administrés par des actes réguliers de la puissance publique devraient faire l'objet, en l'absence de volonté contraire du législateur, d'une réparation fondée sur le principe d'égalité devant les charges publiques.

C'est dans le domaine de la responsabilité du fait des lois que cette théorie est la plus connue depuis l'arrêt du CE du 14 janvier 1938, Société des produits laitiers La Fleurette (G.A.) : "rien, ni dans le texte de la loi ou dans ses travaux préparatoires ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressé une charge qui ne lui

incombe pas normalement; cette charge, créée dans l'intérêt général, doit être supportée par la collectivité". Le principe d'égalité devant les charges publiques n'est pas expressément mentionné mais les termes du considérant sont directement inspirés par le Commissaire du Gouvernement Roujou qui écrivait : "En l'absence de faute de l'administration, la responsabilité de la puissance publique trouve son fondement dans l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme. Cet article a posé le principe de l'égalité des citoyens devant les charges publiques; il n'est en effet pas admissible qu'une activité publique, même légale, cause à certains individus un préjudice qu'ils soient seuls à subir : ce serait leur faire supporter plus que leur part dans les charges de l'Etat...Par suite un dommage particulier qui a sa source dans cette activité et qui, rompant l'équilibre voulu par la Déclaration des droits, porte atteinte à l'égalité des citoyens devant les charges publiques, doit donner lieu à réparation".

Cette jurisprudence a été étendue à la responsabilité du fait des conventions internationales. Le CE a admis dans un arrêt du 30 mars 1966, Compagnie générale d'énergie radio-électrique "que la responsabilité de l'Etat est susceptible d'être engagée sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, pour assurer la réparation de préjudices nés de conventions conclues par la France avec d'autres Etats et incorporées régulièrement dans l'ordre juridique interne".

Le CE y fait référence également à propos de la responsabilité sans faute pour les dommages causés par des règlements légalement faits. Notamment dans l'arrêt du 22 février 1963, Commune de Gavarnie, le CE juge que "s'il était établi que ledit préjudice a, en fait, présenté une gravité telle que l'arrêté municipal ..dut être regardé comme ayant imposé au sieur Benne, dans l'intérêt général, une charge ne lui incombant pas normalement, ledit sieur Benne devait être indemnisé de ce préjudice par la commune de Gavarnie sur le fondement du principe de l'égalité devant les charges publiques". Même solution en ce qui concerne des mesures administratives individuelles, la situation la plus connue concernant l'indemnisation du refus d'exécution par l'administration des décisions de justice lorsque le refus ou le retard d'exécution est légal en raison de motifs d'ordre public faisant obstacle à cette exécution (arrêt Couitéas).

Il faut noter que le CE ne fait jamais référence au principe d'égalité devant les charges publiques dans les autres cas de responsabilité sans faute et notamment pas dans la jurisprudence sur l'indemnisation des dommages permanents de travaux publics².

Encore faut-il que le législateur n'ait pas entendu exclure l'indemnisation. Il n'y pas de difficulté lorsque le loi a exclu l'indemnisation (comme pour les dommages causés par les servitudes d'urbanisme, article L. 160-5 du Code de l'urbanisme). Mais dans d'autres cas le CE, dans le silence de la loi, considère qu'elle exclut toute indemnisation. La volonté du législateur est en réalité une fiction qui permet au CE de mener une politique jurisprudentielle dont toutes les clefs ne sont pas données³. Dans certains cas c'est la référence à l'intérêt général de la loi ou du règlement qui exclut l'indemnisation.

Voir par exemple l'arrêt du 7 octobre 1987, Consorts Genty (RFDA, 1988, 858, concl. Van Ruymbeke) : "considérant que, *eu égard à l'objectif poursuivi par la loi* du 23 juin 1941, les actes ou décisions de l'administration en matière d'interdiction d'exportation des oeuvres présentant un intérêt national d'histoire ou d'art ne peuvent ouvrir droit à indemnisation que s'ils sont entachés d'illégalité; qu'ainsi les

² Que certains auteurs rattachent néanmoins au principe d'égalité devant les charges publiques. P. Delvolvé, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, 1969; Chapus, *Droit administratif*, tome 1, Montchrestien.

³ Le CE dit-il bien ce qu'il veut dire?

requérants ne sont pas fondés à demander, sur le fondement de la violation du principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques, la réparation du préjudice qu'ils auraient subi en l'espèce"⁴.

Dans d'autres cas le CE emploie une formule encore plus sévère lorsqu'il s'agit d'une réglementation comme celle portant sur les relations financières avec l'étranger. Dans ce cas c'est faute de "toute dispositions législative en disposant expressément" que "les règlements légalement pris en application de cette législation ne sauraient engager la responsabilité de l'Etat"⁵.

La doctrine s'est interrogée sur le sens de cette référence à l'intérêt général ou au caractère de certaines législations pour exclure toute indemnisation et aucune des théories présentée ne paraît réellement pouvoir emporter l'adhésion.

C'est en tout cas en se fondant sur le principe d'égalité devant les charges publiques, en application de cette jurisprudence que le Conseil d'Etat s'est basé pour reconnaître le principe de l'indemnisation des servitudes d'intérêt public. CE , section, 14 mars 1986, Commune de Gap-Romette c/ Consorts Béraud, AJDA 1987, 317, concl. Jeanneney, JCP, 1987, II, 20759, note Davignon, D. 1986, I.R., 468, obs Moderne et Bon) juge qu'une servitude "ne peut ouvrir droit à réparation que si le législateur n'a pas entendu exclure toute indemnisation et dans la mesure où ce préjudice présente un caractère direct, certain, grave et spécial". La portée de l'arrêt est un peu difficile à trouver car en l'espèce le CE refuse l'indemnisation faute de préjudice certain. Le CE ne statue donc pas expressément sur la volonté du législateur. Mais il semble qu'ayant accepté de rechercher si le préjudice existait que le CE a nécessairement reconnu que la loi n'avait pas entendu exclure l'indemnisation. Solution qui peut valoir pour toutes les servitudes d'intérêt général portant sur le foncier. Seule une volonté expresse de la loi d'exclure l'indemnisation serait de nature à empêcher l'indemnisation.

Cette jurisprudence, même si elle fait une référence explicite au principe d'égalité devant les charges publiques n'est pas fondée directement sur le principe d'égalité. Le principe d'égalité devant les charges publiques est appliqué dans toutes ces décisions sans référence à la méthodologie habituellement employée pour appliquer le principe d'égalité. La spécialité du préjudice n'est pas en soi un élément de la rupture de l'égalité dès lors que l'on ne montre pas que les victimes se trouvent dans une situation identique à d'autres administrés non touchés. La spécialité, comme on l'a fait remarquer, à mon avis justement, n'est qu'un élément de l'anormalité⁶. Le caractère anormal du dommage rompt il est vrai l'égalité répartition des charges entre les citoyens, mais reste encore à déterminer ce qui est anormal et ce n'est pas le principe d'égalité qui le permet. D'autres règles entrent alors en ligne de compte et il est peut-être dommage que le CE ne les explicite pas. Pour une part sans doute non négligeable cette jurisprudence , comme elle n'a pas manqué d'être présentée, est une responsabilité d'équité. Y. Gaudemet et J.-Cl. Venezia ⁷ font

⁴ Conclusions Van Ruymbeke : "les conditions de la responsabilité du fait des lois ne nous paraissent pas remplies : celle-ci en effet a poursuivi un motif d'intérêt général et exclut implicitement toute indemnité".

⁵ "Considérant que M. Martin et la Soc. "Michel Martin", dont l'activité consistait notamment à vendre des résidences secondaires en Espagne, se prévalent du caractère prétendument anormal du préjudice subi par elle du fait des dispositions de l'arrêté du 24 mars 1982; que la loi du 28 décembre 1966 a eu pour objet de restreindre le transfert des capitaux à l'étranger en vue de la protection de la monnaie; qu'en l'absence de toute disposition législative en disposant expressément, les règlements légalement pris en application de cette législation ne sauraient engager la responsabilité de l'Etat".

⁶ P. Amselek, Mélanges Eisenmann,

⁷ Droit administratif, tome 1, LGDJ, p. 814.

référence : "Dans le cas où le Conseil d'Etat admet à ce titre la responsabilité de l'administration, la formule qu'il a pris l'habitude d'employer est que le fait de l'administration "a fait subir au requérant, dans l'intérêt général, un préjudice particulier qui, à raison de sa gravité, ne saurait être regardé comme une charge lui incombant normalement". Comme on le devine, cette formule permet au juge administratif de reconnaître ou non la responsabilité de l'administration en faisant une assez large place à l'équité. On ne peut en tout cas en rendre compte qu'en citant les illustrations les plus typiques".

Mais, pour partie, cette jurisprudence relève plus directement d'une politique jurisprudentielle de garantie de la propriété. Une analyse attentive de la jurisprudence à l'aide de cette hypothèse devrait être menée. Elle n'a pas pu être faite ici. Prenons cependant un exemple pour illustrer cette approche. Dans l'affaire *Consorts Genty*, précitée, si le CE refuse la réparation c'est parce que la propriété des oeuvres d'art (qui était en cause en l'espèce) ne comporte pas le droit constitutionnel d'exporter un bien. Sur ce point la propriété est sous le coup de limitations implicites⁸ du pouvoir de police de l'Etat. Le Commissaire du Gouvernement invoque d'ailleurs cette absence de droit protégé.

I. 2. La jurisprudence du conseil constitutionnel.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel n'a pas beaucoup fait avancer la théorie. En l'état elle rend les choses encore plus incertaines.

Pour le Conseil constitutionnel, le principe d'égalité devant les charges publiques est un principe de valeur constitutionnelle⁹ auquel il fait souvent référence soit par renvoi au principe général d'égalité devant la loi (dont le principe d'égalité devant les charges publiques n'est qu'une "corrolaire") soit par renvoi plus direct à l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme¹⁰.

Le Conseil reprend à son compte la jurisprudence du Conseil d'Etat fondant sur la rupture d'égalité devant les charges publiques la responsabilité sans faute de l'Etat en cas de dommages anormal et spécial causé par une loi ou un règlement légalement pris. Décision du 4 juillet 1989 à propos de la loi portant "dénoyautage" des entreprises privatisées. Cette loi a supprimé les règles assurant le contrôle d'une société privatisée à un groupe d'actionnaires choisi par le gouvernement en dehors d'une procédure de marché, contrôle en contrepartie duquel ces actionnaires avaient accepté de payer les actions, lors de l'opération de privatisation, pour un prix supérieur à celui fixé pour l'offre publique de vente. Le Conseil constitutionnel aurait pu se contenter de dire que le préjudice n'était qu'éventuel. Il précise pourtant qu'"il est loisible aux intéressés, pour le cas où l'application de la loi présentement examinée leur occasionnerait un préjudice anormal et spécial, d'en demander réparation sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques".

Quelle est la portée de cette décision? Est-ce que le principe d'égalité devant les charges publiques interdira au parlement d'écarter la réparation en cas de dommage anormal et spécial? Est-ce que le CE ne pourra plus faire référence à la volonté du

⁸ Voir, plus loin, ce concept dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis.

⁹ Voir Diane-Isabelle Cauhépe, *Le principe d'égalité devant les charges publiques dans la jurisprudence constitutionnelle*, mémoire pour le DEA de droit public, Aix, 1992.

¹⁰ L'article 13 dispose : "Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés".

parlement d'exclure la réparation? Si notre interprétation de la jurisprudence du CE est exacte il ne devrait pas en être ainsi. Comme nous l'avons dit la référence à la volonté souvent implicite du parlement n'était que la façon de cacher une théorie sous-jacente qui ne peut pas disparaître devant le Conseil constitutionnel et que celui-ci n'a pas de raison de faire disparaître. Michel Paillet ¹¹précise par exemple que le parlement pourra toujours exclure expressément l'indemnisation d'un préjudice dès lors que le but de la loi à l'origine de ce préjudice est la protection de la santé publique. D'ailleurs, comme le remarque également Michel Paillet "le Conseil ne dit pas qu'une loi ne peut jamais exclure l'indemnisation des préjudices que son édicton peut entraîner mais seulement que la loi en cause ne l'ayant pas fait, les citoyens lésés peuvent obtenir réparation devant le juge compétent".

Une précision importante nous est apportée sur le terrain du contentieux constitutionnel. Pour nous le principe d'égalité devant les charges publiques ne fonde pas directement les régimes de responsabilité sans faute du fait de loi ou de règlement légalement fait. Il peut néanmoins jouer un rôle important en droit constitutionnel dans le contentieux de la réparation. Dans deux séries de cas.

Premier cas.

Dans des cas exceptionnels, il peut se trouver au fondement direct d'une obligation de réparer, sans qu'il soit d'ailleurs besoin d'invoquer un préjudice anormal. On peut dire qu'il est dans la nature du principe d'égalité, en tant que norme, de prévoir que dans certains cas la production d'une rupture d'égalité peut être compensée de telle sorte qu'en présence de cette compensation la loi ne serait plus inconstitutionnelle. La compensation peut être purement financière. Dans ces cas la production d'un dommage par rupture d'égalité aurait pour effet d'imposer une obligation de réparation de telle sorte qu'en présence de cette réparation la loi ne serait plus contraire au principe d'égalité. C'est la démarche semble-t-il du Conseil constitutionnel dans une décision du 18 janvier 1985 (loi relative au redressement judiciaire et à la liquidation judiciaire des entreprises, D. 1986, note Th. Renoux). La loi prévoit que en cas de cession totale ou de liquidation d'entreprise les créances nées après le jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire sont payées par priorité à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou de sûretés (à l'exception des créances des salariés). La loi modifie le rang des créances et s'appliquant immédiatement elle lèse certains créanciers dans des procédures en cours. Pour le Conseil la loi ne porte pas atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques; mais il accepte d'examiner ce moyen. Pour le Conseil la loi a soumis "à des règles différentes des créanciers placés dans des situations différentes au regard de l'objectif poursuivi". Il en conclut que "la loi a pu, sans être astreinte à prévoir quelque indemnisation que ce soit, modifier le rang des créances assorties de sûretés réelles à l'avantage de créanciers qui, depuis l'ouverture de la procédure ont concouru à la réalisation de l'objectif d'intérêt général de redressement des entreprises en difficulté".

Le Conseil constitutionnel juge bien que dans un cas comme celui-là le principe d'égalité devant les charges publiques impose, sauf inconstitutionnalité, une réparation des préjudices dès lors qu'il y aurait traitement différent de situation comparables. Auquel cas il ne serait plus nécessaire d'invoquer la gravité du préjudice. Du moins son anormalité résulterait de cette rupture d'égalité. L'indemnisation est présentée comme une condition de constitutionnalité dans le cadre de l'application de l'égalité devant les charges publiques.

Deuxième cas.

¹¹ "Vers un renouveau des sources de la responsabilité administrative en droit français", *Mélanges Auby*, Dalloz, 1992, pp 265 et 266).

En droit constitutionnel le refus de réparation d'un préjudice peut être contraire au principe d'égalité devant les charges publiques **sans que l'obligation de réparation soit elle-même directement fondée sur une rupture d'égalité.**

Le Conseil constitutionnel a jugé (décision du 22 octobre 1982, Institutions représentatives du personnel¹²) que l'interdiction faite par la loi de demander au civil réparation d'un préjudice causé par une faute commise par des particuliers ou des personnes morale de droit privé constituait une rupture de l'égalité devant les charges publiques¹³.

Bien que dans la décision du 22 octobre 1982 le Conseil fasse référence limitativement à un dommage causé par la faute civile d'une *personne de droit privé*, il ne semble pas exclu qu'il adopterait la même sanction (violation du principe d'égalité devant les charges publiques) si une loi venait interdire de demander réparation d'un dommage causé par une *personne morale de droit public*.

Le Conseil juge aussi que "le principe constitutionnel d'égalité implique que tout propriétaire d'un bien exproprié pour cause d'utilité publique soit indemnisé de l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain causé par l'expropriation" (25 juillet 1985, TGV-Nord, note P. Bon CJEG).

C'est sans doute comme cela qu'il faut comprendre également la décision du 13 décembre 1985 (dans l'affaire dite "Amendement Tour Eiffel") : est contraire au principe d'égalité devant les charges publiques le fait pour la loi d'exclure l'indemnisation de certains dommages affectant les propriétés grevées de servitude et résultant d'un ouvrage public. "En écartant la réparation de tous préjudices autres que ceux strictement précisés" la loi porte atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques qui ne permet pas "d'exclure du droit à réparation un élément quelconque de préjudice indemnisable résultant des travaux ou de l'ouvrage public".

Le Conseil constitutionnel ne se prononce pas au titre de l'égalité devant les charges publiques sur les conditions de l'indemnisation. Il parle de "préjudice indemnisable" et renvoie aux conditions classiques de réparation qui sont celles définies par le Conseil d'Etat, lequel n'a jamais fait référence à la rupture de l'égalité pour déterminer le régime de cette réparation. On peut douter que le Conseil constitutionnel est ici voulu dire que l'indemnisation des dommages permanent de travaux publics est fondé directement sur la rupture d'égalité devant les charges publiques. Il lui suffit de constater que les dommages permanents de

¹² note F. Luchaire, D. 1983, p. 349; observations L. Favoreu, chronique, RDP, 1983, p. 389.

¹³ La loi votée par le parlement prévoyait "qu'aucune action ne peut être intentée à l'encontre de salariés, de représentants du personnel élus ou désignés ou d'organisations syndicales de salariés en réparation des dommages causés par un conflit collectif du travail". Le Conseil dit que "le droit français ne comporte, en aucune matière, de régime soustrayant à toute réparation les dommages résultant de fautes civiles imputables à des personnes physiques ou morales de droit privé, quelle que soit la gravité de ces fautes. Qu'ainsi (la loi) établit une discrimination manifeste au détriment des personnes à qui (elle) interdit, hors le cas d'infraction pénale, toute action en réparation; qu'en effet, alors qu'aucune personne physique ou morale, publique ou privée, française ou étrangère victime d'un dommage matériel ou moral imputable à la faute civile d'une personne de droit privé ne se heurte à une prohibition générale d'agir en justice pour obtenir réparation de ce dommage, les personnes à qui seraient opposées les dispositions de la loi ...ne pourraient demander la moindre réparation à quiconque;...Le souci du législateur d'assurer l'exercice effectif du droit de grève et du droit syndical ne saurait justifier la grave atteinte portée par les dispositions précitées au principe d'égalité....Le législateur ne peut...dénier dans son principe même le droit des victimes d'actes fautifs...à l'égalité devant la loi et devant les charges publiques".

travaux publics donnent, en vertu d'une règle appliquée par le CE, toujours lieu à réparation pour que l'exclusion de cette réparation dans un cas qui ne se distingue en rien des autres constitue une rupture d'égalité devant les charges publiques.

Comme le montre bien F. Luchaire, sur le plan constitutionnel, l'intérêt de la référence au principe d'égalité devant les charges publiques, c'est qu'elle permet de sanctionner le non respect de principe de responsabilité qui n'ont pas nécessairement eux-mêmes de valeur constitutionnelle (F. Luchaire les désigne alors comme des "principes para-constitutionnels"). Commentant la décision du 13 décembre 1985 il note¹⁴ que la réparation s'impose "en cas de dommages causés par les travaux publics; il y aurait donc rupture d'égalité si pour certains travaux l'indemnisation n'était que partielle alors que pour d'autres la réparation est intégrale..La règle de la réparation intégrale du "préjudice indemnisable résultant des travaux ou de l'ouvrage public" n'a pas valeur constitutionnelle¹⁵. Elle s'impose cependant au législateur qui, s'il l'abandonnait à l'occasion de l'instruction d'une nouvelle servitude d'intérêt public, porterait atteinte au principe d'égalité".

En appliquant cette grille d'analyse au cas de l'indemnisation des servitudes d'urbanisme et plus précisément au cas de l'exclusion législative de l'indemnisation de ces servitudes on va en découvrir les potentialités.

II. L'analyse de la constitutionnalité de l'article L. 160-5 du Code de l'urbanisme.

II. 1. Analyse sur le terrain du principe d'égalité devant les charges publiques.

La portée de la décision du CC du 13 décembre 1985.

Il faut commencer par examiner la portée intrinsèque de la décision du Conseil constitutionnel du 13 décembre 1985 dans la mesure où elle concerne la théorie des servitudes d'intérêt public. En l'espèce une servitude grevant les immeubles en raison de leur emplacement ou de leur hauteur au profit de TDF pour l'installation d'équipement nécessaire à la transmission d'ondes hertziennes.

Le Conseil constitutionnel dit que la loi "limite impérativement l'indemnité au seul préjudice résultant des travaux d'installation, de pose ou d'entretien des moyens de diffusion par voie hertzienne ou des équipements nécessaires à leur fonctionnement. Cette rédaction écarte la réparation de tous préjudices autres que ceux strictement précisés; cependant le principe d'égalité devant les charges publiques ne saurait permettre d'exclure du droit à réparation un élément quelconque du préjudice indemnisable résultant des travaux ou de l'ouvrage public". La formule du Conseil constitutionnel ne concerne pas les préjudices éventuellement causés par l'institution de la seule servitude. Le Conseil ne vise que les dommages résultant des travaux ou de l'ouvrage public. En effet la loi avait exclu du droit à réparation les dommages permanents causés par la seule présence des ouvrages de TDF et leur maintien pendant une longue période (et qui entraîne une dépréciation de la propriété). La nouvelle loi a d'ailleurs prévu la réparation des préjudices causés "tant par les travaux d'installation et d'exploitation des ouvrages

¹⁴ D. 1986, p. 350.

¹⁵ Ce dernier point pourrait être discuté.

...que par l'existence et le fonctionnement des ouvrages". Le Conseil ne parle pas des dommages résultant de la seule existence des la servitude. A lire mot à mot la décision du Conseil constitutionnel une servitude qui n'entraîne pas de travaux publics -comme c'est le cas d'une servitude d'urbanisme- "peut régulièrement ne pas ouvrir droit à indemnité...Dès lors le législateur peut régulièrement exclure ou restreindre de façon expresse l'indemnisation des préjudices causés par l'institution même d'une servitude" comme l'écrit F. Colly¹⁶.

Il est vrai, qu'en l'espèce, l'institution même de la servitude n'entraîne pour les immeubles grevés de la servitude en raison de leur emplacement ou de leur hauteur, en l'absence de travaux, aucun préjudice. Le préjudice n'est qu'éventuel. Il ne se réalisera qu'au moment des travaux et donnera lieu, à ce moment, à indemnité. Il n'en va pas de même pour les servitudes d'urbanisme dont la seule existence peut causer d'importants préjudices pour les propriétaires.

Cependant, nous pensons que F. Colly a raison de dire, *sur la seule base de la décision du 13 décembre 1985*, que le Conseil n'a pas visé les servitudes telles que les servitudes d'urbanisme. La décision du Conseil se borne à prendre acte de ce que, en droit français, les dommages permanents de travaux publics donnent lieu à indemnisation et qu'il serait contraire au principe d'égalité devant les charges publiques d'écarter le principe de réparation causés par des dommages permanents de travaux publics.

Cependant la question que l'on doit se poser dans ces conditions est celle de savoir si en vertu d'une règle quelconque le droit français n'indemnise pas les servitudes d'intérêt public **intéressant le foncier** dès lors qu'elles dépassent un certain seuil et rompent l'équilibre entre la garantie de la propriété et l'intérêt général. Auquel cas interdire les seuls préjudices causés par les servitudes d'urbanisme pourrait être contraire à la Constitution.

L'arrêt précité du 14 mars 1986, Gap-Romette pose bien le principe que dans le silence de la loi l'indemnisation d'une servitude foncière est acquise dès lors que le préjudice est certain, matériel spécial et anormal. Il reprend l'avis souvent cité (et notamment par le Commissaire du Gouvernement Jeanneney dans ses conclusions sur l'arrêt Gap-Romette) du Conseil d'Etat du 18 décembre 1924 rendu à propos d'une loi de planification urbaine et selon lequel en l'absence de disposition législative contraire joue "le principe général selon lequel tout acte de la puissance publique ouvre droit à réparation lorsqu'il en résulte un dommage direct, matériel et spécial". Nous pensons, comme cela a été dit plus haut, que ce n'est pas le principe d'égalité devant les charges publiques qui fonde directement cette obligation d'indemnisation. Mais le principe d'égalité devant les charges publiques pourrait bien être violé dès lors que l'indemnisation serait refusée par la loi pour une catégorie seulement de préjudices causés par un type de servitude sur le foncier. Cela d'autant plus que l'analyse de la législation (faite de façon il est vrai non systématique) montre qu'en droit français les servitudes sur le foncier ne doivent pas, à moins d'être assimilées à des expropriations conduire à supprimer le droit de bâtir qui obtient une garantie toute particulière.

La loi du 29 juin 1965, relative au transport des produits chimiques par canalisation (art. 4) organise un véritable droit de délaissement lorsque la servitude fait obstacle au droit du propriétaire de bâtir ou "rend impossible l'utilisation normale des terrains".

La loi du 9 janvier 1985 concernant la servitude de passage des pistes de ski installées par des communes reconnaît un droit de délaissement lorsque la servitude "compromet gravement" l'exploitation agricole et sylvicole.

L'article 18 de la loi du 15 juillet 1980 concernant les réseaux de chaleur prévoit que le propriétaire peut à tout moment requérir l'acquisition des terrains grevés de

¹⁶ RDP, ...p. 181.

servitudes par leur bénéficiaire "si l'existence des servitudes vient à rendre impossible l'utilisation normale de ces terrains". "Il en est ainsi des terrains pour lesquels le permis de construire est refusé en raison de l'existence de la servitude". La loi du 15 juin 1906 concernant les servitudes d'appui et de passage des lignes électriques prévoit expressément que les "servitudes n'entraînent aucune dépossession", le propriétaire conservant le droit de se clore ou de bâtir.

P. Sablière ¹⁷ écrit que "ce qui distingue fondamentalement la servitude administrative de l'expropriation, c'est l'absence de dépossession totale du propriétaire des terrains concernés, c'est le fait que même s'il y a des limitations permanentes au droit de propriété les attributs essentiels de ce droit, et notamment celui de construire demeurent. D'ailleurs dans l'hypothèse où l'exercice de la servitude vient à mettre en cause ces droits fondamentaux et notamment celui de bâtir les textes donnent en général très explicitement au propriétaire une faculté de délaissement, c'est-à-dire la possibilité de contraindre, dans ce cas, le bénéficiaire de la servitude à acquiescer le terrain sur lequel s'exerce alors une véritable dépossession".

Dès lors l'interdiction d'indemniser des servitudes d'urbanisme qui comportent notamment des interdictions de bâtir apparaît comme une violation du principe d'égalité devant les charges publiques.

Mais le terrain de la violation de l'égalité devant les charges publiques ne paraît pas le terrain le plus approprié.

II. 2. Analyse sur le terrain de la garantie de la propriété.

C'est, à mes yeux, sur le terrain de la garantie constitutionnelle de la propriété qu'il faut se placer en priorité pour examiner les conditions d'indemnisation des servitudes d'urbanisme et porter un jugement sur la constitutionnalité de l'article L. 160-5 du code de l'urbanisme. On a vu qu'en réalité c'est sans doute la protection de la propriété qui explique le mieux la jurisprudence très complexe fondée explicitement mais de façon incertaine sur l'égalité devant les charges publiques. C'est d'ailleurs essentiellement sur ce terrain de la garantie de la propriété que certains droits constitutionnels étrangers (Etats-Unis, RFA, Suisse) se placent pour traiter de l'indemnisation des servitudes foncières. Il faut tenir compte des leçons du droit comparé. Plutôt que de voir dans le principe de réparation des servitudes d'interdiction de construire un principe para-constitutionnel (qui ne pourrait être sanctionné qu'indirectement par le biais du principe d'égalité devant les charges publiques) ne faut-il pas mieux analyser l'interdiction de bâtir (voire d'autres servitudes) comme une atteinte si grave au droit de propriété qu'elle est assimilable, sauf cas particulier à déterminer, à une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme.

L'article 17 de la DDHC dispose : "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". Il s'agit ici de savoir ce que veut dire le concept de privation de propriété.

¹⁷ CJEG, 1986, pp. 116-117.

II. 2.1. La notion de privation de propriété en droit constitutionnel français.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la notion de privation de propriété est il est vrai peu développée et, surtout, paraît très restrictive. De telle sorte que l'on peut encore hésiter à se placer, en l'état actuel de cette jurisprudence, sur ce terrain. Mais l'état de la jurisprudence est embryonnaire -en comparaison avec certains droits constitutionnels étrangers. Il faut frapper à la porte du juge constitutionnel, développer une doctrine solide du droit constitutionnel de la propriété.

Dans la ligne de sa jurisprudence sur la notion de privation de propriété¹⁸, le Conseil constitutionnel a séparé les privations de propriété et les servitudes d'intérêt public. Il faut revenir ici sur la décision précitée du 13 décembre 1985.

"Considérant que le droit accordé à l'établissement public par ...la loi de procéder à certaines installations sur la partie supérieure des propriétés bâties, dans la mesure où il n'impose qu'une gêne supportable, ne constitue pas une privation de propriété au sens de l'article 17 de ladite déclaration, mais une servitude d'intérêt public grevant l'immeuble en raison de son emplacement ou de son élévation; qu'il en serait autrement si la sujétion ainsi imposée devait aboutir à vider de son contenu le droit de propriété ou que, affectant non seulement l'immeuble mais la personne de ses occupants, elle devait constituer une entrave à l'exercice de droits et libertés constitutionnellement garantis".

La distinction entre privation de propriété et servitude rejoint une analyse ancienne du juge judiciaire. F. Bouyssou¹⁹ écrit qu' "au début du XIX^e siècle, c'est-à-dire à l'époque où le droit de propriété venait d'être proclamé inviolable et sacré et où le Code civil proclamait une conception absolutiste de de droit, est apparue une distinction fondamentale entre l'expropriation pour cause d'utilité publique, dépossession forcée nécessitant une indemnisation juste et préalable et les servitudes d'utilité publique, simples limitations à l'exercice de ce droit dans un but d'intérêt général et échappant à ce titre à la nécessité d'une indemnisation".

Mais le Conseil lui-même introduit une exception à cette séparation radicale. La servitude ne constitue pas en l'espèce une privation "dans la mesure où (elle) n'impose qu'une gêne supportable". Le Conseil ajoute encore que la servitude constituerait une privation de propriété au sens de l'article 17 de la DDHC "si la sujétion ainsi imposée devait aboutir à vider de son contenu le droit de propriété". Il reste à préciser ce qu'il faut entendre par "gêne insupportable" et par sujétion "devant aboutir à vider de son contenu le droit de propriété". Le Conseil constitutionnel n'a pas eu l'occasion de le préciser. Il pourrait d'ailleurs être amené à élaborer d'autres notions. Ces notions n'ont trouvé pas à s'appliquer dans l'espèce. Mais manifestement il n'y avait pas de gêne insupportable ni mesure vidant de son contenu le droit de propriété. L'institution des servitudes au profit de

¹⁸ Décision 81-133 DC du 30 décembre 1981 qui déclare non contraire aux règles constitutionnelles la non indemnisation par la loi de la privation temporaire de jouissance provoquée, au sein des entreprises, par le contrôle des traitements automatisés de comptabilité opérés par les services fiscaux.

Décision 162 DC des 19 et 20 juillet 1983 (loi sur la démocratisation du secteur public) . Décide que la privation du droit des actionnaires privés des sociétés du secteur public de désigner leurs représentants au conseil d'administration de ces sociétés en proportion de leurs actions, du fait de la mise en oeuvre du principe de participation des salariés, n'entre pas dans le champ de l'article 17 de la DDHC de 1789 : "les dispositions des articles 5 et 6 de la loi n'opèrent aucune privation de propriété qui tomberait sous le coup de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui n'implique nullement que les lois ne puissent restreindre l'exercice du droit de propriété sans une indemnisation corrélative".

¹⁹ *Droit et ville*, 1990, n° 30, p. 113.

TDF n'entraîne aucune perte des droits attaché à la propriété. On est dans le même cas que celui des servitudes décidées au profit EDF; en relation avec la loi, la cour de cassation a jugé que ces servitudes d'ancrage, d'appui, de passage et les travaux qui leur sont liés n'entraîne aucune privation des privilèges attachés à la possession. Les propriétaires gardent le droit de démolir, réparer, surélever, clore ou bâtir²⁰. Mais la situation n'est pas la même pour certaines servitudes d'urbanisme, notamment quand elles comportent l'interdiction de bâtir.

L'article 17 de la DDHC doit être lu avec l'article 2 qui dispose que "le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme" et que la propriété est l'un de ces droits²¹. Cela suppose à la fois que la propriété a une substance qui n'est pas sous la discrétion de l'Etat et que, puisque le but de l'association politique est la conservation de cette substance, la privation de ce droit, prérogative exceptionnelle reconnu néanmoins à l'Etat par la DDHC, doit être strictement limité aux nécessités publiques et faire l'objet d'une compensation. Il ne semble pas qu'une disposition du Préambule de la constitution de 1946 modifie cette analyse.

Dans la décision du 16 janvier 1982²² le Conseil se rallie pleinement au texte de 1789. "Considérant que si, postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des Droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté ou la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique". Non seulement le Conseil reconnaît un caractère fondamental au droit de propriété mais encore procède à cette reconnaissance dans les termes même de la DDHC et notamment en relevant que la conservation du droit de propriété constitue l'un des buts de la société politique. Le Conseil rappelle que le Peuple français a proclamé solennellement deux fois par referendum son attachement aux principes de 1789; et qu'il a rejeté le projet de constitution d'avril 1946 adoptant une autre Déclaration des droits comportant notamment une autre formulation de la garantie de la propriété²³.

Il est vrai que dans la décision du 25 juillet 1989 la référence à la DDHC s'affaiblit. Le Conseil rappelle 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 par l'intérêt général". Mais, alors qu'en 1982 cette constatation allait de pair avec l'affirmation de la pleine valeur constitutionnelle du texte de la DDHC, la décision de 1989 souligne 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". Comme l'écrit Bruno Genevois : "Force est de reconnaître que les dispositions de la Déclaration ne peuvent recevoir application

²⁰ Pour des précisions sur les droits des propriétaires, voir P. Sablière, Non-dépossession et droit pour les propriétaires de démolir, réparer, surelever, se clore ou bâtir, au sens de l'article 12 de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie électrique, CJEG, pp. 65-74.

²¹ "Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression".

²² Loi de nationalisation, in Louis Favoreu et Loïc Philip, GDCC, Sirey, 6^e édition.

²³ La Déclaration des droits de l'Homme placée en tête du projet de Constitution d'avril 1946 plaçait la protection de la propriété dans les droits sociaux et économiques et non dans la protection des libertés. Dans cette Déclaration "la propriété est le droit inviolable d'user, de jouir et de disposer des biens garantis à chacun par la loi. Tout homme doit pouvoir y accéder par le travail et par l'épargne"; il y est précisé que "le droit de propriété ne saurait être exercé contrairement à l'utilité sociale..."

que moyennant actualisation" ²⁴. Est-ce que cette actualisation prend en compte les graves atteintes aux éléments essentiels de la propriété par le droit rural et le droit de l'urbanisme qui ne bénéficieraient plus de la protection de l'article 17 sauf expropriation?

L'étude du droit international des droits de l'homme et des droits étrangers pourrait être d'un grand intérêt.

II. 2. 2. La garantie de la propriété dans la Convention européenne des droits de l'homme²⁵. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme; l'arrêt du 23 septembre 1982 dans l'affaire Sporrong et Lönnroth.

Dans cette affaire ²⁶la Cour européenne a examiné l'application d'une législation d'urbanisme suédoise permettant la réalisation de grands travaux urbains par la voie de permis d'exproprier pouvant couvrir toute la zone des travaux et qui permettent d'exproprier dans un délai de cinq ans renouvelable. Ces permis d'exproprier peuvent s'accompagner, ce qui était le cas en l'espèce, d'interdiction de construire.

Les héritiers de M. Sporrong et M. Lönnroth étaient propriétaires d'immeubles situés dans des zones où la municipalité de Stockholm avait décidé d'aménager des parcs de stationnement pour automobiles. Dans l'affaire de la succession Sporrong un premier permis d'expropriation avait été obtenu par la ville de Stockholm le 31 juillet 1956. Après diverses prorogations, ce permis était devenu caduc le 3 mai 1979. Le permis d'exproprier était assorti d'une interdiction de construire. L'interdiction avait été prononcée le 11 juin 1954. Elle ne devait être levée que le 1er juillet 1979.

Dans l'affaire Lönnroth, le permis d'exproprier avait été délivré le 24 septembre 1971 et n'était venu à expiration que le 3 mai 1979 (8 ans). Le permis d'exproprier était assorti d'une interdiction de construire qui s'était étendue du 29 février 1968 au 1er juillet 1980.

Les requérants se plaignaient des conséquences de ces décisions et invoquaient notamment la violation de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour a rendu à propos de cette politique d'urbanisme une grande décision.

L'article 1er du 1er protocole dispose:

"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.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou amendes".

²⁴ C.J.E.G., janvier 1990, p. 5

²⁵ Sur la protection de la propriété dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, voir L. Sermet, La convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de propriété, Conseil de l'Europe, 1991. B. Stern, Le droit de propriété, l'expropriation et la nationalisation dans la convention européenne des droits de l'homme, DPCI, 1991, n° 3, pp. 394-425. F. Sudre, La protection de la propriété par la Cour européenne des droits de l'homme, D., 1988, chr., 71 s.

²⁶ Commentaire de P. Tavernier *JDI*, 1985, p. 205 s.

La Cour a interprété le premier alinea comme impliquant en cas de privation, une indemnisation, faute de quoi la mesure ne serait pas proportionnée. "Sans le versement d'une somme ... une privation de propriété constituerait normalement une atteinte excessive qui ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1er" (arrêt Lithgow).

Pour autant le texte distingue bien les cas de privation et les cas de réglementation de l'usage des biens. Le texte laisse aux Etats une marge de manoeuvre très large en cas de réglementation ou de restrictions dans l'usage des biens (même la perte de l'exclusivité du droit sur un bien a été jugée relever non d'une réglementation mais d'une simple réglementation).

Dans l'affaire Sporong et Lönnroth la Cour juge qu'en l'espèce il n'y a pas de privation de propriété. Bien que les intéressés aient soutenu qu'il y avait expropriation de fait. Sur ce point la Cour ne se contente pas d'une analyse formelle. Elle estime qu'elle doit regarder au-delà des apparences et analyser les réalités de la situation litigieuse. Selon elle, "il importe de rechercher si ladite situation n'équivalait pas à une expropriation de fait comme le prétendent les intéressés". Dans l'espèce la Cour écarte l'expropriation de fait car "bien qu'il ait perdu de sa substance le droit en cause n'a pas disparu. Les effets des mesures en question ne sont pas tels qu'on puisse les assimiler à une privation de propriété".

La Cour aurait donc du se placer sur le terrain du second alinea et sur ce terrain s'en tenir au contrôle minimum auquel elle procède dans le cadre du deuxième alinea. La majorité des juges a innové en jugeant que les mesures prises si elles n'étaient pas une privation de propriété étaient néanmoins plus que de simples réglementations de l'usage du bien. Ces mesures touchent à la substance même de la propriété et doivent être contrôlées sur la base de la première phrase du premier alinea de l'article premier (le droit au respect de ses biens). Tout se passe comme si l'article 1er contenait non deux mais trois normes.

En se plaçant sur le terrain de la première phrase de l'article 1er, la Cour peut exercer un contrôle beaucoup plus étendu que celui qu'elle exerce sur la base du second alinea. En particulier la Cour n'accepte plus ici l'écrasement des droits individuels au nom de l'intérêt général. Elle recherche si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. De telle sorte qu'elle exerce un contrôle de la nécessité des mesures adoptées (alors que dans le cadre du second alinea les Etats sont libres d'apprécier les nécessités de leur intervention). La Cour estime en l'espèce que les changements dans les projets d'urbanisme auraient du entraîner un réexamen des décisions litigieuses et elle s'en prend à la durée excessive des permis d'exproprier et des interdictions de construire. Pour la Cour "ainsi combinées les deux séries de mesures ont créé une situation qui a rompu le juste équilibre devant régner entre la sauvegarde du droit de propriété et l'exigence de l'intérêt général : la succession Sporong et Mme Lönnroth ont supporté une charge spéciale et exorbitante que seules auraient pu rendre légitime la possibilité de réclamer l'abrégement des délais ou celle de demander réparation".

Les juges dissidents affirment que "l'essence même de l'urbanisme est de réglementer l'usage des biens, y compris les biens privés, dans l'intérêt général".

L'arrêt ne soumet pas à réparation les servitudes d'urbanisme même les interdictions de construire. En l'espèce ce n'est qu'en combinaison avec des permis d'exproprier que les interdictions de construire ont été considérées comme des atteintes à la substance de la propriété. La Cour juge que, seules, les interdictions de construire relèvent de la réglementation de l'usage des biens. La longueur excessive des procédures est bien sûr un élément déterminant dans son appréciation

des faits, de même que le fait que les requérants ont cherché en vain à vendre leur bien (préjudice certain).

II. 2. 3. Le droit constitutionnel de la propriété dans la jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis. Interprétation de la dernière phrase du 5^e amendement.

Le droit étranger montre comment c'est sur la garantie constitutionnelle de la propriété que sont examinées les questions relatives à l'indemnisation des servitudes d'intérêt public. Voir en annexe, document sur le droit constitutionnel de la RFA.

C'est au droit constitutionnel des Etats-Unis que nous ferons ici référence, d'autant que de récents arrêts ont relancé l'intérêt de la question de l'indemnisation des servitudes d'urbanisme. Et notamment

- Penn Central transportation Co v. City of New-York, 438 US 104 (1978).
- Nollan v. California Coastal Commission (1986)
- Lucas v. South Carolina Coastal Council, 112 US 2886 (1992).

Le 5^e amendement, dernière phrase dispose : "Nor shall private property be taken for public use, without just compensation".

La jurisprudence traditionnelle distingue pour l'interprétation de cette clause le pouvoir de police et les mesures prises au titre du domaine éminent (eminent domain), seules ces dernières relevant de la dernière phrase du 5^e amendement dite clause du "taking" ou clause du domaine éminent. Le pouvoir de domaine éminent implique la privation de la propriété parce qu'elle est utile pour être affecté aux besoins du public tandis que le pouvoir de police implique la réglementation de l'usage de la propriété pour prévenir un usage qui serait contraire à l'intérêt commun. En lui-même, selon la Cour suprême, l'étendue du préjudice que subissent les propriétaires n'est pas de nature à faire entrer la réglementation dans le champ d'application de la clause du taking et faire regarder la réglementation de police comme une privation de propriété.

N'est pas une privation de propriété une règle empêchant les propriétaires d'une fabrique de briques de continuer son exploitation après que la croissance urbaine ait étendu les zones résidentielles autour de la fabrique et ait rendu son usage nuisible (noxious) aux autres habitants²⁷.

Aucune compensation n'est due au titre du 5^e amendement pour une perte subie par les propriétaires d'arbres que la puissance publique a ordonné de détruire parcequ'ils contenaient des insectes pouvant être nuisibles à des champs de pommes voisins²⁸.

De même dès lors que l'interdiction d'une manufacture de liqueur est justifiée par la protection de la santé publique et le bien-être les dommages importants causés aux propriétaires ne peuvent être considérés comme une privation de propriété au sens de la Constitution²⁹.

Cependant la Cour suprême a jugé (rédaction de l'opinion majoritaire par Justice Holmes) dans l'important arrêt *Pennsylvania Coal Co v. Mahon*, (260 US 393 (1922)) que "*if the regulation goes too far it will be recognized as a taking*".

En l'espèce le règlement d'un Etat qui prohibe l'exploitation minière en sous-sol dans des régions où elle présente un danger d'affaissement pouvant nuire aux

²⁷ Hadacheck 239 US 394 (1915).

²⁸ Muller v. Schoene 276 US 279 (1928).

²⁹ Mugler v. Kansas 123 US 623 (1887).

propriétaires des maisons va "trop loin" et constitue une privation de propriété dès lors que la compagnie minière est propriétaire du sous-sol et que les propriétaires de maisons ont par contrats acheté seulement la surface en réservant à la cie minière le droit d'exploiter le sous-sol en spécifiant que les compagnies ne seraient pas tenues responsables des dommages causés par les opérations d'exploitation minière.

Dans son opinion dissidente, Justice Brandeis fait valoir qu'une restriction imposée pour limiter l'exercice par les propriétaires de leurs droits dans le but d'empêcher un usage nuisible ("noxious use") ou pour protéger la santé publique et la sécurité ne peut être une privation de propriété.

Le problème est que la Cour n'a pas pu, après la décision Mahon, déterminer des standards qui puissent permettre de dire quand une régulation va trop loin (et clarifier également la question de savoir quelle sanction doit être prévue dans ce cas : soit inconstitutionnalité pure et simple, soit compensation).

En application de cete jurisprudence, la Cour suprême, confrontée au problèmes des réglementations de planification urbaine et, notamment aux plans de zonage, a jugé qu'à certaines conditions elles étaient pleinement constitutionnelles et qu'elles ne constituaient pas un "taking". L'arrêt de base est l'arrêt *Village of Euclid v. Ambler Realty Co* 272 US 365 (1926). La Cour remarque que le zonage doit trouver son fondement dans le pouvoir de police destiné à protéger le bien-être et être évalué au regard des standards constitutionnels appliqués dans les cas de l'usage par les Etats d'un pouvoir de réglementation. La Cour a jugé que vouloir séparer les utilisations conflictuelles de l'espace entrain parfaitement dans les buts du pouvoir de police. L'intérêt public est servi par la séparation des usages non compatibles du foncier et que la règle était valide de ce point de vue. La question de savoir si la diminution de valeur que l'application de la règle peut provoquer pour certaines propriétés est elle aussi valide sans compensation dépend de la question de savoir si la réglementation a bien un lien raisonnable avec la protection des intérêts publics qu'elle se propose de défendre. La Cour n'exerce sur ce lien de relation qu'un contrôle minimum. S'agissant de ces réglementations de zonage la Cour a été saisie par la suite de cas la conduisant à confronter la réglementation avec d'autres règles constitutionnelles.

L'intérêt de la distinction entre réglementation et privation de propriété a été relancé par l'arrêt de la Cour *Penn Central transportation Co v. City of New-York*, précité, de 1978, dans une affaire concernant une réglementation de protection des immeubles ayant un caractère architectural d'intérêt public et sur la base de laquelle a été refusé à Penn Central transportation Co la rénovation d'un immeuble dans une gare centrale qu'elle possédait.

La Cour reconnaît qu'il n'a pas été possible de développer une quelconque "formule d'ensemble" ("set formula") pour déterminer quand "justice and fairness require that economic inquiries caused by public action be compensated by the government rather than remain disproportionately concentrated on a few persons". Elle précise que sont nécessaires "essentialy ad hoc, factual inquiries". Pourtant la Cour dégage dans l'arrêt quelques éléments devant être pris en considération et écarte d'autres tests qui lui paraissent devoir être rejetés. C'est pour ce début de théorisation que l'arrêt a surtout été retenu. Mais son interprétation a donné lieu à d'importantes divergences d'appréciation au sein de la doctrine et n'a pas mis fin à la casuistique apparente de la Cour.

La Cour reconnaît qu'elle doit, pour apprécier si une réglementation constitue un "taking" prendre en considération la caractère de la réglementation. Quand celle-ci conduit à une appréhension physique, même partielle, de la propriété (passage de câble par exemple) une privation de propriété sera en général reconnue quel que soit le but poursuivi (taking per se). La Cour doit également regarder l'impact économique de la réglementation sur le propriétaire et particulièrement la mesure dans laquelle la réglementation interfère avec "le rendement prévu de l'investissement immobilier". Mais d'importantes discussions ont eu lieu sur la

place de cette variable et notamment sur la question de savoir si une suppression de la valeur commerciale ou de marché d'un bien vaut, *à elle seule*, privation et constitue un "taking" per se. La Cour rejette le test selon lequel il faudrait distinguer parmi les réglementations celles qui évitent un usage nuisible ou une atteinte à la santé et celle qui confèrent un bénéfice. La Cour pense qu'il est impossible de faire des différences dans les buts poursuivis et que la référence au but ne sert qu'à vérifier s'il existe une relation raisonnable entre la réglementation et le but poursuivi.

C'est dans ce contexte qu'ont été rendu ensuite deux arrêts très importants, en 1986, l'arrêt Nollan, précité et en juin 1992, l'arrêt Lucas, précité. Nous laisserons ici de côté l'arrêt Nollan dans lequel la Cour, au moins dans certains cas, accepte d'étendre son contrôle sur la nécessité d'une servitude d'urbanisme (en l'espèce une règle qui soumet à la condition de faciliter l'accès à la mer l'octroi d'un permis de bâtir). L'affaire Lucas revêt une très grande importance³⁰.

La Cour y a "modifié de façon très nette les règles du jeu en matière de droit des sols et d'indemnisation des servitudes" écrit D.L. Callies, et cela en faveur d'un meilleur équilibre entre les droits des propriétaires et la protection des intérêts généraux. L'arrêt est d'une très grande richesse, notamment dans des développements dans des notes en bas de page. Il reprend souvent des éléments déjà présents dans la jurisprudence antérieure, mais il développe une théorie intéressante pour chacun de ces éléments et il tente une articulation entre eux. Il est impossible de donner ici une analyse complète de la richesse de cette arrêt.

M. Lucas avait acheté, pour faire construire des maisons individuelles deux lots dans un lotissement déjà presque entièrement construit pour une somme de un million de dollars. Avant que les travaux ne commencent l'Etat de Caroline du Sud a modifié sa réglementation de protection du littoral et étend vers l'intérieur la zone d'inconstructibilité englobant désormais les lots achetés par Lucas. Ces lots n'ont dès lors plus de valeur économique.

En faisant l'analyse de la jurisprudence de la Cour Justice Scalia (qui rédige l'opinion majoritaire) dit que la Cour a reconnu que si elle ne disposait pas de "formule d'ensemble" pour déterminer à partir de quand une réglementation de police va trop loin, "nous avons cependant retenu au moins deux catégories abstraites d'action réglementaire devant être compensées sans avoir à rechercher l'intérêt public mis en avant pour justifier les restrictions à la propriété". L'arrêt met ainsi en évidence deux catégories de privation de propriété en soi, indépendamment de toute analyse des rapports de cette réglementation avec le but poursuivi. Première catégorie, qui ne pose pas de réelles difficultés pour être acceptée, comprend les réglementations qui contraignent le propriétaire à supporter une prise de possession physique ("physical invasion") de son bien. La seconde catégorie "dans laquelle nous avons trouvé un traitement catégorique approprié est celui dans lequel la réglementation dénie toute avantage économique ou tout usage productif à la terre ("all economically beneficial or productive use of land")³¹. Justice Scalia tente alors ce qui, de son propre aveu, n'a jamais été fait par la Cour, c'est-à-dire une explication théorique de cette solution.

La Cour refuse ensuite de tenir compte d'une différence dans les buts poursuivis par la réglementation et de distinguer les situations selon que la réglementation empêche un usage nuisible de la propriété ou crée un bénéfice. Pour certains une

³⁰ Voir le commentaire à paraître in *Etudes foncières* de David L. Callies, "Réglementation de l'urbanisme et indemnisation des servitudes aux Etats-Unis".

³¹ Justice Scalia renvoie à l'arrêt Agins dans lequel la Cour juge que le 5^e amendement est violé quand une réglementation de l'usage de la terre "does not substantially advance legitimate state interests or denies an owner economically viable use of his land".

réglementation empêchant un usage nuisible ne pourrait jamais être en elle-même (sauf 'physical invasion') une privation de propriété. La Cour juge que la distinction entre "harm preventing" et benefit conferring" réglementations n'est pas pertinentes. "Elle ne fait que refléter le point de vue de celui qui regarde". Dès lors que chaque activité humaine interfère jusqu'à un certain point avec les autres, il est toujours possible de voir une activité comme nuisible ou comme étant lésée. "A given restraint will be seen as mitigating "harm" to the adjacent parcels or securing a "benefit" for them, depending upon the observer's evaluation of the relative importance of the use that the restraint favors"³².

On ne peut s'empêcher de penser que la Cour est ici influencée ou, en tous cas, rejoint les travaux de R. Coase qui a mis en évidence la symétrie des externalités.

Enfin la Cour juge que le seul cas dans lequel la Cour peut éviter de payer pour une législation si confiscatoire qu'elle fait perdre à la terre toute sa valeur économique et son usage productif est celui dans lequel la législation promeut une restriction déjà inhérente au titre de propriété lui-même c'est-à-dire inhérente aux restrictions que les principes de fond de la loi de l'Etat place sur les propriétés foncières ("restrictions that background principles of the state's law of property and nuisance already place upon land ownership").

C'est un point clef du raisonnement qui offrira sans doute comme le montre l'opinion dissidente de Justice Blacmun le plus grand nombre de discussions. La Cour élargit ici la discussion pour s'élever à des considérations essentielles de théorie politique. Elle va à l'essentiel de toute la discussion sur l'interprétation du 5^e amendement. Elle retrouve l'idée que la propriété est soumise à des "limitations implicites" ("implied limitations") de l'Etat et que les réglementations de police qui mettent en oeuvre ces limitations implicites n'ont pas à être compensées. Mais elle reconnaît en même temps que la propriété connaît un noyau dur que l'Etat ne peut pas toucher sans encourir l'obligation de payer s'il supprime complètement son usage économique. La Cour traite la propriété comme un "paquet de droits" ("bundle of rights") et juge qu'elle doit être guidée dans l'interprétation du 5^e amendement par "the understandings of our citizens regarding the content of, and the state power over, the "bundle of rights" that they acquire when they obtain title to property". Elle reconnaît en reprenant une formule de l'arrêt Mahon, précité, que "as long recognized some values are enjoyed under an **implied limitation** and must yield to the police power". De ce point de vue une distinction doit être faite entre "the case of personal property" et "the case of land".

"In the case of personal property, by reason of the state's traditionally high degree of control over commercial dealings, he (the property owner) ought to be aware of the possibility that new regulation might even render his property economically worthless (at least if the property's only economically productive use is in sale or manufacture for sale). **In the case of land**, however, we think the notion pressed by the council that title is somehow held subject to the 'implied limitation' that the state may subsequently eliminate all economically valuable use is inconsistent with the historical compact recorded in the taking clause that has become part of our constitutional culture".

Il y aurait donc des droits en ce qui concerne la propriété foncière qui seraient en dehors des pouvoirs implicites de l'Etat et dont celui-ci ne pourrait pas supprimer complètement la valeur sans obligation de réparer. C'est un point de vue qui prend partie contre une thèse positiviste de la garantie de la propriété.

³² La Cour précise "Whether Lucas's construction of single family residence on his parcels should be described as bringing "harm" to south Carolina adjacent ecological resources thus depends principally upon whether the describer believes that the state's use interest in nurturing those resources is so important that any competing adjacent use must yield".

2- L'expropriation et l'indemnisation de servitudes d'urbanisme (Planungsschalenrecht)

Annexe.

données de
Maffei et des études
Conseil d'Etat:

'Urbanisme: plan
droit / us eff. en'

1991, la
documentation française

L'expropriation est utilisée de manière beaucoup moins fréquente qu'en France. Elle ne concerne en pratique que des cas-limites lorsque toutes les autres formules s'avèrent impossibles. Elle est subordonnée à des conditions plus strictes qu'en France et les conditions d'évaluation de l'indemnité d'expropriation sont assez favorables aux propriétaires. La base de l'indemnisation est constituée par la valeur vénale sur le marché au jour du jugement (ce qui peut inciter certains propriétaires à faire durer les procédures). Les contestations relèvent d'une juridiction spéciale (voir ci-dessous n° 5). Toutefois dans le cas d'opérations de rénovation urbaine ou d'urbanisation, le montant de l'indemnité est fixé en fonction de la valeur des terrains avant le début de l'opération. Le droit allemand ne permet pas l'expropriation pour la constitution de réserves foncières. Il existe même une obligation de reprivatiser les terrains acquis par les collectivités publiques à l'occasion d'une opération d'urbanisation.

Les servitudes d'urbanisme sont assimilées à une expropriation partielle ouvrant droit à une indemnité lorsque les possibilités antérieures d'utilisation d'un terrain constructible ont été restreintes du fait de la modification de la réglementation d'urbanisme. En pratique, ces indemnisations de servitudes d'urbanisme interviennent essentiellement en cas de modifications d'un plan de construction antérieurement édicté (Elles peuvent également être attribuées lorsqu'un plan de construction intervient pour réduire des droits de construire existants dans des zones non couvertes par un plan). Pour qu'une telle indemnisation soit admise, il faut qu'une atteinte soit portée à une situation juridique acquise. De plus, la restriction au droit de construire doit résulter d'une réglementation particulière (tel plan de construction) et non de règles générales d'utilisation des sols (règles générales de construction ou limitation du droit de construire en dehors du périmètre d'agglomération par exemple). Les litiges portant sur le droit à indemnisation et le montant des indemnisations sont portés devant des tribunaux de l'ordre judiciaire.

L'existence d'un tel droit à indemnisation peut être lourde pour les finances communales et incite les communes à ne pas modifier la réglementation d'urbanisme si celle-ci devait se traduire par l'obligation d'indemniser les propriétaires. Aussi, en 1976, le législateur a-t-il réduit ce droit à indemnisation : il ne peut être invoqué que dans les 7 premières années de l'édition d'un plan de construction ; si après ce délai, les propriétaires n'ont pas fait usage des possibilités de construction offertes par le plan, la commune peut réduire sans indemnisation les droits de construire, sous réserve de ne pas limiter ces droits au delà de l'usage effectif des terrains.

La modification d'un plan de construction peut également ouvrir droit à indemnisation si un propriétaire concerné peut faire valoir une atteinte au principe de confiance légitime (Vertrauensschaden) : si, en se fondant sur ce plan de construction, un propriétaire a engagé des frais pour préparer une opération de construction, il peut obtenir une indemnisation au cas où le plan est modifié. Une telle prétention suppose cependant que non seulement le plan soit édicté mais aussi que les travaux de viabilisation soient réalisés.

Les propriétaires ont bien sûr également droit à une indemnisation dans le cas où un plan de construction limite les possibilités d'utilisation de leur terrain à des fins d'intérêt général. Lorsqu'un plan affecte certains terrains à des voies de circulation ou à des équipements publics, le propriétaire peut demander que la collectivité publique acquière son terrain (situation comparable aux emplacements réservés en droit français) ou solliciter une indemnisation (par exemple lorsque des investissements antérieurs sont devenus inutiles).

Le droit de l'urbanisme en République Fédérale d'Allemagne

(M. Jean-Marie WOEHLING, Président de
chambre
à la Cour administrative d'appel de Nancy)