



Actes de conférence

2009

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La garantie de la propriété à l'aube du XXI^e siècle : Expropriation,
responsabilité de l'Etat, gestion des grands projets et protection du
patrimoine

Foëx, Bénédicte (ed.); Hottelier, Michel (ed.)

How to cite

FOËX, Bénédicte, HOTTELIER, Michel, (eds.). La garantie de la propriété à l'aube du XXI^e siècle : Expropriation, responsabilité de l'Etat, gestion des grands projets et protection du patrimoine. Genève : Schulthess, 2009. (Collection genevoise. Droit de la propriété)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:9120>

La garantie de la propriété à l'aube du XXI^e siècle

Expropriation, responsabilité
de l'Etat, gestion des grands projets
et protection du patrimoine

Maya Hertig Randall
André Jomini
Lucien Lazzarotto
Vincent Martenet
Pascale Vuillod

Edité par
Bénédict Foëx et Michel Hottelier

Faculté de droit
de Genève

Bénédict Foëx et Michel Hottelier (éd.)

La garantie de la propriété à l'aube du XXI^e siècle



Faculté de droit de Genève

Droit de la propriété

La garantie de la propriété à l'aube du XXI^e siècle

Expropriation, responsabilité
de l'Etat, gestion des grands projets et
protection du patrimoine

Maya Hertig Randall
André Jomini
Lucien Lazzarotto
Vincent Martenet
Pascale Vuillod

Edité par
Bénédict Foëx et Michel Hottelier



Chambre genevoise immobilière

Schulthess § 2009
ÉDITIONS ROMANDES

Information bibliographique: «Die Deutsche Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse «<http://dnb.ddb.de>».

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2009
ISBN 978-3-7255-5852-0

www.schulthess.com

Avant-propos

La *Journée du Droit de la Propriété* tient un rang tout à fait particulier parmi les manifestations ou activités auxquelles la Chambre Genevoise Immobilière est associée ; je dirais même qu'elle occupe une place tout à fait privilégiée dans le cœur de tous les membres de notre Comité.

Il y a au moins deux raisons à cela. En premier lieu, le succès de cette Journée est pour nous une gratification évidente : les participants sont nombreux, plutôt en croissance – encore que la quantité, s'agissant d'une manifestation ciblée destinée à un public averti et motivé, soit un critère à manier avec prudence – mais surtout la qualité du public et sa fidélité – depuis déjà plus de dix ans ! – sont un indice probant de réussite.

Ensuite comment ne pas saluer l'enthousiasme de tous les intervenants de haut niveau qui acceptent avec générosité de consacrer un temps précieux à des présentations fouillées et passionnantes dans le cadre de cette Journée ? Le succès de celle-ci et sa renommée leur sont évidemment dus ; nous saisissons ici l'occasion de les en remercier chaleureusement et de dire notre reconnaissance au Professeur Bénédict Foëx, membre de notre Comité et *deus ex machina* de cet impeccable « casting » académique. Merci, enfin, à la Faculté de droit de l'Université de Genève de son soutien, de sa collaboration et de son hospitalité, sans lesquels cette Journée n'existerait pas.

Rançon du succès, les éditions biennales de la Journée du Droit de la Propriété deviennent annuelles en 2009, et il n'est pas impossible que nous adoptions à l'avenir ce rythme, afin de répondre à la demande et suivre d'encore plus près la féconde actualité de notre domaine de prédilection.

Pour en venir enfin à la thématique de cette *Journée 2008*, est-il nécessaire de souligner combien il est particulièrement motivant et passionnant, pour une Association qui se voue à la propriété immobilière, que de consacrer une journée au cœur même de la question ? De fait, lorsque l'on précise les règles en matière d'expropriation – que celle-ci soit formelle ou, plus subtilement, matérielle –, c'est bien de la garantie de la propriété, dans ce qu'elle a de tout à fait fondamental, qu'il est principalement question.

Thierry Barbier-Mueller

Président de la Chambre Genevoise Immobilière

Sommaire

Avant-propos	V
Sommaire	VII
Table des matières	IX
Table des abréviations	XVII

ANDRÉ JOMINI

Juge au Tribunal cantonal du canton de Vaud

Expropriation formelle: quelques développements récents dans le cadre du droit fédéral	1
---	----------

MAYA HERTIG RANDALL

Professeure à l'Université de Genève

L'expropriation matérielle à l'aune de la jurisprudence récente	29
--	-----------

VINCENT MARTENET

Professeur à l'Université de Lausanne

La responsabilité de l'Etat en matière immobilière	51
---	-----------

PASCALE VUILLOD

*Juriste au Département des constructions et des technologies
de l'information, Etat de Genève*

Gestion des nuisances dans le cadre des grands projets	81
---	-----------

LUCIEN LAZZAROTTO

Avocat

La protection du patrimoine	93
--	-----------

Table des matières

Avant-propos	V
Sommaire	VII
Table des matières	IX
Table des abréviations	XVII

ANDRÉ JOMINI

Expropriation formelle: quelques développements récents dans le cadre du droit fédéral	1
1. Introduction	1
1.1 Généralités	1
1.2 Expropriation formelle et expropriation matérielle	3
1.3 Subsidiarité de l'expropriation, notamment par rapport au remembrement	3
2. Objet de l'expropriation en droit fédéral, exercice et octroi du droit d'exproprier	4
2.1 Dispositions légales applicables	4
2.2 Exercice du droit d'expropriation: par la Confédération ou par un tiers à qui ce droit est conféré	6
3. Les phases précédant l'estimation de l'indemnité d'expropriation: la procédure d'approbation des plans (notamment la procédure combinée)	7
3.1 Le dépôt des plans – mise à l'enquête publique et procédure d'opposition	7
3.2 Les procédures combinées d'approbation des plans et d'expropriation	8
3.3 La loi fédérale de 1999 sur la coordination et la simplification des procédures de décision: généralisation de la procédure combinée	9
3.4 Les actes préparatoires dans la procédure combinée	12
3.5 Les mesures provisoires dans la procédure combinée: envoi en possession anticipé, effet suspensif	12
4. La procédure d'estimation de l'indemnité d'expropriation	14
5. Un cas particulier d'expropriation formelle: l'expropriation de droits de voisinage	15

5.1	Introduction	15
5.2	Droit de se défendre contre les immissions excessives, actions du droit privé et prétentions de droit public à une indemnité d'expropriation	16
5.3	Imprévisibilité, spécialité et gravité comme conditions pour une indemnité d'expropriation	16
5.3.1	Imprévisibilité	17
5.3.2	Spécialité	18
5.3.3	Gravité	18
5.4	L'ouverture de la procédure	18
5.5	Le délai de prescription	19
5.6	L'indemnité d'expropriation pour le survol des biens-fonds voisins des aéroports	20
5.7	L'indemnité d'expropriation pour les nuisances temporaires dues à des travaux de construction	22
5.8	Le projet de loi fédérale sur les garanties de procédure accordées en cas d'indemnisation pour nuisances sonores (initiative parlementaire Hegetschweiler)	23
6.	Expropriation formelle et protection de l'environnement	24
6.1	Les relations entre la procédure d'assainissement et l'indemnisation des propriétaires voisins	24
6.2	L'indemnisation sous forme de mesures d'isolation acoustique	25
6.3	La possibilité d'exercer le droit d'expropriation pour la mise en œuvre de mesures de protection fondées sur la LPE	26
7.	Evolutions récentes en matière de protection juridique, dans le domaine de l'expropriation formelle selon le droit fédéral	26
8.	Conclusion	27

MAYA HERTIG RANDALL

L'expropriation matérielle à l'aune de la jurisprudence récente	29
I. Introduction	29
II. Expropriation et garantie de la propriété	30
III. Délimitations	31
A. Expropriation matérielle et expropriation formelle	31
1. En général	31
2. Le cas des nuisances sonores provenant des aéroports	32

B. Expropriation matérielle et restrictions ne donnant pas lieu à indemnisation	34
IV. La notion d'expropriation matérielle	35
A. La définition jurisprudentielle	35
B. Les conditions	36
1. L'atteinte particulièrement grave ou le sacrifice particulier	36
2. L'usage futur prévisible	39
V. Casuistique	40
A. La suppression de la faculté de construire	41
1. La distinction entre non-classement et déclassement	41
a. Jurisprudence constante	41
b. Précisions jurisprudentielles récentes	42
2. Intérêt de la distinction	44
B. Restrictions de la faculté de construire	48
VI. Conclusion	50

VINCENT MARTENET

La responsabilité de l'Etat en matière immobilière	51
Introduction	51
I. Quelques jalons en matière de responsabilité de l'Etat	52
A. La délimitation entre le droit public et le droit privé	52
B. La responsabilité pour actes licites	53
C. La responsabilité pour actes illicites	54
II. La planification territoriale	57
A. Les restrictions au droit de propriété	57
B. La planification territoriale contraire au droit applicable	58
III. Les autorisations de construire et d'occuper ou d'habiter un bâtiment	60
A. L'octroi d'une autorisation contraire au droit applicable	60
B. La révocation d'une autorisation contraire au droit applicable	63
C. Le refus d'une autorisation à la suite d'une modification du droit applicable	64
D. L'absence de décision et le retard à statuer	65
IV. L'Etat propriétaire de bâtiments et autres ouvrages	66

A.	Le régime de responsabilité	66
B.	Les édifices publics ou ouverts au public	67
C.	Le réseau routier et les trottoirs	68
V.	L'atteinte à la propriété privée	69
A.	L'atteinte par l'Etat	69
B.	L'atteinte par un ou plusieurs particuliers	70
1.	L'interdiction du déni de justice formel et la prohibition de l'arbitraire	70
2.	La théorie des obligations positives	71
a)	Généralités	71
b)	La garantie de la propriété	72
c)	La protection du domicile ainsi que de la vie privée et familiale	74
	Conclusion	76
	Bibliographie	77

PASCALE VUILLOD

	Gestion des nuisances dans le cadre des grands projets	81
I.	La situation juridique	81
A.	Les droits de voisinage	81
B.	La protection des droits de voisinage	82
C.	L'expropriation des droits de voisinage	83
D.	L'indemnité pour expropriation des droits de voisinage	84
1.	Nuisances dues à l'utilisation ou l'exploitation d'un ouvrage public	84
2.	Nuisances dues à la réalisation de travaux de construction	85
II.	Les expériences françaises	86
A.	Montpellier	86
B.	Strasbourg	87
III.	Les mesures prises par l'Etat de Genève lors des projets d'extension des voies de tramway.....	88
A.	Les études	88
B.	La Charte de collaboration entre maîtrise d'ouvrage et commerçants	89
C.	Les expériences de commissions de compensation	91
IV.	Bilan et conclusion	92

LUCIEN LAZZAROTTO

La protection du patrimoine	93
I. Introduction	93
II. Généralités	95
A. L'objet de la protection	95
B. La protection du patrimoine en tant que notion juridique (rappel de quelques principes)	96
C. La protection du patrimoine en tant qu'enjeu social et lieu de confrontation de divers intérêts	99
III. L'évolution de la protection du patrimoine et de ses outils	102
A. Evolution des outils juridiques (cas genevois)	102
B. Evolution sur le plan des objets protégés et de la notion de monument	104
C. Evolution dans la manière de protéger	105
IV. Les outils actuels de la protection du patrimoine (bases légales et textes de références)	107
A. Sur le plan international	108
B. Sur le plan fédéral	109
C. Sur le plan cantonal (genevois)	110
1. La LaLAT	111
2. La LCI	112
a) Les règlements spéciaux de l'article 10	112
b) Les clauses de dérogations aux règles de construction usuelles des articles 11 et 12	113
c) La clause d'esthétique de l'article 15	113
d) Les zones protégées (Vieille-Ville et du secteur sud des anciennes fortifications; ensembles du XIX ^e siècle et du début du XX ^e siècle; Secteur Rôtisserie-Pêlisserie; Vieux Carouge; villages protégés; art. 83 et ss LCI)	113
3. La LPMNS	114
a) Les mesures conservatoires (art. 5)	114
b) Le droit de visite (art. 6)	114
c) L'inscription à l'inventaire (art. 7 et ss)	114
d) Le classement (art. 10 et ss)	116
e) Les plans de site (art. 38)	117
f) Le recensement	118
g) Le financement de la protection des monuments et des sites	118
h) Organisation et autorités	119
i) Voies de recours et qualité pour agir	119

V. Solutions et repères jurisprudentiels	120
A. Constitutionnalité d'une restriction du droit de la propriété (en général)	120
1. Principes constitutionnels, légalité, proportionnalité, intérêt public	120
2. Pouvoir d'examen, circonstances locales	120
B. Restrictions de la propriété en matière de protection du patrimoine	120
C. Evolution de la notion de monument	121
D. Hiérarchie entre les intérêts protégés?	121
1. Au sein de la Constitution	121
2. Le patrimoine contre les économies d'énergie?	122
3. Protection du patrimoine et LDTR	122
E. Prise en compte des intérêts du propriétaire	122
1. Intérêts financiers	122
2. La préservation du paysage au regard d'une utilisation de la parcelle conforme à son affectation	123
3. Pesée des intérêts, exploitation ultérieure de la parcelle	124
F. Rapports entre les moyens de la protection	124
G. Mesures de protection du patrimoine: justification, étendue et portée de la protection	125
1. Justification de la mesure	125
2. Justification d'un classement? (bâtiment déjà visé par un plan de site et transformé)	126
3. La protection du patrimoine en présence d'un PLQ	127
4. Justification d'un classement? (état de délabrement avancé du bâtiment)	127
5. Justification d'un classement? (objet déjà mis à l'inventaire)	128
6. Incompatibilité d'une construction avec un plan de site	128
7. Tout ou partie d'un bâtiment?	128
8. Les mesures de protection au regard de la transformation du bâtiment	129
9. Obligation d'entretien du propriétaire?	129
10. Portée des inventaires	130
11. Procédure de classement, échéance du délai de protection en cours d'instruction	131
12. Mesures d'urgence	131

H. Plans d'aménagement, plans de sites, zones protégées, biotopes	131
1. Nature et définition des zones à protéger	131
2. Constructions au sein des zones protégées	132
3. Adoption des plans, contenu	132
4. Adaptation des plans	133
I. Expropriation matérielle (en général)	133
1. Définition	133
2. Condition de gravité	134
3. Usage futur prévisible de la parcelle	134
4. Moment déterminant pour l'examen	134
J. Protection du patrimoine et expropriation matérielle	135
1. Principe	135
2. Expropriation matérielle admise (exemples)	135
3. Expropriation matérielle non admise (exemples)	135
K. Qualité pour agir, procédure	138
1. Qualité pour agir du propriétaire	138
2. Qualité pour agir du voisin	138
3. Qualité pour agir des organisations de défense de la nature ou du patrimoine	138
4. Qualité pour agir des corporations de droit public	139
5. Portée des préavis, pouvoir d'examen (Genève)	139
6. Rapport (à Genève) entre les règles de construction ordinaires et celles en zone villages protégés, dérogations	141
7. La protection du patrimoine face à une exécution d'une autorisation en force	141
VI. Conclusions et réflexions	141
Bibliographie	145

Table des abréviations *

ACE	Arrêté du Conseil d'Etat
ACOM	Arrêt de la Commission cantonale (genevoise) de conciliation et d'estimation en matière d'expropriation
al.	alinéa
art.	article
ASPAN	Association suisse pour l'aménagement national
ATA	Arrêt du Tribunal administratif
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BBV I ZH	Zürcher Verordnung über die ordentlichen technischen und übrigen Anforderungen an Bauten, Anlagen, Ausstattungen und Ausrüstungen, du 6 mai 1981 (RS ZH 700.21)
BPV BS	Baselstadtische Bau- und Planungsverordnung, du 27 octobre 1998 (RS BS 400.11)
BR	Baurecht
c.	contre
CC	Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEATE	Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
cf.	<i>confer</i>
CFE	Commission fédérale d'estimation
CMNS	Commission des monuments, de la nature et des sites
CO	Code des obligations (Loi fédérale complétant le Code civil suisse [Livre cinquième: Droit des obligations]), du 30 mars 1911 (RS 220)
comp.	comparer
cons.	considérant
consid.	considérant

* Liste établie par MM. Marc Bellon, José-Miguel Rubido et Joël Veuve, assistants à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CRINEN	Commission fédérale de recours en matière d'infrastructures et d'environnement
Cst. (féd.)	Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101)
CUS	Communauté urbaine de Strasbourg
DC	Droit de la construction
DEP	Le droit de l'environnement dans la pratique
DETC	Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication
DFJP	Département fédéral de justice et police
DoCoMoMo	Association internationale pour la documentation et la conservation des œuvres du mouvement moderne
DTP	Département des travaux publics
éd.	édition ou éditeur(s)
FJS	Fiches juridiques suisses
HCR	Haut commissariat aux réfugiés
HG LU	Luzerner Haftungsgesetz, du 13 septembre 1988 (RS LU 023)
ICOMOS	International Council on Monuments and Sites
Id.	<i>idem</i>
IFP	Inventaire fédéral des paysages, sites et monuments naturels d'importance nationale
ISOS	Inventar der Schützenswerten Ortsbilder der Schweiz
IVS	Inventaire des voies de communication historiques de Suisse
JAB	Jurisprudence administrative bernoise
JdT	Journal des tribunaux
JT	Journal des tribunaux
LA	Loi fédérale sur l'aviation, du 21 décembre 1948 (RS 748.0)
LAAM	Loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire, du 3 février 1995 (RS 510.10)
LaLAT	Loi genevoise d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, du 4 juin 1987 (RSG L 1 30)
LAT	Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, du 22 juin 1979 (RS 700)

LATC FR	Loi fribourgeoise sur l'aménagement du territoire et les constructions, du 9 mai 1983 (RS FR 710.1)
LCAT JU	Loi jurassienne sur les constructions et l'aménagement du territoire, du 25 juin 1987 (RS JU 701.1)
LC BE	Loi bernoise sur les constructions, du 9 juin 1985 (RSB 721.0)
LCdF	Loi fédérale sur les chemins de fer, du 20 décembre 1957 (RS 742.101)
LCI	Loi genevoise sur les constructions et les installations diverses, du 14 avril 1988 (RSG L 5 05)
LConstr NE	Loi neuchâteloise sur les constructions, du 25 mars 1996 (RS NE 720.0)
LCoord	Loi fédérale sur la coordination et la simplification des procédures de décision, du 18 juin 1999 (RO 1999 3071)
LEaux	Loi fédérale sur la protection des eaux, du 24 janvier 1991 (RS 814.20)
LEC TI	Legge edilizia cantonale del cantone Ticino, du 13 mars 1991 (RS TI 71.2.1)
LET	Loi fédérale sur les entreprises de trolleybus, du 29 mars 1950 (RS 744.21)
LEx	Loi fédérale sur l'expropriation, du 20 juin 1930 (RS 711)
LFH	Loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques, du 22 décembre 1916 (RS 721.80)
LFo	Loi fédérale sur les forêts, du 4 octobre 1991 (RS 921.0)
LIE	Loi fédérale sur les installations électriques, du 24 juin 1902 (RS 734.0)
LITC	Loi fédérale sur les installations de transport par conduite de combustibles ou carburants liquides ou gazeux, du 4 octobre 1963 (RS 746.1)
LNI	Loi fédérale sur la navigation intérieure, du 3 octobre 1975 (RS 747.201)
LPA	Loi genevoise sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (RSG E 5 10)
LPBC	Loi fédérale sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé, du 6 octobre 1966 (RS 520.3)
LPE	Loi fédérale sur la protection de l'environnement, du 7 octobre 1983 (RS 814.01)

Table des abréviations

LPMNS	Loi genevoise sur la protection des monuments, de la nature et des sites, du 4 juin 1976 (RSG L 4 05)
LPN	Loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage, du 1 ^{er} juillet 1966 (RS 451)
LPPCI	Loi fédérale sur la protection de la population et sur la protection civile, du 4 octobre 2002 (RS 520.1)
LPRArve	Loi genevoise sur la protection générale et l'aménagement des rives de l'Arve, du 4 mai 1995 (RSG L 4 16)
LRCF	Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, du 14 mars 1958 (RS 170.32)
LREC GE	Loi genevoise sur la responsabilité de l'Etat et des communes, du 24 janvier 1989 (RSG A 2 40)
LRN	Loi fédérale sur les routes nationales, du 8 mars 1960 (RS 725.11)
LTAF	Loi fédérale sur le Tribunal administratif fédéral, du 17 juin 2005 (RS 173.32)
LTC	Loi fédérale sur les télécommunications, du 30 avril 1997 (RS 784.10)
LTF	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (RS 173.110)
No	numéro
no	numéro
no(s)	numéro(s)
OAT	Ordonnance du Conseil fédéral sur l'aménagement du territoire, du 28 juin 2000 (RS 700.1)
OC BE	Ordonnance du Conseil exécutif bernois sur les constructions, du 6 mars 1985 (RSB 721.1)
ODOP	Ordonnance du Conseil fédéral relative à la désignation des organisations habilitées à recourir dans les domaines de la protection de l'environnement ainsi que de la protection de la nature et du paysage, du 27 juin 1990 (RS 814.076)
OFAT	Office fédéral de l'aménagement du territoire
OIFP	Ordonnance du Conseil fédéral concernant l'inventaire fédéral des paysages, sites et monuments naturels, du 10 août 1977 (RS 451.11)

OISOS	Ordonnance du Conseil fédéral concernant l'inventaire fédéral des sites construits à protéger en Suisse, du 9 septembre 1981 (RS 451.12)
OJ	Loi sur l'organisation judiciaire, du 16 décembre 1943 (abrogée)
OPB	Ordonnance du Conseil fédéral sur la protection contre le bruit, du 15 décembre 1986 (RS 814.41)
OUM	Observatoire universitaire de la mobilité
p.	page(s)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (RS 172.021)
PBG LU	Luzerner Planungs- und Baugesetz, du 7 mars 1989 (RS LU 7 35)
PBG ZH	Zürcher Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht, du 7 septembre 1975 (RS ZH 700.1)
PBV LU	Luzerner Planungs- und Bauverordnung, du 27 novembre 2001 (RS LU 7 36)
p. ex.	par exemple
PeV AI	Appenzeller Inner-Rhoden Personalverordnung, du 30 novembre 1998 (RS AI 172.310)
PJA	Pratique juridique actuelle
PLQ	plan localisé de quartier
pp.	pages
RALCI	Règlement genevois d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses, du 27 février 1978 (RSG L 5 05.01)
RCI	Règlement genevois d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses, du 27 février 1978 (RSG L 5 05.01)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse
rés.	résumé
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJ ASPAN	Recueil de jurisprudence de l'Association suisse pour l'aménagement national

RLATC FR	Règlement fribourgeois d'exécution de la loi sur l'aménagement du territoire et les constructions, du 18 décembre 1984 (RS FR 710.11)
RLATC VD	Règlement vaudois d'application de la loi sur l'aménagement du territoire et les constructions, du 19 septembre 1986 (RS VD 700.11.1)
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RPG	Raumplanungsgesetz
RPMNS	Règlement général genevois d'exécution de la loi sur la protection des monuments, de la nature et des sites, du 29 novembre 1976 (RSG L 4 05.01)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RS AI	Recueil systématique d'Appenzell Rhodes-Intérieures
RSB	Recueil systématique bernois
RS BS	Recueil systématique de Bâle-Ville
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
RS FR	Recueil systématique fribourgeois
RSG	Recueil systématique genevois
RS/GE	Recueil systématique genevois
RS GR	Recueil systématique des Grisons
RSJB	Revue de la Société des juristes bernois
RS JU	Recueil systématique jurassien
RS LU	Recueil systématique lucernois
RS NE	Recueil systématique neuchâtelois
RS SG	Recueil systématique saint-gallois
RS TI	Recueil systématique tessinois
RS ZH	Recueil systématique zurichois
SHG GR	Bündner Gesetz über die Staatshaftung, du 5 décembre 2006 (RS GR 170.050)
SI	Société immobilière
SJ	Semaine judiciaire
SMS	Service des monuments et des sites
s.	et suivante
SMTU	Société montpelliéraine de transport urbain

ss	et suivantes
TA	Tribunal administratif
TF	Tribunal fédéral
UNESCO	United Nations Educational Scientific and Cultural Organization
VGr.	Verwaltungsgericht
VG SG	St. Galler Verantwortlichkeitsgesetz, du 7 décembre 1959 (RS SG 161.1)
VLI	Valeurs limites d'immissions
vol.	volume
WWF	World Wide Fund for Nature
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

Expropriation formelle: quelques développements récents dans le cadre du droit fédéral

ANDRÉ JOMINI

Juge au Tribunal cantonal du canton de Vaud

1. Introduction

1.1 Généralités

La collectivité publique, pour accomplir ses tâches, doit acquérir des droits sur des meubles et des immeubles. La plupart du temps, elle acquiert ces droits de gré à gré, par un contrat. Elle est tenue parfois de choisir des modes d'acquisition forcée, si le titulaire des droits concernés ne donne pas son accord à la cession. C'est la fonction de l'expropriation, qui peut être définie comme un acte étatique de droit public ayant pour objet le transfert, l'extinction ou la modification d'un droit patrimonial au profit de l'Etat, ou d'un délégataire, moyennant indemnisation, en vue de permettre la réalisation et l'exploitation d'une entreprise ou d'un ouvrage de caractère public¹.

L'expropriation représente, à l'évidence, une restriction grave du droit de propriété garanti à l'art. 26 al. 1 de la Constitution fédérale (Cst.)². En vertu du texte de la Constitution, elle ne peut intervenir que moyennant le versement d'une pleine indemnité (art. 26 al. 2 Cst. – on parle de garantie de valeur en cas d'expropriation). Par ailleurs, dans chaque cas concret, cette atteinte à la garantie de la propriété doit respecter les exigences de l'art. 36 Cst. pour les restrictions des droits fondamentaux, soit la base légale, l'intérêt public et la proportionnalité.

En droit fédéral, une procédure d'expropriation de droits sur des immeubles a presque toujours une *double base légale*. Elle est d'une part fondée sur les dispositions d'une loi spéciale, qui régit un secteur particulier des tâches publiques (lois sur les chemins de fer, les routes nationales, l'aviation, etc.); c'est là que sont définies les caractéristiques des ouvrages pouvant être

¹ Cf. notamment Piermarco ZEN-RUFFINEN / Christine GUY-ECABERT, *Aménagement du territoire, construction, expropriation*, Berne 2001, p. 441.

² Constitution fédérale du 18 avril 1999, RS 101.

réalisés grâce à l'expropriation. D'autre part, les dispositions de la loi fédérale sur l'expropriation (LEx)³ sont applicables, qui règlent certaines questions de procédure ainsi que les modalités du transfert de propriété et de l'indemnisation. Ce sont les dispositions de ces différentes lois qui, ensemble, constituent le droit fédéral de l'expropriation (au sens large).

Au niveau fédéral, la première loi sur l'expropriation date de 1850. La loi actuelle date du 20 juin 1930. Elle a fait l'objet de quelques révisions partielles, mais pour l'essentiel le système élaboré par le législateur il y a près de quatre-vingts ans est toujours en vigueur⁴. Les cantons ont eux aussi adopté des lois sur l'expropriation, pour la réalisation de leurs ouvrages ou entreprises d'intérêt public. On renoncera cependant, dans le présent exposé, à analyser les réglementations des cantons, dont les systèmes correspondent globalement à celui du droit fédéral et qui ont connu des évolutions comparables⁵.

Les développements récents du droit fédéral de l'expropriation (au sens large) concernent donc des modifications introduites depuis une vingtaine d'années à la fois dans la loi sur l'expropriation et dans les lois spéciales. L'expropriation est mise en œuvre pour la réalisation d'infrastructures à propos desquelles le droit matériel a sensiblement évolué, surtout en raison du développement de la législation fédérale sur la protection de l'environnement. Cette évolution a rendu plus complexe l'élaboration de projets et elle a justifié, en particulier, une adaptation des règles légales sur la procédure d'approbation des plans (les règles révisées ont été adoptées en 1999 pour mettre en œuvre le principe de coordination)⁶. En outre, le droit fédéral de l'expropriation a évolué grâce à la jurisprudence du Tribunal fédéral; on pense avant tout à l'expropriation des droits de voisinage, où une réglementation assez détaillée a été créée par voie prétorienne⁷. Avant toutefois d'aborder ces évolutions récentes, on rappellera certains éléments essentiels de l'expropriation en droit fédéral.

³ RS 711.

⁴ Pour un aperçu de l'évolution historique, cf. Heinz HESS / Heinrich WEIBEL, *Das Enteignungsrecht des Bundes*, Berne 1986 – cet ouvrage mentionne, dans le commentaire des différents articles, les réglementations successives du droit fédéral.

⁵ Cette évolution est due notamment à la jurisprudence constitutionnelle du Tribunal fédéral; cf. par exemple ATF 127 I 185.

⁶ Cf. *infra*, ch. 3.

⁷ Cf. *infra*, ch. 5; comme on le verra, ce sont les nuisances du trafic aérien sur les aéroports de Genève et Zurich qui ont donné lieu, ces dernières années, aux évolutions les plus significatives du concept juridique d'expropriation des droits de voisinage.

1.2 Expropriation formelle et expropriation matérielle

La loi fédérale (LEx) emploie simplement la notion d'*expropriation*, et non pas celle d'*expropriation formelle*. Cette formulation permet toutefois de bien faire la distinction entre l'expropriation *stricto sensu* (ou formelle) et l'expropriation matérielle. L'expropriation matérielle est un cas d'indemnisation d'un propriétaire foncier par la collectivité publique, sans que cette collectivité obtienne le transfert d'un droit patrimonial. C'est, en d'autres termes, une forme de responsabilité de l'Etat pour acte licite, à la suite de mesures d'aménagement du territoire (lorsque l'usage actuel d'une chose ou son usage futur prévisible est interdit ou restreint de manière particulièrement grave, de sorte que l'intéressé se trouve privé d'un attribut essentiel de son droit de propriété⁸). La loi fédérale sur l'expropriation ne règle du reste pas l'expropriation matérielle, qui est avant tout une notion de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (art. 5 al. 2 LAT; cf. aussi art. 26 al. 2 Cst.)⁹. Ce sont en principe les juridictions cantonales, et non pas les autorités fédérales (commissions fédérales d'estimation, Tribunal administratif fédéral) qui statuent sur les cas d'expropriation matérielle¹⁰.

1.3 Subsidiarité de l'expropriation, notamment par rapport au remembrement

Le choix de recourir à l'expropriation, en vue de la réalisation d'un ouvrage, suppose le respect du principe de la proportionnalité (cf. art. 36 al. 3 Cst.), dont découle celui de la subsidiarité: cela signifie d'abord que l'expropriation ne doit être choisie comme mode d'acquisition de droits que si un autre mode, moins grave, ne permet pas d'atteindre le but recherché. La collectivité doit donc veiller d'abord à obtenir ce qu'elle vise par la voie contractuelle. S'il s'agit d'acquérir des terrains pour la réalisation d'infrastructures d'une certaine importance (routes ou voies de chemin de fer, notamment), le remembrement (remaniement parcellaire) doit être privilégié.

Le remembrement est moins grave que l'expropriation. Les propriétaires concernés par l'échange forcé de terrains (ou, en d'autres termes, la mise en commun des biens-fonds d'un secteur délimité avant une redistribution entre leurs anciens propriétaires en vue d'assurer une meilleure utilisation du sol)

⁸ Cf. notamment ATF 131 II 151 consid. 2.1.

⁹ A propos de l'expropriation matérielle, voir ci-après (p. 29 ss) l'article de Maya HERTIG RANDALL.

¹⁰ Cf. par exemple ATF 132 II 475, à propos de restrictions d'utilisation d'immeubles découlant de l'application du droit fédéral de la protection de l'environnement (inconstructibilité de parcelles voisines d'un aéroport, à cause d'un dépassement des valeurs limites pour le bruit du trafic aérien).

n'ont pas seulement droit à une pleine indemnité (garantie de valeur) mais ils peuvent invoquer le principe de la *compensation réelle*, ou de l'équivalence. Selon ce principe – composante de la garantie constitutionnelle de la propriété –, les propriétaires intéressés à une telle entreprise ont une prétention à recevoir dans la nouvelle répartition des terrains équivalant, en quantité et en qualité, à ceux qu'ils ont cédés, pour autant que le but du remaniement et les nécessités techniques le permettent¹¹. Un remembrement peut être ordonné en relation avec de « grands travaux » (infrastructures routières, ferroviaires, etc.). Si elle est déjà propriétaire foncier dans le périmètre concerné, la collectivité publique peut, par ce biais, obtenir le terrain nécessaire à la réalisation de l'ouvrage, moyennant le cas échéant le paiement de soultes (la compensation en argent étant ainsi complémentaire à la compensation réelle).

La priorité du remembrement sur l'expropriation, pour des motifs de proportionnalité, est exprimée dans certaines lois spéciales. C'est le cas, depuis longtemps, dans la loi fédérale sur les routes nationales (art. 30 LRN)¹². Ce principe a été introduit dans d'autres lois spéciales en 1999, par exemple à l'art. 371 de la loi sur l'aviation. Mais ce sont les règles de procédure cantonales sur les remembrements qui s'appliquent, le droit fédéral prévoyant seulement la possibilité pour le département fédéral compétent d'ordonner au canton de procéder au remembrement dans un délai fixé; à défaut, la procédure ordinaire, qui comprend l'expropriation, est appliquée. Sur ce point, le droit fédéral doit se borner à énoncer un principe, sans fixer plus en détail la procédure, car il n'existe pas de loi fédérale sur le remembrement en relation avec de grands travaux¹³.

2. Objet de l'expropriation en droit fédéral, exercice et octroi du droit d'exproprier

2.1 Dispositions légales applicables

Selon l'art. 1 al. 1 LEx, le droit d'expropriation peut être exercé « pour des travaux qui sont dans l'intérêt de la Confédération ou d'une partie considérable du pays, ainsi que pour d'autres buts d'intérêt public reconnus par une loi

¹¹ ATF 119 Ia 21.

¹² L'art. 30 al. 2 LRN dispose en effet que « la procédure d'expropriation ne sera applicable que si les efforts faits en vue d'acquérir le terrain de gré à gré ou par un remembrement ont échoué ». Pour un cas d'application de ce principe, cf. ATF 119 Ib 348 consid. 2.

¹³ La relation entre remembrement et expropriation mériterait sans doute des considérations plus détaillées mais ces questions n'ont pas été traitées dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral.

fédérale ». Peuvent faire l'objet d'une expropriation, selon l'art. 5 al. 1 LEx : les droits réels immobiliers ; les droits résultant des dispositions sur la propriété foncière en matière de rapports de voisinage ; en outre les droits personnels des locataires ou des fermiers de l'immeuble à exproprier.

La situation typique, en matière d'expropriation, est celle du transfert à la collectivité publique du droit de propriété sur un immeuble. L'expropriation de droits réels immobiliers peut également avoir pour objet un droit réel restreint grevant un immeuble (par exemple, constitution par voie d'expropriation d'une servitude pour le passage d'une ligne électrique)¹⁴. En pareil cas, la législation fédérale règle de façon précise les différentes phases de la procédure : octroi du droit d'expropriation ; publication et approbation des plans de l'ouvrage ; opposition des expropriés ; conciliation ; envoi en possession anticipé ; fixation de l'indemnité. Les dispositions légales applicables se trouvent d'une part dans la loi fédérale sur l'expropriation (LEx), qui a été précisée sur plusieurs points à l'occasion d'une importante révision en 1971 ; et d'autre part dans différentes lois spéciales, qui ont été récemment complétées à cet égard. En effet, de nouvelles règles de procédure, s'appliquant en particulier à certaines phases de l'expropriation, ont été adoptées en 1999 et elles ont été regroupées dans une loi intitulée *loi fédérale sur la coordination et la simplification des procédures de décision* (on parlera ci-après de loi sur la coordination, en abrégé : LCoord)¹⁵. Les lois spéciales suivantes sont concernées : loi sur l'armée et l'administration militaire (LAAM¹⁶) ; loi fédérale sur l'utilisation des forces hydrauliques (LFH¹⁷) ; loi fédérale sur les routes nationales (LRN¹⁸) ; loi fédérale sur les installations électriques (LIE¹⁹) ; loi fédérale sur les chemins de fer (LCdF²⁰) ; loi fédérale sur les entreprises de trolleybus (LET²¹) ; loi fédérale sur les installations de transport par conduite (LITC²²) ; loi sur la navigation intérieure (LNI²³) ; loi fédérale sur l'aviation (LA²⁴).

Une situation moins typique, mais néanmoins fréquente en pratique, est celle de l'expropriation de droits résultant des dispositions sur la propriété foncière en matière de rapports de voisinage (ou : expropriation de droits de

¹⁴ Cf. ATF 129 II 420.

¹⁵ RO 1999 p. 3071 ; les dispositions de la LCoord sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2000.

¹⁶ RS 510.10.

¹⁷ RS 721.80.

¹⁸ RS 725.11.

¹⁹ RS 734.0.

²⁰ RS 742.101.

²¹ RS 744.21.

²² RS 746.1.

²³ RS 747.201.

²⁴ RS 748.0.

voisinage). Dans cette situation, l'application pure et simple des prescriptions ordinaires de procédure – celles prévues pour l'expropriation de droits réels immobiliers – n'est pas possible et la jurisprudence a dû fixer différentes règles particulières. Le législateur fédéral pourrait cependant être amené à compléter prochainement la loi dans ce domaine²⁵. Enfin, l'art. 5 al. 1 LEX permet l'expropriation de droits personnels des locataires et des fermiers; cette catégorie particulière de droits expropriés ne sera pas examinée plus en détail dans le présent exposé, la jurisprudence à ce sujet n'étant du reste pas abondante.

2.2 Exercice du droit d'expropriation : par la Confédération ou par un tiers à qui ce droit est conféré

D'après l'art. 3 LEX, le droit d'expropriation est exercé par la Confédération (par le Conseil fédéral ou par l'autorité administrative compétente) et il peut être conféré à des tiers. L'octroi du droit d'expropriation à des tiers peut, le cas échéant, résulter directement d'une loi fédérale, ou bien faire l'objet d'une décision particulière, au cas par cas. La décision de conférer le droit d'expropriation doit être prise par une autorité fédérale.

En élaborant la loi sur la coordination (LCoord), le législateur fédéral a estimé que l'octroi au cas par cas du droit d'expropriation à des tiers ou des concessionnaires, pour les activités concernées (les expropriants étant principalement les compagnies de chemins de fer, les sociétés électriques, les exploitants d'aéroports), était une formalité inutile, puisqu'il existait par ailleurs des procédures où l'intérêt public de l'ouvrage projeté pouvait être contesté et où une pesée globale des intérêts pouvait être effectuée (procédure d'approbation des plans, procédure d'octroi de la concession); l'obtention du droit d'expropriation de par la loi (*ex lege*) a donc été prévu dans différents domaines, par une révision des lois spéciales²⁶. Ainsi, par exemple, il est maintenant indiqué dans la loi que le concessionnaire autorisé à exploiter un aéroport dispose du droit d'expropriation (art. 36a al. 4 LA – auparavant, il fallait une décision du DETEC), de même que l'entreprise qui entend construire une installation électrique (art. 43 al. 1 LIE). L'octroi, directement par la loi, du droit d'expropriation aux CFF et aux entreprises de chemins de fer concessionnaires était déjà prévu auparavant (art. 3 al. 1 LCdF).

²⁵ La loi fédérale de 1999 sur la coordination (LCoord) ne contenait aucune disposition sur l'expropriation des droits de voisinage. C'est sur la base d'une initiative parlementaire récente (initiative Hegetschweiler) que le législateur fédéral envisage d'adopter une réglementation spéciale – cf. *infra*, ch. 5.8.

²⁶ Message LCoord, FF 1998 p. 2232.

La législation fédérale connaît cependant encore des situations où le droit d'expropriation doit être octroyé au cas par cas, selon une décision d'un département fédéral. Il en va ainsi, par exemple, pour la mise en place d'une installation de télécommunications (art. 36 al. 1 de la loi fédérale sur les télécommunications [LTC]²⁷). Sur cette base, une procédure d'expropriation fédérale peut être ouverte, où l'on applique les règles formelles de la LEx, même si la procédure principale d'approbation des plans de l'installation est soumise au droit cantonal (octroi d'une autorisation de construire – par exemple pour une installation de téléphonie mobile, l'opérateur devant alors obtenir à la fois une décision cantonale et, s'il veut recourir à l'expropriation, une décision fédérale d'octroi du droit d'expropriation). Le même régime s'applique pour la construction d'ouvrages nécessaires à la protection de l'environnement ou à la protection des eaux, lorsqu'ils sont situés sur le territoire de plusieurs cantons (art. 58 al. 3 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement [LPE]²⁸; art. 68 al. 3 de la loi fédérale sur la protection des eaux [LEaux]²⁹).

La nature de l'acte d'octroi du droit d'expropriation – par la loi ou par une décision – n'est en réalité pas déterminante pour les expropriés. Quoi qu'il en soit, il n'y a pas de voie de recours ouverte directement contre la décision préalable d'exercer le droit d'expropriation ou de le conférer à un tiers. Selon la jurisprudence constante, cette décision préalable, où est effectué un examen *prima facie* du projet, est de nature provisoire. En outre, les griefs, de fond ou de forme, contre l'expropriation pourront être présentés ensuite dans la procédure d'opposition et dans les procédures de recours subséquentes³⁰.

3. Les phases précédant l'estimation de l'indemnité d'expropriation: la procédure d'approbation des plans (notamment la procédure combinée)

3.1 Le dépôt des plans – mise à l'enquête publique et procédure d'opposition

La loi fédérale sur l'expropriation comporte un chapitre consacré au «dépôt des plans» (chap. III, art. 27 ss LEx), phase préalable à la «procédure de conciliation» (chap. IV, art. 45 ss LEx) et à la «procédure d'estimation» (ch. VI, art. 57 ss LEx).

²⁷ RS 784.10.

²⁸ RS 814.01.

²⁹ RS 814.20.

³⁰ Cf. ATF 112 Ib 280; ATF 109 Ib 130; ATF 108 Ib 376.

L'art. 27 LEx prévoit que l'expropriant est tenu d'établir un plan de l'ouvrage (« plan permettant de se rendre compte du genre, de l'étendue et de l'emplacement de l'ouvrage, des zones de sécurité nécessaires, ainsi que des mesures prévues pour sauvegarder l'intérêt public »), un plan d'expropriation et un tableau des droits expropriés indiquant les immeubles dont il requiert l'expropriation. Ces documents sont définis par la loi sur l'expropriation; dans la procédure ordinaire (non combinée), il n'est pas simplement renvoyé aux instruments et plans prévus par les lois spéciales, pour la phase de planification ou d'autorisation. Les plans et tableaux de l'art. 27 LEx doivent être mis à l'enquête publique pendant trente jours et, dans ce délai, les intéressés doivent communiquer leurs oppositions à l'expropriation, leurs demandes tendant à une modification du plan et leurs prétentions à une indemnité (art. 30 al. 1 LEx). Des avis personnels doivent en outre être adressés aux intéressés qui sont connus par le registre foncier (art. 31 al. 1 LEx – dans certains cas, où l'on applique une procédure sommaire, l'avis personnel suffit et il peut remplacer le dépôt public des plans en vertu de l'art. 33 LEx). Après l'expiration du délai, les oppositions (au sens large) et les prétentions ne sont en principe plus recevables (voir les exceptions ou les cas de restitution du délai prévus aux art. 39 à 41 LEx).

D'après les art. 45 ss LEx, il incombe ensuite au président de la commission fédérale d'estimation de tenter la conciliation. La loi institue en effet, pour l'estimation et la fixation des indemnités, une autorité juridictionnelle spéciale, la commission fédérale d'estimation (CFE), dans chacun des treize arrondissements fédéraux d'estimation. Le président de la CFE se voit attribuer diverses compétences dans les phases préalables du dépôt des plans et de la conciliation, notamment pour veiller à la bonne marche de la procédure.

En l'absence d'une conciliation, le président de la CFE doit, conformément à l'art. 50 LEx, renvoyer au département compétent dans le domaine en cause les oppositions qui demeurent litigieuses (art. 50 LEx). L'art. 55 LEx prévoit que le département statue sur ces oppositions à l'issue de la procédure de conciliation. En outre, à défaut d'entente sur les indemnités lors de l'audience de conciliation, la procédure d'estimation doit être ouverte (art. 57 LEx). Il appartient à la commission fédérale d'estimation de statuer, à la suite de l'audition des parties.

3.2 Les procédures combinées d'approbation des plans et d'expropriation

Les règles de la LEx sur le dépôt des plans et la procédure d'opposition ont été élaborées quand les procédures d'autorisation de construire ou de planifica-

tion prévues par les lois spéciales étaient considérées comme des procédures internes à l'administration, où l'on veillait exclusivement à la protection des intérêts publics. Les possibilités d'intervention des tiers intéressés, en particulier des expropriés, étaient très limitées dans le cadre de ces procédures administratives. Généralement, seul le recours hiérarchique (en dernière instance auprès du Conseil fédéral) était ouvert. Aussi était-il important, à cette époque, de prévoir dans la loi sur l'expropriation une procédure permettant aux expropriés de contester efficacement, jusque le cas échéant devant le Tribunal fédéral, l'intérêt public de l'entreprise de l'expropriant, et de présenter tous leurs griefs et réclamations à l'encontre de l'ouvrage projeté.

Progressivement, avec l'évolution du droit de procédure administrative au niveau fédéral (notamment avec, en 1969, l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la procédure administrative [PA] et l'extension des possibilités de recours au Tribunal fédéral en matière de droit administratif fédéral), de nouvelles garanties ont été offertes dans la procédure d'approbation des plans régie par les lois spéciales. Dans certains domaines, le législateur a institué une *procédure combinée*, regroupant la procédure d'approbation des plans et la procédure d'expropriation, avant la phase de l'estimation (il en a été ainsi pour des projets de routes nationales, d'installations de transport par conduites, puis pour les chemins de fer). Toutes les oppositions recevables dans le cadre de la LEX devaient donc être présentées et traitées dans la procédure d'approbation des plans régie par la loi spéciale³¹. Ces premières procédures combinées coexistaient toutefois avec le régime ordinaire des procédures séparées, où l'approbation technique des plans précède la procédure d'expropriation, et où les plans préalablement approuvés sont utilisés comme plans de l'ouvrage dans l'enquête publique de la procédure d'expropriation. Dans ce régime ordinaire, ces plans peuvent donc encore être remis en cause à l'issue de la procédure d'opposition selon la LEX. Cette dualité permet de contester la réalisation de l'ouvrage à deux stades différents de la procédure (la jurisprudence a en effet admis en 1982 la possibilité pour tout intéressé de recourir contre l'approbation technique des plans³²).

3.3 La loi fédérale de 1999 sur la coordination et la simplification des procédures de décision : généralisation de la procédure combinée

La loi fédérale du 18 juin 1999 sur la coordination et la simplification des procédures de décision (LCoord) a généralisé la procédure combinée pour

³¹ Cf. par exemple ATF 108 Ib 505.

³² ATF 108 Ib 245.

les ouvrages pour lesquels la procédure d'approbation des plans est régie par le droit fédéral, afin que toutes les oppositions, notamment celles en matière d'expropriation, soient traitées lors de l'approbation des plans. L'estimation des prétentions produites par les expropriés fera en revanche l'objet d'une procédure distincte³³. La situation juridique est désormais claire et, grâce à cette révision groupée de différentes lois fédérales, elle est réglée de manière quasiment uniforme, pour les routes nationales, les chemins de fer, les aéroports, les installations militaires, les installations électriques etc.

L'intégration (jusqu'à la phase de l'estimation) de la procédure d'expropriation formelle à la procédure principale d'approbation des plans n'est pas la seule innovation de la LCoord. Cette loi avait principalement pour but d'instaurer un système avec une autorité fédérale unique, ainsi qu'une concentration de toutes les autorisations requises par le droit fédéral dans une seule procédure. Ce modèle de coordination a été introduit, *mutatis mutandis*, dans chacune des lois spéciales concernées.

L'introduction, dans les lois spéciales, des nouvelles dispositions sur la procédure d'approbation des plans n'a pas entraîné l'abrogation ni la modification des art. 27 ss LEx. D'une part, ces dispositions restent applicables là où l'expropriation est ordonnée selon le droit fédéral mais sans procédure combinée (parce que, le cas échéant, la planification de l'ouvrage ainsi que l'autorisation de construire demeurent dans la compétence des autorités cantonales). D'autre part, les lois spéciales modifiées par la LCoord prévoient expressément que la procédure d'approbation des plans est régie, subsidiairement, par la LEx³⁴. En d'autres termes, la loi spéciale s'applique en priorité, sans exclure certaines dispositions complémentaires de la LEx lorsque la loi spéciale ne prévoit aucune règle spécifique, notamment sur certaines formalités³⁵.

L'autorité compétente, selon la loi spéciale, pour l'approbation des plans (le DETEC pour les infrastructures des aéroports et les routes nationales³⁶, l'Office fédéral des transports pour les projets ordinaires d'installations ferroviaires³⁷, etc.) doit mettre le projet à l'enquête publique, ce qui ouvre la procédure d'opposition.

Les lois spéciales visées par la LCoord règlent ainsi la procédure d'opposition³⁸: quiconque a qualité de partie en vertu de la PA ou de la LEx peut

³³ Message LCoord, FF 1998 p. 2231.

³⁴ Cf. notamment art. 37a LA, art. 18a LCdF.

³⁵ Message LCoord, FF 1998 p. 2250.

³⁶ Art. 37 al. 2 LA, art. 26 al. 1 LRN.

³⁷ Art. 18 al. 2 LCdF.

³⁸ Cf. par exemple art. 37f LA, art. 18f LCdF, art. 126f LAAM.

faire opposition auprès de l'autorité chargée de l'approbation des plans pendant le délai de mise à l'enquête; toute personne qui n'a pas fait opposition est exclue de la suite de la procédure; toutes les objections en matière d'expropriation et les demandes d'indemnité ou de réparation en nature doivent être déposées dans le même délai; les oppositions et les demandes déposées ultérieurement en vertu des art. 39 à 41 LEx doivent être adressées à l'autorité chargée de l'approbation des plans.

L'autorité compétente pour approuver les plans se prononce ensuite et elle statue également sur les oppositions en matière d'expropriation³⁹. La décision traite donc des griefs relatifs à la conformité du projet au droit fédéral (LPN, LPE, LFo etc.) et aussi des griefs contre l'octroi du droit d'expropriation, le principe, le but ou l'intérêt public de l'expropriation. Ces oppositions n'ont donc plus à être discutées ensuite lors de l'audience de conciliation sous l'égide du président de la commission d'estimation. La voie de recours ordinaire est ouverte contre la décision de l'autorité compétente.

La réglementation de la LCoord a pour avantage de régler de manière précise la procédure d'opposition, en particulier la qualité pour agir (conçue largement, par renvoi aux définitions de la qualité de partie de la PA et de la LEx) et les conséquences juridiques du défaut d'opposition. Cette dernière question n'est en effet pas toujours clairement résolue dans la législation cantonale en matière d'aménagement du territoire. Dans le système du droit fédéral, toute personne qui n'a pas fait opposition est exclue de la suite de la procédure⁴⁰, sauf si l'opposant a été, sans sa faute, empêché d'agir dans le délai (art. 39 LEx). En droit fédéral de l'expropriation, le délai pour présenter les oppositions et les prétentions est un délai de péremption⁴¹. On peut en déduire que l'objet de la contestation est déterminé en fonction des griefs et demandes présentés pendant le délai de mise à l'enquête publique et qu'il ne peut plus être étendu dans les procédures de recours subséquentes⁴².

Ce modèle de coordination, où toutes les procédures (autorisation selon les différentes lois fédérales applicables et décision sur le principe de l'expropriation) sont concentrées et où seule l'autorité chargée de l'approbation des plans est compétente, est une innovation qui simplifie sensiblement le régime juridique, par rapport à la réglementation précédente. L'uniformisation des dispositions de procédure, dans différentes lois spéciales, est également un facteur de simplification. Il n'est pas douteux que cela permet également une accélération du processus de décision. Par ailleurs, comme l'approbation des

³⁹ Cf. par exemple art. 37h LA, art. 18h LCdF, art. 28 LRN.

⁴⁰ Cf. par exemple art. 18f al. 1 LCdF.

⁴¹ ATF 131 II 581 consid. 2.2.5; cf. aussi ATF 131 II 65.

⁴² ATF 133 II 30 consid. 2.

plans peut faire l'objet d'un recours ordinaire, ouvert à tous ceux qui ont un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification du projet, la protection juridique n'est pas lacunaire. L'autorité judiciaire peut examiner librement tous les aspects du projet et effectuer une pesée globale des intérêts.

3.4 Les actes préparatoires dans la procédure combinée

Au début de la procédure, l'art. 15 LEx permet à l'expropriant d'effectuer «les actes préparatoires absolument nécessaires à l'exécution d'une entreprise pouvant donner lieu à expropriation, tels que passages, levés de plans, piquetages et mesurages». Ces actes doivent faire l'objet d'un avis écrit au propriétaire cinq jours au moins avant d'être entrepris et ils ne peuvent avoir lieu contre sa volonté qu'avec l'autorisation du département compétent en l'espèce. La loi fédérale du 18 juin 1999 sur la coordination et la simplification des procédures de décision (LCoord) a complété la réglementation des actes préparatoires, dans son champ d'application. Pour le piquetage et la pose de gabarits, le nouveau droit prévoit la possibilité pour les intéressés de former des objections avant la fin de l'enquête publique, objections qui doivent être adressées à l'autorité chargée de l'approbation des plans⁴³.

En outre, dans la loi fédérale sur les chemins de fer, la LCoord a introduit une disposition selon laquelle «la procédure visée à l'art. 15 LEx s'applique aux autres actes préparatoires, à la mise au point du projet et à la consolidation des bases de décision» (art. 18c al. 3LCdF). L'intention du législateur était d'élargir ainsi le champ d'application de l'art. 15 LEx en permettant, pour les grands projets ferroviaires, de réaliser par exemple des forages ou des sondages au titre d'actes préparatoires⁴⁴. La jurisprudence ne s'est encore pas prononcée sur ce point.

Pour tous ces actes préparatoires, le nouveau droit prévoit une décision de l'autorité chargée de l'approbation des plans, en cas d'objections de la part des intéressés, et cette décision peut faire l'objet d'un recours ordinaire.

3.5 Les mesures provisoires dans la procédure combinée : envoi en possession anticipé, effet suspensif

En vertu de l'art. 91 LEx, l'expropriant acquiert la propriété de l'immeuble exproprié (ou le droit que l'expropriation constitue en sa faveur sur l'im-

⁴³ Cf. par exemple art. 18c al. 1 et 2 LCdF, art. 37c LA.

⁴⁴ Message LCoord, FF 1998 p. 2265; arrêt du TF non publié 1C_270/2007 du 31 octobre 2007.

meuble) par l'effet du paiement de l'indemnité. Le transfert de propriété ne peut donc pas intervenir avant la fin de la procédure d'estimation. L'art. 76 LEx, introduit dans la loi fédérale en 1971, prévoit toutefois la possibilité d'un envoi en possession anticipé, avant le paiement de l'indemnité. Selon cette disposition, il incombe à l'expropriant de prouver qu'à défaut, l'entreprise serait exposée à un sérieux préjudice (al. 1). La compétence pour statuer sur cette requête est conférée au président de la commission d'estimation; il se prononce au plus tôt durant l'audience de conciliation (al. 2). Aux termes de l'art. 76 al. 4 LEx, l'autorisation doit être accordée, à moins que la prise de possession ne rende l'examen de la demande d'indemnité impossible ou que cet examen ne puisse être assuré par des mesures de la commission telles que prise de photographies, d'esquisses; aussi longtemps qu'il n'a pas été statué par une décision passée en force sur les oppositions à l'expropriation et les réclamations, l'autorisation ne doit être accordée que dans la mesure où il ne se produit pas de dommages qui ne pourraient être réparés en cas d'acceptation ultérieure. La réglementation de l'envoi en possession anticipé, lequel peut être ordonné en tout temps, tient compte de l'intérêt public à ne pas retarder la réalisation de l'ouvrage après l'approbation des plans et une décision sur le principe de l'expropriation. Pour garantir les droits de l'exproprié, l'art. 76 al. 5 LEx prévoit la fourniture de sûretés ou le versement d'acomptes.

L'évolution récente du droit fédéral tend à faciliter l'envoi en possession anticipé. La loi fédérale du 18 juin 1999 sur la coordination (LCoord) n'a pas amendé l'art. 76 LEx (en particulier, elle a confirmé la compétence du président de la commission d'estimation) mais elle a prévu, dans les lois spéciales, une règle complémentaire à ce sujet: l'envoi en possession anticipé peut être autorisé lorsque l'approbation des plans est exécutoire, et l'expropriant est présumé subir un préjudice sérieux s'il ne bénéficie pas de l'entrée en possession anticipée⁴⁵.

En admettant l'envoi en possession anticipé dès que l'approbation des plans est exécutoire, le nouveau droit précise un point qui méritait d'être clarifié⁴⁶. La décision d'approbation des plans doit être qualifiée d'exécutoire si elle n'est pas attaquée devant l'autorité de recours (actuellement: le Tribunal administratif fédéral). En cas de recours, la décision peut être exécutoire avant d'être formellement en force, si le moyen juridictionnel ordinaire exercé contre elle ou susceptible de l'être n'a pas d'effet suspensif ou

⁴⁵ Cf. par exemple art. 18k al. 3 LCdf, art. 37k al. 3 LA.

⁴⁶ Cf. ATF 115 Ib 424.

en a été privé, par exemple par une décision incidente de retrait de l'effet suspensif⁴⁷.

Dans ce système, il y a donc lieu de coordonner les décisions sur l'effet suspensif d'un recours, d'une part, et sur l'envoi en possession anticipé, d'autre part. La procédure d'envoi en possession anticipé de l'art. 76 LEx permet aux expropriés de faire valoir leurs droits en temps utile et d'exposer leurs objections à une réalisation immédiate de l'ouvrage, avant le paiement de l'indemnité, voire avant l'issue des procédures de recours contre l'approbation des plans. C'est pourquoi il n'y a en règle générale pas lieu, dans le cadre de ces procédures de recours, d'accorder l'effet suspensif sur requête d'un exproprié, car il faut laisser au président de la commission fédérale d'estimation le soin d'effectuer la pesée des intérêts dans chaque cas particulier, lorsque l'envoi en possession anticipé est requis⁴⁸.

La présomption selon laquelle l'expropriant subit un préjudice sérieux s'il ne bénéficie pas de l'entrée en possession anticipée est également une innovation significative de la LCoord, par rapport au régime de l'art. 76 al. 1 LEx. En cas de recours contre l'envoi en possession anticipé, il incombe donc à l'exproprié de fournir les arguments propres à renverser cette présomption⁴⁹.

4. La procédure d'estimation de l'indemnité d'expropriation

Les dispositions des art. 57 ss LEx n'ont pas subi de modifications significatives ces dernières années. On renoncera donc à aborder ces questions dans le présent exposé. On se bornera à signaler que les règles sur la nomination et la surveillance des commissions fédérales d'estimation ont été revues, lors de l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007 de la loi sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF⁵⁰). Il appartient désormais à cette juridiction de nommer les présidents des commissions, à la place du Tribunal fédéral (art. 59 al. 1 let. a LEx). C'est également le Tribunal administratif fédéral qui, actuellement, en est l'autorité de surveillance (art. 63 LEx).

⁴⁷ ATF 133 II 130 consid. 3.3 – dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que l'art. 6 de l'ordonnance du Conseil fédéral sur la procédure d'approbation des plans des installations ferroviaires [OPAPIF; RS 742.142.1], qui n'autorise le début des travaux « qu'une fois la décision d'approbation entrée en force », et non pas dès qu'elle est exécutoire, n'était pas conforme au système légal.

⁴⁸ ATF 115 Ib 94; arrêt du TF non publié 1E.14/2000 du 1^{er} février 2001.

⁴⁹ Arrêt du TF non publié 1E.14/2005 du 8 décembre 2005.

⁵⁰ RS 173.32.

5. Un cas particulier d'expropriation formelle: l'expropriation de droits de voisinage

5.1 Introduction

La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'expropriation formelle selon la LEx a connu ces dernières années d'importants développements dans un domaine particulier, qui ne concerne pas des cas d'expropriation ordinaires ou classiques: l'expropriation des droits résultant des dispositions sur la propriété foncière en matière de rapports de voisinage (ou, pour simplifier, l'expropriation de droits de voisinage), dans les environs des infrastructures publiques à l'origine d'immissions de bruit excessives (routes nationales, voies de chemin de fer, aéroports). La possibilité d'exproprier de tels droits est expressément prévue à l'art. 5 al. 1 LEx (cf. supra, ch. 2.1)⁵¹.

La procédure est entièrement régie par la LEx et elle aboutit, le cas échéant, à la fixation d'une indemnité d'expropriation formelle au terme d'une procédure d'estimation selon les art. 57 ss LEx. Cela étant, s'agissant de l'ouverture de la procédure et des phases préalable à l'estimation (dépôt des plans, oppositions etc.), les cas d'expropriation de droits de voisinage se distinguent sensiblement des cas d'expropriation d'immeubles ou de servitudes. A cause de ces particularités, il a parfois été proposé, dans la doctrine, de considérer que l'on devrait appliquer les critères de l'expropriation matérielle⁵². Or la jurisprudence est constante et bien établie: en vertu de l'art. 5 LEx, il s'agit d'un cas d'expropriation formelle, soumis en principe aux règles de procédure de la LEx⁵³. Dans ce contexte, ces règles générales ont dû être précisées ou adaptées à plusieurs égards par la jurisprudence, surtout – depuis quelques années – en relation avec les nuisances des aéroports⁵⁴.

⁵¹ Ce type d'expropriation a fait l'objet de nombreuses analyses dans la doctrine; cf. en particulier Grégory BOVEY, *L'expropriation des droits de voisinage*, Lausanne/Berne 2000.

⁵² Cf. notamment Karl Ludwig FAHRLÄNDER, *Zur Abgeltung von Immissionen aus dem Betrieb öffentlicher Werke, unter Berücksichtigung des Bundesgesetzes über den Umweltschutz*, Berne 1985, p. 96 ss.

⁵³ ATF 116 Ib 11.

⁵⁴ A propos de l'expropriation des droits de voisinage et des aéroports, cf. Margrit SCHILLING, *Enteignungsrechtliche Folgen des zivilen Luftverkehrs*, RDS 125/2006 | p. 15; Roland GFELLER, *Immissions- und Ueberflugsenteignungen am Beispiel des Flughafens Zürich*, Zurich 2006.

5.2 Droit de se défendre contre les immissions excessives, actions du droit privé et prétentions de droit public à une indemnité d'expropriation

Les droits expropriés sont des droits de propriétaires fonciers de se défendre contre les immissions provenant de fonds voisins (*Abwehrrechte*). Ces droits résultent de l'art. 684 CC, qui dispose que «le propriétaire est tenu, dans l'exercice de son droit, spécialement dans ses travaux d'exploitation industrielle, de s'abstenir de tout excès au détriment de la propriété du voisin. Sont interdits en particulier (...) les bruits (...) qui ont un effet dommageable et qui excèdent les limites de la tolérance que se doivent les voisins eu égard à l'usage local, à la situation et à la nature des immeubles». Le droit civil prohibe ainsi les immissions excessives, et le propriétaire voisin dispose en principe des actions de l'art. 679 CC⁵⁵.

D'après la jurisprudence en matière de droit public, le voisin ne peut pas exercer les actions du droit privé prévues à l'art. 679 CC si les immissions proviennent de l'utilisation, conforme à sa destination, d'un ouvrage d'intérêt public pour la réalisation duquel la collectivité disposait du droit d'expropriation, et si la tâche publique ne peut pas être exécutée sans provoquer des immissions dans les environs (immissions inévitables ou ne pouvant être écartées sans frais excessifs). La prétention au versement d'une indemnité d'expropriation se substitue à ces actions et il appartient non plus au juge civil, mais au juge de l'expropriation de statuer sur l'existence du droit à l'indemnité et sur le montant de celle-ci.

En outre, la collectivité publique, en sa qualité d'expropriante, ne peut être tenue d'indemniser le propriétaire foncier voisin d'une route nationale, d'une voie de chemin de fer ou d'un aéroport que s'il subit, à cause des immissions de bruit, un dommage spécial, imprévisible et grave⁵⁶.

5.3 Imprévisibilité, spécialité et gravité comme conditions pour une indemnité d'expropriation

Les trois conditions de l'imprévisibilité, de la spécialité et de la gravité ont été énoncées pour la première fois en 1968, dans une affaire concernant le bruit du trafic automobile⁵⁷. La jurisprudence récente en a confirmé l'appli-

⁵⁵ A propos de la portée de l'art. 684 CC en droit privé, cf. notamment, dans la jurisprudence, ATF 132 III 49.

⁵⁶ Cf. notamment ATF 131 II 137 consid. 2.1; ATF 129 II 72 consid. 2.1; ATF 128 II 231 consid. 2.1.

⁵⁷ ATF 94 I 286, à propos du bruit provenant de l'autoroute Lausanne-Genève.

cation, y compris au bruit des aéroports, et elle a précisé à plusieurs égards ces notions⁵⁸.

5.3.1 *Imprévisibilité*

A propos de l'imprévisibilité des immissions, le Tribunal fédéral a considéré que le propriétaire d'une maison située à proximité d'une infrastructure de transport (voie ferrée, autoroute, aéroport) devait s'attendre à supporter plus de bruit que l'habitant d'un quartier tranquille. Ce propriétaire n'a aucun droit à une indemnité d'expropriation si l'agrandissement normal et prévisible des installations entraîne une augmentation du bruit⁵⁹. S'agissant du bruit du trafic aérien dans le voisinage d'un des aéroports nationaux, la règle a été posée en 1995 que l'on ne tient pas compte de la condition de l'imprévisibilité quand le bien-fonds exposé au bruit a été acquis par l'exproprié avant le 1^{er} janvier 1961 – soit quinze ans après la fin de la deuxième guerre mondiale et la reprise d'un important trafic aérien civil. En revanche, si l'exproprié a acquis son bien-fonds à partir de 1961, on doit considérer que les effets de l'exploitation de l'aéroport, avec le développement du trafic aérien, étaient prévisibles voire connus, ce qui exclut l'octroi d'une indemnité d'expropriation fondée sur l'art. 5 LEx⁶⁰. Cette précision de la jurisprudence est d'une grande importance. Depuis quelques années, les propriétaires voisins des aéroports de Genève et de Zurich sont nombreux à avoir demandé, ou envisagé de demander, une indemnité pour expropriation des droits de voisinage. L'exigence d'une acquisition du bien-fonds avant 1961 a fait, à elle seule, échec à un grand nombre de demandes.

Dans certaines situations particulières, le propriétaire d'un bien-fonds acquis après le 1^{er} janvier 1961 peut néanmoins se prévaloir de l'imprévisibilité des immissions de l'aéroport. Ainsi, d'après la jurisprudence, la date d'acquisition (avant 1961) de l'immeuble par le précédent propriétaire est déterminante quand la demande d'indemnité d'expropriation est présentée par son héritier, actuel propriétaire de par la dévolution de la succession, ou encore lorsque le transfert de propriété à celui qui prétend à une indemnité d'expropriation résulte d'une libéralité entre vifs faite à titre d'avancement d'hoirie⁶¹.

⁵⁸ Leading case: ATF 121 II 317.

⁵⁹ ATF 121 II 317 consid. 5a, avec des références à la jurisprudence antérieure.

⁶⁰ ATF 131 II 317 consid. 2.1, qui renvoie à ATF 121 II 317 consid. 6b-c; cf. également ATF 134 II 49 consid. 7.

⁶¹ ATF 131 II 317 consid. 2.1; ATF 128 II 231 consid. 2.3.

5.3.2 Spécialité

La condition de la spécialité des immissions est réalisée dès lors que les nuisances sonores ont atteint une intensité excédant le seuil de ce qui est usuel et tolérable; d'après la jurisprudence, ce seuil correspond aux valeurs limites d'immissions prévues par la législation fédérale sur la protection de l'environnement.

L'utilisation à cet effet des valeurs limites d'immissions (VLI) est prescrite par la jurisprudence depuis 1993⁶². Les principes relatifs à ces valeurs limites sont énoncés dans la loi fédérale sur la protection de l'environnement, entrée en vigueur en 1985 (cf. art. 15 LPE); l'ordonnance sur la protection contre le bruit (OPB⁶³) fixe les seuils pour chaque type de bruit (trafic routier, chemins de fer, aérodromes civils etc. – pour le bruit des aéroports, les VLI ne sont fixées que depuis le 30 mai 2001 dans l'annexe 5 de l'OPB, mais on se fondait auparavant sur des propositions d'une commission fédérale d'experts en matière de bruit aérien).

5.3.3 Gravité

La condition de la gravité se rapporte au préjudice subi par le propriétaire foncier en raison des immissions de bruit, une atteinte peu grave devant être supportée sans indemnité. La réparation n'est due, en d'autres termes, que si le dommage atteint un certain montant, ou un certain pourcentage de la valeur globale de l'immeuble. La jurisprudence n'a pas fixé un seuil précis mais on peut admettre selon les circonstances qu'une moins-value de 10% représente déjà un dommage grave⁶⁴.

5.4 L'ouverture de la procédure

En règle générale, le propriétaire qui est exposé aux immissions de bruit d'un ouvrage public ne fait pas valoir ses prétentions dans la procédure d'expropriation préalable à la construction de cet ouvrage – à ce moment-là, il est difficile de prévoir le niveau futur des nuisances – mais il les invoque après la mise en service des installations. Dans le système conçu par la jurisprudence du Tribunal fédéral, le propriétaire touché peut donc demander après

⁶² ATF 119 Ib 348 consid. 5b.

⁶³ RS 814.41.

⁶⁴ ATF 134 II 49 consid. 11; ATF 130 II 394 consid. 12.3; ATF 122 II 337 consid. 3b.

coup l'ouverture d'une procédure en expropriation formelle des droits de voisinage⁶⁵.

L'ouverture de la procédure d'expropriation, après qu'un voisin a invoqué ses prétentions à une indemnité, doit être ordonnée à la requête de la collectivité publique expropriante (ou du concessionnaire – en d'autres termes celui à qui incombe la réalisation ou l'exploitation de l'ouvrage). La procédure d'estimation est d'emblée introduite, selon les art. 57 ss LEx, et la commission fédérale d'estimation doit se prononcer sur l'existence du droit à une indemnité. On ne procède donc pas *a posteriori* à un dépôt des plans selon les art. 27 ss LEx.

5.5 Le délai de prescription

Dans cette situation particulière où ne s'applique pas le système des délais péremptoires pour annoncer les prétentions (pendant la mise à l'enquête publique des plans selon l'art. 36 LEx, ou ultérieurement si les conditions de l'art. 41 LEx pour la restitution du délai sont réunies), les propriétaires concernés ne peuvent pourtant pas agir en tout temps: ils doivent tenir compte d'un délai de prescription. La jurisprudence a été amenée récemment à préciser ce point. En demandant l'ouverture d'une procédure d'expropriation par la collectivité, le propriétaire voisin invoque des prétentions de droit public. Ces prétentions sont soumises en principe à la prescription, même en l'absence de disposition légale expresse. Dans ce domaine, la durée du délai de prescription a été fixée à cinq ans et son point de départ est la date de la naissance de la prétention à indemnité. Cela correspond en principe au moment à partir duquel sont remplies, cumulativement, les trois conditions mises par la jurisprudence à l'octroi d'une indemnité d'expropriation, à savoir l'imprévisibilité, la spécialité et la gravité; l'élément déterminant est le caractère objectivement reconnaissable du dommage⁶⁶.

La question du point de départ du délai de prescription a dû être examinée plus en détail dans des affaires concernant le bruit des aéroports. Dans le cas de l'aéroport de Genève, vu les difficultés pour déterminer *a posteriori* les circonstances objectives (c'est-à-dire pour savoir à quel moment un voisin était censé avoir perçu le caractère excessif des nuisances), le Tribunal fédéral a considéré que l'expropriant ne pouvait pas opposer la prescription aux propriétaires voisins qui avaient annoncé leurs prétentions dans les cinq ans

⁶⁵ Cf. ATF 110 Ib 368; ATF 119 Ib 348 consid. 2; ATF 124 II 543 consid. 4a – cela est possible même si auparavant, pour l'acquisition du terrain, il avait été procédé non pas à une expropriation mais à un remaniement parcellaire.

⁶⁶ ATF 124 II 543 consid. 4-5; ATF 105 Ib 6 consid. 3.

suivant la publication, le 2 septembre 1987, de la décision d'approbation d'un plan des zones de bruit prévu à l'époque par la législation sur l'aviation ; les prétentions produites une fois échu ce délai quinquennal étaient en revanche prescrites⁶⁷. Dans le cas de l'aéroport de Zurich, le délai de prescription a commencé à courir à un autre moment (dans certains quartiers des communes voisines), le dommage n'étant objectivement reconnaissable qu'après un changement du mode d'exploitation et un doublement subit en 1997 du nombre de décollages à partir d'une des pistes de cet aéroport⁶⁸. Une analyse de la jurisprudence montre que l'application des règles sur la prescription, dans ce domaine, est une question délicate⁶⁹.

5.6 L'indemnité d'expropriation pour le survol des biens-fonds voisins des aéroports

Dans sa jurisprudence concernant les nuisances provoquées par l'exploitation des aéroports nationaux, le Tribunal fédéral fait une distinction entre les atteintes aux biens-fonds survolés et celles subies dans le voisinage de l'aéroport, sur les biens-fonds ne se trouvant pas dans l'axe de la piste (couloir d'approche). Dans les deux cas, l'immeuble est exposé au bruit du trafic aérien ; mais quand en outre il est survolé, il est encore soumis à d'autres nuisances ou effets indésirables. Cette distinction a également un fondement juridique : le survol *stricto sensu* est une intrusion ou une ingérence directe dans l'espace aérien d'un fonds, tandis que le bruit est une immission, à savoir une conséquence indirecte que l'exercice de la propriété sur un fonds peut avoir sur les fonds voisins.

Lorsque le droit civil est seul applicable, dans le voisinage d'un aéroport privé, un propriétaire foncier peut sans autre s'opposer à ce que son bien-fonds soit survolé à faible altitude par des aéronefs. Si ce survol est nécessaire au regard de la situation ou des conditions d'exploitation de l'aéroport, il incombe au propriétaire de cette installation d'acquiescer préalablement le droit de passer dans l'espace aérien du bien-fonds voisin (droit de survol). A défaut d'un droit de survol, l'usurpation que représente le survol peut être repoussée (art. 641 al. 2 CC – sous réserve d'un passage nécessaire, moyennant pleine indemnité selon l'art. 694 al. 1 CC). Il n'y a cependant une ingérence dans l'espace aérien du fonds que lorsque le passage des aéronefs s'effectue à faible altitude : un passage à plus haute altitude, au-delà de la li-

⁶⁷ ATF 124 II 543 consid. 5c/cc ; ATF 129 II 72 consid. 2.9.

⁶⁸ ATF 130 II 394 consid. 12.

⁶⁹ La solution jurisprudentielle a du reste parfois été critiquée dans la doctrine : cf. notamment Jean-Baptiste ZUFFEREY, Prescription et expropriation des droits de voisinage, DC 1999 p. 9.

mite de l'espace aérien du fonds, n'est plus une usurpation (il n'est alors plus question de survol *stricto sensu*). Le droit civil n'a pas fixé une fois pour toutes cette altitude car, d'après l'art. 667 al. 1 CC, c'est l'intérêt que présente l'exercice du droit de propriété qui définit dans chaque cas l'extension verticale de la propriété foncière. La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'expropriation n'a pas davantage arrêté une hauteur limite, mais a néanmoins considéré qu'à une altitude de vol de 600 m, l'espace aérien des biens-fonds n'était plus touché; il l'était en revanche dans des cas où l'altitude de survol à l'atterrissage était inférieure à 125 m⁷⁰.

Conformément à la jurisprudence en matière de droit public, les moyens de défense du droit privé contre le survol ne sont plus disponibles si l'atteinte provient de l'utilisation, conforme à sa destination, d'un aéroport. La prétention au versement d'une indemnité d'expropriation se substitue aux actions du droit privé et il appartient non plus au juge civil, mais au juge de l'expropriation de statuer sur l'existence du droit ainsi que sur la nature et le montant de l'indemnité. De ce point de vue, la jurisprudence ne fait donc pas la distinction entre l'indemnité d'expropriation due en raison du survol, usurpation ou atteinte directe, et celle due en raison du bruit, immission ou atteinte indirecte.

La jurisprudence assimile le dédommagement pour le survol *stricto sensu* à l'indemnité due pour la constitution forcée d'une servitude, de passage ou de survol, par voie d'expropriation⁷¹. A cause des contraintes aéronautiques pour la phase finale d'atterrissage, l'assiette de cette «servitude» peut être clairement délimitée et elle représente une bande de terrain relativement étroite (de l'ordre de 150 m à une distance de 2 km du seuil de piste), à l'intérieur de laquelle toutes les trajectoires de survol s'inscrivent, dans des conditions normales. Cela ne vaut que pour le survol à l'atterrissage car, au décollage, la situation est différente: l'axe de la piste doit certes également être suivi, en principe, mais des écarts latéraux beaucoup plus importants sont admissibles. Le survol *stricto sensu* au décollage, s'il se produit effectivement, est une atteinte trop occasionnelle pour fonder à lui seul un droit à une indemnité d'expropriation. C'est un inconvénient que l'on ne peut pas distinguer, de ce point de vue, de l'ensemble des immissions provoquées par le trafic aérien⁷².

Comme le survol *stricto sensu* (à l'atterrissage) n'est pas une immission au sens de l'art. 684 CC, les trois conditions de l'imprévisibilité, de la spécialité et

⁷⁰ ATF 131 II 137 consid. 3.1.2 (avec des références à des arrêts non publiés, notamment arrêt 1E.8/2000 du 12 décembre 2002, consid. 5).

⁷¹ ATF 129 II 72 consid. 2.3; ATF 122 II 349 consid. 4.6.

⁷² ATF 131 II 137 consid. 3.1.3 et 3.2.3.

de la gravité ne sont pas applicables telles quelles⁷³. Cela a pour conséquence qu'une indemnité pour le survol peut être allouée au propriétaire d'un bien-fonds situé dans l'axe de la piste, même si ce bien-fonds a été acheté à une époque où il était déjà survolé (mais, pour des motifs d'équité, on pourra tenir compte de cet élément pour réduire l'indemnité d'expropriation)⁷⁴.

Il faut encore que l'indemnité d'expropriation ait été demandée en temps utile. D'après la jurisprudence, les mêmes règles doivent en principe s'appliquer en matière de prescription, quel que soit le fondement (immissions de bruit ou survol) des prétentions des propriétaires voisins de l'aéroport⁷⁵.

5.7 L'indemnité d'expropriation pour les nuisances temporaires dues à des travaux de construction

Un cas particulier d'expropriation de droits de voisinage a par ailleurs été traité par la jurisprudence : cela concerne les conséquences de nuisances dues aux travaux de construction (nuisances temporaires provoquées par un chantier). En droit privé, lorsque le propriétaire foncier qui construit a pris toutes les mesures qui s'imposent à lui, que néanmoins les limites du droit de propriété sont inéluctablement dépassées du fait des travaux de construction, et que le voisin subit un dommage, ce dernier, à défaut de pouvoir faire cesser les nuisances, a droit à une indemnité à condition que les immissions soient excessives et le préjudice important⁷⁶. Lorsque les travaux de construction concernent un ouvrage pour lequel la collectivité a exercé le droit d'expropriation selon la loi fédérale sur l'expropriation, la compétence pour statuer sur le droit du propriétaire voisin à une indemnité en raison des immissions excessives, et le cas échéant sur le montant de cette indemnité, appartient au juge de l'expropriation ; celui-ci applique en principe les critères du droit privé. La jurisprudence du Tribunal fédéral à ce sujet n'est cependant pas très abondante⁷⁷.

⁷³ ATF 129 II 72 consid. 2.6-2.7.

⁷⁴ ATF 131 II 137 consid. 3.1.5.

⁷⁵ ATF 129 II 72 consid. 2.9. Voir encore un arrêt récent à propos de la question du survol dans la jurisprudence en matière d'expropriation : ATF 134 II 49 consid. 5. L'irrecevabilité de l'action de droit civil intentée par le propriétaire d'un fonds voisin d'un aéroport a été confirmée récemment par la II^e Cour de droit civil du Tribunal fédéral : ATF 134 III 248.

⁷⁶ ATF 117 Ib 15 consid. 2a ; ATF 114 II 230 consid. 5a ; cf. également à ce sujet : Denis PIOTET, Les principales difficultés d'application de l'article 679 du Code civil, in *Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier*, Genève 2007, p. 108.

⁷⁷ ATF 117 Ib 15 consid. 2a-2c (entrave causée par un chantier ferroviaire pour l'accès à un magasin de fleurs à Genève) ; ATF 132 II 427 (immissions de poussières et de bruit produites pendant 13 ans par le chantier du tunnel de base du Saint-Gothard à Faido) ; cf. également ATF 134 II 164 consid. 8.

5.8 Le projet de loi fédérale sur les garanties de procédure accordées en cas d'indemnisation pour nuisances sonores (initiative parlementaire Hegetschweiler)

Les conditions posées par la jurisprudence pour l'indemnisation des propriétaires fonciers à cause des immissions de bruit dans le voisinage des aéroports sont parfois considérées comme rigoureuses, en particulier à cause de la réglementation de la prescription⁷⁸. Une initiative parlementaire a été déposée en 2002 par le Conseiller national Hegetschweiler, qui tend à modifier la loi fédérale sur l'expropriation afin de remédier à cette situation⁷⁹. La Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie (CEATE) du Conseil national a élaboré un projet de *loi fédérale sur les garanties de procédure accordées en cas d'indemnisation pour nuisances sonores* tendant à modifier certaines dispositions de la loi fédérale sur l'expropriation, en vue – selon la commission parlementaire – de clarifier la situation juridique des propriétaires touchés par une augmentation des nuisances sonores provenant d'un aéroport et de leur permettre de faire valoir leur droit à une indemnisation pour moins-value dans le cadre d'une procédure simple⁸⁰. Pour l'essentiel, il s'agirait d'imposer à l'expropriant d'établir un plan d'expropriation, avec un tableau des droits expropriés, qui « indique les immeubles dont il requiert l'expropriation et les droits de voisinage qui devront vraisemblablement être retirés, avec mention des propriétaires et des surfaces » (projet de modification de l'art. 27 al. 2 LEx), de fixer la durée du délai de prescription à dix ans, et de prévoir que « le délai de prescription des indemnités pour le retrait des droits de défense commence à courir avec le dépôt ordinaire des plans d'expropriation incluant l'immeuble considéré » (projet de nouvel art. 41bis LEx). Dans le délai d'enquête publique, de 30 jours, les intéressés devraient communiquer leurs prétentions à une indemnité « pour les droits de voisinage qui devront vraisemblablement être retirés » (projet de modification de l'art. 30 al. 1 LEx). Il y a lieu de relever que, tel qu'il est rédigé, ce texte législatif a une portée générale et qu'il ne se limite pas à la question des nuisances provenant de l'exploitation des aéroports. En se déterminant sur ce projet de la commission du Conseil national, le Conseil fédéral a formulé un préavis négatif⁸¹.

Le Conseil national a, dans sa séance du 1^{er} octobre 2007, adopté le projet de loi élaboré par sa commission. Cet objet a été transmis au Conseil des États, qui, dans sa séance du 12 juin 2008, a refusé d'entrer en matière et a

⁷⁸ Cf. supra, ch. 5.5.

⁷⁹ Numéro de référence au parlement pour cet objet : 02.418.

⁸⁰ Rapport de la CEATE : FF 2007 p. 6039 ; projet de loi : FF 2007 p. 6075.

⁸¹ FF 2007 p. 6081.

renvoyé le projet au Conseil national, en acceptant par ailleurs une motion invitant le Conseil fédéral à étudier une amélioration de « la situation juridique en matière d'indemnisation fondée sur les droits de voisinage invoqués en raison de nuisances excessives dues au trafic »⁸². Il n'est donc pas exclu que, prochainement, la réglementation de l'expropriation des droits de voisinage, d'origine largement jurisprudentielle, soit complétée ou modifiée par le législateur, en tout cas en relation avec le bruit provenant de l'exploitation des aéroports nationaux. Il n'est cependant pas certain que l'initiative parlementaire aboutisse, dans ce domaine très complexe, à une solution juridique simple et praticable.

6. Expropriation formelle et protection de l'environnement

6.1 Les relations entre la procédure d'assainissement et l'indemnisation des propriétaires voisins

L'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1985, de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE) a eu quelques répercussions dans le domaine de l'expropriation. En particulier, la jurisprudence a dû examiner les conséquences de l'obligation d'assainir les installations bruyantes (art. 16 ss LPE), du point de vue du droit à une indemnité pour l'expropriation des droits de voisinage.

Dans un arrêt rendu en 1997, à propos du bruit provenant d'une autoroute, le Tribunal fédéral a fixé la règle selon laquelle, avant l'échéance du délai d'assainissement prévu par la LPE, l'exploitant d'une installation publique bruyante provoquant des atteintes supérieures aux valeurs limites d'immissions, ne pouvait en principe pas être condamné à payer une indemnité pour l'expropriation de droits de voisinage⁸³. Normalement, les mesures d'assainissement de toutes les installations bruyantes (à l'exception des aéroports) auraient dû être exécutées jusqu'en 2002, dans les quinze ans suivant l'entrée en vigueur de l'OPB⁸⁴. Ces délais ont toutefois été prolongés pour l'assainissement des routes (jusqu'en 2015 ou 2018)⁸⁵ et des chemins de fer (2015 au plus tôt)⁸⁶. La question de l'expropriation des droits de voisinage se posera

⁸² Motion de la CEATE-CE déposée le 19 mai 2008. Dans sa séance du 29 septembre 2008, le Conseil national a maintenu sa position et, vu la divergence, l'objet a été transmis à nouveau au Conseil des Etats.

⁸³ ATF 123 II 560; cf. également ATF 134 II 164 consid. 8.2.

⁸⁴ Art. 17 al. 3 OPB.

⁸⁵ Nouvel art. 17 al. 4 OPB.

⁸⁶ Cf. loi fédérale du 24 mars 2000 sur la réduction du bruit émis par les chemins de fer (RS 742.144).

donc à nouveau après l'échéance de ces délais. La règle jurisprudentielle précitée n'a toutefois pas empêché l'allocation d'indemnités d'expropriation à des propriétaires voisins de l'aéroport de Genève. Le délai d'assainissement des aéroports nationaux, en effet, est en principe de 15 ans dès le 1^{er} janvier 2001⁸⁷. Le Tribunal fédéral a cependant constaté, dans certaines affaires, l'absence de perspectives concrètes de mesures d'assainissement des aéroports, susceptibles d'entraîner une diminution sensible des nuisances et le respect des valeurs limites d'immissions⁸⁸. Ainsi, selon les circonstances, les voisins peuvent être indemnisés avant la fin du délai d'assainissement.

6.2 L'indemnisation sous forme de mesures d'isolation acoustique

L'indemnité pour expropriation de droits de voisinage est en principe payable en argent (art. 17 LEx), mais la loi permet à certaines conditions de remplacer la prestation en argent, en tout ou partie, par un équivalent en nature (art. 18 al. 1 LEx). Lorsque des locaux d'habitation sont exposés aux immissions de bruit d'un ouvrage public (route nationale, voie de chemin de fer ou aéroport), une réparation en nature, sous forme de mesures d'insonorisation ou d'isolation acoustique du bâtiment touché, peut se justifier. En imposant une indemnisation sous cette forme (par exemple, obligation de poser des fenêtres isolantes aux frais de l'expropriant), le droit de l'expropriation contribue également à la mise en œuvre des prescriptions de la législation fédérale sur la protection de l'environnement: l'isolation réalisée par l'expropriant, à ses frais, est propre à réparer, à tout le moins partiellement, le préjudice subi par le propriétaire et, en même temps, elle permet de protéger efficacement le bien-être des personnes utilisant les locaux exposés au bruit (qui peuvent être des locataires ou des fermiers). Ce mode de réparation, à envisager en priorité, ne couvre cependant généralement pas la totalité du préjudice subi par les expropriés et une indemnité complémentaire en argent doit le cas échéant être allouée⁸⁹.

⁸⁷ Le délai d'assainissement court dès la date d'entrée en vigueur de l'annexe 5 OPB, qui fixe les valeurs limites pour ce type d'installations – cf. art. 17 al. 3 et 48 let. a OPB.

⁸⁸ ATF 124 II 543 consid. 6; arrêt du TF non publié 1E.8/2000 du 12 décembre 2002, consid. 4.4; cf. également ATF 130 II 394 consid. 10, où la question est abordée, de façon plus générale, sous l'angle de la « spécialité temporaire des immissions ».

⁸⁹ ATF 122 II 337 consid. 4b; ATF 119 Ib 348 consid. 6. On peut signaler dans ce contexte que le projet de loi fédérale sur les garanties de procédure accordées en cas d'indemnisation pour nuisances sonores (projet issu de l'initiative parlementaire Hegetschweiler – supra ch. 5.8) prévoit, en cas de versement d'une indemnité d'expropriation de droits de voisinage au propriétaire d'un immeuble affermé ou loué, une réduction équitable du loyer ou du fermage (projet de nouvel art. 24a LEx, FF 2007 p. 6075).

6.3 La possibilité d'exercer le droit d'expropriation pour la mise en œuvre de mesures de protection fondées sur la LPE

L'art. 4 LEx a été complété en 1999 par la LCoord, afin de préciser que le droit d'expropriation peut être exercé « pour la mise en œuvre des mesures de protection, de reconstitution ou de remplacement prises dans le cadre de la réalisation d'un ouvrage conformément aux dispositions fédérales sur la protection de l'environnement, de la nature et du paysage » (nouvelle let. d de l'art. 4 LEx). Il n'est toutefois pas certain que cette nouvelle disposition soit indispensable pour assurer la réalisation d'aménagements destinés à la protection contre le bruit (murs antibruit, par exemple), l'art. 7 al. 3 LEx permettant déjà à l'expropriant d'inclure dans son projet les « ouvrages qui sont propres à mettre le public et les fonds voisins à l'abri des dangers et des inconvénients qu'impliquent nécessairement l'exécution et l'exploitation de son entreprise et qui ne doivent pas être tolérés d'après les règles du droit de voisinage ». Selon la jurisprudence, les ouvrages visés à l'art. 7 al. 3 LEx sont également ceux qui tendent au respect des exigences de la LPE⁹⁰. Quoi qu'il en soit, avec le nouvel art. 4 let. d LEx, la loi fédérale sur l'expropriation indique maintenant clairement que toutes les mesures requises par la LPE peuvent faire partie intégrante du projet de l'expropriant⁹¹.

7. Evolutions récentes en matière de protection juridique, dans le domaine de l'expropriation formelle selon le droit fédéral

Jusqu'à la fin de l'année 2006, les décisions des autorités administratives fédérales sur l'approbation des plans ou sur les oppositions pouvaient faire l'objet d'un recours au département compétent ou, dans la plupart des cas, à une commission fédérale de recours (ancienne Commission fédérale de recours en matière d'infrastructures et d'environnement, CRINEN). Quant aux décisions des commissions fédérales d'estimation, elles pouvaient être déférées directement au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit administratif. Les règles sur la procédure de recours figuraient alors dans la loi d'organisation judiciaire (OJ) ainsi que dans la LEx.

Depuis le 1^{er} janvier 2007, les décisions de l'administration et des commissions d'estimation prises en application du droit fédéral de l'expropria-

⁹⁰ ATF 119 Ib 348 consid. 6c ; ATF 130 II 394 consid. 8.2.

⁹¹ Message LCoord, FF 1998 p. 2253.

tion peuvent désormais faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral⁹². Contre l'arrêt rendu par ce tribunal, la voie du recours en matière de droit public est en principe ouverte devant le Tribunal fédéral (art. 82 ss de la loi sur le Tribunal fédéral [LTF]⁹³, notamment art. 86 al. 1 let. a LTF). La réglementation du droit fédéral de l'expropriation garantit désormais dans tous les cas la double instance, devant des autorités judiciaires ordinaires.

La réglementation du droit fédéral a également évolué sur la question accessoire des frais et dépens. Lorsque le Tribunal fédéral était l'unique autorité de recours contre les décisions des commissions fédérales d'estimation, l'ancien art. 116 al. 1 LEx prévoyait que les frais de la procédure de recours, y compris les dépens alloués à l'exproprié, étaient supportés par l'expropriant. Depuis le 1^{er} janvier 2007, une règle analogue s'applique aux frais causés par la procédure devant le Tribunal administratif fédéral (nouvel art. 116 al. 1 LEx). Pour la procédure de recours au Tribunal fédéral, le régime ordinaire de la LTF s'applique (art. 116 al. 3 LEx). Ainsi, conformément aux art. 65 ss LTF, l'exproprié qui succombe peut devoir supporter les frais judiciaires et, dans ce cas, il n'a en principe pas droit à des dépens.

8. Conclusion

On voit que le droit fédéral de l'expropriation a sensiblement évolué depuis quelques années. Sans doute la jurisprudence et la législation devront-elles encore préciser certains points, ou veiller à rendre plus simple la solution de certains litiges. En l'état toutefois, les modifications réalisées sont déjà significatives. Elles sont en outre intéressantes car elles illustrent bien l'évolution générale du droit administratif: face à la complexité accrue des questions à traiter et à la multiplication des prescriptions légales à appliquer, la coordination doit être assurée; les exigences de la protection de l'environnement doivent être mises en œuvre; la protection juridique doit être perfectionnée avec, en particulier, un contrôle judiciaire efficace des décisions de l'administration.

⁹² Art. 31, art. 33 let. d et f LTAF.

⁹³ RS 173.110.

L'expropriation matérielle à l'aune de la jurisprudence récente

MAYA HERTIG RANDALL*

Professeure à l'Université de Genève

I. Introduction

Selon l'art. 641 CC¹, «le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi». En ce qui concerne la propriété immobilière, le nombre des limites légales ne cesse d'augmenter en raison d'une urbanisation et d'une densification croissante de la population, processus accompagné d'une prise de conscience accrue des impératifs liés au développement durable. Ces restrictions dépassent aujourd'hui largement ce que les auteurs du Code civil suisse auraient pu imaginer. A l'exclusion de la législation générale dans le domaine de l'aménagement du territoire, de la protection des forêts, de l'eau, de l'environnement, des monuments et des sites, ainsi que des prescriptions en matière de la lutte contre la pénurie de logement, les normes spécifiques dans le domaine du droit de la construction comptent en Suisse, d'un point de vue quantitatif, 120 000 articles de lois et de règlements d'application². D'un point de vue qualitatif, certaines règles apportent à la propriété immobilière des limites telles qu'elles la vident de sa substance, en lui enlevant une grande partie de sa valeur. Ces restrictions du droit de propriété ne sont supportables que si elles donnent lieu à indemnisation. Ce constat est à l'origine de la théorie de l'expropriation matérielle³,

* Je remercie Monsieur Tristan Zimmermann, assistant au département de droit constitutionnel de l'Université de Genève, pour son aide dans la mise au point du présent texte.

1 Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210.

2 PATRICK VALLAT, Harmonisation de la terminologie du droit de la construction, *in* SJ 2008 II, p. 39 ss, p. 39.

3 Pour des contributions générales sur l'expropriation matérielle, cf. HEINZ AEMISEGGER, Raumplanung und Entschädigungspflicht, materielle Enteignung, Vertrauensschutz, Berne 1983; ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI, MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse vol. II, 2^e éd., Berne 2006, p. 373 ss; URS EYMANN, Grundzüge des Enteignungsrechts in der Schweiz, *in* DEP 2003, p. 562 ss; RUDOLF KAPPELER, Die bundesgerichtliche Entschädigungspraxis bei materieller Enteignung infolge Bauverbotszonen. Entwicklung seit 1989, Zurich 2007; JÖRG PAUL MÜLLER, MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4^e éd., Berne 2008, p. 1030 ss; ENRICO RIVA, Hauptfragen der materiellen Enteignung, Berne 1990; *Id.*, ad art. 5, *in* Aemisegger, Kuttler, Moor, Ruch (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Zurich 1990; CLAUDE ROUILLER, Considérations sur la garantie de la propriété et sur l'expropriation matérielle

décrite, par un éminent auteur, «comme la création jurisprudentielle la plus significative dans le domaine de la garantie de la propriété»⁴.

La présente contribution commencera par situer l'expropriation matérielle dans le contexte de la garantie de la propriété (section II), pour la délimiter ensuite de notions voisines (section III), ce qui nous permettra de mieux cerner la notion et les conditions de l'expropriation matérielle (section IV). Nous illustrerons par la suite la problématique de l'expropriation matérielle par une casuistique mettant l'accent sur les développements jurisprudentiels récents (section V).

II. Expropriation et garantie de la propriété

La garantie de la propriété, ancrée à l'art. 26 Cst.⁵, confère aux propriétaires une double protection⁶. Son premier alinéa permet d'une part de contester une mesure qui restreint le droit de propriété en tant que tel en conférant au propriétaire le droit de demander son annulation pour le motif que les conditions de restriction des droits fondamentaux, prévues à l'art. 36 Cst., ne sont pas réunies (fonction dite individuelle de la garantie de la propriété, visant la «protection de la situation acquise» [Bestandes- oder Besitzstandsgarantie]). En d'autres termes, la garantie de la propriété protège le droit individuel du propriétaire contre des restrictions qui ne reposent pas sur une base légale suffisante, ne sont pas motivées par un intérêt public ou par la protection des droits de tiers, sont disproportionnées ou violent l'essence du droit de propriété.

Subsidiairement ou alternativement à la fonction individuelle, le propriétaire peut invoquer la fonction compensatrice de la garantie de la propriété, prévue au deuxième alinéa de l'art. 26 Cst. Selon cette disposition, le propriétaire a droit à une pleine indemnité «en cas d'expropriation ou de restriction de la propriété qui équivaut à une expropriation». Une garantie analogue est contenue, dans le domaine de l'aménagement du territoire, à l'art. 5 al. 2

faites à partir de la jurisprudence du Tribunal fédéral, *in* RSJB 1985, p. 1 ss; PETER HÄNNI, *Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht*, 4^e éd., Berne 2002, p. 595 ss; PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, CHRISTINE GUY-ECABERT, *Aménagement du territoire, construction, expropriation*, Berne 2001, p. 578 ss.

⁴ PETER SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, 3^e éd., Berne 1982, p. 174, traduction par l'auteur.

⁵ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

⁶ Pour une analyse de la garantie de la propriété, voir par exemple MICHEL HOTTELIER, *La garantie constitutionnelle de la propriété en droit fédéral suisse: fondements, contenu et fonctions*, *in* RIDC 1997, p. 135 ss; AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 373 ss.

LAT⁷. Les deux dispositions permettent de distinguer trois cas de figure qu'il convient de délimiter (section III) : (i) les cas « d'expropriation » au sens strict, connus sous la notion d'expropriation formelle ; (ii) d'autres restrictions d'une gravité telle qu'elles ont un effet équivalent à une expropriation formelle, c'est-à-dire les cas d'expropriation matérielle ; et (iii) a contrario, des restrictions qui n'atteignent pas le seuil de gravité nécessaire pour être qualifiées d'expropriation matérielle et qui ne donnent par conséquent pas droit à compensation.

III. Délimitations

A. Expropriation matérielle et expropriation formelle

1. *En général*

La distinction entre expropriation formelle et expropriation matérielle ne pose en général pas de difficultés particulières. La première notion concerne des cas d'acquisition forcée par la collectivité publique d'un droit réel sur un bien en propriété privée. Elle englobe tant l'hypothèse du transfert du droit de propriété de l'exproprié à l'expropriant, que celle où la propriété privée est grevée d'un droit réel restreint en faveur de la collectivité publique.

L'expropriation matérielle, par contre, ne confère à la collectivité publique aucun droit réel et n'affecte pas la titularité du droit. Elle vise des cas où les facultés découlant du droit de propriété sont limitées de façon tellement grave qu'il se justifie d'assimiler ces restrictions à des cas d'expropriation formelle. A la différence de l'expropriation formelle, l'indemnité constitue dans le cas de l'expropriation matérielle non une condition mais simplement une conséquence de l'expropriation. L'expropriation matérielle institue partant un cas de responsabilité de la collectivité publique pour acte licite. Cette distinction a une répercussion procédurale : dans les cas d'expropriation formelle, une procédure unique a pour but de régler l'acquisition des droits réels par la collectivité et de déterminer la compensation due au propriétaire⁸ ; par contre, dans les cas d'expropriation matérielle, le principe et le montant de l'indemnité sont déterminés dans une procédure séparée et indépendante de celle conduisant à la restriction du droit de propriété. Ces différences procédurales ont récemment posé des problèmes aux propriétaires dans le contexte

⁷ Loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979, RS 700.

⁸ Pour la procédure en matière d'expropriation formelle, voir la contribution de ANDRÉ JOMINI dans le présent volume.

des restrictions liées aux nuisances sonores provenant des aéroports⁹, ce qui justifie une brève analyse.

2. *Le cas des nuisances sonores provenant des aéroports*

Les difficultés procédurales ont eu pour cause d'une part l'existence d'un cas atypique d'expropriation formelle – l'expropriation dite des droits de voisinage¹⁰ – qui s'apparente fortement à des cas d'expropriation matérielle¹¹, et d'autre part, une modification récente de la législation concernant la protection contre le bruit en matière de navigation aérienne. Concernant le premier point, la Lex¹² soumet à la procédure d'expropriation formelle la suppression des droits d'action découlant du droit de voisinage (art. 679 ss CC), qui permettent au propriétaire foncier de s'opposer à des immissions excessives, bien que l'expropriation des droits de voisinage n'aboutisse pas à l'acquisition d'un droit réel par l'expropriant. Le Tribunal fédéral a admis de façon très restrictive des prétentions fondées sur l'expropriation des droits de voisinage en relation avec les nuisances sonores provenant d'ouvrages et d'installations d'utilité publique, par exemple les routes nationales, les chemins de fer et les aéroports¹³. Comme une indemnisation sur la base de l'expropriation matérielle est également soumise à des conditions très strictes¹⁴ mais différentes de celles de l'expropriation formelle des droits de voisinage, les propriétaires concernés ont eu tendance à réclamer une indemnité en invoquant les deux cas d'expropriation. Concernant les immissions de bruit provenant d'un aéroport¹⁵, le Tribunal fédéral a admis la coexistence des deux fondements:

⁹ Cf. ATF 132 II 475 *Etat de Genève*; pour un résumé et un bref commentaire, cf. DEP 2006, p. 921 s. et DC 2007, n° 338.

¹⁰ Pour une analyse détaillée de l'expropriation des droits de voisinage, voir JOMINI (note 8) p. 15 ss.

¹¹ Pour une contribution récente abordant la relation entre l'expropriation formelle des droits de voisinage et l'expropriation matérielle, cf. ALEXANDER RUCH, Die expansive Kraft der materiellen Enteignung, in ZBL 2000, p. 617 ss, p. 627.

¹² Loi fédérale sur l'expropriation du 20 juin 1930, RS 711.

¹³ Voir JOMINI (note 8), p. 17 ss.

¹⁴ Voir ci-dessous, sections IV et V.

¹⁵ Le problème des restrictions de la propriété foncière en relation avec les nuisances provenant des aéroports a fait couler beaucoup d'encre. Voir p. ex. GREGORY BOVEY, L'expropriation des droits de voisinage, Berne 2000; PETER ETTLER, CORNELIA LÜTHY, Vereinbarkeit von fluglärmbedingten Nutzungsbeschränkungen mit der Eigentumsgarantie, in PJA 2003, p. 972 ss; PETER ETTLER, Die Polizeirechtsetzung gegen Luftfahrtimmissionen in der Schweiz, thèse Zurich 1979; ROLAND GFELLER, Immissions- und Überflugsenteignung am Beispiel des Flughafens Zürich, thèse Zurich 2006; Id., Fluglärm und die Enteignung von Nachbarrechten, in Tobias Jaag (éd.), Rechtsfragen rund um den Flughafen, Zurich, Bâle, Genève 2004, p. 143 ss; TOBIAS JAAG, Fluglärm und Recht, in ZBL 2005, p. 515 ss; Id., Öffentliches Entschädigungsrecht. Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen verschiedenen Formen öffentlichrechtlicher Entschädigungen, in ZBL 1997, p. 145 ss; KASPAR PLÜSS, Öffentliche Interessen im Zusammenhang mit dem

les propriétaires concernés pouvaient baser leurs prétentions sur l'expropriation formelle des droits de voisinage et, pour des restrictions découlant d'un plan de zones de bruit, sur l'expropriation matérielle, étant précisé qu'un cumul des indemnités pour le même préjudice économique était exclu¹⁶.

Avant l'année 2000, le choix entre l'un ou l'autre fondement de la demande d'indemnisation n'avait dans le domaine de la navigation aérienne pas de répercussions procédurales. En effet, la Loi fédérale sur l'aviation du 21 décembre 1948 (LA)¹⁷ étendait la procédure de la Lex et la compétence de la Commission fédérale d'estimation de statuer sur des prétentions découlant d'une expropriation formelle à celles découlant d'une expropriation matérielle résultant de plans de zone (soit des plans des zones de sécurité ou des plans des zones de bruit) autour d'un aéroport public¹⁸. En 1995, une réserve en faveur de la législation en matière de protection de l'environnement fut introduite dans la LA¹⁹. Suite à l'adoption d'une législation complète en matière de la protection contre le bruit, les plans de zones élaborés sous l'égide de la LA ont été abrogés avec effet au 1^{er} mai 2000²⁰. A partir de cette date, la protection contre le bruit découle directement de l'OPB²¹.

Statuant sur recours de l'Etat de Genève, le Tribunal fédéral a estimé en 2006 qu'il n'était pas exclu que le refus de délivrer une autorisation de construire en application directe de la législation sur la protection contre le bruit (art. 22 LPE²²) puisse constituer un cas d'expropriation matérielle, à l'instar des restrictions du droit de propriété résultant de la modification d'un plan d'affectation pour mettre en œuvre la législation sur la protection de

Betrieb von Flughäfen – Mit besonderer Berücksichtigung von luftverkehrsbedingten Eingriffen das Eigentum im Bereich des Flughafens Zürich, Zurich 2007; HERMANN RODNER, Grundeigentumsbeschränkungen zugunsten von Flughäfen mit besonderer Berücksichtigung des Flughafens Zürich, thèse Zurich, Zurich 1984; JÜRIG SIGRIST, Fluglärm und materielle Enteignung, in Tobias Jaag (éd.), Rechtsfragen rund um den Flughafen, Zurich, Bâle, Genève 2004, p. 157 ss; ADRIAN WALPEN, Bau und Betrieb von zivilen Flughäfen – Unter besonderer Berücksichtigung der Lärmproblematik um den Flughafen Zürich, Zurich 2005; OTTO WIPFLI, Bemessung immissionsbedingter Minderwerte von Liegenschaften – Mit besonderer Berücksichtigung des Fluglärms, thèse Zurich 2007.

Le Tribunal fédéral a analysé la problématique de façon détaillée dans l'ATF 130 II 394 *Kanton Zürich und unique zurich airport Flughafen Zürich AG*.

¹⁶ ATF 110 Ib 368, p. 378 s. *Jeanneret I*; ATF 116 Ib 11, p. 15 *Staat Zurich* = JT 1992 I 639; ATF 121 II 317 *Jeanneret II*; ATF 130 II 394, p. 406, 410 *Kanton Zürich und unique zurich airport Flughafen Zürich AG*.

¹⁷ RS 748.0.

¹⁸ Art. 44 al. 4 LA avec art. 42 LA.

¹⁹ Art. 42 al. 5 LA.

²⁰ Modification de l'OPB du 12 avril 2000, RO 2000 1388.

²¹ Ordonnance sur la protection contre le bruit du 15 décembre 1986, RS 814.41.

²² Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983, RS 814.01.

l'environnement (art. 24 al. 2 LPE)²³. Il a toutefois estimé que suite à l'abrogation des plans de zones, aucune norme fédérale ne fondait la compétence de la Commission fédérale d'estimation, qui s'était partant déclarée à tort compétente pour statuer sur la prétention d'indemnité litigieuse. Les propriétaires dont le terrain devient inconstructible en application des normes de l'OPB doivent donc soumettre leurs prétentions à la juridiction cantonale compétente²⁴.

En résumé, depuis l'année 2000, un propriétaire foncier souffrant d'immissions de bruit excessives provenant d'un aéroport ne peut donc plus faire valoir dans la même procédure des revendications fondées tant sur l'expropriation formelle des droits de voisinage que sur l'expropriation matérielle découlant de la législation en matière de la protection de l'environnement. Il doit entamer deux procédures distinctes, qui coexistent mais ne permettent pas le cumul d'indemnités²⁵.

B. Expropriation matérielle et restrictions ne donnant pas lieu à indemnisation

La délimitation entre les mesures constitutives d'expropriation matérielle et celles que le propriétaire doit tolérer sans droit à une indemnité était devenue une question d'une importance capitale dans le contexte de la législation en matière de l'aménagement du territoire. Ce ne fut ainsi pas une coïncidence si le constituant conféra à la garantie de la propriété le statut d'un droit fondamental écrit²⁶ et adopta, le même jour, la disposition constitutionnelle sur l'aménagement du territoire²⁷, dont la mise en œuvre impliquait nécessairement des restrictions à la propriété²⁸.

Dans son célèbre arrêt *Meier c. Commune de Zizers*²⁹, le Tribunal fédéral a mis en balance les intérêts divergents en jeu en partant du postulat que

²³ ATF 132 II 475, p. 480 *Etat de Genève*; pour un bref résumé, cf. JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, in DC 2007 p. 921.

²⁴ ATF 132 II 475, p. 483 *Etat de Genève*.

²⁵ ATF 132 II 475, p. 481 *Etat de Genève*.

²⁶ Art. 22ter de la Constitution de 1848/74. Auparavant, à partir de 1960, la garantie de la propriété était protégée comme droit fondamental non écrit (ATF *Keller* du 11 mai 1960, publié au ZBL 1961, p. 69 ss, p. 72).

²⁷ Art. 22quater de la Constitution de 1848/74.

²⁸ AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 377, n° 794.

²⁹ ATF 105 Ia 330 = JT 1981 I 493; pour une analyse de cet arrêt, voir ANDRÉ GRISEL, Expropriation matérielle, in Cagianut, Geiger, Hangartner, Höhn (éd.), *Mélanges Otto K. Kaufmann*, Berne 1989, p. 97 ss.

les dispositions constitutionnelles portant sur la protection de l'environnement au sens large, y compris l'aménagement du territoire, sont en principe sur le même rang que la garantie de la propriété. Soucieux d'éviter que les collectivités publiques ne se laissent guider par des considérations d'ordre financier³⁰ – ce qui rendrait irréalisables les objectifs liés à l'aménagement du territoire – les juges de Mon Repos ont établi par la suite une distinction entre les mesures étatiques qui apportent une restriction au droit de la propriété et celles qui ne font que déterminer son contenu³¹. Cette distinction a permis au Tribunal fédéral de considérer que des règles limitant la faculté de bâtir se bornent à définir le contenu de la propriété foncière. Elles ne constituent qu'exceptionnellement une restriction à la garantie de la propriété et, partant, une expropriation matérielle donnant lieu à une indemnité.

En d'autres termes, le droit de construire ne constitue selon cette conception plus une faculté essentielle de la propriété immobilière mais une prérogative conférée au propriétaire par l'ordre juridique qui en trace les conditions et les limites³². La ligne de démarcation entre les mesures constitutives d'expropriation matérielle, d'une part, et celles ne donnant pas lieu à indemnisation, d'autre part, se situe par conséquent clairement du côté des premières mesures, laissant les restrictions à tolérer sans indemnité occuper le terrain. Ces considérations forment la toile de fond devant laquelle il convient d'analyser la notion d'expropriation matérielle plus en détail.

IV. La notion d'expropriation matérielle

A. La définition jurisprudentielle

La définition actuelle de l'expropriation matérielle a été établie dans l'arrêt *Barret* en 1965³³. Elle s'impose aux cantons. En effet, une pratique cantonale qui, en définissant plus largement la notion d'expropriation matérielle, accueille plus facilement les demandes d'indemnisation, est contraire à l'art. 5

³⁰ Pour une mention plus récente de ce problème, cf. ATF 122 II 326, p. 332 *Billeter* = JT 1997 I 437.

³¹ La distinction entre des restrictions de la propriété et la concrétisation de son contenu a été proposée par GEORG MÜLLER, *Privateigentum heute: Vom Sinn des Eigentums und seiner verfassungsrechtlichen Gewährleistung*, in RDS 1981 II p. 1 ss. Pour une analyse récente, cf. ALAIN GRIFFEL, *Bauen im Spannungsfeld zwischen Eigentumsgarantie und Bauvorschriften*, in ZBL 2002, p. 169 ss, p. 170-175.

³² RIVA, *Hauptfragen* (note 3), p. 200 s.; RUDOLF J. ACKERET, *Nichteinzonung und materielle Enteignung*, in Bolla, Rouiller (éd.), *Juridiction constitutionnelle et juridiction administrative*, Zurich 1991, p. 101 ss, p. 105, 109.

³³ ATF 91 I 329.

al. 2 LAT³⁴. Selon la formule dite *Barret*, synthétisée par la jurisprudence ultérieure, il y a expropriation matérielle

« (...) lorsque l'usage actuel d'une chose ou son usage futur prévisible est interdit ou restreint de manière particulièrement grave, de sorte que l'intéressé se trouve privé d'un attribut essentiel de son droit de propriété. Une atteinte de moindre importance peut aussi constituer une expropriation matérielle si elle frappe un ou plusieurs propriétaires d'une manière telle que, s'ils n'étaient pas indemnisés, ils devraient supporter un sacrifice par trop considérable en faveur de la collectivité, incompatible avec le principe de l'égalité de traitement. Dans l'un et l'autre cas, la protection ne s'étend à l'usage futur prévisible que dans la mesure où il apparaît, au moment déterminant, comme très probable dans un proche avenir. Par usage futur prévisible d'un bien-fonds, on entend généralement la possibilité de l'affecter à la construction. »³⁵

Selon cette jurisprudence, l'expropriation matérielle est soumise à deux conditions cumulatives qui ont les deux recours à des notions indéterminées : la première condition exige alternativement que le propriétaire subisse une atteinte particulièrement grave au droit de propriété, ou qu'une restriction de moindre gravité entraîne une violation flagrante de l'égalité de traitement, en imposant au propriétaire un sacrifice particulier (*Sonderopfer*). La seconde condition exige de plus que la mesure étatique empêche le propriétaire à l'avenir de faire de son bien un usage qui paraissait très probable au moment de l'entrée en force de la mesure qui restreint l'usage de la propriété (usage futur prévisible)³⁶.

B. Les conditions

1. *L'atteinte particulièrement grave ou le sacrifice particulier*

A première vue, la première condition semble établir deux hypothèses qui sont clairement distinctes. Ce schématisme n'est toutefois qu'apparent. Le Tribunal fédéral a lui-même relevé dans l'arrêt *Barret* qu'il existerait dans la pratique « quantité d'éventualités qui sont plus ou moins à mi-chemin »

³⁴ ATF 109 Ib 114, p. 115 *Staat Zürich* = JT 1985 I 511.

³⁵ Voir par exemple ATF 131 II 151, p. 155 *Boudry*.

³⁶ La jurisprudence n'envisage pas seulement le cas de figure de l'usage futur prévisible mais aussi celui où l'usage actuel d'un bien est concerné. La deuxième hypothèse ne pose pourtant pas de problème car les propriétaires peuvent invoquer la protection de la situation acquise (*Besitzstandsgarantie*), qui découle de la garantie de la propriété et du principe de la non-rétroactivité des lois (cf. ZEN-RUFFINEN, GUY-ECABERT [note 3], p. 591, n° 1422).

entre les hypothèses d'une atteinte particulièrement grave et l'inégalité de traitement choquante³⁷. Il en découle que « plus le propriétaire fait un sacrifice élevé, moins il importe de savoir comment il est traité par rapport à des tiers »³⁸. A l'inverse, moins l'atteinte est grave, plus l'inégalité est pertinente, mais moins son caractère choquant est évident. Ceci implique qu'une inégalité d'une gravité suffisante pour être qualifiée de sacrifice particulier est difficile à établir dans le cas concret. L'interdépendance et l'appréciation globale des deux critères ont eu pour effet de priver le sacrifice particulier d'une portée indépendante³⁹. Des demandes d'indemnisation fondées exclusivement sur cette hypothèse sont ainsi régulièrement rejetées⁴⁰. A notre connaissance, il existe un seul arrêt portant sur la propriété immobilière dans lequel le Tribunal fédéral a analysé les faits essentiellement à la lumière du sacrifice particulier⁴¹.

L'arrêt concernait une suppression de la faculté de construire sur les trois quarts d'une seule parcelle située en pente afin de garantir la vue sur un site naturel. Selon le Tribunal, le propriétaire ne subissait en l'espèce pas une atteinte particulièrement grave, étant donné que la possibilité de bâtir n'était pas exclue et que la restriction concernait uniquement l'emplacement de la construction sur le bien-fonds. Il avait toutefois lieu d'admettre que le propriétaire – qui était la seule personne concernée – devait supporter un sacrifice particulier. Le Tribunal fédéral a néanmoins renvoyé l'affaire à l'autorité cantonale pour déterminer s'il était possible de bâtir sans frais excessifs dans le périmètre de construction (situé par ailleurs dans la partie la moins attractive de la parcelle). En d'autres termes, même dans cette affaire, le sacrifice particulier n'a pas véritablement eu de signification indépendante, étant donné qu'une possibilité de construire qui engendre des frais excessifs reste largement théorique et constitue dans les faits une atteinte importante au droit de propriété⁴².

En réalité, la gravité de l'atteinte est donc un critère plus important que le sacrifice particulier. Sous son apparente simplicité se cache toutefois une

³⁷ ATF 91 I 329, p. 339, *Barret*; voir à ce sujet ENRICO RIVA, Hauptfragen (note 3), p. 299 ss.

³⁸ ATF 91 I 329, p. 339 *Barret*.

³⁹ Voir à ce sujet NICOLA FEUERSTEIN, Das Sonderopfer bei Eigentumsbeschränkungen, St Gall 1993, p. 167; RIVA, Commentaire LAT (note 3) n° 129.

⁴⁰ AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 404, n° 852.

⁴¹ ATF 107 Ib 383 *Kocher*; pour un arrêt concernant la propriété mobilière (une collection de découvertes archéologiques en l'espèce), voir ATF 113 Ia 368, p. 382 s. *Balli* = JT 1989 I 411 = SJ 1988, 353.

⁴² Pour un arrêt récent montrant que les conditions pour admettre l'existence d'un sacrifice particulier sont tellement strictes que ce cas de figure reste largement théorique, cf. ATF 1A.72/2003 du 4 novembre 2003, cons. 4.5.2. ss; pour une analyse et une critique, cf. KAPPELER (note 3), p. 166 ss.

réalité complexe: la jurisprudence a en effet admis deux hypothèses dans lesquelles une atteinte particulièrement grave ne donne aucun droit à une indemnisation. La première concerne les restrictions dites de police⁴³. Bien que le Tribunal fédéral ait limité la notion des restrictions de police à des mesures visant à écarter des dangers concrets, sérieux et imminents⁴⁴, il n'exclut une indemnité pas uniquement dans les cas où le danger est imputable au comportement du propriétaire ou à l'état de sa propriété⁴⁵. Des mesures prises dans le but de protéger la santé du propriétaire y sont aussi comprises, ceci en principe même lorsque le risque ne provient pas d'un fait naturel⁴⁶ mais de la collectivité publique. Statuant sur des prétentions pour des restrictions découlant des anciennes zones de bruit autour des aéroports, le Tribunal fédéral a refusé une indemnité pour expropriation matérielle en relevant que le plan de zone se bornait à constater que les terrains, qui étaient ouverts au trafic aérien depuis longtemps avant l'adoption du plan litigieux, étaient totalement impropres à la construction. Dans ces conditions, les zones avaient pour but de protéger la santé du propriétaire ou des futurs habitants de la parcelle contre des nuisances préexistantes, ce qui excluait une indemnité pour expropriation matérielle⁴⁷. L'exception des restrictions de police limite donc la portée pratique de la coexistence entre l'expropriation formelle des droits de voisinage et l'expropriation matérielle en cas d'inconstructibilité⁴⁸ résultant des nuisances sonores⁴⁹.

⁴³ L'exclusion de toute indemnisation en cas de restrictions de police est critiquée par la doctrine (voir p. ex. BEATRICE WEBER-DÜRLER, *Der Grundsatz des entschädigungslosen Polizeieingriffs*, in ZBL 1984, p. 289 ss, p. 296 ss; RIVA, *Hauptfragen* [note 3], p. 320 ss). Le Tribunal fédéral a assoupli le principe en posant quelques exceptions (cf. ZEN-RUFFINEN, GUY-ÉCABERT [note 3], p. 626, n° 1488; les mêmes auteurs donnent un aperçu des différentes critiques et opinions doctrinales à la page 634, n° 1517).

⁴⁴ ATF 105 la 330, p. 335 *Meier c. commune de Zizers* = JT 1981 I 493.

⁴⁵ Tel serait par exemple le cas lorsque l'Etat procède à la démolition d'un immeuble dangereux.

⁴⁶ Voir à ce sujet l'ATF 106 Ib 336, p. 339 = JT 1982 I 596 *Aarberg*, concernant l'interdiction de construire sur un terrain exposé aux avalanches.

⁴⁷ ATF 122 II 17, p. 20, *Jeanneret III*; Le Tribunal fédéral avait jugé de façon analogue des restrictions concernant la construction au bord d'une autoroute, cf. ATF 116 Ib 11, p. 14 *Staat Zurich* = JT 1992 I 639; dans ce sens aussi ATF 120 Ib 76, p. 86 = JT 1996 I 471 *Altendorf*.

⁴⁸ Des restrictions de moindre gravité, comme le classement du terrain dans une zone artisanale ou une zone dans laquelle seuls des bâtiments insonorisés peuvent être construits, ne constituent pas une atteinte suffisamment grave pour être qualifiées d'expropriation matérielle, étant donné qu'un bon usage économique reste possible (cf. ATF 121 II 317, p. 349 *Jeanneret II* et 123 II 481 p. 489 *Canton de Zurich*). Pour les restrictions de moindre gravité qu'une interdiction de construire et le critère du bon usage économique, voir ci-dessous, section V.B.

⁴⁹ Relevons que l'ATF 132 II 475 *Etat de Genève*, résumé ci-dessus (section III.A.2), qui admet la coexistence entre expropriation formelle des droits de voisinage et expropriation matérielle dans son principe, n'a pas abordé la question de savoir si une indemnisation du propriétaire est exclue parce que le refus d'un permis de construire fondé sur l'art. 22 LPE ou une restriction à la

La seconde exception résulte de la distinction établie par le Tribunal fédéral entre les cas de non-classement et de déclassement, qui a pour conséquence que même la suppression totale de la faculté de bâtir (sans doute une atteinte particulièrement grave au sens courant du terme) ne justifie que rarement une indemnisation. Vu l'importance de la distinction entre non-classement et déclassement, il convient d'y revenir⁵⁰. Il n'est toutefois pas prématuré d'indiquer que l'importance accordée au critère de la gravité de l'atteinte est plus apparente que réelle, étant donné que l'indemnisation dépend en réalité d'autres facteurs⁵¹.

2. *L'usage futur prévisible*

La deuxième condition posée dans l'arrêt *Barret* reflète la nature de l'expropriation matérielle. Comme celle-ci n'affecte, à la différence de l'expropriation formelle, pas la titularité du droit de propriété mais restreint l'usage du bien concerné, le Tribunal fédéral limite l'indemnisation aux cas où l'utilisation en question apparaît très probable dans un proche avenir. Dans la majorité des cas, cet usage consiste en la possibilité de bâtir. Selon la jurisprudence, il convient d'apprécier la constructibilité d'un terrain à la lumière de

faculté de construire découlant des mesures de planification prévue à l'art. 24 LPE constituent une restriction de police ou se bornent à constater le caractère impropre du terrain à la construction. La doctrine est partagée à cet égard. Selon SIGRIST (note 15) p. 163, une indemnisation pour expropriation matérielle est envisageable dans le cas où la parcelle devient inconstructible en raison de *nouvelles* immissions sonores, résultant, par exemple, de l'ouverture d'une nouvelle route aérienne. D'après RIVA, un terrain exposé à des immissions excessives est impropre à la construction, ce qui exclut en principe un droit à une indemnisation. Des exceptions à ce principe devraient être admises dans des cas où le refus d'une indemnisation est particulièrement choquant en raison des circonstances spécifiques du cas d'espèce, par exemple en cas d'erreur de planification de la part des autorités (ENRICO RIVA, *Bau- und Nutzungsbeschränkungen aufgrund von umweltrechtlichen Vorschriften – wann ist Entschädigung geschuldet?*, in DEP 1998, p. 563 ss, p. 479 s.; dans ce sens aussi ROBERT WOLF, ad art. 22 LPE, n° 47 et ad art. 24 LPE, n° 42 et 45, in *Vereinigung für Umweltrecht*, Helen Keller (éd.), *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, 2^e éd., Zurich 2004); d'après FAVRE, la nature policière devrait être admise pour les restrictions découlant de l'art. 22 LPE mais non pour celles qui s'imposent en vertu de l'art. 24 LPE, le but principal de cette dernière disposition consistant à assurer une planification judicieuse et non la protection contre un danger (ANNE-CHRISTINE FAVRE, *La protection contre le bruit dans la loi sur la protection de l'environnement*, Zurich 2002, p. 257 ss, 273 s.). Selon MÜLLER, SCHEFER (note 3), p. 1037, il n'est pas compatible avec la garantie de valeur découlant du droit de propriété d'exclure d'une façon générale l'indemnisation des propriétaires dans les cas où les immissions proviennent d'un ouvrage public. Il est toutefois indifférent à la lumière de la garantie de la propriété si l'indemnisation est allouée sur la base de l'expropriation formelle des droits de voisinage ou sur la base de l'expropriation matérielle.

⁵⁰ Ci-dessous, section V.A.1.

⁵¹ AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 401, n° 846.

«l'ensemble des facteurs juridiques et matériels»⁵² dont aucun à lui seul n'est déterminant. Ces facteurs, très nombreux et variés⁵³, incluent d'un point de vue matériel par exemple l'équipement de la parcelle, comme l'accès routier, le raccordement à un réseau de gaz et d'électricité, ainsi que les données sociales et économiques de la région. D'un point de vue juridique, il est important que la réalisation de la construction ne dépende plus que de l'initiative du propriétaire, sans nécessiter par exemple l'extension préalable d'une zone ou l'adoption d'un plan de quartier. De plus, il convient de tenir compte de toutes les dispositions légales en matière d'aménagement du territoire en vigueur au moment déterminant. Ce dernier facteur revêt une importance particulière⁵⁴. En effet, il fonde la distinction établie par le Tribunal fédéral entre le non-classement et le déclassement d'une parcelle, qui est décisive pour savoir si un propriétaire dont le bien-fonds devient inconstructible sera indemnisé.

V. Casuistique

Comme la section précédente l'a montré, la définition jurisprudentielle de l'expropriation matérielle contient beaucoup de notions juridiques indéterminées dont certaines doivent être appréciées à l'aune d'un ensemble de facteurs. En tranchant des situations de fait récurrentes, la jurisprudence permet cependant de mieux cerner les restrictions à l'usage de la propriété donnant lieu à indemnisation. Dans le but de relever les développements jurisprudentiels récents, nous aborderons successivement deux grandes catégories de mesures où la question de l'expropriation matérielle s'est principalement posée, celles qui entraînent la suppression totale de la faculté de construire et celles qui se limitent à restreindre l'usage du bien immobilier. Au sein de la première catégorie, l'accent sera mis sur la distinction entre le non-classement et le déclassement, au sein de la deuxième, sur les restrictions résultant de la législation sur la protection des monuments et des sites.

⁵² Cf. ATF 122 II 326, p. 333 *Billeter* = JT 1997 I 433. AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 401, n° 846.

⁵³ Pour un aperçu détaillé, cf. ZEN-RUFFINEN, GUY-ECABERT (note 3), p. 590 ss.

⁵⁴ AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 402, n° 848.

A. La suppression de la faculté de construire

1. La distinction entre non-classement et déclassement

a. Jurisprudence constante

La distinction entre non-classement (refus de classer, Nichteinzonung)⁵⁵ et déclassement (Auszonung)⁵⁶ est la concrétisation de la jurisprudence *Meier c. commune de Zizers*⁵⁷, conférant à la différenciation entre des mesures restreignant le droit de propriété et celles se limitant à définir son contenu toute sa pertinence pratique. En effet, le Tribunal fédéral a considéré que les prescriptions de la LAT ne font que concrétiser le contenu de la propriété. Il en a déduit que toute interdiction de construire frappant une parcelle située dans une zone non conforme aux exigences de la LAT doit être qualifiée comme un simple refus de classer, qui ne constitue en principe pas un cas d'expropriation matérielle. Par contre, l'inconstructibilité d'un terrain découlant d'une modification d'une planification conforme à la LAT constitue un cas de déclassement, qui prive le propriétaire d'une faculté essentielle découlant de son droit de propriété et fonde en principe un droit à l'indemnisation pour expropriation matérielle⁵⁸.

On est toujours en présence d'un non-classement lorsqu'un terrain devient inconstructible en raison de la première adaptation du plan d'affectation cantonal à la législation fédérale en matière d'aménagement du territoire; pour les changements ultérieurs du plan, il y a une présomption en faveur du déclassement qui peut toutefois être renversée, le critère déterminant étant la conformité tant matérielle que procédurale⁵⁹ du plan cantonal aux exigences de la LAT⁶⁰.

⁵⁵ Sur cette notion, voir ACKERET (note 32).

⁵⁶ Pour la distinction entre non-classement et déclassement, voir p. ex. ZEN-RUFFINEN, GUY-ECABERT (note 3), p. 596 ss; HÄNNI (note 3) p. 600 ss; RIVA, Commentaire LAT (note 3) n° 145 ss, 161 ss.

⁵⁷ ATF 105 Ia 330 = JT 1981 I 493, voir ci-dessus, section III.B.

⁵⁸ Pour la distinction entre le non-classement comme une simple détermination de l'étendue de la propriété et le déclassement comme privation d'une faculté essentielle découlant du droit de propriété, voir par exemple ATF 112 Ib 105 p. 113 *Commugny*.

⁵⁹ Le critère de la conformité procédurale, qui exige que le plan cantonal soit adopté selon la procédure prescrite par la LAT, a pour conséquence que seuls des plans adoptés postérieurement à la LAT remplissent cette exigence; voir par exemple ATF 120 Ib 76, 86 = JT 1996 I 471 *Altendorf*.

⁶⁰ ZEN-RUFFINEN, GUY-ECABERT (note 3), p. 597 s., n° 1436.

b. Précisions jurisprudentielles récentes

Dans le canton de Genève, l'adoption de la LPRArve⁶¹ en 1995 a donné lieu à un débat sur la distinction entre non-classement et déclassement⁶². En effet, selon les autorités genevoises, l'adoption de la loi constituait la première mise en œuvre des principes de la LAT parce que la législation cantonale antérieure n'était pas conforme au droit fédéral. Une interdiction de construire résultant de la LPRArve était donc à leur avis constitutive d'un non-classement. Par contre, les propriétaires dont les parcelles avaient passé de la zone à bâtir à la zone protégée ont fait valoir qu'ils étaient frappés par une mesure de déclassement. Le Tribunal fédéral s'est rallié à la deuxième opinion. Il a relevé que les parcelles concernées avaient été classées dans la zone à bâtir déjà en vertu d'un plan de zones de construction annexé à la LCI de 1961⁶³. Ce plan avait été repris tel quel en 1987 par la LaLAT⁶⁴, qui avait pour but de mettre en œuvre les principes de la LAT dans le canton de Genève. Le fait que le plan de zone n'ait pas été modifié à cette occasion n'y changeait rien⁶⁵. Les juges fédéraux ont encore précisé que la qualification de la LPRArve comme une mesure de déclassement n'était pas contradictoire par rapport à l'appréciation juridique des interdictions de construire résultant de la législation protectrice des rives du Rhône que le Tribunal fédéral avait qualifiée de non-classement⁶⁶. La différence résidait dans le fait que la loi générale sur la protection des rives du Rhône a été adoptée en 1989⁶⁷, donc presque en même temps que la LaLAT et dans le but de mettre en œuvre la législation fédérale en matière d'aménagement du territoire. En d'autres termes, le facteur temps joue en faveur des propriétaires. Etant donné que le délai fixé aux cantons pour se doter d'un plan d'affectation conforme à la LAT s'est écoulé le 1^{er} janvier 1988⁶⁸, le Tribunal fédéral admettra de plus en plus restrictivement l'argument tiré de la non

⁶¹ Loi sur la protection générale et l'aménagement des rives de l'Arve du 4 mai 1995, RS/GE L 4 16.

⁶² SJ 2005 I 6, *Etat de Genève*; pour un résumé et un bref commentaire, cf. JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *in* DC 2005 p. 143.

⁶³ Loi sur les constructions et les installations diverses du 25 mars 1961, abrogée et remplacée par la loi sur les constructions et les installations diverses du 14 avril 1988, RS/GE L 5 05.

⁶⁴ Loi cantonale d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 4 juin 1987, RS/GE L 130.

⁶⁵ Voir à cet égard aussi ATF 129 II 225, p. 229 s. *République et canton de Genève*, dans lequel le Tribunal fédéral a également considéré que la confirmation, par l'adoption de la LaLAT, d'un plan antérieur ne peut pas être comprise comme une volonté de ne pas mettre en œuvre les principes de l'aménagement du territoire. Les juges fédéraux y relèvent la situation spécifique du canton de Genève, étant donné que les autorités avaient déjà pris des mesures en vue de limiter les zones à bâtir bien avant l'adoption de la législation fédérale. Par conséquent, lors de l'entrée en vigueur de la LAT, les anciennes zones à bâtir n'étaient en général pas surdimensionnées.

⁶⁶ ATF 1A.267/1997 du 29 janvier 1998.

⁶⁷ RS/GE L 4 13.

⁶⁸ Art. 35 al. 1 let. b LAT.

conformité des plans cantonaux aux principes en matière de l'aménagement du territoire, privilégiant ainsi la sécurité juridique et la stabilité des plans.

A l'instar de l'arrêt portant sur le canton de Genève, le Tribunal fédéral a refusé d'interpréter la notion de déclassement d'une manière restrictive dans un arrêt concernant la commune zurichoise de Wetzikon. L'arrêt apporte une précision concernant la réduction des zones à bâtir surdimensionnées. A cet égard, il convient de distinguer deux hypothèses selon le moment où la zone s'est avérée surdimensionnée. La première hypothèse concerne le cas où le premier plan cantonal établi en vue de la mise en œuvre des prescriptions de la LAT prévoit une zone à bâtir surdimensionnée. La deuxième hypothèse porte sur le cas où le premier plan cantonal prévoit une zone à bâtir qui n'est pas surdimensionnée mais le devient par la suite, en raison de l'évolution démographique ou du progrès technique permettant une utilisation plus rationnelle du sol.

Le premier cas constitue selon la jurisprudence bien établie un cas classique de non-classement, étant donné que la législation cantonale de mise en œuvre de la LAT est clairement non conforme à la définition de la zone à bâtir de l'art. 15 LAT⁶⁹. Concernant le deuxième cas, non tranché auparavant, le Tribunal fédéral apporte une réponse dans ledit arrêt Wetzikon. L'arrêt commence par relever les intérêts divergents entre les objectifs d'une utilisation rationnelle du sol, d'une part, et le respect de la garantie de la propriété privée, d'autre part, et finit par trancher en faveur des propriétaires fonciers⁷⁰. Le Tribunal fédéral a admis que la distinction entre des zones à bâtir d'emblée surdimensionnées et celles ne le devenant que par la suite n'est pas aisée et que les collectivités publiques sont dans les deux cas obligées, en vertu de l'art. 15 LAT, de procéder à une réduction des zones surdimensionnées. Malgré ces similitudes, les juges fédéraux ont refusé d'assimiler les deux hypothèses, en mettant l'accent sur la stabilité des plans. Qualifier une réduction d'une zone à bâtir devenue surdimensionnée suite à l'établissement du premier plan cantonal respectant les prescriptions de la LAT comme un non-classement, qui ne justifie une indemnisation que dans des circonstances exceptionnelles, entraînerait, selon le Tribunal fédéral, une restriction excessive de la garantie de la propriété.

⁶⁹ L'art. 15 let. b LAT proscrit des zones à bâtir surdimensionnées en définissant comme zone à bâtir les zones « probablement nécessaires à la construction dans les quinze ans à venir ». Sur la définition de la zone à bâtir, cf. ALEXANDRE FLÜCKIGER, ad art. 15, in Aemisegger, Kuttler, Moor, Ruch (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Zurich 1990 ; sur la réduction des zones à bâtir surdimensionnées, avec des références jurisprudentielles, cf. ZENRUFFINEN, GUY-ECABERT (note 3), p. 599 ss.

⁷⁰ Le Tribunal fédéral suit pour une grande partie l'argumentation du Tribunal administratif zurichois. Pour un résumé et un commentaire de l'arrêt zurichois, cf. PETER HÄNNI, Materielle Enteignung durch Änderung eines RPG-konformen Nutzungsplans VGr. ZH 23.10.2003, in DC 2004, p. 54 ss.

Relevons toutefois que ni l'arrêt portant sur le canton de Genève, ni l'arrêt concernant la commune zurichoise n'ont débouché sur une indemnisation des propriétaires concernés. Dans le premier cas, les autorités genevoises ont décidé suite à l'arrêt du Tribunal fédéral de procéder à une modification des plans pour éviter de devoir verser des indemnités de 12 millions de francs⁷¹. Dans le deuxième cas, le Tribunal administratif zurichois a de nouveau refusé le versement d'une indemnité pour le motif que le terrain ne disposait pas d'un accès routier suffisant et que les propriétaires n'auraient pas eu la possibilité de se le procurer de par leur propre initiative, étant donné qu'aucune servitude sur le fonds voisin n'avait été constituée en faveur de la parcelle concernée. En d'autres termes, la deuxième condition de la formule *Barret* (celle de l'usage futur prévisible) faisait défaut car le terrain n'était pas constructible. Le Tribunal fédéral a confirmé l'argumentation des juges administratifs zurichois par arrêt du 4 juin 2007⁷².

2. *Intérêt de la distinction*

Le dernier arrêt montre que la distinction entre non-classement et déclassement n'est pas toujours pertinente pour l'issue d'un litige⁷³. En d'autres termes, l'affirmation selon laquelle le déclassement justifie en principe une indemnisation pour expropriation matérielle, alors que tel n'est généralement pas le cas pour le refus de classer est simplificatrice et réductrice⁷⁴. Il convient de la nuancer pour mieux cerner la portée de cette règle et ses exceptions.

A la lumière du critère permettant de distinguer entre le non-classement et le déclassement, qui repose sur la première mise en œuvre des prescriptions fédérales en matière de l'aménagement du territoire, il n'est pas étonnant que la jurisprudence rendue dans le sillage de l'adoption de la LAT ait

⁷¹ Cette manière de procéder a reçu l'aval du Tribunal administratif genevois, qui n'a pas accueilli le grief de la violation de la protection de la bonne foi. En effet, la recourante avait mis en exergue le comportement contradictoire des autorités genevoises, qui avaient allégué, tout au long de la procédure, que la législation cantonale n'était pas conforme à la LAT de sorte que le classement des parcelles concernées était constitutif de non-classement, mais changèrent d'opinion face à l'appréciation contraire du TF (ATA/580/2007).

⁷² ATF 1A.193/2006.

⁷³ Dans son arrêt du 4 juin 2007, le Tribunal fédéral laisse ouverte la question de savoir si une situation est envisageable dans laquelle une mesure étatique, qualifiée de déclassement, ne remplit pas les conditions de l'expropriation matérielle, alors qu'un versement d'une indemnité serait justifié si elle était qualifiée de non-classement et examinée sous cet angle. Il a estimé que les conditions exceptionnelles donnant droit à une indemnisation en cas d'un non-classement n'étaient manifestement pas remplies en l'espèce (cons. 5.1.ss).

⁷⁴ La nature peu précise de la règle selon laquelle le non-classement ne constitue en général pas un cas d'expropriation matérielle alors que le déclassement remplit en principe cette condition est mise en exergue par KAPPELER (note 3), p. 30 ss; dans le même ordre d'idée, ACKERET considère, dans une étude consacrée au non-classement, que ce critère de distinction n'a que peu de pertinence («wenig aussagekräftig») et manque de précision (ACKERET [note 32] p. 112).

principalement porté sur des refus de classer. Dans le but de favoriser la mise en œuvre de principes de l'aménagement du territoire, le Tribunal fédéral a limité l'indemnisation en cas de non-classement à des circonstances spécifiques. Bien qu'elles doivent être appréciées, en conformité avec la formule *Barret*, de façon globale, à la lumière de toutes les conditions juridiques et factuelles du cas concret, ces circonstances spécifiques peuvent être groupées en trois exceptions au principe selon lequel le non-classement ne constitue pas un cas d'expropriation matérielle⁷⁵.

La première exception se rattache à la deuxième condition posée par la jurisprudence *Barret*, selon laquelle une restriction particulièrement grave ou créant une inégalité choquante doit porter sur l'usage futur prévisible du terrain. Comme les conditions juridiques de la constructibilité d'un terrain font en principe défaut en cas de non-classement, le Tribunal fédéral subordonne le droit à une indemnité à des circonstances de fait exceptionnelles, qui visent des cas où le propriétaire avait quasiment commencé la réalisation du projet de construction. Il faut en principe la réalisation des conditions cumulatives⁷⁶ suivantes : (i) le terrain dispose de l'équipement de base, (ii) est inclus dans un plan directeur des égouts conforme à la législation sur la protection des eaux, et (iii) le propriétaire a de bonne foi déjà engagé des investissements importants en vue de l'équipement et de la réalisation du projet.

La deuxième exception admet que le refus de classer remplit les conditions de l'expropriation matérielle dans le cas où le terrain se situe dans une zone déjà largement bâtie au sens de l'art. 15 let. a LAT, notion interprétée restrictivement et comprenant essentiellement le secteur de l'agglomération en elle-même, y compris les brèches dans le tissu bâti (*Baulücke*)⁷⁷.

⁷⁵ Cf. ZEN-RUFFINEN, GUY-ECABERT (note 3), p. 602 ss, et HÄNNI (note 3), p. 603, avec des références jurisprudentielles détaillées. Le Tribunal fédéral insiste sur le fait que les trois exceptions ne sont pas exhaustives et ne constituent pas des états de fait précis, le juge devant procéder à un examen global et à une pondération des différents facteurs (voir par exemple ATF 132 II 218, p. 221 s. = JT 2007 I 727, p. 729 s. A. und Erben B.).

⁷⁶ Fidèle à sa méthodologie consistant dans un examen global de tous les facteurs au cas par cas, le Tribunal fédéral relève que les conditions doivent *en règle générale* être remplies de manière cumulative (voir par exemple, cf. ATF 132 II 218, p. 220 = JT 2007 I 727, p. 729 A. und Erben B.).

⁷⁷ Pour une précision jurisprudentielle récente de cette exception, cf. ATF 132 II 218 = JT 2007 I 727 A. und Erben B. Pour une analyse de cet arrêt, cf. KAPPELER (note 3), p. 53 ss et ALAIN GRIFFEL, *Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Entwicklungen 2006*, Berne 2007, p. 78 ss. Le Tribunal fédéral oppose à la notion de « brèche dans le tissu bâti » les « surfaces non bâties plus étendues à l'intérieur du milieu bâti », qui, à la différence des brèches dans le tissu bâti, remplissent une fonction propre (consistant, par exemple, dans l'allègement de la structure de l'agglomération, l'amélioration de la qualité de l'habitat par des surfaces vertes ou la création des zones de loisir) et ne font pas partie du territoire largement bâti au sens de l'art. 15 let. a LAT. Pour délimiter les deux notions, il convient de tenir compte des critères tant quantitatifs (surface du terrain non bâti) que qualitatifs (prise en compte du caractère des alentours pour déterminer si le terrain remplit une fonction propre). L'arrêt susmentionné met en exergue l'importance des critères qualitatifs ; ceci amène le Tribunal fédéral à relativiser la portée de sa jurisprudence antérieure selon laquelle des terrains non bâtis d'une surface inférieure à un hectare qui sont entourés de parcelles non bâties constituent en principe des brèches dans le tissu bâti.

La troisième exception vise le cas où l'indemnisation s'impose en vertu de la protection de la bonne foi, par exemple parce que le propriétaire s'est fié, dans le cas concret, à des assurances erronées faites par les autorités.

En résumé, les trois exceptions ont pour but de protéger les propriétaires dans des cas de rigueur : elles visent des situations où une indemnisation s'impose en raison de la protection de la confiance⁷⁸, soit parce que toutes les circonstances permettaient de conclure que la parcelle resterait dans une zone constructible, soit parce que le changement de zone avait surpris de manière soudaine un propriétaire qui avait déjà de bonne foi entrepris des travaux préparatoires en vue de la construction⁷⁹.

Comme l'indemnisation est exceptionnelle pour le refus de classer, l'on serait tenté de conclure qu'elle est la règle pour les cas de déclassement. Cette affirmation serait toutefois simpliste, puisque la jurisprudence ne permet pas d'établir un catalogue d'exceptions précises justifiant le refus d'une indemnité. Ceci tient au fait que le Tribunal fédéral exige, en application de la formule *Barret*, tant dans l'hypothèse d'un non-classement que dans celle d'un déclassement que le bien-fonds « aurait été effectivement voué à la construction, selon le cours ordinaire des choses, dans un proche avenir »⁸⁰, ce qui dépend d'un examen global des facteurs juridiques et factuels.

Dans un arrêt du 20 décembre 2004, le Tribunal fédéral a pourtant approuvé les opinions doctrinales selon lesquelles la condition de l'usage futur prévisible ne devrait pas être appréciée d'une façon trop rigoureuse dans des cas de déclassement⁸¹. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a admis le recours du propriétaire en relevant qu'il serait contraire au principe de la confiance de nier la constructibilité du terrain pour le motif que la parcelle n'était pas dotée d'un accès routier. Les juges fédéraux ont relevé, en effet, que les autorités communales étaient obligées, en vertu de l'art. 19 LAT, d'équiper le terrain, et étaient pour le surplus parfaitement conscientes de cette obligation. Dans ces circonstances, il serait contraire au principe de la bonne foi que

⁷⁸ HÄNNI (note 3), p. 622 ; dans ce sens aussi RIVA (note 3), Commentaire LAT, n° 155 ; le Tribunal fédéral semble aussi considérer que les trois exceptions sont liées à la protection de la confiance ; en se référant à la troisième exception, il convient, selon la formulation des juges fédéraux, « de vérifier s'il existe d'autres aspects particuliers de la protection de la bonne foi (...) » (ATF 132 II 218, p. 220 = JT 2007 I 727, p. 729 A. und Erben B, italiques ajoutées par l'auteur).

⁷⁹ RIVA, Hauptfragen (note 3), p. 181.

⁸⁰ ATF 112 Ib 105, p. 108 *Commugny*.

⁸¹ ATF 131 II 72, 79 = RDAF 2006 I p. 636 *Weinfeld* (citant RIVA, Commentaire LAT [note 3], n° 163, note de bas de page 210, qui relève que l'absence ou l'insuffisance d'équipement ne pouvaient à eux seuls pas exclure une indemnité, compte tenu de l'obligation de la collectivité publique d'équiper le terrain, découlant de l'art. 19 LAT).

les autorités puissent invoquer leur inactivité et des erreurs de planification⁸² pour justifier leur refus d'indemniser le propriétaire⁸³.

L'évaluation moins stricte de la constructibilité du terrain dans des cas de déclassement ressort aussi de la jurisprudence antérieure. Contrairement aux cas de non-classement, dans lesquels la volonté du propriétaire de construire est décisive, puisqu'un poids déterminant est attribué aux investissements effectués en vue de l'équipement et de la réalisation du projet de construction, l'élément subjectif n'est pas décisif dans les cas de déclassement⁸⁴. Pour savoir si une mesure de déclassement est constitutive d'expropriation matérielle, la question principale est celle de savoir si le propriétaire aurait essentiellement pu entamer une construction de sa propre initiative. Cette condition ne fait pas automatiquement défaut lorsque le terrain n'est pas équipé ou quand la construction nécessite l'adoption préalable d'un plan.

Concernant ce dernier point, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser qu'il fallait tenir compte de toutes les circonstances du cas d'espèce et de la portée effective d'un plan de quartier pour déterminer si le terrain était constructible⁸⁵. Dans le cas qui lui était soumis, le propriétaire concerné pouvait déclencher la procédure d'établissement du plan de quartier; le plan n'aurait de plus pas entraîné une modification de l'affectation du terrain ou des conditions de construction et n'était pas nécessaire en vue de l'équipement de la parcelle, qui était déjà réalisé. Il s'agissait donc, selon le Tribunal fédéral, d'une exigence formelle dont la réalisation était hautement probable. Dans ces circonstances, les autorités cantonales avaient violé le droit fédéral en niant la constructibilité du terrain sur la base du seul critère de l'établissement préalable d'un plan de quartier. En d'autres termes, le facteur déterminant est la

⁸² Les autorités faisaient valoir que l'emplacement du terrain dans une pente faisait obstacle à son équipement.

⁸³ Relevons que la situation de fait à la base de cet arrêt se distingue des faits sur lesquels repose l'arrêt concernant la commune de Wetzikon dans lequel le Tribunal fédéral a rejeté la prétention du propriétaire dans un cas de déclassement pour le motif que le terrain n'était pas constructible car il ne disposait pas d'un accès routier (voir note 72). Dans ce dernier arrêt, l'accès routier à la parcelle supposait un accord avec les propriétaires voisins et ne dépendait donc pas uniquement de la volonté des autorités communales.

⁸⁴ Il ne s'ensuit pas que l'élément subjectif n'a aucune pertinence dans les cas de déclassement. Il peut fournir des indices permettant de conclure à la présence ou à l'absence des éléments objectifs démontrant que le propriétaire aurait construit dans un proche avenir. L'absence de la volonté de construire permet, par exemple, de renforcer l'indice selon lequel le terrain n'aurait pas été affecté à la construction dans le proche avenir faute de demande pour des locaux d'habitation dans la région (ATF 113 Ib 318, 325 = JT 1989 I 408 *Küsnacht*).

⁸⁵ BGE 131 II 151, p. 159 s. *Boudry*; pour une analyse, cf. KAPPELER (note 3) p. 41 ss. Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur l'exigence d'un plan de quartier indépendamment de la qualification juridique de la restriction de la propriété: il a en effet indiqué qu'il ne disposait pas des données factuelles nécessaires pour déterminer si l'on était en présence d'un cas de déclassement ou de non-classement, en invitant l'autorité cantonale à statuer sur ce point (p. 160 s.).

marge d'appréciation des autorités : dans les cas où la procédure peut être intentée par le propriétaire et doit essentiellement conduire à un résultat qui lui est favorable, l'expropriation matérielle devrait être admise.

En conclusion, la distinction entre non-classement et déclassement et les conséquences juridiques qui en découlent n'ont pas le caractère d'une règle juridique précise, permettant de conclure facilement à l'existence, ou l'inexistence, d'un droit à une indemnité pour expropriation matérielle. La distinction n'est toutefois pas non plus dénuée de pertinence. Dans la pondération de tous les critères de droit et de fait, la balance penchera, dans les cas de non-classement, très fortement en faveur des intérêts financiers de la collectivité publique, alors qu'en cas de déclassement, un poids plus important sera accordé au droit du propriétaire. Ceci se traduit dans une appréciation moins stricte de la constructibilité du terrain : l'absence ou l'insuffisance de l'équipement revêt une importance moindre qu'en cas de non-classement, et l'intention de construire à elle seule n'est pas un critère décisif.

B. Restrictions de la faculté de construire

La réticence du Tribunal fédéral à poser des règles claires et schématiques pour trancher des demandes d'expropriation matérielle ne se limite pas aux cas portant sur la suppression de la faculté de construire mais marque également la jurisprudence concernant de simples restrictions à la possibilité de bâtir ou, plus généralement, à l'usage de la propriété⁸⁶. La jurisprudence sur les limitations découlant de la protection des monuments et des sites est révélatrice à cet égard⁸⁷. Le Tribunal fédéral n'a pas opté pour une solution schématique, fixant, par exemple, un pourcentage à partir duquel la perte de valeur d'un immeuble constituerait une atteinte suffisamment grave pour être constitutive d'expropriation matérielle⁸⁸. Il n'a pas non plus circonscrit, dans l'abstrait, les types de mesures pouvant, d'une façon générale, être considérées

⁸⁶ Pour un aperçu détaillé de la jurisprudence portant sur des restrictions de la faculté de construire, cf. ZEN-RUFFINEN, GUY-ECABERT (note 3), p. 612 ss.

⁸⁷ Le Tribunal fédéral a admis que des mesures de protection de monuments et de sites peuvent en principe constituer des cas d'expropriation matérielle dans l'ATF 102 Ia 243, p. 251 *Neef-Schäfer* = JT 1978 I 3, p. 10. Pour des arrêts récents portant sur le problème de l'expropriation matérielle en relation avec des mesures de protection, cf. ATF 1A.19/2004 du 25 octobre 2004, publié au ZBL 2006 p. 41 ss portant sur le classement de l'intérieur et de l'extérieur d'une ferme; ATF 1P.79/2005 du 13 septembre 2005 portant sur le classement de l'intérieur et de l'extérieur d'un magasin dans la ville de Bâle.

⁸⁸ L'on peut conclure sur la base de la jurisprudence qu'une diminution de valeur inférieure à 20% ne remplit jamais les conditions de l'expropriation matérielle; pour des pertes de valeur d'un tiers, la qualification d'expropriation matérielle est exceptionnelle (cf. RIVA, Commentaire LAT [note 3], n° 167).

comme des restrictions suffisamment graves de la garantie de la propriété pour justifier une indemnité. Tout au plus peut on induire de la jurisprudence que des mesures de classement dont la portée est limitée à la protection de l'enveloppe extérieure de l'immeuble, ne constituent, en règle générale, pas un cas d'expropriation matérielle faute de gravité suffisante de l'atteinte⁸⁹.

Comme pour les autres restrictions à la faculté de construire, le critère déterminant pour décider si une mesure de protection d'un monument équivaut à une expropriation matérielle est, selon la jurisprudence, de savoir si la mesure de protection empêche un usage économique rationnel et conforme à la destination de l'immeuble⁹⁰. Pour juger de la gravité de l'atteinte, les rendements plus élevés qui seraient possibles suite à une transformation ou à une reconstruction de l'immeuble ne sont en principe pas pris en considération⁹¹. De plus, il convient d'apprécier les effets de la mesure en tenant compte non seulement de l'utilisation du bâtiment concerné mais de toute la parcelle⁹². En d'autres termes, même une mesure qui rend l'utilisation rationnelle d'un bâtiment très difficile ne justifie pas une indemnité lorsque le reste de la parcelle sur laquelle il est situé conduit à la conclusion qu'un bon usage économique reste possible.

Etant donné que des restrictions découlant de la législation de protection des monuments et des sites ne constituent qu'à titre très exceptionnel une atteinte particulièrement grave justifiant une indemnité au sens de la formule *Barret*⁹³, les propriétaires concernés se fondent souvent sur l'argument du sacrifice particulier. Le Tribunal fédéral a en effet envisagé la possibilité qu'une mesure de classement en vue de protéger des monuments frappant un seul propriétaire puisse imposer à celui-ci un sacrifice excessif⁹⁴. Cependant, ce grief n'a, à notre connaissance, encore jamais été admis⁹⁵. Dans la réalité, c'est donc le critère de l'usage économique rationnel de l'immeuble qui est déterminant. A titre d'illustration, le Tribunal fédéral a admis le recours d'un propriétaire d'une salle de cinéma qui aurait en fait été contraint de continuer l'exploitation d'une salle déficitaire suite à une mesure de protection en vertu

⁸⁹ ATF 111 Ib 267 = JT 1987 I 517 *Bâle-Ville*; ATF 112 Ib 268 = JT 1988 I 413 *St Gall*; ATF 117 Ib 265 *Société de l'Immeuble Petite-Fusterie*. Telle est aussi l'opinion de la doctrine; cf. FEUERSTEIN (note 38) p. 163 avec d'autres références.

⁹⁰ Cf. ATF 111 Ib 257, p. 267 *Bâle-Ville* = JT 1987 I 517; ATF 112 Ib 263, p. 267 *St Gall*.

⁹¹ ATF 117 Ib 262, p. 264 *Société de l'Immeuble Petite-Fusterie*.

⁹² ATF 1A.120/1993 et 1A.68/1994 *Männedorf*, publié dans ZBL 1997, p. 179 ss.

⁹³ Comme le relève le Tribunal fédéral, les «mesures de conservation ou de protection du patrimoine bâti constituent une limitation traditionnelle du droit de propriété; en règle générale, elles ne portent pas d'atteinte très grave à celui-ci» (ATF 117 Ib 262, p. 264 *Société de l'Immeuble Petite-Fusterie*).

⁹⁴ ATF 108 Ib 352, p. 356 *Wohlen*.

⁹⁵ Voir aussi FEUERSTEIN (note 38), p. 163.

de la LPMNS⁹⁶ genevoise⁹⁷. Bien que les juges fédéraux aient examiné la restriction à la garantie de la propriété sous l'angle de la « protection de la situation acquise » (Bestandes- oder Besitzstandsgarantie)⁹⁸ et aient annulé le classement comme disproportionné, l'on peut estimer que le recours aurait probablement aussi été admis sous l'angle de l'expropriation matérielle. En effet, le Tribunal fédéral a conclu, dans l'arrêt, que l'Etat de Genève devait soit renoncer à la mesure de classement, soit en réduire la portée ou prêter un concours financier au propriétaire.

VI. Conclusion

Sous l'apparente simplicité de la formule *Barret*, qui concrétise la garantie de valeur découlant du droit de propriété en définissant l'expropriation matérielle, se cache une réalité complexe, marquée par le recours à des notions juridiques indéterminées qui laissent au juge une grande souplesse pour concilier au cas par cas le droit du propriétaire avec d'autres objectifs d'ordre constitutionnel – en particulier ceux liés à l'aménagement du territoire et à la protection de l'environnement⁹⁹. Cette jurisprudence, qui s'est montrée soucieuse d'éviter que les considérations d'ordre financier n'empêchent la réalisation de ces objectifs, fait de l'expropriation matérielle un cas exceptionnel. Des arrêts récents ont toutefois apporté certaines limites aux sacrifices que les propriétaires doivent supporter sans indemnité, tout d'abord en refusant d'interpréter restrictivement la notion de déclassement, et ensuite en posant le principe selon lequel l'exigence de la constructibilité du terrain ne devrait pas être interprétée et appliquée d'une façon trop rigoureuse dans des cas de déclassement. Néanmoins, un propriétaire qui réclame une indemnisation pour expropriation matérielle continue à devoir passer par des « portes étroitement posées d'un slalom spécial particulièrement ardu »¹⁰⁰, les conditions jurisprudentielles constituant « autant d'obstacles à la reconnaissance d'un droit à une indemnité pour expropriation matérielle »¹⁰¹.

⁹⁶ Loi sur la protection des monuments, de la nature et des sites du 4 juin 1976, RS/GE L 4 05.

⁹⁷ ATF 126 I 219, *Epoux A.*

⁹⁸ Voir ci-dessus, section II.

⁹⁹ Dans ce sens aussi HÄNNI (note 3), p. 620: « Der Schematisierung und Typisierung der enteignungsähnlichen Tatbestände sind (...) enge Grenzen gesetzt » (p. 620, italique dans l'original), la difficulté consistant essentiellement en la juste pondération de tous les critères pertinents dans le cas d'espèce (p. 600).

¹⁰⁰ AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 398, n° 839.

¹⁰¹ AUER, MALINVERNI, HOTTELIER (note 3), p. 398, n° 839.

La responsabilité de l'Etat en matière immobilière

VINCENT MARTENET*

Professeur à l'Université de Lausanne

Introduction

L'Etat dispose de nombreuses compétences en matière immobilière. L'exercice de celles-ci peut porter atteinte, dans certains cas, à la propriété privée. Il arrive aussi qu'une autorité détentrice de la puissance publique agisse de manière contraire au droit. Il convient d'examiner si, dans l'une et l'autre situations, la *responsabilité de l'Etat* est engagée et, le cas échéant, à quelles conditions.

La présente contribution, qui est avant tout un florilège de questions sur ce thème, s'en tient à la responsabilité *extracontractuelle*, étant entendu qu'une autorité violant un contrat de droit privé ou de droit administratif engage, en principe, sa responsabilité¹. Au préalable, il est nécessaire de poser quelques jalons en matière de responsabilité de l'Etat (I). L'expropriation tant formelle que matérielle faisant l'objet de contributions distinctes dans le présent ouvrage², notre regard l'ignore largement dans les pages qui suivent et porte avant tout sur la planification territoriale (II), puis sur les autorisations de construire et d'occuper un bâtiment (III).

L'Etat est aussi un *propriétaire immobilier*. Les conditions de la responsabilité qu'il encourt à ce titre sont largement définies par le régime ordinaire du droit privé, à savoir les articles 58 CO ainsi que 679 et 684 ss CC (IV). Enfin, l'Etat viole parfois lui-même la propriété privée ou est confronté à la violation de celle-ci par des particuliers. La responsabilité de l'Etat est, en règle générale, engagée dans le premier cas, tandis que son fondement est très controversé dans le second (V).

* L'auteur tient à remercier M. Marc-Olivier BESSE, assistant diplômé à la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne, de l'aide précieuse qu'il lui a apportée en vue de la rédaction de la présente contribution. En outre, il a pu discuter, à son plus grand profit, de divers points délicats avec son collègue M. Etienne POLTIER, professeur de droit administratif à la même Faculté.

¹ Sur la responsabilité contractuelle de l'Etat, voir GROSS, pp. 145-161 et les références.

² Voir les contributions de Maya HERTIG RANDALL et André JOMINI.

I. Quelques jalons en matière de responsabilité de l'Etat

A. La délimitation entre le droit public et le droit privé

La responsabilité de l'Etat est définie tant par le droit public que par le droit privé. En vertu de l'article 59 al. 1 *in initio* CC, le droit public de la Confédération et des cantons demeure réservé pour les corporations ou les établissements qui leur sont soumis. Le droit public fédéral ou cantonal peut notamment régir la responsabilité des corporations et des établissements de droit public à l'égard des particuliers³. Cette réserve concerne, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les actes dérivant de l'exercice d'une activité de puissance publique et non ceux par lesquels la corporation de droit public entre en rapport avec les particuliers comme le ferait une personne privée⁴.

L'article 61 CO traite, quant à lui, de la responsabilité des *agents publics* à l'égard des tiers. Ainsi, le premier alinéa de cette disposition permet à la législation fédérale ou cantonale de déroger aux articles 41 ss CO en ce qui concerne la responsabilité encourue par des agents publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge. Tant le droit fédéral que la plupart des législations cantonales instaurent une responsabilité objective et exclusive de l'Etat pour les préjudices causés par les agents dans l'exercice de leur fonction publique⁵. En revanche, le droit cantonal ne peut déroger aux articles 41 ss CO pour les actes des agents publics se rattachant à «l'exercice d'une industrie», compte tenu de l'article 61 al. 2 CO.

La notion d'*agent public* est entendue de manière très large⁶. Elle n'est par ailleurs pas décisive pour délimiter le champ d'application de l'article 61 al. 1 CO, contrairement à l'analyse de l'*activité* accomplie⁷. Ainsi, pour que l'article 61 al. 1 CO trouve application, il faut tout d'abord que le dommage soit causé dans l'exercice de la charge accomplie par l'agent public. Il convient ensuite d'examiner si l'activité procède de l'exercice de la puissance publique et si, de par sa nature, elle constitue une tâche étatique⁸. A cet égard, la juris-

³ WERRO, Responsabilité, p. 12, n° 30; REY, p. 22, n° 104; MAYHALL, p. 211 s.

⁴ ATF 124 III 418, consid. 1b, JdT 1999 I 370 (rés.); ATF 101 II 177, consid. 2b, JdT 1976 I 362.

⁵ Voir notamment WERRO, Responsabilité, p. 12, n° 31. Pour un aperçu de la législation cantonale, voir spécialement GROSS, pp. 55-97.

⁶ Voir notamment GRISSEL, p. 812; MOOR, Droit administratif II, pp. 703-704; WERRO, n° 9 *ad art.* 61 CO; CARRON, pp. 2 et 25-26.

⁷ Voir notamment PIOTET, Responsabilité, p. 53; TANQUEREL, p. 348.

⁸ Voir spécialement OFTINGER/STARK, pp. 291-292, n° 43, ainsi que 300-302, n° 58 pour des illustrations; voir aussi MOOR, Droit administratif II, pp. 705-708.

prudence paraît mettre tantôt l'accent sur le critère de la puissance publique⁹, tantôt sur celui de la tâche étatique¹⁰. L'un et l'autre ne s'appliquent pas nécessairement de manière cumulative. Le critère de la nature de l'activité ou de la tâche est, à juste titre, souvent retenu par la doctrine récente¹¹. Il peut se justifier de l'utiliser non seulement pour la responsabilité encourue par les agents publics dans l'exercice de leur charge, mais aussi pour la responsabilité de l'Etat lui-même¹². Enfin, notons que l'analyse est la même en cas de délégation d'une tâche publique à un particulier¹³.

B. La responsabilité pour actes licites

En matière immobilière, l'obligation pour l'Etat de verser une indemnité à un propriétaire à la suite d'un acte licite est essentiellement régie par les règles sur l'*expropriation* formelle et matérielle¹⁴, y compris celles sur l'expropriation des droits de voisinage¹⁵. Ces règles sont examinées dans deux contributions spécifiques figurant dans le présent ouvrage¹⁶.

Le protection de la *confiance* (*Vertrauensschutz*) constitue un autre fondement possible d'une obligation d'indemnisation à la charge de l'Etat¹⁷. L'existence d'un acte illicite n'est pas requise: au contraire, cette forme de responsabilité entre généralement en ligne de compte en matière immobilière lorsqu'une autorité agit de manière licite en modifiant une décision qui était d'emblée contraire au droit applicable ou qui l'est devenue¹⁸. Force est cependant d'admettre que la jurisprudence fondée sur la seule protection de

⁹ ATF 126 III 370, consid. 7a (notaire); ATF 101 II 177, consid. 2a (médecin exerçant dans un hôpital public) et les références, JdT 1976 I 362. Voir notamment GRISEL, pp. 813-814; WERRO, n° 11 ad art. 61 CO; CARRON, pp. 26-27 et les nombreuses références jurisprudentielles; SCHNYDER, n° 6 ad art. 61 CO.

¹⁰ ATF 128 III 76, consid. 1a (Institut agricole, service du canton du Jura).

¹¹ Voir notamment TANQUEREL, pp. 348 s.; GROSS, pp. 111 ss; MOOR, Droit administratif II, pp. 703-710; JAAG, Haftung, p. 31, n° 89; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, pp. 477 et 483-484, n°s 2243 et n. 2269-2272; voir aussi SCHNYDER, n° 7 ad art. 61 CO, qui relève que la jurisprudence interprète très largement la notion de « puissance publique ». Pour une critique de cette dernière notion, voir MOOR/PROTET, pp. 492 s.

¹² Voir notamment WERRO, Responsabilité, p. 13, n° 32; REY, p. 30, n° 140.

¹³ ATF 127 III 538, consid. 4a, JdT 2002 I 187.

¹⁴ Voir MOOR, Droit administratif II, pp. 734-755.

¹⁵ S'agissant de la délimitation – parfois délicate – entre la responsabilité de l'Etat *stricto sensu* et l'expropriation, voir notamment JAAG, Staatshaftung, p. 27; FELLER, pp. 71 s.

¹⁶ Voir les contributions de Maya HERTIG RANDALL et André JOMINI.

¹⁷ Voir notamment JAAG, Entschädigungsrecht, pp. 153-154 et les références; WEBER-DÜRLER, Entwicklung, pp. 298-299. Pour le surplus, voir *infra* II.A.

¹⁸ JAAG, Entschädigungsrecht, p. 163; WEBER-DÜRLER, Staatshaftung, pp. 407 s.

la confiance est rare¹⁹. Les développements qu'a connus le droit privé à propos de cette notion²⁰ n'ont pas de pendants d'importance équivalente en droit public. Quoi qu'il en soit, cette responsabilité est subsidiaire, si bien qu'une mesure étatique doit d'abord être attaquée par les voies de recours qui sont ouvertes, avant qu'entre en ligne de compte une quelconque action en responsabilité contre l'Etat²¹. La responsabilité fondée sur la confiance – en tant que cause distincte de l'obligation de l'Etat – suppose aussi que les conditions de l'indemnisation en raison d'une expropriation formelle et matérielle ne soient pas réunies. Si elles le sont, les procédures permettant d'obtenir une telle indemnisation doivent être utilisées en priorité. En fin de compte, la porte permettant d'intenter, en matière immobilière, une action en responsabilité contre l'Etat fondée sur la seule confiance créée par celui-ci et ses agents est, tout au plus, entrouverte.

C. La responsabilité pour actes illicites

La responsabilité de l'Etat pour actes illicites suppose, outre l'existence d'une base légale ou constitutionnelle, que soient établis un acte illicite, un dommage et un lien de causalité – naturelle et adéquate – entre l'un et l'autre²². Quelques législations cantonales exigent, en plus, qu'une faute soit établie²³ ou chargent l'autorité de prouver qu'en cas d'acte illicite, aucune faute n'est imputable à l'agent public en cause²⁴. Dans le canton de Genève, cette condition supplémentaire est certes prévue par le droit cantonal, mais elle ne revêt pas – ou ne devrait pas revêtir – une grande importance en pratique²⁵.

Si le fait dommageable consiste dans l'atteinte à un droit absolu – la vie ou la santé humaines, ou encore le droit de propriété, en particulier –, l'illicéité est d'emblée réalisée (*Erfolgsunrecht*), sans qu'il soit nécessaire de re-

¹⁹ Pour un constat similaire, WEBER-DÜRLER, *Staatshaftung*, p. 408. La question est notamment examinée, puis écartée par le TF dans un arrêt concernant la révocation d'une subvention (TF [30.05.1995] ZBl 1996, pp. 91-94, consid. 4).

²⁰ Voir, par ex., WERRO, *Responsabilité*, pp. 80-84, n^{os} 305-319; REY, pp. 10-12, n^{os} 36a-47.

²¹ TF (30.05.1995) ZBl 1996, pp. 91 ss, consid. 4a/aa.

²² Voir notamment SOBOTICH, pp. 104 ss; MAYHALL, p. 261 ss. Pour une synthèse, voir REY, pp. 25-28, n^{os} 117-130.

²³ Art. 1 al. 1 et 2 al. 1 de la loi genevoise sur la responsabilité de l'Etat et des communes, du 24 février 1989 (LREC GE; RS GE A 2 40). Les cantons d'Appenzell Rhodes-Intérieures et des Grisons ont renoncé à l'exigence de la faute dans leur nouvelle loi (art. 26 al. 1 *Appenzeller l. Rh. Personalverordnung*, du 30 novembre 1998 [PeV AI; RS AI 172.310]; art. 3 *Bündner Gesetz über die Staatshaftung*, du 5 décembre 2006 [SHG GR; RS GR 170.050]). Le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures maintient une responsabilité personnelle des agents publics en cas de faute (art. 26 al. 2 PeV AI).

²⁴ § 4 al. 1 *Luzerner Haftungsgesetz*, du 13 septembre 1988 (HG LU; RS LU 23).

²⁵ TANQUEREL, pp. 356-359.

chercher si et de quelle manière l'auteur a violé une norme de comportement spécifique²⁶. Si, en revanche, le fait dommageable porte atteinte à un autre intérêt – de nature patrimoniale, par exemple –, l'illicéité suppose que l'auteur ait violé une norme de comportement ayant pour but de protéger le bien juridique en cause (*Verhaltensunrecht*)²⁷. Cette violation doit généralement revêtir une certaine gravité²⁸. Une omission peut aussi, le cas échéant, constituer un acte illicite, « mais il faut alors qu'il existât, au moment déterminant, une norme juridique qui sanctionnait explicitement l'omission commise ou qui imposait à l'Etat de prendre en faveur du lésé la mesure omise »²⁹. Un tel chef de responsabilité se fonde sur la position de garant (*Garantenstellung*) de l'Etat vis-à-vis du lésé et la violation des prescriptions qui déterminent la nature et l'étendue de ce devoir³⁰.

Lorsqu'une voie de *recours* est ouverte contre une décision rendue par l'autorité compétente – une décision de déclassement ou un refus d'autorisation de construire, par exemple –, elle doit, en principe, être empruntée avant qu'entre en ligne de compte une éventuelle responsabilité de l'Etat, conformément à un principe bien établi³¹. A défaut, le justiciable perd, en règle générale, son droit de contester la licéité de la décision dans le cadre d'une action en responsabilité contre l'Etat³². Des exceptions sont faites à cette règle notamment si le moyen de droit offert ne permet pas la correction de l'acte litigieux, mais seulement la constatation de son caractère illicite³³, ou si la

²⁶ ATF 132 II 305, consid. 4.1. Voir aussi WEBER-DÜRLER, *Staatshaftung*, p. 396; SOBOTICH, pp. 70 s. et 77 s.; JAAG, *Staatshaftung*, pp. 59 s. Pour un examen de ces questions s'agissant des normes de planification et de police des constructions, voir SOBOTICH, pp. 117-128.

²⁷ ATF 132 II 305, consid. 4.1 et les références jurisprudentielles et doctrinales. Voir aussi WEBER-DÜRLER, *Staatshaftung*, pp. 396 s.; SOBOTICH, pp. 77 s. (synthèse); JAAG, *Staatshaftung*, pp. 60-62; FAVRE, p. 16.

²⁸ TANQUEREL, p. 358; FAVRE, p. 16.

²⁹ ATF 132 II 305, consid. 4.1. Voir aussi WEBER-DÜRLER, *Staatshaftung*, p. 396.

³⁰ ATF 132 II 305, consid. 4.1. Voir aussi SOBOTICH, pp. 72 s.; JAAG, *Haftung*, p. 26, n° 78; ZUFFEREY, *Fragen*, p. 38; FAVRE, p. 5.

³¹ Voir, dans une optique générale, TF (18.06.2008) 2C_25/2008, consid. 3.2; ATF 126 I 144, consid. 2a. En doctrine, voir notamment SCHÖN, pp. 189 ss; KNAPP, *Construction*, p. 52; MOOR, *Droit administratif II*, pp. 725-727; JAAG, *Verfügungen*, pp. 352-354.

³² TF (18.06.2008) 2C_25/2008, consid. 3.2; ATF 129 I 139, consid. 3.1. Voir, par ex., art. 12 de la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, du 14 mars 1958 (LRCF; RS 170.32): « La légalité des décisions, d'arrêtés et de jugements ayant force de chose jugée ne peut pas être revue dans une procédure en responsabilité. »; § 21 al. 1 *Zürcher Haftungsgesetz*, du 14 septembre 1969 (RS ZH 170.1); § 4 al. 2 HG LU; § 5 *Baselstadisches Haftungsgesetz*, du 17 novembre 1999 (RS BS 161.100); art. 3 *St. Galler Verantwortlichkeitsgesetz*, du 7 décembre 1959 (VG SG; RS SG 161.1); art. 5 al. 2 de la loi neuchâteloise sur la responsabilité, du 26 juin 1989 (RS NE 150.10). En doctrine, voir notamment JAAG, *Haftung*, pp. 42-44, n°s 122-128.

³³ TF (18.06.2008) 2C_25/2008, consid. 3.2; TF (08.05.2007) 2A.604/2006, consid. 4.1. Voir aussi JAAG, *Verfügungen*, p. 354.

voie de droit ouverte ne répond pas aux exigences des articles 6 § 1 CEDH et 29 à 30 Cst. féd. alors que ces garanties sont applicables³⁴. Le droit cantonal peut cependant permettre plus largement la contestation de la licéité d'une décision entrée en force dans le cadre d'une action en responsabilité contre l'Etat. La législation genevoise est muette sur ce point³⁵, mais le Tribunal fédéral admet que les autorités genevoises exigent du justiciable qu'il utilise toutes les voies de recours ouvertes pour contester la licéité d'une décision et que, s'il y renonce, il ne puisse, en principe, pas la remettre en cause dans une action en responsabilité contre l'Etat³⁶. La portée de cette jurisprudence ne se limite pas au canton de Genève, mais concerne potentiellement les autres cantons dont la législation est également silencieuse sur ce point³⁷. Enfin, lorsqu'une protection juridique existe contre un acte matériel de l'Etat, elle doit être utilisée³⁸ avant qu'entre en ligne de compte une action en responsabilité contre celui-ci³⁹.

Si le justiciable obtient gain de cause devant l'autorité de recours et que l'illicéité d'une décision est établie, il ne pourra, en principe, obtenir une réparation du dommage subi qu'en présence d'une erreur grave et manifeste ou de la violation d'un devoir essentiel de l'autorité de première instance⁴⁰. Ainsi, par exemple, le comportement d'un juge n'est illicite que lorsqu'il viole un devoir essentiel à l'exercice de sa fonction⁴¹.

Le recours en matière de *droit public* (art. 82 ss LTF) représente la voie ordinaire de recours devant le Tribunal fédéral dans le domaine de la responsabilité de l'Etat pour actes illicites, le recours en matière civile n'étant qu'exceptionnellement ouvert sur la base de l'art. 72 al. 2 let. b LTF pour les causes relevant de la responsabilité de l'Etat pour les activités médicales⁴².

³⁴ Voir ATF 126 I 144, consid. 3, JdT 2000 I 564. Sur cette problématique, voir spécialement FELLER, pp. 123-135.

³⁵ TANQUEREL, p. 364.

³⁶ TF (18.06.2008) 2C_25/2008, consid. 3.2 et 3.3 (affaire concernant un prétendu dommage causé par la saisie conservatoire de comptes bancaires).

³⁷ Voir aussi FELLER, pp. 114-117.

³⁸ Sur la protection juridique existant contre un acte matériel et le déficit qui subsiste en la matière, voir FELLER, pp. 23 s. S'agissant du droit fédéral, voir désormais art. 25a de la loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (RS 172.021).

³⁹ Comp. FELLER, pp. 25 s.

⁴⁰ Voir KNAPP, Construction, p. 54; MOOR, Droit administratif II, p. 725. A titre d'illustration, voir art. 7 al. 2 SHG GR: «Wird eine Verfügung, ein Entscheid oder ein Urteil im Rechtsmittelverfahren oder im Aufsichtsverfahren geändert, haftet das Gemeinwesen nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit der unteren Instanz.»

⁴¹ TF (18.06.2008) 2C_25/2008, consid. 3.2.

⁴² ATF 133 III 462, consid. 2.1. Voir aussi art. 31 al. 1 let. d du règlement du Tribunal fédéral du 20 novembre 2006 (RS 173.110.131).

II. La planification territoriale

A. Les restrictions au droit de propriété

L'obligation de l'Etat d'indemniser un propriétaire en raison d'un acte licite de planification territoriale est essentiellement régie par les règles sur l'*expropriation* formelle et matérielle⁴³. S'agissant de cette dernière, une juste indemnité est accordée lorsque des mesures d'aménagement apportent au droit de propriété des restrictions équivalant à une expropriation⁴⁴. Le principe de la bonne foi⁴⁵ et la protection de la confiance peuvent jouer un rôle lorsqu'il s'agit de déterminer si une juste indemnité est due en vertu de l'article 5 al. 2 LAT⁴⁶.

La responsabilité de l'Etat est parfois recherchée lorsque le propriétaire d'une parcelle affectée en zone à bâtir engage des *dépenses* qui s'avèrent vaines par la suite. Une telle hypothèse vise notamment le propriétaire qui envisage de bâtir sur sa parcelle constructible et élabore un projet à cette fin, avant de voir son fonds répertorié sur la carte des dangers naturels⁴⁷ et déclassé. Le projet de construction pour lequel il avait encouru des frais importants devient alors irréalisable. Dans une telle situation, le propriétaire sera tenté de chercher à obtenir une indemnité de la part de l'Etat. Il demeure propriétaire, si bien qu'il n'est pas formellement exproprié. L'atteinte n'est, en somme, pas directement le fait de l'Etat, mais est due au risque⁴⁸. La mesure est adoptée dans un but de police, ce qui exclut en règle générale le versement d'une indemnité par l'Etat pour expropriation matérielle⁴⁹. Le propriétaire de la parcelle sera également en peine de se fonder valablement sur le principe de la *bonne foi*, lequel suppose que des garanties aient été données en pleine connaissance de cause, ou sur le principe de la *confiance*⁵⁰. Or la connaissance des dangers naturels est évolutive. Aussi, lorsqu'elle acquiert une meilleure connaissance d'un danger naturel, l'autorité compétente est en droit de refuser une construction et, le cas échéant, de déclasser une parcelle. On imagine difficilement que le seul principe de la confiance puisse constituer, dans une

⁴³ Voir les contributions de Maya HERTIG RANDALL et André JOMINI dans le présent ouvrage.

⁴⁴ Art. 5 al. 2 de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, du 22 juin 1979 (LAT; RS 700).

⁴⁵ Sur les conditions d'application de ce principe, voir ATF 131 II 627, consid. 6.1 et les références jurisprudentielles.

⁴⁶ Voir notamment RIVA, n^{os} 136 et 154-156 *ad* art. 5 LAT; WEBER-DÜRLER, *Entwicklung*, pp. 303-304.

⁴⁷ Art. 6 al. 2 let. c LAT.

⁴⁸ Dans le même sens, WEBER-DÜRLER, *Staatshaftung*, p. 404.

⁴⁹ ATF 122 II 17, consid. 7b; TF (30.05.1979) ZBl 1980, pp. 354 ss, consid. 6. Voir aussi KNAPP, *Construction*, p. 59.

⁵⁰ Comp. MOOR, *Droit administratif I*, p. 437. Voir aussi ATF 119 Ib 229, consid. 4c, JdT 1995 I 406.

telle situation, un fondement général de la responsabilité de l'Etat. Seules des circonstances très particulières pourraient, à notre sens, justifier une indemnisation d'un propriétaire par l'Etat⁵¹.

B. La planification territoriale contraire au droit applicable

Les actes de planification territoriale contraires au droit applicable sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat pour actes *illicites*, même si celle-ci est difficile à établir en ce domaine. Sous les réserves qui suivent, elle n'entre en ligne de compte que lorsque toutes les voies de recours contre l'acte de planification ont été empruntées. Elle suppose, en outre, la bonne foi de celui qui se prétend lésé.

La responsabilité de l'Etat peut être engagée lorsque la planification litigieuse ne tient pas suffisamment compte des *dangers* menaçant une parcelle, qu'ils soient d'origine naturelle ou qu'ils proviennent de l'exploitation d'une installation par un tiers⁵². Plus précisément, il s'agit, pour le lésé, de démontrer que l'autorité a violé ses obligations de manière manifeste⁵³. Cela ne suffit cependant pas. Il appartient encore au lésé d'établir que les normes en matière d'aménagement du territoire méconnues par l'autorité ont pour but de le protéger⁵⁴. L'article 15 *in initio* LAT, selon lequel « les zones à bâtir comprennent les terrains propres à la construction », mis en lien avec l'article 6 al. 2 let. c LAT⁵⁵, qui impose aux cantons de désigner les parties du territoire gravement menacées par des forces naturelles ou par des nuisances, contribue à assurer la sécurité des biens et des personnes, notamment celle des propriétaires⁵⁶. Une planification non conforme à ces exigences est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat⁵⁷.

⁵¹ Comp., dans une optique plus large, WEBER-DÜRLER, Staatshaftung, pp. 406 s., qui paraît adopter une position un peu plus ouverte ; voir aussi KNAPP, Construction, p. 59.

⁵² Encore plus affirmatif sur ce point, KNAPP, Construction, p. 59 : « [...] une définition manifestement erronée des zones de risque est un acte illicite et il peut être générateur de responsabilité pour l'Etat si le risque prévisible se produit. ».

⁵³ WEBER-DÜRLER, Staatshaftung, p. 398 ; FAVRE, pp. 14 s.

⁵⁴ WEBER-DÜRLER, Staatshaftung, p. 400, qui critique la jurisprudence comme étant trop restrictive ; FAVRE, p. 14.

⁵⁵ Pour une telle mise en lien de ces deux dispositions, voir FLÜCKIGER, n° 44 *ad* art. 15 LAT ; voir aussi WALDMANN/HÄNNI, n° 16 *ad* art. 15 LAT ; SOBOTICH, p. 118, qui intègre encore l'art. 22 LAT dans l'analyse.

⁵⁶ Voir KNAPP, Catastrophes, p. 610 ; WEBER-DÜRLER, Staatshaftung, p. 399 ; ZUFFEREY, Renaturation, p. 1008 ; FAVRE, p. 14.

⁵⁷ KNAPP, Catastrophes, p. 610 ; WEBER-DÜRLER, Staatshaftung, pp. 398-399 ; FAVRE, pp. 14-15 ; ZUFFEREY, Fragen, 38. Voir aussi, dans une optique générale, RUCH, n° 39 *ad* art. 26 LAT.

La règle selon laquelle un particulier ne saurait intenter une action en responsabilité contre l'Etat lorsque l'acte de planification n'a pas fait l'objet d'un recours⁵⁸ doit être appliquée avec circonspection s'agissant d'une parcelle exposée à des dangers naturels. Ainsi ne saurait-on reprocher au lésé de ne pas avoir recouru, alors que l'acte en cause n'était pour des raisons juridiques ou factuelles pas attaquant⁵⁹, que le lésé ne possédait pas la qualité pour recourir⁶⁰ ou qu'il ne pouvait pas raisonnablement avoir connaissance du danger.

Divers facteurs contribuent à limiter le champ potentiel de responsabilité de l'Etat en la matière. Tout d'abord, l'autorité compétente conserve un certain *pouvoir d'appréciation* lors de la détermination des zones propres à la construction. Si une action en responsabilité n'est pas exclue en cas d'abus ou d'excès d'un tel pouvoir⁶¹, elle ne saurait cependant avoir pour effet de priver l'autorité de ce pouvoir⁶². Ensuite, l'évolution de la connaissance d'un danger naturel a des répercussions sur la planification territoriale. L'autorité compétente est tenue de prendre en compte l'évolution ultérieure des connaissances en matière de risques et d'adapter la planification territoriale en conséquence⁶³. Typiquement, une catastrophe naturelle qui était imprévisible, mais qui est susceptible de se répéter au même endroit, peut justifier un déclassement de parcelles jusqu'alors constructibles. Enfin, l'Etat ne saurait, en principe, répondre des dommages causés par un événement extraordinaire et imprévisible compte tenu de l'état des connaissances avant sa survenance⁶⁴. Il est, en d'autres termes, légitimé à invoquer la force majeure dans un tel cas⁶⁵.

Le propriétaire d'une parcelle supporte, quant à lui, le risque de danger naturel ou de nuisance qu'il connaissait ou qu'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances aurait dû connaître, mais qui ne l'a pas dissuadé de construire ou d'acquérir un bien immobilier dans la zone exposée⁶⁶. Ainsi, une construction dans une zone connue pour être inondable n'engage pas, en principe, la responsabilité du canton ou de la commune concernée, pour autant que cette collectivité ait satisfait à ses obligations d'informer la population et de prendre les mesures nécessaires, notamment d'évacuation et de

⁵⁸ Voir *supra* I.C.

⁵⁹ Sur ce point, voir spécialement FELLER, pp. 191-218.

⁶⁰ WEBER-DÜRLER, Staatshaftung, p. 402.

⁶¹ ATF 132 II 305, consid. 4.1.

⁶² Comp. KNAPP, Construction, p. 57.

⁶³ Voir WEBER-DÜRLER, Staatshaftung, pp. 399 s.; voir aussi SOBOTICH, p. 135.

⁶⁴ Dans le même sens, KNAPP, Catastrophes, p. 610.

⁶⁵ Sur ce point, voir spécialement KNAPP, Catastrophes, pp. 599-604 ainsi que Construction, pp. 55 s.

⁶⁶ Comp. WEBER-DÜRLER, Staatshaftung, p. 402.

secours⁶⁷. Au demeurant, la planification n'est pas nécessairement contraire au droit si l'inondation ne peut se produire que dans des circonstances extraordinaires et imprévisibles.

En fin de compte, la responsabilité de l'Etat pour des actes de planification territoriale contraires au droit vise essentiellement les cas où, contrairement au propriétaire, l'autorité compétente a ou devrait avoir connaissance d'un danger visant une parcelle et la rendant impropre à la construction, et que, malgré cela, elle la classe ou la maintient en zone constructible sans en informer le propriétaire concerné. En revanche, il est à notre sens excessif de considérer, d'une manière générale, qu'«en classant des terrains en zone constructible, l'Etat garantit, en quelque sorte, aux constructeurs et aux futurs habitants que le terrain n'est pas soumis à des dangers particuliers graves et prévisibles»⁶⁸. Les uns et les autres doivent se laisser opposer ce qu'ils savaient ou devaient savoir au moment où ils ont construit, acquis ou occupé le bâtiment en cause. En outre, l'Etat n'a pas à répondre du dommage que le propriétaire pouvait éviter en faisant preuve de la diligence nécessaire⁶⁹.

III. Les autorisations de construire et d'occuper ou d'habiter un bâtiment

A. L'octroi d'une autorisation contraire au droit applicable

Le propriétaire d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage répond du dommage causé par des vices de construction ou par le défaut d'entretien, conformément à l'article 58 al. 1 CO⁷⁰. Il en va ainsi également si l'autorisation de construire ou celle d'occuper un bâtiment a été accordée en violation du droit applicable. En d'autres termes, ni l'une ni l'autre n'équivaut à une garantie absolue de l'Etat à l'égard des tiers et ne constitue un «écran» protégeant le propriétaire⁷¹. Il convient néanmoins de se demander si la responsabilité de l'Etat est engagée de manière *concurrente* dans une telle situation, étant rappelé que la responsabilité de l'Etat suppose que le lésé n'a pas omis de recourir contre l'autorisation litigieuse alors qu'il en avait la qualité et qu'il connaissait ou devait connaître l'existence de la violation du droit applicable⁷².

⁶⁷ Voir TA BE (08.03.2004) JAB 2005, pp. 3 ss, à propos des inondations en ville de Thoue. Sur les devoirs de l'Etat postérieurs à une catastrophe, voir KNAPP, Catastrophes, pp. 613-616.

⁶⁸ KNAPP, Catastrophes, p. 610; voir aussi ZUFFEREY, Renaturation, p. 1010 ainsi que Fragen, p. 38 et les références doctrinales en note 21. Pour une approche similaire à la nôtre, voir SOBOTICH, p. 128.

⁶⁹ TA BE (08.03.2004) JAB 2005, pp. 3 ss, consid. 3.4.

⁷⁰ Voir *infra* IV.

⁷¹ ATF 91 II 201, consid. 3d, JdT 1966 I 80. Voir aussi SCHNYDER, n° 18 *ad* art. 58 CO; FAVRE, p. 16.

⁷² Comp. KNAPP, Construction, p. 63.

La responsabilité de l'Etat n'est pas engagée du seul fait qu'une autorisation de construire ou d'occuper le bâtiment a été accordée en violation du droit applicable⁷³. Il s'agit plutôt de déterminer si l'autorité compétente a commis un *acte illicite* susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat. En pratique, le lésé cherchera à démontrer que l'autorité compétente a *omis* de prendre en compte et de faire respecter une norme le protégeant. Concrètement, la position de garant de l'Etat sera en particulier établie lorsque l'autorité compétente néglige de demander la mise en conformité à des normes claires protégeant le lésé, qu'il lui incombe de faire respecter. L'exigence selon laquelle les normes violées doivent protéger le bien lésé vaut également lorsque celui-ci jouit d'une protection absolue, comme la vie ou la santé humaines⁷⁴. Un acte illicite ne saurait être mis à la charge de l'Etat pour tout accident se produisant dans un bâtiment. Immanquablement, il y a lieu de s'interroger sur les éventuelles normes violées et leur champ de protection avant de statuer sur une possible illicéité imputable à l'Etat.

Diverses *règles de sécurité des constructions* protègent les personnes entrant en contact avec un bâtiment, à savoir ses occupants, les personnes qui rendent visite à ceux-ci ou encore des passants⁷⁵. En revanche, de telles règles ne protègent pas les intérêts purement patrimoniaux du maître d'ouvrage qui subit un dommage indépendamment de tout accident⁷⁶. Le droit cantonal comporte souvent des règles de sécurité relatives notamment aux garde-corps et aux escaliers⁷⁷, dont le respect est vérifié par l'autorité non seulement

⁷³ Dans le même sens, KNAPP, Construction, p. 60.

⁷⁴ Dans le même sens, RUCH, n° 119 *ad art.* 22 LAT; voir aussi GROSS, pp. 175 s.; HÄNNI, Staatshaftung, p. 341; FAVRE, p. 5. S'agissant de la jurisprudence, voir TA BE (08.03.2004) JAB 2005, pp. 3 ss, consid. 3.3; TA BE (18.12.2002) JAB 2003, pp. 241 ss, consid. 2d. Le TF semble adopter une position différente dans sa jurisprudence récente, puisqu'il considère, d'une manière générale, que «[s]i le fait dommageable consiste dans l'atteinte à un droit absolu (comme la vie ou la santé humaines, ou le droit de propriété), l'illicéité est d'emblée réalisée» (ATF 132 II 305, consid. 4.1).

⁷⁵ Voir WEBER-DÜRLER, Staatshaftung, p. 399; RUCH, n° 119 *ad art.* 22 LAT; SOBOTICH, p. 126.

⁷⁶ WEBER-DÜRLER, Staatshaftung, p. 399; RUCH, n° 124 *ad art.* 22 LAT; comp. FAVRE, p. 17.

⁷⁷ Voir, par ex., art. 58 al. 1, 59 al. 2 et 61 al. 1 de l'ordonnance bernoise sur les constructions, du 6 mars 1985 (OC BE; RS BE 721.1); art. 36 et 38 du règlement fribourgeois d'exécution de la loi sur l'aménagement du territoire et les constructions, du 18 décembre 1984 (RLATC FR; RS FR 710.11); § 154 al. 3 *Luzerner Planungs- und Baugesetz*, du 7 mars 1989 (PBG LU; RS LU 735) et § 45 *Luzerner Planungs- und Bauverordnung*, du 27 novembre 2001 (PBV LU; RS LU 736); art. 24 du règlement vaudois d'application de la loi sur l'aménagement du territoire et les constructions, du 19 septembre 1986 (RLATC VD; RS VD 700.11.1); art. 50, 50A et 52 du règlement genevois d'application de la loi sur les constructions et les installations diverses, du 27 février 1978 (RCI GE; RS GE L 5 05.01). Voir aussi §§ 296 et 305 *Zürcher Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht*, du 7 septembre 1985 (PBG ZH; RS ZH 700.1); art. 10 de la loi neuchâteloise sur les constructions, du 25 mars 1996 (LConstr NE; RS NE 720.0), qui pose des principes généraux visant à assurer la sécurité dans les bâtiments ouverts au public (nombre des issues, nombre et largeur des escaliers, etc.).

lors de la procédure d'autorisation de construire, mais aussi au moment où le permis d'habiter ou d'occuper est délivré⁷⁸. A titre d'illustration⁷⁹, l'absence de toute main-courante dans l'escalier d'un bâtiment, alors que celle-ci est prescrite par la législation applicable⁸⁰, pourrait fonder une responsabilité de l'Etat si l'autorité compétente a délivré l'autorisation de construire, puis le permis d'occuper ou d'habiter un bâtiment, sans demander une mise en conformité à la législation applicable. Cette responsabilité serait concurrente à celle du propriétaire⁸¹. Elle suppose, en principe, que la violation du devoir de surveillance à la charge de l'Etat soit manifeste⁸².

Au demeurant, certaines lois cantonales excluent toute responsabilité de l'Etat en lien avec une autorisation de construire⁸³ ou limitent cette responsabilité⁸⁴.

Dans les cas où la responsabilité de l'Etat n'est pas valablement exclue⁸⁵, le lésé doit *prouver*, outre l'existence d'un acte illicite, le dommage qu'il prétend avoir subi, le lien de causalité et la faute – dans les cantons qui prévoient cette dernière condition. La causalité adéquate est établie lorsque le dommage aurait pu être évité si l'autorisation n'avait pas été délivrée, si des mesures de sécurité avaient été ordonnées ou si des avertissements avaient été donnés⁸⁶. L'éventuelle responsabilité de l'Etat ne se substitue pas à celle du

⁷⁸ Voir, par ex., art. 194 al. 3 de la loi fribourgeoise sur l'aménagement du territoire et les constructions, du 9 mai 1983 (LATC FR; RS FR 710.1); art. 79 al. 1 let. a RLATC VD; art. 38 al. 1 let. a RCI GE. Voir aussi § 12a *Zürcher Verordnung über die ordentlichen technischen und übrigen Anforderungen an Bauten, Anlagen, Ausstattungen und Ausrüstungen*, du 6 mai 1981 (BBV I ZH; RS ZH 700.21); § 203 PBG LU; § 63 *Baselstadtsche Bau- und Planungsverordnung*, du 19 décembre 2000 (BPV BS; RS BS 730.110); art. 49 al. 2 de la *legge edilizia cantonale del cantone Ticino*, du 13 mars 1991 (LEC TI; RS TI 7.1.2.1).

⁷⁹ Anne-Christine FAVRE a donné une autre illustration, concernant les garde-corps, durant son exposé lors de la Journée ASPAN-UNIL le 23 janvier 2008 à Morges.

⁸⁰ Voir, par ex., § 305 PBG ZH; art. 36 al. 1 let. g RLATC FR (l'al. 2 prévoit cependant certaines réserves); art. 52 al. 4 RCI GE. Voir aussi art. 24 al. 3 RLATC VD, qui précise que les escaliers sont, *en principe*, munis d'une main-courante.

⁸¹ Sur la responsabilité du propriétaire, voir CHAIX, pp. 53 s., n^{os} 29 s.

⁸² Comp. KNAPP, *Construction*, p. 61. Voir aussi TA ZH (25.08.1997) ZBI 1998, pp. 474 ss, consid. 3.

⁸³ Voir WEBER-DÜRLER, *Staatshaftung*, p. 394. A titre d'illustration, voir art. 14b *Urner Baugesetz*, du 10 mai 1970 (RS UR 40.1111): «Die Baubewilligung gilt nur für die projektmässige Ausführung. Sie schliesst keine Verantwortlichkeit des Gemeinwesens ein.»

⁸⁴ A titre d'illustration, voir art. 89 al. 1 de la loi vaudoise sur l'aménagement du territoire et les constructions, du 4 décembre 1985 (LATC VD; RS VD 700.11): «Toute construction sur un terrain ne présentant pas une solidité suffisante ou exposé à des dangers spéciaux tels que l'avalanche, l'éboulement, l'inondation, les glissements de terrain, est interdite avant l'exécution de travaux propres, à dire d'experts, à le consolider ou à écarter ces dangers; l'autorisation de construire n'engage pas la responsabilité de la commune ou de l'Etat.»

⁸⁵ Sur cette problématique, voir SOBOTICH, pp. 80-91.

⁸⁶ WEBER-DÜRLER, *Staatshaftung*, p. 401; RUCH, n^o 120 *ad* art. 22 LAT.

propriétaire. Le concours entre l'une et l'autre se règle sur la base de l'article 51 CO et des éventuelles autres règles applicables⁸⁷.

Enfin, l'Etat dont la responsabilité est recherchée peut tenter de démontrer la *faute concomitante* du lésé. Le cas échéant, celle-ci peut conduire à exclure la responsabilité de la collectivité concernée⁸⁸. Les dommages-intérêts devraient aussi pouvoir être simplement réduits dans certains cas où il ne se justifie pas d'exempter complètement la collectivité en cause. L'article 44 CO énonce une règle générale que l'on trouve aussi en droit fédéral⁸⁹ ainsi que dans la plupart des cantons, qui la reprennent expressément ou qui y renvoient⁹⁰.

B. La révocation d'une autorisation contraire au droit applicable

La *révocation* d'une autorisation de construire délivrée de manière contraire au droit en vigueur est possible si certaines conditions sont réunies⁹¹. Une telle révocation peut se fonder sur les seuls principes généraux du droit administratif si aucune base légale spécifique n'existe en droit cantonal⁹². Lorsque les travaux ont débuté sur la base d'une autorisation entrée en force, ils peuvent généralement être menés à terme eu égard au principe de la protection de la confiance⁹³. Un motif de police ou un intérêt public prédominant peut néanmoins légitimer un arrêt de ceux-ci⁹⁴.

Quoiqu'elle rétablisse une situation conforme au droit, la révocation d'une autorisation de construire peut tout de même donner lieu au versement d'une *indemnité* de la part de l'Etat⁹⁵, en particulier si des travaux importants

⁸⁷ Voir, par ex., § 63 al. 3 BPV BS, qui exclut toute responsabilité de l'Etat pour un dommage consécutif à l'utilisation de l'immeuble ou de l'installation ayant fait l'objet d'un permis de construire ou d'utiliser.

⁸⁸ WEBER-DÜRLER, Staatshaftung, pp. 399 et 402; RUCH, n°s 122-123 *ad* art. 22 LAT; SOBOTICH, pp. 151-153.

⁸⁹ Art. 4 LRCF.

⁹⁰ Voir FELLER, pp. 77 s. et les références.

⁹¹ Voir notamment FRITZSCHE / BÖSCH, pp. 21-30 s.; WALDMANN / HÄNNI, n° 75 *ad* art. 22 LAT.

⁹² FRITZSCHE / BÖSCH, pp. 21-30 s., à propos du droit zurichois.

⁹³ Voir, dans une optique générale, FELLER, pp. 73 s.

⁹⁴ MOOR, Droit administratif II, p. 332; voir aussi FELLER, pp. 73 s.

⁹⁵ Voir, à propos du versement en cas de révocation d'une décision administrative, ATF 109 Ib 246, consid. 4b; ATF 107 Ia 193, consid. 3e. A propos de la révocation d'une autorisation de construire, voir FRITZSCHE / BÖSCH, p. 21-30; WEBER-DÜRLER, Staatshaftung, p. 407; ZAUGG / LUDWIG, n° 6 *ad* art. 43 LC BE.

ont été effectués après l'entrée en force de l'autorisation de construire⁹⁶. Le propriétaire concerné doit être de bonne foi⁹⁷ et ne pas avoir induit en erreur l'autorité compétente⁹⁸, étant précisé que l'existence d'un motif de police – la protection contre un danger d'avalanches, par exemple – ne s'accompagne en principe d'aucune indemnité⁹⁹. Le versement d'une indemnité devrait être plus facilement admis si un autre intérêt public important – la protection de règles très strictes en matière de construction dans le centre historique d'une ville faisant partie du patrimoine mondial de l'Unesco, par exemple – est invoqué pour révoquer une autorisation de construire, alors que les travaux ont déjà débuté. En revanche, le versement d'une indemnité lorsque les travaux n'ont pas encore commencé est sinon catégoriquement exclu, du moins réservé à des circonstances très particulières¹⁰⁰.

Il appartient au propriétaire de recourir contre la révocation de l'autorisation s'il la conteste ou si l'autorité ne lui alloue pas d'emblée une indemnité. S'il renonce à recourir, il n'est, en principe, pas légitimé à intenter une action en responsabilité contre l'Etat¹⁰¹. L'indemnité se fonde sur le droit cantonal¹⁰², voire sur les règles de la bonne foi au sens de l'article 9 Cst. féd.¹⁰³. Il est, en revanche, plus délicat de voir dans le retrait d'une autorisation délivrée de manière contraire au droit un véritable cas d'expropriation matérielle, en particulier si ce retrait est justifié par un motif de police. Le droit cantonal peut toutefois renvoyer aux dispositions régissant l'expropriation matérielle¹⁰⁴, qui s'appliquent alors par analogie.

C. Le refus d'une autorisation à la suite d'une modification du droit applicable

Un constructeur ne peut, en principe, réclamer à l'Etat le remboursement des frais d'un projet devenu irréalisable à la suite d'une modification du droit en

⁹⁶ Voir, par ex., art. 43 al. 2 de la loi bernoise sur les constructions, du 9 juin 1985 (LC BE; RS BE 721.0); art. 18 al. 2 LEC TI.

⁹⁷ Voir WEBER-DÜRLER, *Entwicklung*, p. 296 et les références.

⁹⁸ Voir, par ex., art. 43 al. 2 let. b LC BE; art. 18 al. 2 LEC TI; art. 24 al. 2 let. b de la loi jurassienne sur les constructions et l'aménagement du territoire, du 25 juin 1987 (LCAT JU; RS JU 701.1). Voir également FRITZSCHE / BÖSCH, p. 21-30.

⁹⁹ MOOR, *Droit administratif II*, p. 332.

¹⁰⁰ Plus catégorique sur ce point, KNAPP, *Construction*, p. 61.

¹⁰¹ Pour une approche similaire, voir FELLER, pp. 74 s. et les références doctrinales.

¹⁰² Voir, par ex., art. 43 al. 2 let. a LC BE; art. 178 al. 2 LATC FR; art. 24 LCAT JU. Le § 55 BPV BS ne fait pas mention d'une indemnité.

¹⁰³ Comp. ZAUGG / LUDWIG, n° 6 *ad* art. 43 LC BE.

¹⁰⁴ Voir notamment art. 43 al. 2 let. a LC BE; art. 18 al. 2 LEC TI; art. 24 al. 2 let. a LCAT JU.

vigueur, y compris si celle-ci s'est produite entre le moment du dépôt de la demande d'autorisation et celui de la décision¹⁰⁵. Deux réserves doivent néanmoins être émises à propos de cette dernière éventualité.

En premier lieu, lorsque le dépôt de la demande d'autorisation de construire a provoqué la modification du plan ou du règlement, l'autorité voulant ainsi empêcher l'exécution du projet, le remboursement des frais engagés en vain ne saurait être refusé, sauf si l'intention de l'autorité pouvait être prévue par le propriétaire¹⁰⁶. En second lieu, un dédommagement est également dû lorsque le constructeur a reçu des assurances quant au maintien de la réglementation¹⁰⁷.

Dans les deux hypothèses qui précèdent, l'indemnisation se fonde sur le principe de la protection de la confiance, sauf s'il s'agit d'un cas d'expropriation formelle ou matérielle¹⁰⁸. Cette protection découle, si certaines conditions sont réunies, de l'article 9 Cst. féd.¹⁰⁹. Dans quelques arrêts, le Tribunal fédéral applique cette disposition en lien avec la garantie de la propriété¹¹⁰, ancrée à l'article 26 Cst. féd. Enfin, notons que les cas dans lesquels une indemnité est prescrite par le Tribunal fédéral lors du refus d'une autorisation à la suite d'une modification du droit applicable demeurent rares¹¹¹.

D. L'absence de décision et le retard à statuer

L'autorité qui ne délivre pas ou qui tarde à délivrer une autorisation de construire alors que les conditions auxquelles est subordonné son octroi sont réunies viole le droit cantonal, notamment si celui-ci prévoit un délai pour rendre la décision. Si le droit cantonal est silencieux sur ce point, l'autorité commet *un déni de justice formel* si elle traite une demande dans un délai excessif au vu de l'affaire et de toutes les circonstances¹¹². Lorsqu'une voie de

¹⁰⁵ ATF 112 Ib 105, consid. 6a; ATF 108 Ib 352, consid. 4b/aa et bb.

¹⁰⁶ ATF 112 Ib 105, consid. 6a; ATF 108 Ib 352, consid. 4b/aa et bb. Voir notamment WALDMANN / HÄNNI, n° 109 *ad art.* 5 LAT.

¹⁰⁷ ATF 112 Ib 105, consid. 6a; ATF 108 Ib 352, consid. 4b/aa et bb. Voir notamment WALDMANN / HÄNNI, n° 109 *ad art.* 5 LAT.

¹⁰⁸ ATF 112 Ib 105, consid. 6a; ATF 108 Ib 352, consid. 4b/aa et bb. Voir notamment WALDMANN / HÄNNI, n° 109 *ad art.* 5 LAT.

¹⁰⁹ Voir WALDMANN / HÄNNI, n°s 108-110 *ad art.* 5 LAT; voir aussi, dans une optique générale, KIENER / KÄLIN, pp. 341-342 et l'exemple cité.

¹¹⁰ ATF 119 Ib 229, consid. 4a et c, JdT 1995 I 406; ATF 117 Ib 497, consid. 7b et c. Voir aussi WEBER-DÜRLER, *Entwicklung*, p. 303.

¹¹¹ WEBER-DÜRLER, *Entwicklung*, p. 303, note 155.

¹¹² Voir Tribunal cantonal SG (20.03.1985) RSJ 1987, pp. 30 s., consid. 1.

recours est ouverte contre le retard à statuer, elle doit, en principe, être empruntée. S'il obtient gain de cause devant l'autorité de recours, le propriétaire peut actionner l'Etat en responsabilité en cas d'erreur grave et manifeste ou de violation d'un devoir essentiel de l'autorité de première instance¹¹³.

IV. L'Etat propriétaire de bâtiments et autres ouvrages

A. Le régime de responsabilité

La responsabilité de l'Etat en tant que propriétaire de bâtiments et autres ouvrages se fonde sur l'article 58 CO¹¹⁴. Il s'agit d'une responsabilité *causale*¹¹⁵ qui suppose l'existence d'un bâtiment ou d'un ouvrage, d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien, d'un dommage ainsi que d'un lien de causalité entre le vice ou le défaut et le dommage.

En outre, en tant que propriétaire, l'Etat répond, en principe, selon les articles 679 et 684 ss CC lorsque les conditions d'application de ces dispositions sont réunies¹¹⁶. Ces articles s'appliquent aux collectivités publiques non seulement pour les immeubles faisant partie de leur patrimoine financier, mais aussi pour ceux appartenant à leur patrimoine administratif, pour autant que les immissions excessives ne résultent pas de manière inévitable de l'exercice d'une tâche publique¹¹⁷. Plus précisément, les situations dans lesquelles l'excès provenant de l'utilisation d'un ouvrage – conforme à sa destination – en vue d'accomplir une tâche publique est inévitable ou ne peut être écarté sans frais excessifs ne sont pas soumises aux règles du Code civil, mais, le cas échéant, à celles sur l'expropriation¹¹⁸.

Il ne s'agit pas ici d'examiner les conditions de ces différents chefs de responsabilité, l'Etat étant largement soumis au *régime ordinaire* du droit privé, lequel a fait l'objet de nombreuses études¹¹⁹. Nous nous contenterons

¹¹³ Voir *supra* I.C.

¹¹⁴ ATF 96 II 337, consid. 2a. Voir notamment ENGEL, p. 550; TANQUEREL, p. 350; JAAG, Haftung, p. 9, n° 30; WERRO, Responsabilité, p. 13, n° 33.

¹¹⁵ Voir, parmi de nombreux auteurs, SCHNYDER, n° 1 *ad* art. 58 CO.

¹¹⁶ Voir notamment ENGEL, p. 555; TANQUEREL, p. 350.

¹¹⁷ ATF 119 II 411, consid. 3c, JdT 1995 I 349 (rés.). Voir aussi WERRO, n° 23 et la jurisprudence citée *ad* art. 58 CO ainsi que Responsabilité, p. 173, n°s 659-661.

¹¹⁸ ATF 127 III 241, consid. 5b/cc, JdT 2002 I 242; ATF 123 II 481, consid. 7a, JdT 1998 I 385. Voir aussi JAAG, Haftung, p. 9, n° 31; WERRO, Responsabilité, p. 173, n° 661.

¹¹⁹ Voir notamment l'excellente contribution de M. le Juge François CHAIX à la Journée du droit de la propriété 2006 (Responsabilité, pp. 39-85).

de donner quelques indications concernant les édifices publics ou ouverts au public (B) et le réseau routier ainsi que les trottoirs (C), qui intéressent directement l'Etat.

B. Les édifices publics ou ouverts au public

D'une manière générale, le propriétaire d'un bâtiment ou d'un autre ouvrage n'a pas à supporter les risques que les utilisateurs ou les personnes qui entrent en contact avec l'ouvrage peuvent éviter « avec un minimum de prudence »¹²⁰. Ainsi, en principe, un ouvrage n'a pas à être aménagé en fonction d'une utilisation non conforme à sa destination¹²¹.

Les exigences relatives à la diligence du propriétaire d'édifices *publics* ou *ouverts au public* sont cependant plus élevées¹²². A cet égard, l'accessibilité d'un édifice ouvert au public semble être le critère décisif¹²³. Ainsi, par exemple, lorsqu'il aménage une porte de sortie du bâtiment, le propriétaire doit tenir compte des dangers qui peuvent surprendre un usager à l'extérieur du bâtiment¹²⁴. Le propriétaire d'un édifice public ou ouvert au public est tenu de mettre en œuvre les possibilités techniques permettant d'éliminer tous les défauts existants ou de mettre en place un dispositif de protection, pour autant que les coûts des mesures ne soient pas nettement disproportionnés par rapport aux intérêts des usagers et au but de l'ouvrage¹²⁵. Dans certains cas, une signalisation adéquate du danger suffit¹²⁶.

La violation des prescriptions de droit administratif applicables à certains bâtiments ou ouvrages constitue généralement un défaut au sens de l'article 58 CO; leur respect ne constitue en revanche qu'un indice que le propriétaire a satisfait à ses devoirs et n'exclut pas *a priori* l'application de la norme précitée¹²⁷. Lorsqu'il est violé, le droit public joue ainsi un rôle pour déterminer les cas de responsabilité de l'Etat¹²⁸. Enfin, la faute concomitante

¹²⁰ ATF 130 III 736, consid. 1.3, RDAF 2005 I 737 (rés.). Voir aussi Wyss, p. 58.

¹²¹ TF (02.03.2005) 4C.386/2004, consid. 2.1; ATF 130 III 736, consid. 1.3, RDAF 2005 I 737 (rés.).

¹²² ATF 118 II 36, consid. 4a, JdT 1993 I 307; ATF 117 II 399, consid. 2, JdT 1992 I 555. Voir aussi WERRO, Responsabilité, p. 159, n^{os} 609-610; SCHNYDER, n^o 17 *ad art.* 58 CO.

¹²³ Voir SCHNYDER, n^o 1 *ad art.* 58 CO.

¹²⁴ ATF 118 II 36, consid. 4a, JdT 1993 I 307.

¹²⁵ Dans le même sens, WERRO, n^o 20 *ad art.* 58 CO. Voir aussi TF (02.03.2005) 4C.386/2004, consid. 2.1; ATF 130 III 736, consid. 1.3, RDAF 2005 I 737 (rés.).

¹²⁶ WERRO, n^o 20 *ad art.* 58 CO. Voir ATF 117 II 399, consid. 3e, JdT 1992 I 555.

¹²⁷ ATF 130 III 736, consid. 1.4, RDAF 2005 I 737 (rés.). Voir aussi ENGEL, p. 551; PROBST, p. 60; BÜTLER/SUTTER, p. 475.

¹²⁸ Sur ce point, voir MOOR/PIOTET, pp. 489 s.

du lésé peut justifier une réduction de l'indemnité due, en application de l'article 44 al. 1 CO¹²⁹.

C. Le réseau routier et les trottoirs

La responsabilité de l'Etat pour le *réseau routier public* ainsi que les *trottoirs* est régie par l'article 58 CO. Comme pour les édifices publics ou ouverts au public, elle n'est pas uniquement engagée dans les cas d'une utilisation conforme par les usagers. Dans certaines circonstances, le propriétaire doit s'attendre au comportement déraisonnable d'une partie des usagers. L'Etat peut en particulier être tenu de prendre diverses mesures propres à empêcher des comportements d'enfants non conformes à la destination de la route, mais prévisibles ; il faut toutefois que ces mesures puissent raisonnablement être exigées de la part de l'Etat¹³⁰. On ne saurait, par exemple, imposer à une collectivité publique l'installation de barrières partout où la route borde un cours d'eau ou un lac¹³¹.

La responsabilité de l'Etat peut s'étendre à des routes ou trottoirs sur lesquels il a une maîtrise effective, comparable à celle que donne la propriété¹³². Ainsi, la collectivité publique qui assure l'entretien de trottoirs ou de chemins pédestres grevés d'une servitude à son profit peut répondre selon l'article 58 CO¹³³. Il n'en demeure pas moins qu'il appartient en principe au *propriétaire*, au sens des droits réels, de répondre de l'état défectueux d'un ouvrage et l'extension de la légitimation passive à une action en responsabilité fondée sur l'article 58 CO ne doit être admise qu'avec retenue¹³⁴.

S'agissant en particulier du déneigement, du salage ou du sablage des trottoirs ou des routes, la jurisprudence tient compte de l'impact de cet entretien sur les *finances publiques*¹³⁵. Elle recourt, en somme, au critère de la proportionnalité des mesures permettant d'écartier le danger par rapport aux coûts que celles-ci engendrent¹³⁶. Les possibilités financières d'une collecti-

¹²⁹ ATF 116 II 422, consid. 4, JdT 1991 I 162.

¹³⁰ ATF 130 III 736, consid. 1.6, RDAF 2005 I 737 (rés.).

¹³¹ ATF 130 III 736, consid. 2.2, RDAF 2005 I 737 (rés.).

¹³² CHAIX, p. 41, n° 4 ; voir aussi WERRO, n°s 30-32 *ad* art. 58 CO.

¹³³ ATF 91 II 281, consid. 4-7 ; JdT 1966 I 167. Voir aussi WERRO, Responsabilité, p. 166, n° 632, qui note que la jurisprudence n'est pas toujours cohérente sur ce point ; SCHNYDER, n° 22 *ad* art. 58 CO.

¹³⁴ ATF 123 III 306, consid. 3a. Voir aussi WERRO, Responsabilité, p. 166, n° 633.

¹³⁵ ATF 129 III 65, consid. 1.1, JdT 2003 I 505 et 600. Voir notamment WERRO, n° 36 *ad* art. 58 CO ; BREHM, n°s 210-220 *ad* art. 58 CO, qui se montre critique à l'égard de la jurisprudence ; CHAIX, p. 44, n° 11 ; SCHNYDER, n° 23 *ad* art. 58 CO ; BÜTLER / SUTTER, pp. 475 s.

¹³⁶ WERRO, Responsabilité, p. 167, n° 637.

vité publique jouent aussi un rôle lorsqu'il s'agit de déterminer l'ampleur des aménagements et de l'entretien d'une route à la charge de la collectivité¹³⁷.

Quatre remarques s'imposent cependant à propos de ce qui précède. Premièrement, la mauvaise santé financière d'une collectivité ne saurait justifier la violation des prescriptions de droit administratif relatives à la sécurité des routes, installations routières et trottoirs¹³⁸. Deuxièmement, les routes et trottoirs doivent au moins pouvoir être utilisés sans danger en faisant preuve de l'attention normale prescrite par les circonstances¹³⁹. A cet égard, il appartient au conducteur de tenir compte de l'état du réseau routier ainsi que des conditions météorologiques, et d'adapter sa vitesse en conséquence¹⁴⁰. Troisièmement, le manque de moyens financiers ne devrait pas constituer une véritable preuve libératoire à disposition des collectivités publiques. Il représente plutôt un facteur à prendre en compte lorsqu'il s'agit d'apprécier le niveau des exigences en matière d'aménagement et d'entretien des routes et trottoirs que l'on peut attendre d'une collectivité dans une situation concrète. Quatrièmement, l'effort des collectivités publiques doit, selon la jurisprudence, porter prioritairement sur l'intérieur des localités, surtout dans l'intérêt des piétons, et les routes les plus dangereuses – les autoroutes en particulier¹⁴¹. En revanche, le niveau d'entretien des autres routes se trouvant en dehors des localités, notamment en cas de chutes de neige ou de formation de verglas, peut être réduit¹⁴².

V. L'atteinte à la propriété privée

A. L'atteinte par l'Etat

Lorsque l'Etat porte atteinte de manière illicite à la propriété privée, il engage sa responsabilité selon les conditions ordinaires de celle-ci¹⁴³. Si le fait dommageable consiste dans l'atteinte au droit de propriété, c'est-à-dire à un

¹³⁷ ATF 130 III 736, consid. 1.4, RDAF 2005 I 737 (rés.).

¹³⁸ Voir, dans une optique générale, BREHM, n° 193 *ad* art. 58 CO.

¹³⁹ Dans ce sens semble-t-il, ATF 130 III 736, consid. 1.4, RDAF 2005 I 737 (rés.).

¹⁴⁰ Art. 31 al. 1 et 32 al. 2 de la loi fédérale sur la circulation routière, du 19 décembre 1958 (RS 741.01). Voir notamment WERRO, n° 34 *ad* art. 58 CO et Responsabilité, p. 167, n° 635, qui estime que la jurisprudence exclut trop facilement la responsabilité de l'Etat; SCHNYDER, n° 24 *ad* art. 58 CO.

¹⁴¹ ATF 129 III 65, consid. 1.2, JdT 2003 I 505 et 600. Voir aussi BREHM, nos 219a-220 et 226-230 *ad* art. 58 CO; BÜTLER/SUTTER, pp. 476 s.

¹⁴² ATF 129 III 65, consid. 1.2, JdT 2003 I 505 et 600. Voir aussi WERRO, n° 37 *ad* art. 58 CO; BREHM, n° 219 *ad* art. 58 CO; BÜTLER/SUTTER, pp. 476 s.

¹⁴³ Voir *supra* I.C.

droit absolu, l'illicéité est d'emblée réalisée, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si et de quelle manière l'auteur a violé une norme de comportement spécifique¹⁴⁴. Lorsqu'une protection juridique existe contre l'acte portant atteinte à la propriété, elle doit, en principe, être utilisée avant qu'entre en ligne de compte une éventuelle responsabilité de l'Etat¹⁴⁵. Il en va ainsi que l'acte en cause soit une décision ou un acte matériel¹⁴⁶. A défaut, le justiciable perd, en règle générale, son droit de contester la licéité de l'acte dans le cadre d'une action en responsabilité contre l'Etat¹⁴⁷.

Enfin, lorsque l'atteinte est licite, l'application des règles sur l'expropriation formelle, y compris des droits de voisinage, et matérielle peut conduire au versement par l'Etat d'une indemnité à un propriétaire atteint dans ses droits¹⁴⁸.

B. L'atteinte par un ou plusieurs particuliers

Plus délicate est la question de savoir si l'Etat lui-même peut se voir reprocher une forme de *passivité* susceptible d'engager sa responsabilité, lorsqu'il ne réagit pas à l'atteinte portée à la propriété privée par un ou plusieurs particuliers. Cette problématique mérite une analyse approfondie tant sous l'angle de l'interdiction du déni de justice formel et de la prohibition de l'arbitraire (1) que sous celui de la théorie des obligations positives (2).

1. L'interdiction du déni de justice formel et la prohibition de l'arbitraire

L'atteinte à la propriété privée émanant d'un ou plusieurs particuliers – des squatters, par exemple – est régie par le droit *privé*. Le rôle essentiel de l'Etat consiste à mettre en place des procédures et des mécanismes d'exécution forcée permettant au propriétaire notamment de faire cesser l'atteinte et d'obtenir, le cas échéant, une réparation du dommage subi. En revanche, une telle atteinte n'engage pas, directement à tout le moins, la responsabilité de l'Etat.

L'Etat ne saurait néanmoins se désintéresser complètement de la situation dans laquelle se trouve une personne dont le droit de propriété est violé par

¹⁴⁴ ATF 132 II 305, consid. 4.1. Voir *supra* I.C.

¹⁴⁵ Voir, dans une optique générale, TF (18.06.2008) 2C_25/2008, consid. 3.2; ATF 126 I 144, consid. 2a. Pour le surplus, voir I.C.

¹⁴⁶ Comp. FELLER, pp. 25 s.

¹⁴⁷ Voir I.C.

¹⁴⁸ Voir les contributions de Maya HERTIG et André JOMINI dans le présent ouvrage.

un tiers. La propriété est, en tant que telle, une institution protégée par la Constitution fédérale¹⁴⁹. Il est vrai que les autorités de police jouissent d'un large pouvoir d'appréciation en cas d'atteinte à la propriété privée¹⁵⁰. De surcroît, il appartient au propriétaire lésé de s'adresser en priorité au *juge civil* pour obtenir le respect ou le rétablissement de ses droits, à moins que la valeur des intérêts en jeu et la gravité de l'atteinte qui leur est portée nécessitent une intervention immédiate de la part de la police, impossible à obtenir en temps utile par la voie civile¹⁵¹.

Lorsqu'une telle intervention s'impose, ainsi que lorsque le propriétaire a obtenu une décision définitive d'évacuation mais qu'il ne parvient pas à en obtenir l'exécution forcée, *l'inaction* de la part de l'autorité compétente peut être constitutive d'un déni de justice formel (art. 29 al. 1 Cst. féd.)¹⁵², voire d'une violation de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst. féd.)¹⁵³. Le propriétaire est toutefois tenu de requérir l'exécution forcée du jugement d'évacuation qu'il a, par hypothèse, obtenu et de recourir contre le refus de donner suite à sa requête. Dans son recours, il invoquera l'interdiction du déni de justice formel, l'interdiction de l'arbitraire ainsi que la garantie de la propriété, voire la protection du domicile et, le cas échéant, de la vie privée ou familiale. S'il obtient gain de cause dans le cadre de cette procédure et si l'autorité a commis une erreur grave et manifeste ou a violé un devoir essentiel qui lui incombait¹⁵⁴, il peut alors intenter, avec quelque chance de succès, une action en responsabilité contre l'Etat.

2. *La théorie des obligations positives*

Les considérations qui précèdent peuvent être mises en parallèle avec la théorie des *obligations positives* dans le domaine des droits fondamentaux (a). La garantie de la propriété (b) ainsi que la protection du domicile et, plus largement, de la vie privée et familiale (c) revêtent une importance toute particulière dans la problématique qui nous occupe.

a) *Généralités*

Les obligations positives mises à la charge de l'Etat enjoignent celui-ci à garantir activement la mise en œuvre des droits fondamentaux – notamment

¹⁴⁹ Voir *infra* V.B.2.b.

¹⁵⁰ TF (22.06.2006) 1P.109/2006, consid. 4.1.

¹⁵¹ TF (22.06.2006) 1P.109/2006, consid. 4.1; TF (10.05.2002), 1P.175/2002, consid. 3.1 et la jurisprudence non publiée citée.

¹⁵² Voir, dans une optique générale, TF (13.11.2007) 1P.791/2006, consid. 3.1, BR/DC 1/2008, p. 23 (rés.).

¹⁵³ ATF 119 la 28, consid. 3 *in fine*, à propos de l'interdiction de l'arbitraire. S'agissant de l'interdiction du déni de justice formel, voir EGGER ROCHAT, pp. 389 s. et 400 s., n^{os} 978 et 1001-1005.

¹⁵⁴ Voir, d'une manière générale, MOOR, Droit administratif II, p. 725.

dans les relations entre particuliers¹⁵⁵. Elles peuvent fonder un *devoir étatique de protection* contre les atteintes provoquées par des tiers¹⁵⁶. Cette construction assure aux droits fondamentaux une certaine portée dans la sphère privée sans toutefois lier directement les sujets de droit privé. L'Etat demeure, en effet, seul destinataire d'une obligation positive. La théorie des obligations positives est bien affirmée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence du Tribunal fédéral reste, quant à elle, encore timide en la matière.

b) *La garantie de la propriété*

La propriété est garantie par les articles 1 du Protocole n° 1 à la CEDH et 26 Cst. féd. La Cour européenne des droits de l'homme a déduit diverses obligations positives de l'article 1 du Protocole n° 1 à la CEDH¹⁵⁷. A notre connaissance, elle n'a cependant rendu, pour l'instant, aucun arrêt reconnaissant une obligation positive de l'Etat d'intervenir à l'encontre de squatters occupant un bâtiment ou un logement. La Commission européenne des droits de l'homme avait refusé, il y a une vingtaine d'années, d'entrer en matière sur une requête tendant à faire condamner les Pays-Bas pour ne pas avoir procédé à l'évacuation de squatters, au motif que le requérant n'avait pas utilisé les possibilités que lui offrait le droit civil hollandais pour obtenir une telle évacuation¹⁵⁸. Signalons que la Suisse n'a, jusqu'à présent, pas ratifié ce protocole. Aussi des éventuels développements de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pourraient-ils tout au plus constituer une source d'inspiration pour les autorités suisses chargées d'interpréter l'article 26 Cst. féd.

En Suisse, «[l]es droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique», conformément à l'article 35 al. 1 Cst. féd. L'alinéa 3 de cet article charge les autorités de veiller à ce que «les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux». Cela ne revient pas à conférer un effet horizontal direct aux droits fondamentaux. Il appartient plutôt aux autorités d'interpréter les normes et d'utiliser les outils dont elles disposent de façon à remplir l'obligation dont les charge l'article 35 al. 3 Cst. féd. La jurisprudence de notre Haute Cour est peu développée s'agissant de la réalisation de la garantie constitutionnelle de la propriété dans les relations inter-

¹⁵⁵ Sur ce point, voir notamment AKANDJI-KOMBE, p. 7; BESSON, pp. 49 ss.

¹⁵⁶ ATF 126 II 300, consid. 5a; ATF 119 la 28, consid. 2. Voir, à propos de la garantie de la propriété, HOTTETIER, p. 156; plus circonspecte, EGGER ROCHAT, pp. 388 s., n° 976 s.

¹⁵⁷ Voir notamment AKANDJI-KOMBE, pp. 56-59 et les références jurisprudentielles.

¹⁵⁸ CommissionEDH, décision *Van der Linden Vooren c. Pays-Bas* du 14 juillet 1988, requête n° 12049/86.

individuelles. Le Tribunal fédéral a néanmoins relevé, il y a une quinzaine d'années, que le devoir d'intervention des autorités pour mettre fin à une atteinte aux droits fondamentaux émanant d'autres particuliers « existe en principe de façon générale, en rapport avec chacun de ces droits – y compris, donc, le droit de propriété –, parce que la possibilité effective de les exercer paisiblement est une composante de l'ordre public dont la sauvegarde incombe à l'Etat; la police, qui est spécialement chargée du maintien de l'ordre, doit donc agir lorsqu'une personne est entravée ou menacée dans l'exercice d'un droit fondamental »¹⁵⁹. Dans un arrêt plus récent, il a insisté sur la nécessité de procéder à une pesée des intérêts en présence afin de décider ou non d'une intervention de l'autorité¹⁶⁰.

Les articles 26 et 35 al. 3 Cst. féd., appliqués conjointement, n'interdisent sans doute pas de renvoyer le propriétaire dont les droits sont violés devant le juge civil, sauf si une intervention immédiate de l'autorité policière s'impose¹⁶¹. Encore faut-il cependant que le propriétaire dispose d'une possibilité *réelle et effective* de saisir le juge civil, de faire valoir ses droits devant ce dernier et d'obtenir l'exécution forcée du jugement rendu. Une difficulté particulière peut se présenter lorsqu'un logement ou un bâtiment est occupé par des squatters. Ainsi, le changement des occupants d'un logement ou d'un bâtiment en cours de procédure peut soulever des difficultés en ce qui concerne tant la légitimation passive aux actions civiles, notamment à celle en revendication de l'article 641 al. 2 CC¹⁶², que l'opposabilité d'un jugement d'évacuation en force¹⁶³. Ces difficultés ne doivent certes pas être sous-estimées; elles ne dispensent cependant pas le propriétaire de tenter de faire valoir ses droits devant le juge civil. Si la procédure au fond ou celle d'exécution forcée conduisent à une impasse en raison du changement des occupants du logement ou du bâtiment en cours de procédure, il faut alors admettre que,

¹⁵⁹ ATF 119 la 28, consid. 2.

¹⁶⁰ TF (22.06.2006) 1P.109/2006, consid. 4 et 5.

¹⁶¹ TF (22.06.2006) 1P.109/2006, consid. 4.1; TF (10.05.2002), 1P.175/2002, consid. 3.1 et la jurisprudence non publiée citée. Voir aussi un communiqué de presse du conseil d'Etat du canton de Genève, du 28 juillet 2008, duquel ressort que « [l]orsque le propriétaire d'un immeuble occupé omet de déposer plainte ou dépose plainte en indiquant qu'il ne requiert pas pour autant l'évacuation, l'évacuation ne pourra être ordonnée que si le propriétaire est au bénéfice d'un jugement ou d'une décision administrative exécutoire et en force ». En revanche, « [e]n cas de flagrant délit, et pour autant que le propriétaire d'un immeuble dépose plainte pénale en exigeant l'évacuation de son immeuble immédiatement après l'occupation du site, l'immeuble est évacué, au besoin avec l'assistance des forces de police ». Enfin, l'exécution d'un jugement ou d'une décision administrative d'évacuation doit être précédée d'un « avertissement clair ».

¹⁶² Sur cette action, voir EGGER ROCHAT, pp. 197-227, n^{os} 516-606.

¹⁶³ Sur ce dernier point, voir EGGER ROCHAT, pp. 370-372, n^{os} 935-937, qui estime que l'opposabilité de l'exécution forcée d'un jugement d'évacuation à des occupants sans droit qui n'étaient pas parties à la procédure civile n'est pas exclue. Voir aussi TF (22.06.2006) 1P.109/2006, consid. 4.2, qui paraît prêt à entrer en matière sur ce point.

tant qu'il est de bonne foi, le propriétaire a valablement cherché à obtenir une protection devant le juge civil et qu'il peut désormais en appeler à la force publique. Si tel n'était pas le cas, l'obligation découlant de l'article 35 al. 3 Cst. féd. – mis en relation avec l'article 26 Cst. féd. et les dispositions du Code civil protégeant la propriété – serait violée. Il convient néanmoins de réserver l'existence de motifs sinon impérieux, du moins importants commandant de différer une intervention de l'autorité si les circonstances se sont modifiées de manière importante depuis le prononcé du jugement¹⁶⁴.

En revanche, aucune violation d'une quelconque obligation positive à la charge de l'Etat ne doit, en principe, être retenue si le propriétaire n'a même pas tenté d'obtenir un jugement civil d'évacuation ou l'exécution forcée de celui-ci.

Enfin, le refus de l'autorité de respecter les obligations qui pèsent sur elle constitue potentiellement un *déni de justice formel*¹⁶⁵. Un recours est ouvert au propriétaire, d'abord au niveau cantonal, puis devant le Tribunal fédéral. Une condamnation pour déni de justice formel peut engager la responsabilité de l'Etat¹⁶⁶.

c) *La protection du domicile ainsi que de la vie privée et familiale*

Lorsque le logement occupé par des tiers constitue le *domicile* d'une personne, il est protégé par les articles 8 CEDH et 13 Cst. féd. La protection de la vie privée et familiale entre aussi en ligne de compte. La notion de domicile au sens de ces articles est autonome et ne se confond pas avec celle de l'article 23 CC. Elle inclut non seulement les lieux d'habitation où s'épanouit ordinairement de manière privilégiée la vie privée et familiale, comme une maison ou un appartement, mais s'étend également à toutes sortes de lieux dont l'utilisation comme centre de la vie privée ou familiale peut n'être que provisoire ou temporaire, comme une chambre d'hôtel¹⁶⁷. La protection des articles 8 CEDH et 13 Cst. féd. existe « dès le moment où il résulte des circonstances que cet espace relève de la sphère privée de son occupant et constitue son centre de vie »¹⁶⁸. Elle peut, en outre, s'étendre à des locaux dédiés à un usage professionnel ou commercial¹⁶⁹, par exemple aux locaux d'une étude

¹⁶⁴ Comp. EGGER ROCHAT, p. 401, n° 1003, qui est plus réservée sur ce point.

¹⁶⁵ Voir aussi EGGER ROCHAT, pp. 389 s. et 400 s., n°s 978 et 1001-1005.

¹⁶⁶ Voir *supra* V.B.1.

¹⁶⁷ TF (24.05.2007) 2P.272/2006, consid. 5.1 ainsi que les références jurisprudentielles et doctrinales, RSDIE 2007, p. 306.

¹⁶⁸ TF (24.05.2007) 2P.272/2006, consid. 5.1, RSDIE 2007, p. 306.

¹⁶⁹ TF (24.05.2007) 2P.272/2006, consid. 5.1 et les références jurisprudentielles, RSDIE 2007, p. 306.

d'avocats¹⁷⁰. *A contrario*, elle ne protège pas le propriétaire d'un bâtiment qui n'occupe ce bâtiment ni à titre privé ni à titre professionnel. Concrètement, le propriétaire d'un immeuble de rendement occupé par des squatters ne saurait se prévaloir des articles 8 CEDH et 13 Cst. féd., mais doit se replier sur les normes constitutionnelles et civiles protégeant la propriété.

Les *obligations positives* découlant de l'article 8 CEDH mises à la charge des Etats par la Cour européenne des droits de l'homme sont fort nombreuses¹⁷¹. La jurisprudence du Tribunal fédéral est plus timide sur ce point¹⁷². La Cour européenne des droits de l'homme impose en particulier aux Etats une application diligente de la loi par les juges internes¹⁷³ et une exécution prompte des décisions judiciaires définitives confirmant le droit de propriété ou le droit d'occupation¹⁷⁴. En droit interne, un retard à statuer ou à exécuter une décision judiciaire peut être constitutif d'un déni de justice formel. Compte tenu de l'intérêt en jeu – le domicile et, le cas échéant, la vie privée et familiale – un déni de justice formel devrait être plus rapidement admis en cas d'inaction de l'autorité compétente que lorsque la seule garantie de la propriété est touchée¹⁷⁵. Une condamnation pour déni de justice formel peut, comme nous l'avons vu, engager la responsabilité de l'Etat¹⁷⁶.

Enfin, la question est controversée de savoir si *l'occupation illégale* – notamment par des squatters – d'un espace comme centre de vie peut ou doit également bénéficier de la protection du domicile¹⁷⁷. Une éventuelle réponse positive à cette question ne reviendrait toutefois pas à conférer un quelconque droit absolu à des squatters, mais pourrait tout au plus commander de différer une intervention de l'autorité qui serait manifestement disproportionnée dans les circonstances concrètes.

¹⁷⁰ Voir l'arrêt de principe suivant : CourEDH, arrêt *Niemietz c. Allemagne* du 16 décembre 1992, série A n° 251, §§ 27-33.

¹⁷¹ Voir notamment AKANDJI-KOMBE, pp. 38-50 et les références jurisprudentielles.

¹⁷² Voir notamment ATF 129 II 420, consid. 5 (passage d'une ligne électrique à haute tension au-dessus d'une maison d'habitation / violation de l'article 8 CEDH niée par le TF) ; ATF 126 II 300, consid. 5b et c (bruit de tirs à la fête du « Banntag » à Liestal / violation de l'article 8 CEDH niée par le TF).

¹⁷³ CourEDH, arrêt *Surugiu c. Roumanie* du 20 avril 2004, requête n° 48995/99, § 65 ; arrêt *Novosseletski c. Ukraine* du 22 février 2005, requête n° 47148/99, Rec. 2005-II (extraits), § 78.

¹⁷⁴ CourEDH, arrêts *Surugiu* (note 173), § 65 et *Novosseletski* (note 173), §§ 84 et 89.

¹⁷⁵ Sur ce point, la position adoptée récemment par le Conseil d'Etat genevois (cf. note 161) peut ne pas s'avérer pleinement satisfaisante. En effet, une atteinte au domicile ainsi qu'à la vie privée ou familiale justifie une réaction rapide des autorités, même si une plainte pénale n'a pas été immédiatement déposée.

¹⁷⁶ Voir *supra* V.B.1.

¹⁷⁷ Voir TF (24.05.2007) 2P.272/2006, consid. 5.1, RSDIE 2007, p. 306, qui se borne à évoquer la question. En doctrine, voir notamment MÜLLER / SCHEFER, p. 188 ; VILLIGER, n° 585.

Conclusion

La responsabilité de l'Etat en matière immobilière constitue un vaste sujet dont nous n'avons qu'effleuré les contours. En la matière, les principaux cas dans lesquels l'Etat peut être amené à indemniser un ou plusieurs propriétaires sont régis par les règles sur l'expropriation formelle ou matérielle. Indépendamment de ces règles, l'Etat et ses agents peuvent aussi porter directement atteinte à la propriété par *leurs actes* et engager potentiellement la responsabilité de l'Etat si ceux-ci sont illicites.

La jurisprudence relative à la responsabilité de l'Etat *pour omission* demeure, quant à elle, encore peu développée. Dans les cas où une omission est reprochée à l'Etat, un particulier est souvent susceptible de répondre du dommage subi par le lésé, à moins que ce dernier ait commis une faute concomitante de nature à exonérer la responsabilité tant de l'Etat que du particulier en question. En pratique, le lésé agira généralement contre celui-ci. Aussi la responsabilité de l'Etat est-elle nettement reléguée au second plan – pour peu qu'elle soit engagée –, ce qui ne prête pas en soi à la critique. En effet, il paraît naturel que la personne qui est plus directement responsable d'un dommage répare celui-ci – le propriétaire d'un bâtiment ou l'architecte pour le dommage résultant d'une construction contraire au droit applicable, par exemple. Un tel système donne satisfaction, pour autant que le lésé puisse s'adresser à une autorité afin de faire cesser l'atteinte dont il est victime et obtenir, le cas échéant, la réparation du dommage subi. Or c'est là que le bât blesse parfois, notamment dans certains cas d'occupation illégale d'un bâtiment entraînant un dommage pour son propriétaire.

Bibliographie

- AKANDJI-KOMBE Jean-François, Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, Strasbourg 2006.
- BESSON Samantha, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux – Un essai en dogmatique comparative, RDS 2003 I 49-96.
- BOVAY Benoît, Le permis de construire en droit vaudois, thèse Lausanne, Lausanne 1988.
- BREHM Roland, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI.1/3/1, 3^e éd., Berne 2006.
- BÜTLER Michael / SUTTER Patrick, Verkehrssicherungspflichten gegen Steinschlag auf Strassen – Überlegungen mit Blick auf jüngste Ereignisse auf der Gotthard-Autobahn, ZBl 2007, pp. 469-492.
- CARRON Benoît, Responsabilité de l'Etat et de ses agents, FJS 354, Genève 1996.
- CHAIX François, La responsabilité civile du propriétaire de bâtiment (art. 58 CO), in Bénédicte FOËX / Michel HOTTELIER (édit.), Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier, Genève/Zurich/Bâle 2007, pp. 39-85.
- EGGER ROCHAT Gwendoline, Les squatters et autres occupants sans droit d'un immeuble: étude de droit suisse, thèse Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2002.
- ENGEL Pierre, Traité des obligations en droit suisse, 2^e éd., Berne 1997.
- FAVRE Anne-Christine, La responsabilité des autorités lors de la prévention des dangers naturels, Territoire & Environnement VLP-ASPAN n° 6/2007.
- FELLER Reto, Das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes im Staatshaftungsrecht – Eine Untersuchung zu Art. 12 VG und zur Widerrechtlichkeit im Rahmen der Staatshaftung für Rechtsakte, thèse Berne, Zurich/St-Gall 2007.
- FLÜCKIGER Alexandre in Heinz AEMISEGGER / Alfred KUTTLER / Pierre MOOR / Alexander RUCH (édit.), Commentaire de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Zurich 1999, ad art. 15.
- FRITZSCHE Christoph / BÖSCH Peter, Zürcher Planungs- und Baurecht, 4^e éd., Zurich 2006.
- GRISEL André, Traité de droit administratif, 2 vol., Neuchâtel 1984.
- GROSS Jost, Schweizerisches Staatshaftungsrecht: Stand und Entwicklungstendenzen, 2^e éd., Berne 2001.

- HÄFELIN Ulrich / MÜLLER Georg / UHLMANN Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5^e éd., Zurich/St-Gall/Bâle/Genève 2006.
- HÄNNI Peter, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4^e éd., Berne 2002 (cité: HÄNNI, Recht);
- Staatshaftung wegen Untätigkeit der Verwaltung, *in* Benoît BOVAY / Minh Son NGUYEN (édit.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor*, Berne 2005, pp. 337-350 (cité: HÄNNI, Staatshaftung).
- HOTTELIER Michel, La garantie de la propriété en droit fédéral suisse: fondements, contenu et fonctions, *Revue internationale de droit comparé* 1997, pp. 135-157.
- JAAG Tobias, Öffentliches Entschädigungsrecht – Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen verschiedenen Formen von öffentlichrechtlicher Entschädigung, *ZBl* 1997, pp. 145-174 (cité: JAAG, Entschädigungsrecht);
- Staatshaftung nach dem Entwurf für die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, *RDS* 2003 II 3-124 (JAAG, Staatshaftung);
 - Staatshaftung für Schädigung durch rechtskräftige Verfügungen und Entscheide, *in* Benoît BOVAY / Minh Son NGUYEN (édit.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor*, Berne 2005, pp. 351-361 (cité: JAAG, Verfügungen);
 - Staats- und Beamtenhaftung, *in* Heinrich KOLLER / Georg MÜLLER / René RHINOW / Ulrich ZIMMERLI (édit.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band I (Organisationsrecht), Teil 3, 2^e éd., Bâle 2006* (cité: JAAG, Haftung).
- KIENER Regina / KÄLIN Walter, *Grundrechte*, Berne 2007.
- KNAPP Blaise, Responsabilité de l'Etat en cas de catastrophes naturelles, *RDS* 1986 I, pp. 589-617 (cité: KNAPP, Catastrophes).
- La responsabilité de l'Etat en matière de construction, *in* *Journées du droit de la construction*, Fribourg 1997, pp. 48-64 (cité: KNAPP, Construction).
- MAYHALL Nadine, *Aufsicht und Staatshaftung*, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2008.
- MOOR Pierre, *Droit administratif, vol. I: les fondements généraux*, 2^e éd., Berne 1994 (MOOR, *Droit administratif I*);
- *Droit administratif, vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle*, 2^e éd., Berne 2002 (cité: MOOR, *Droit administratif II*).
- MOOR Pierre / PIOTET Denis, La responsabilité des cantons à raison d'actes illicites: Droit public ou droit privé? – Quelques réflexions à propos de l'avant-projet portant revision de la partie générale du droit de la responsabilité civile, *ZBl* 1996, pp. 481-504.

- MÜLLER Jörg Paul / SCHEFER Markus, Grundrechte in der Schweiz im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, 4^e éd., Berne 2008.
- OFTINGER Karl / STARK Emil W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, vol. II/1, 4^e éd., Zurich 1987.
- PIOTET Denis, La responsabilité patrimoniale des notaires et autres officiers publics – Etude de droit public suisse, thèse Lausanne, Zurich 1981 (cité: PIOTET, Responsabilité).
- PROBST Thomas, Die Haftung des Stasseneigentümers, in Hubert STÖCKLI / Franz WERRO (édit.), *Strassenverkehrsrechtstagung 2006*, Berne 2006, pp. 35 ss.
- REY Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4^e éd., Zurich 2008.
- RIVA Enrico in Heinz AEMISEGGER / Alfred KUTTLER / Pierre MOOR / Alexander RUCH (édit.), *Commentaire de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire*, Zurich 1999, ad art. 5.
- RUCH Alexander in Heinz AEMISEGGER / Alfred KUTTLER / Pierre MOOR / Alexander RUCH (édit.), *Commentaire de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire*, Zurich 1999, ad art. 22 et 26.
- SCHNYDER Anton K. in Heinrich HONSELL / Nedim Peter VOGT / Wolfgang WIEGAND (édit.), *Obligationenrecht I, Basler Kommentar*, 4^e éd., Bâle 2007, ad art. 58 et 61.
- SCHÖN Franz, *Staatshaftung als Verwaltungsrechtsschutz*, thèse Bâle, Bâle et Stuttgart 1979.
- SOBOTICH Viviane, *Staatshaftung aus Kontrolltätigkeit im Baurecht*, thèse Zurich, Zurich 2000.
- TANQUEREL Thierry, La responsabilité de l'Etat sous l'angle de la loi genevoise sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989, SJ 1997, pp. 345-371.
- TSCHANNEN Pierre / ZIMMERLI Ulrich, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2^e éd., Berne 2005.
- VILLIGER Mark E., *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 2^e éd., Zurich 1999.
- WALDMANN Bernhard / HÄNNI Peter, *Raumplanungsgesetz – Handkommentar*, Berne 2006.
- WEBER-DÜRLER Beatrice, Die Staatshaftung im Bauwesen, ZBl 1997, pp. 385-409 (cité: WEBER-DÜRLER, Staatshaftung);
- Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, ZBl 2002, pp. 281-310 (cité: WEBER-DÜRLER, Entwicklung).

- WERRO Franz in Luc Thévenoz / Franz Werro (édit.), Code des obligations I, Commentaire romand, Genève/Bâle/Munich 2003, ad art. 41-61 CO (cité: WERRO *ad* art. ... CO);
- La responsabilité civile, Berne 2005 (cité: WERRO, Responsabilité).
- WYSS Lukas, Technische Normen und Vorschriften im Spannungsfeld zwischen Haftpflicht- und Produktsicherheitsrecht, PJA 2006, pp. 53-73.
- ZAUGG Aldo / LUDWIG Peter, Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985 – Kommentar, vol. I, 3^e éd., Berne 2007.
- ZUFFEREY Jean-Baptiste, Renaturation des cours d'eau et responsabilité de l'Etat, DEP 2001, pp. 998-1011 (cité: ZUFFEREY, Renaturation);
- Öffentlichrechtliche Fragen der Baubewilligung und der Raumplanung, *in* Erdbebensicherheit von Gebäuden – Rechts- und Haftungsfragen, Documentation sia D 0227, Zurich 2008, pp. 31-40 (cité: ZUFFEREY, Fragen).

Gestion des nuisances dans le cadre des grands projets

PASCALE VUILLOD

Juriste au Département des constructions et des technologies de l'information, Etat de Genève

La réalisation d'infrastructures importantes, en milieu urbain, peut avoir des répercussions économiques négatives sur les activités commerciales, artisanales et industrielles, situées dans le périmètre du chantier. Une collectivité publique, maître d'ouvrage d'un grand projet, tel que la création d'une nouvelle infrastructure de transport, ne peut ignorer les impacts dommageables de son intervention. La gestion des nuisances fait donc partie intégrante de la conduite d'un grand projet. Celle-ci aura des conséquences sur la conception, l'organisation et le coût de l'ouvrage.

Après un examen du régime juridique régissant les obligations du maître d'ouvrage et les droits des riverains, nous vous présenterons, dans la présente contribution, quelques expériences innovantes en matière de gestion des gênes, ainsi que les mesures prises par l'Etat de Genève dans le cadre des récents chantiers d'extension des voies de tramway.

I. La situation juridique

Quelle réponse le droit suisse donne-t-il à la situation dans laquelle une collectivité publique entreprend des travaux – sur le domaine public – et cause de ce fait des nuisances pour les riverains? La première notion à laquelle nous nous intéresserons est celle des droits de voisinage.

A. Les droits de voisinage

Paul-Henri Steinauer donne la définition suivante des droits de voisinage:

«On entend par droit de voisinage (Nachbarrecht, diritto di vicinato) un ensemble de règles (art. 684 à 698 et 706 à 710) qui restreignent la liberté du

propriétaire foncier au profit de ses voisins, de façon à faciliter leur « coexistence pacifique » et à permettre la meilleure exploitation possible de chaque fonds¹. »

Ces règles délimitent et restreignent la liberté d'utilisation ou d'exploitation d'un bien-fonds en imposant à chaque propriétaire de s'abstenir, dans l'exercice de ses droits, de tout excès qui constituerait pour les voisins une gêne intolérable.

Le principe de base est fixé à l'art. 684 du code civil (CC) qui stipule :

«¹ Le propriétaire est tenu, dans l'exercice de son droit, spécialement dans ses travaux d'exploitation industrielle, de s'abstenir de tout excès au détriment de la propriété du voisin.

² Sont interdits en particulier les émissions de fumée ou de suie, les émanations incommodantes, les bruits, les trépidations qui ont un effet dommageable et qui excèdent les limites de la tolérance que se doivent les voisins eu égard à l'usage local, à la situation et à la nature des immeubles. »

A noter que le droit n'inflige pas uniquement des restrictions au propriétaire dans l'exploitation de son fonds. Il impose aussi au voisin un devoir de tolérance, soit l'obligation de supporter les immissions admissibles selon certains critères (usage local, situation et nature des immeubles).

Une violation des droits de voisinage ne sera donc retenue et sanctionnée que si l'auteur fait subir à son voisin des *immissions excessives*. Cette notion n'est pas déterminée dans la loi. Elle implique, dans chaque situation, un examen des faits et des circonstances. En cas de litige, le juge devra procéder à une pesée des intérêts en présence, soit l'intérêt particulier du perturbateur à user librement de son bien-fonds et celui du voisin à ne pas être troublé².

B. La protection des droits de voisinage

En cas d'excès de ses droits par un propriétaire, l'art. 679 CC offre au voisin un double moyen d'agir :

- une action en cessation de trouble, soit une action par laquelle il demande que l'excès cesse et
- une action en réparation du dommage, soit une action par laquelle le voisin sollicite une indemnité pour les nuisances qu'il subit.

Cette disposition instaure ainsi une responsabilité du propriétaire d'immeuble pour les dommages causés à ses voisins à la suite d'une violation de

¹ Paul-Henri STEINAUER : Les droits réels Tome II 3^e éd, Berne 2002, n. 1803.

² Grégory BOVEY : L'expropriation des droits de voisinage. Du droit privé au droit public. Editions Staempfli, Berne 2000, p. 25.

ses droits de voisinage. Il s'agit d'une *responsabilité objective* (ou causale), qui existe même si le propriétaire n'a commis aucune faute³.

Notre problématique trouve donc une première réponse dans le régime des droits de voisinage qui confèrent aux riverains des moyens de défense contre d'éventuelles immissions excessives émanant des travaux entrepris sur le domaine public.

Il convient cependant de modérer l'importance de cette voie de droit à laquelle une collectivité publique peut faire obstacle au moyen de l'expropriation.

C. L'expropriation des droits de voisinage

L'institution de l'expropriation permet à l'Etat de contraindre une personne privée à lui transmettre un droit ou une chose dont l'intérêt public commande l'acquisition moyennant paiement d'une indemnité⁴.

En vertu de l'art. 5 de la loi fédérale sur l'expropriation (LEx - RS 711) :

«¹ Peuvent faire l'objet de l'expropriation les droits réels immobiliers, les droits résultant des dispositions sur la propriété foncière en matière de rapports de voisinage, en outre les droits personnels des locataires ou fermiers de l'immeuble à exproprier.

² Ces droits peuvent être supprimés ou restreints soit définitivement, soit temporairement. »

Ainsi une collectivité dotée du droit d'exproprier – par exemple l'Etat de Genève pour la réalisation des voies de tramway – pourra priver les riverains de leurs droits de voisinage, notamment des droits découlant de l'art. 679 CC. L'intérêt public à la réalisation de l'ouvrage prime alors sur les droits des voisins, pour autant que les nuisances soient inévitables ou ne puissent être évitées que moyennant des dépenses disproportionnées. Si des mesures peuvent être prises pour supprimer les immissions excessives, le voisin peut exiger, par les voies civiles, que ces mesures soient prises. Mais si les immissions sont excessives et inévitables – ce qui est probable pour des travaux d'infrastructure importante – il ne pourra pas actionner le perturbateur en cessation du trouble ou en réparation du dommage.

Dans ce cas, l'expropriation consiste en la constitution forcée d'une servitude foncière dont l'objet est l'obligation, pour le fonds voisin, de tolérer les immissions⁵.

³ Paul-Henri STEINAUER, op. cit. n. 1894.

⁴ Grégory BOVEY, op. cit. p. 77.

⁵ ATF 132 II 427 = SJ 2007 I 260; ATF 123 II 481; 121 II 317; 119 Ib 348.

En vertu de la règle instaurée par l'art. 26 de la Constitution fédérale et l'art. 16 LEx, l'expropriation ne peut cependant avoir lieu que moyennant le versement d'une indemnité pleine et entière. Ce principe est également valable en cas d'expropriation des droits de voisinage. Cela signifie que la réparation du dommage prévue en droit civil (art. 679 CC) ne sera pas supprimée, mais remplacée par le versement d'une indemnité de droit public selon l'art. 16 LEx.

D. L'indemnité pour expropriation des droits de voisinage

Les conditions de l'obtention ainsi que les modalités de fixation de l'indemnité pour expropriation des droits de voisinage ont fait l'objet de nombreux développements jurisprudentiels. Ces jurisprudences ont mis en place deux régimes distincts en fonction de l'origine des immissions. On traitera de manière différente la situation dans laquelle les riverains sont atteints par des nuisances dues à l'utilisation ou l'exploitation d'un ouvrage public (routes, voies ferrées, aéroport...) et les cas où les nuisances proviennent de la réalisation de travaux de construction.

1. Nuisances dues à l'utilisation ou l'exploitation d'un ouvrage public

Dans un arrêt qui remonte à 1968, lors de la construction de l'autoroute Genève-Lausanne, le Tribunal fédéral a établi que la responsabilité de la collectivité publique pour les dommages causés par les immissions excessives provenant de l'utilisation ou de l'exploitation d'un ouvrage public dépend de trois conditions cumulatives: l'imprévisibilité, la spécialité et la gravité du dommage⁶.

- Imprévisibilité: au moment de l'acquisition de son bien-fonds, le propriétaire voisin ne pouvait ou ne devait prévoir qu'il allait subir des immissions causées par l'exploitation d'un ouvrage.
- Spécialité: les nuisances subies par le propriétaire voisin atteignent une intensité qui dépasse ce qui est usuel et tolérable.
- Gravité: le bien-fonds subit une dépréciation économique significative.

Depuis cette jurisprudence, le Tribunal fédéral a de nombreuses fois statué sur la question de l'expropriation des droits de voisinage⁷ (notamment ces

⁶ ATF 94 I 286 = JT 1968 I 515.

⁷ ATF 119 Ib 348; ATF 116 Ib 11; ATF 110 Ib 340; ATF 101 Ib 405.

dernières années avec les nuisances des aéroports de Genève⁸ et de Zurich⁹), mais il n'est jamais revenu sur ces trois conditions de l'imprévisibilité, de la spécialité et de la gravité du dommage. Cela malgré de nombreuses critiques de cette jurisprudence particulièrement restrictive.

2. *Nuisances dues à la réalisation de travaux de construction*

Le Tribunal fédéral estime que les conditions de l'imprévisibilité, de la spécialité et de la gravité ne sont pas transposables pour les nuisances dues à des travaux de construction¹⁰. La situation est alors particulière, parce que la possibilité d'entreprendre des travaux de construction sur son fonds constitue l'une des prérogatives les plus essentielles de tout propriétaire¹¹. Elle doit donc être protégée. Par ailleurs, l'expropriation a, dans ce cas, un caractère uniquement temporaire, donc moins dommageable.

« Appelé à statuer sur l'indemnité due au propriétaire voisin en raison d'immissions excessives causées par des travaux de construction d'un ouvrage pour lequel le droit d'expropriation a été exercé, le juge de l'expropriation doit dès lors appliquer par analogie la jurisprudence civile. »¹²

Cette jurisprudence civile a notamment été développée dans un arrêt Devillon qui date de 1986¹³. Les faits remontent à la construction du parking de Cornavin à Genève au cours de laquelle une dame Devillon, qui exploitait un commerce à proximité des travaux, a réclamé une indemnité pour les nuisances subies pendant le chantier.

Le Tribunal fédéral a considéré qu'une indemnité n'est due que si les immissions revêtent un caractère exceptionnel et provoquent un dommage considérable au voisin. L'importance des nuisances s'apprécie au regard de leur intensité et de leur durée, étant précisé que le seuil de tolérance exigible du voisin doit être placé plus haut lorsque l'intérêt public est en jeu. Quant à l'estimation du préjudice, elle ressort de l'examen de l'évolution du chiffre d'affaires du commerçant, pour autant qu'il soit établi que la baisse des recettes a été causée par le chantier.

⁸ ATF 121 II 317.

⁹ ATF 130 II 394.

¹⁰ ATF 132 II 427 = SJ 2007 I 260 ; ATF 117 Ib 15 = SJ 1991 p. 186.

¹¹ Grégory BOVEY, op. cit. p. 39 ; Pierre TERCIER : Travaux de construction et protection contre les nuisances in L'Homme dans son environnement, Fribourg, 1980, p. 291.

¹² ATF 132 II 427 = SJ 2007 I 260.

¹³ SJ 1987 p. 146.

Lorsque ces conditions sont remplies, l'indemnité due correspond à la différence entre le bénéfice réalisé et le bénéfice qui aurait été réalisé si les recettes n'avaient pas diminué. Le juge dispose cependant en la matière d'un large pouvoir d'appréciation. Les avantages procurés au voisin lésé et qui sont en rapport avec l'événement dommageable doivent être pris en considération dans le calcul du dommage et l'étendue de la réparation. Les données conjoncturelles peuvent aussi influencer l'appréciation de la situation.

Cette jurisprudence a été plusieurs fois confirmée par le Tribunal fédéral¹⁴. Les commentaires de la doctrine mettent en évidence le privilège évident qu'elle accorde au constructeur et les conditions restrictives prévalant pour la fixation de l'indemnité¹⁵.

Contrairement au principe de l'art. 16 LEx qui conditionne l'expropriation d'un droit au paiement d'une indemnité pleine et entière, le riverain d'un chantier public ne pourra obtenir pour les nuisances excessives et inévitables qu'il subit qu'une indemnité *équitable* visant à compenser la part intolérable des immissions. Le droit ne donne donc qu'une réponse partielle à notre situation.

II. Les expériences françaises

Soucieux de limiter au maximum les dommages causés par les travaux de réalisation d'infrastructures de transports, certaines collectivités publiques ont assorti leur projet de réflexions sur la problématique de l'indemnisation. Nous observerons plus particulièrement ci-dessous deux expériences françaises.

A. Montpellier¹⁶

A l'occasion de la construction de la 1^{re} ligne de tramway de Montpellier, entre 1997 et 1999, le district de l'agglomération de Montpellier, promoteur et organisateur de la politique des transports urbains, et la Société Montpelliéraine de transports urbains (SMTU), maître d'ouvrage du tramway, ont

¹⁴ ATF 113 Ia 353 = JdT 1989 p. 419; ATF 114 II 230 = JdT 1989 p. 144 et plus récemment dans un arrêt du 9 juin 1999 publié dans la RVJ 2000 p. 26 et commenté dans DC 3/2000 p. 107 (n° 303) et dans un arrêt du 16 août 2005 publié dans la SJ 2006 p. 237; ATF 132 II 427 = SJ 2007 I p. 260.

¹⁵ Denis PIOTET: A propos de deux questions touchant aux immissions excessives inévitables causées au voisinage, in JdT 1989 p. 151; Franz WERRO: Les immissions de la construction, in *Journées du droit de la construction 1997/I* p. 58.

¹⁶ Source Montpellier District, SMTU: Guide à l'intention des professionnels riverains – Principes d'indemnisation.

décidé de mettre en place un dispositif permettant d'instruire les demandes d'indemnisation, émanant des commerçants ou professionnels riverains, à l'amiable et dans des délais raisonnables.

Ils ont ainsi créé une Commission d'indemnisation amiable, présidée par un Conseiller d'Etat honoraire et composée de représentants de la Préfecture, du Trésor public, de la Chambre de Commerce et d'Industrie, de la Chambre des Métiers, du Conseil de District et de la SMTU.

Cette commission était chargée d'instruire les dossiers de demande d'indemnisation sur la base de rapports établis par les experts techniques désignés par le Président du Tribunal administratif. La mission des experts techniques était de suivre le déroulement des travaux pour fournir tous les renseignements sur la gêne réellement causée à chacun des professionnels concernés, ses causes, son étendue et sa durée.

Si les conditions d'une indemnisation semblaient réunies, c'est-à-dire si la gêne pouvait être qualifiée d'anormale, de spéciale et de relativement durable, la commission désignait un expert financier pour l'évaluation du préjudice subi par le requérant. Ce dernier devait fournir toutes les indications utiles sur l'évolution de son chiffre d'affaires et de ses coûts d'exploitation.

Au vu des rapports d'expertise technique et financière, la Commission d'indemnisation à l'amiable formulait une proposition de règlement qu'elle transmettait au Conseil de District. La décision d'indemnisation était rendue par ce dernier qui fixait le montant de l'indemnité et proposait au requérant une convention d'indemnisation. Si le commerçant signait la convention, il renonçait à toutes poursuites judiciaires à raison des faits préjudiciables. S'il refusait la convention, il pouvait saisir le Tribunal administratif d'une action ordinaire.

B. Strasbourg¹⁷

A peu près à la même époque, la Communauté Urbaine de Strasbourg (CUS) a entrepris la réalisation de la ligne B du tramway. Ce projet a également occasionné, sous la pression de la Chambre de Commerce et d'industrie de Strasbourg et du Bas-Rhin, la mise en place d'un dispositif d'indemnisation amiable.

Comme à Montpellier, une commission d'indemnisation, composée de représentants des maîtres d'ouvrage et collectivités locales et de représentants des milieux économiques (Chambre de commerce et d'industrie, Chambre

¹⁷ Source : Communauté urbaine de Strasbourg : Publication *Infos* : info spéciale commerçants, artisans, professions libérales.

des Métiers), était chargée d'examiner les requêtes des lésés. Ce mécanisme était proposé aux commerçants, artisans et autres professionnels, actifs dans le périmètre du chantier.

La procédure débutait par la saisine du Président du Tribunal administratif qui devait désigner un expert économique. La mission de l'expert portait sur le chiffrage du dommage, mais ne tenait pas compte de son caractère indemnisable ou non. L'expertise était menée contradictoirement. Le requérant et un représentant de la CUS assistaient aux réunions organisées par l'expert et devaient lui transmettre toutes les informations utiles.

La commission d'indemnisation examinait ensuite le rapport de l'expert et décidait si les conditions juridiques qui ouvrent droit à l'indemnisation étaient réunies. Référence était faite alors aux principes dégagés par la jurisprudence administrative française, notamment à la règle selon laquelle les modifications apportées à la circulation générale et résultant de changements dans l'assiette ou la direction des voies publiques ne font pas l'objet d'indemnités. Par ailleurs, le dommage devait être actuel, certain, direct, spécial et anormal.

Sur la base de cet examen, la commission d'indemnisation donnait un avis sur la situation, mais la proposition chiffrée d'indemnisation émanait de la CUS.

Dans ce cas également, si le requérant contestait le rapport de l'expert ou la proposition d'indemnisation de la CUS, il pouvait recourir au Tribunal administratif.

III. Les mesures prises par l'Etat de Genève lors des projets d'extension des voies de tramway

A. Les études

A la fin des années 90, dans le cadre du projet d'extension des voies de tramway – Section Sécheron, l'Observatoire de la mobilité de l'Université de Genève (OUM) a entrepris une étude en vue de présenter les solutions adoptées par d'autres maîtres d'ouvrages pour l'indemnisation des commerçants dans le cadre de travaux lourds d'infrastructures urbaines de transports et d'élaborer des propositions de méthodologie pour la gestion de la communication et des gênes engendrées par les travaux.

L'OUM a commencé par étudier les dispositifs mis en place à Montpellier et à Strasbourg, mais aussi à Nantes et à Bâle, à en apprécier les avantages et

les inconvénients à la lumière des témoignages recueillis sur place. Il en a tiré deux enseignements majeurs :

« – l'ampleur des indemnisations est modeste. Si l'idée d'indemniser était parfois crainte par les autorités, au bout du compte, l'effort financier est « modeste » en comparaison du coût total de la réalisation. En revanche, les relations entre entrepreneurs et autorités semblent bonifiées par ce processus. Ceci s'explique pour trois raisons. Le fait que les règles du jeu soient clairement annoncées et à la portée de tous enlève toute impression d'injustice en constitue la première. La deuxième est que le périmètre urbain considéré comme donnant droit à l'examen du dossier en vue d'une indemnisation est très restreint en stricte application des principes jurisprudentiels français ; le nombre d'entrepreneurs indemnisables étant donc relativement faible. La troisième raison est l'exigence de communiquer trois années de comptabilité mensuelle des entrepreneurs pour attester des pertes de chiffre d'affaire, ce qui dissuade à déposer un dossier d'indemnisation.

– la communication est essentielle. L'acceptabilité des travaux est facilitée lorsque les riverains du chantier sont clairement informés des nuisances à subir et si les riverains ont une personne à qui s'adresser en cas de problèmes afin de les résoudre au plus vite. »¹⁸

L'OUM a ensuite proposé un concept de gestion des gênes axé sur une communication de proximité et basé sur trois principes :

- 1) Travailler dans un esprit de soutien des riverains par la concertation et la transparence.
- 2) Réduire au maximum les gênes entraînées par le chantier (entreprise de construction) et préjudiciables aux activités commerciales, en vue d'assurer une viabilité supportable de ces dernières, afin de préserver le tissu commercial en garantissant leur pérennité pendant la durée du chantier (maître d'ouvrage).
- 3) Eviter le recours aux procédures judiciaires en contentieux¹⁹.

B. La Charte de collaboration entre maîtrise d'ouvrage et commerçants

Sur la base de ces recommandations, et la première fois d'entente avec l'association des commerçants du Métro-Shopping Cornavin, l'Etat de Genève a élaboré une Charte de collaboration à l'intention des commerçants. Il entendait ainsi marquer clairement sa volonté d'assortir la réalisation des

¹⁸ OUM : Estimation des indemnisations éventuelles dues aux travaux de réalisation d'un ligne de tramway, Rapport de janvier 2000.

¹⁹ OUM : Concept de gestion des gênes engendrées par des travaux lourds d'infrastructure envers des activités commerciales.

extensions des voies de tramway de mesures d'accompagnement permettant une meilleure acceptation des projets de la part des riverains et une atténuation des gênes et conséquences préjudiciables pour les commerçants.

Ce document se présente en trois volets.

Le premier volet porte sur les mesures prises par le maître d'ouvrage en matière d'information. Nous avons vu ci-dessus l'importance de la communication pour améliorer l'acceptation du projet. Le maître d'ouvrage propose donc la mise en place d'une unité d'information composée, en interne, d'une personne chargée de communication et, sur le chantier, d'un mandataire privé, délégué du maître d'ouvrage, dont le rôle est non seulement de diffuser de l'information, mais également de traiter rapidement les demandes ou plaintes du voisinage.

En tout temps – et déjà avant le début du chantier – les riverains ont accès à une information détaillée sur la nature, l'importance et la durée des travaux (site internet, communiqué de presse, pavillon d'information etc.). Une information personnalisée est organisée pour les commerçants sous forme de présentation collective ou de rendez-vous individuels. Le délégué du maître d'ouvrage assume également le lien entre les riverains et les acteurs du chantier (ingénieurs, entreprise etc.). Il prend notamment avec eux les mesures nécessaires pour garantir l'accessibilité aux locaux et la visibilité des arcades.

Le deuxième volet de la Charte de collaboration concerne la gestion des gênes. Il a pour but la mise en place d'un processus rapide et efficace permettant de résoudre les problèmes pratiques rencontrés par les commerçants dans leur activité. La gestion des gênes implique une collaboration active de tous les acteurs et permet de prendre à temps les mesures conciliant les besoins des riverains et les impératifs du chantier. Le maintien des activités commerciales pendant la durée des travaux constitue l'objectif principal de cette stratégie.

Le commerçant qui subit une gêne particulière pourra donc s'adresser au maître d'ouvrage ou à son délégué pour solliciter une intervention. Après un constat sur place, ce dernier examine l'opportunité et la faisabilité de la mesure sollicitée, propose au besoin une solution alternative et prend les dispositions pour qu'elle soit mise en œuvre dans les meilleurs délais.

Si malgré les mesures prises, le commerçant subit un préjudice économique, qui se traduit en général par une baisse de chiffre d'affaires, la Charte de collaboration prévoit, dans son troisième volet, une procédure amiable de compensation financière. Cette procédure a pour but d'éviter les actions judiciaires, en favorisant le compromis plutôt qu'une procédure contentieuse. Elle offre au requérant une voie d'action simple et gratuite.

La Charte propose donc la constitution d'une commission de compensation ad hoc, créée pour chaque chantier, moyennant l'accord des intéressés. Cette commission de compensation se compose d'un représentant du maître de l'ouvrage, d'un représentant des commerçants et d'un président neutre. Ses membres sont désignés par le Conseil d'Etat.

La commission examine les requêtes en indemnité formées par les commerçants. Ces requêtes doivent être motivées et chiffrées. Le requérant indique la nature, l'ampleur et la durée des nuisances subies, ainsi que les mesures prises pour assurer la vitalité de son commerce. Il joint les pièces justificatives, principalement les bilans et comptes de pertes et profits de son établissement pour les trois exercices précédant l'ouverture du chantier et l'exercice en cours. Il justifie l'évolution mensuelle de son chiffre d'affaires avant et pendant le chantier, ainsi que son taux de marge brute moyen.

Les membres de la commission entendent le requérant et sollicitent au besoin des expertises techniques, comptables ou financières. Au vu de l'importance des nuisances subies et l'ampleur du dommage, ils rendent ensuite une recommandation d'indemnisation fixant le montant dû par le maître de l'ouvrage au commerçant. En cas de besoin, des décisions intermédiaires peuvent être prises pour permettre au requérant de toucher une indemnité en cours de chantier.

Si les parties n'acceptent pas la proposition faite par la commission, elles peuvent utiliser les voies de droit ordinaires. La commission n'agit donc pas comme un tribunal arbitral, mais comme organe de médiation en vue du règlement amiable des litiges.

C. Les expériences de commissions de compensation

A ce jour, trois commissions de compensation ont été constituées par le Conseil d'Etat.

La première s'est occupée des réclamations des commerçants du Métroshopping Cornavin à l'époque de la réalisation des voies du tramway en direction de la place des Nations. Dans cette galerie marchande, il y avait une trentaine de commerçants fortement touchés par le chantier, dans la mesure où certains travaux de renforcement se sont effectués dans les surfaces commerciales elles-mêmes. Onze commerçants ont saisi la commission, laquelle a rendu huit décisions d'indemnisation et rejeté trois requêtes.

La seconde a été créée à l'occasion des travaux de la ligne en direction des Palettes. Dans le village de Grand-Lancy, il y a une assez grande concentration de petits commerces, lesquels sont en général particulièrement sensibles aux nuisances causées par les chantiers. La commission a examiné douze

dossiers. Tous les requérants ont été indemnisés et aucun n'a ouvert une action judiciaire.

La plus récente a été mise en place, avec les commerçants de Meyrin-Village, au moment de l'ouverture du chantier de la tranchée couverte de Meyrin. Compte tenu de l'ampleur et de la durée estimée de ce chantier, cette commission sera vraisemblablement la plus active. Les décisions intermédiaires qu'elle sera amenée à prendre seront probablement indispensables pour certains commerces.

IV. Bilan et conclusion

A l'issue de ces observations, on constate tout d'abord que les grands projets d'infrastructures publiques font aujourd'hui l'objet de réflexions sur la gestion des nuisances du chantier et que les collectivités publiques ne se contentent plus d'invoquer l'utilité publique des travaux en réponse aux réclamations du voisinage. Une attention toute particulière est portée sur la situation des commerçants et autres professionnels actifs dans le périmètre du chantier.

La protection juridique que leur confère le droit suisse n'est pas suffisante et le recours aux tribunaux n'apporte pas une réponse rapide et efficace à leurs besoins.

Les mesures prises par l'Etat de Genève dans le cadre des récents chantiers d'extension des voies de tramway ont permis de pallier à ces lacunes. A l'issue d'un processus participatif, au cours duquel les commerçants peuvent exprimer leurs difficultés, des dispositions sont prises pour atténuer les nuisances et compenser les répercussions négatives des travaux. Sans grever excessivement le budget du projet, les commissions de compensation permettent le versement rapide d'indemnités lorsqu'elles sont justifiées et nécessaires au maintien des activités et des emplois dans le quartier.

Au-delà de l'aspect purement économique, la démarche offre au maître de l'ouvrage la possibilité de réaliser son ouvrage dans un contexte consensuel et dans le respect réciproque des intérêts de toutes les parties.

La protection du patrimoine

LUCIEN LAZZAROTTO

Avocat

I. Introduction

La préservation de notre environnement, bâti ou naturel, est indéniablement une mission collective d'intérêt public. Elle permet de conserver les témoignages marquants de l'évolution de notre société, qu'il s'agisse d'un site, d'une œuvre architecturale ou d'un objet mobilier.

Les préambules des principales conventions ou chartes internationales traitant du sujet expriment parfaitement cette nécessité.

Préambule de la Convention de Paris (UNESCO)¹:

«La dégradation ou la disparition d'un bien du patrimoine culturel et naturel constitue un appauvrissement néfaste du patrimoine de tous les peuples du monde.»

Préambule de la Convention de Grenade²:

«[...] le patrimoine architectural constitue une expression irremplaçable de la richesse et de la diversité du patrimoine culturel de l'Europe, un témoin inestimable de notre passé et un bien commun à tous les européens [...] il importe de transmettre un système de références culturelles aux générations futures, d'améliorer le cadre de vie urbaine et rurale et de favoriser par la même occasion le développement économique, social et culturel des Etats et des régions.»

Préambule de la Charte de Venise³:

«Chargées d'un message spirituel du passé, les œuvres monumentales des peuples demeurent dans la vie présente le témoignage vivant de leurs traditions séculaires. L'humanité, qui prend chaque jour conscience de l'unité des valeurs humaines, les considère comme un patrimoine commun, et,

¹ Convention de Paris 1972 concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel (RS 0.451.4).

² Convention de Grenade 1985 pour la sauvegarde du patrimoine architectural de l'Europe (RS 0.440.4).

³ Charte de Venise 1964 sur la conservation et la restauration des monuments et des sites (Conseil international des monuments et des sites, association ICOMOS, voir site http://www.international.icomos.org/home_fra.htm).

vis-à-vis des générations futures, se reconnaît solidairement responsable de leur sauvegarde. Elle se doit de les leur transmettre dans toute la richesse de leur authenticité.»

Une partie des milieux immobiliers manifeste cependant encore une certaine méfiance à l'égard des acteurs de la protection du patrimoine. Cette attitude découle de plusieurs facteurs :

- les importantes restrictions au droit de la propriété qui accompagnent une mesure de protection ;
- l'opposition naturelle existant entre les valeurs « traditionnelles » du droit de la propriété et le principe même de la protection patrimoniale, notamment lorsqu'elle s'étend aux parties purement privatives d'un bâtiment, inaccessibles aux tiers et invisibles du domaine public ;
- le sentiment d'être « à la merci » de commissions ou d'associations détenant un pouvoir très étendu et défendant une sensibilité qui ne trouve pas forcément un écho immédiat au sein de la population ;
- la relative imprévisibilité des mesures de protection en cause ;
- l'absence d'indemnisation découlant du fait que les mesures de protection du patrimoine sont rarement assimilées à des cas d'expropriation matérielle.

La définition du « monument » ayant largement évolué au fil du temps, elle s'étend aujourd'hui à des constructions récentes, y compris artisanales ou industrielles, ou à des bâtiments qui n'ont pas de relief particulier sur le plan architectural, mais présentent un intérêt historique, culturel ou social. De fait, il arrive qu'un immeuble, qui n'était ni inscrit à l'inventaire, ni inclus dans une zone protégée et qui n'avait, par hypothèse, jamais fait l'objet d'attention auparavant, soit visé par une procédure de classement. Il en résulte une insécurité juridique pour le propriétaire concerné. Celui-ci peut voir soudainement disparaître la possibilité de réaliser le projet immobilier qu'il avait éventuellement en vue. De plus, si toute indemnisation de cette perte de rendement ou de jouissance lui est refusée, il a le sentiment de devoir supporter seul un effort financier qui devrait, de son point de vue, être assumé par la collectivité.

Une politique de protection du patrimoine bien acceptée doit donc reposer sur une judicieuse pesée d'intérêts entre la mission susmentionnée, les droits des propriétaires concernés et les autres intérêts publics en présence (politique énergétique, aménagement du territoire, besoin de logements, développement durable, etc.).

La présente contribution se propose, dès lors, de passer en revue :

- les outils de la protection du patrimoine (tels qu'on les connaît à Genève) et la manière dont ils ont progressivement évolué (classements, inventaires, recensements, zones protégées, plans de site, clause d'esthétique, règles sur la protection de la nature, etc.);
- les solutions fournies par la jurisprudence quant à l'application de ces outils et en ce qui concerne les droits des propriétaires.

Il ne sera, bien entendu, pas question de porter ici des jugements de principe sur tel ou tel cas concret de classement ou de protection d'un bâtiment. Un examen critique de ce genre de décisions ne pourrait être légitimement conduit que par des spécialistes du bâti (historiens, historiens de l'art, architectes et urbanistes). La suite de la présente contribution portera ainsi uniquement sur le cadre juridique de cette protection et sur les conséquences, pour le propriétaire, des mesures susceptibles de lui être imposées dans ce domaine.

Une réflexion relative aux moyens, existants ou à promouvoir, permettant de réduire les conflits en matière de protection du patrimoine achèvera cet exposé. Il s'agira essentiellement de pistes visant à rendre la situation juridique des bâtiments plus prévisible, à limiter les conséquences éventuellement inévitables des mesures de protection et à inscrire le patrimoine dans la dynamique de l'aménagement du territoire.

II. Généralités

A. L'objet de la protection

D'un point de vue matériel, la protection du patrimoine s'intéresse aussi bien aux immeubles, qu'aux objets mobiliers, aux fouilles archéologiques ou aux produits de la nature (sites, points de vue, cours d'eau, etc.). Cela étant, les biens immobiliers constituent évidemment l'essentiel des cas de protection⁴, de sorte que le présent exposé sera essentiellement consacré au patrimoine bâti⁵.

A cet égard, il convient de souligner d'emblée que, selon la conception actuelle du patrimoine, la valeur d'une construction peut découler d'éléments

⁴ Le seul cas genevois d'objet mobilier classé semble être le bateau Le Neptune, en 1993.

⁵ Pour les problèmes liés aux fouilles archéologiques, voir JUNGO, Droits et obligations du propriétaire en cas de fouilles archéologiques, in DC 4/90 p. 87.

indépendants de ses caractéristiques architecturales au sens strict. Elle peut en effet être purement culturelle, historique ou sociologique.

La Charte de Venise⁶, en ses articles 1 et 3, se fait l'écho de cette diversité d'intérêts. Elle définit le « monument historique » comme suit :

« La notion de monument historique comprend la création architecturale isolée aussi bien que le site urbain ou rural qui porte témoignage d'une civilisation particulière, d'une évolution significative ou d'un événement historique. Elle s'étend non seulement aux grandes créations, mais aussi aux œuvres modestes qui ont acquis avec le temps une signification culturelle. »

« La conservation et la restauration des monuments visent à sauvegarder tout autant l'œuvre d'art que le témoin d'histoire. »

André Chastel⁷ a donné, quant à lui, une définition plus abstraite du patrimoine, mais qui résume en quelques mots toutes les difficultés liées à l'acte de protéger :

« Dans toute société le patrimoine se reconnaît par le fait que sa perte représente un sacrifice et que sa conservation suppose des sacrifices. »

B. La protection du patrimoine en tant que notion juridique (rappel de quelques principes)

D'un point de vue juridique, « protéger le patrimoine » équivaut essentiellement à restreindre la liberté du propriétaire. Celui-ci ne peut plus user, voire, dans certains cas, disposer librement de son bien, puisqu'il pourrait, ce faisant, compromettre la conservation de l'objet en cause.

Selon les cas de figure, le propriétaire peut être empêché d'aménager ou de transformer son bâtiment de manière libre. Il peut être contraint d'entretenir son édifice (au-delà des seules questions de sécurité) – qui plus est en appliquant des techniques souvent plus onéreuses que celles que l'on utiliserait pour un objet non protégé. Il peut être privé de la possibilité de moderniser des éléments de construction influençant la consommation énergétique de son bâtiment. Il peut encore être « dépossédé » de l'éventuelle réserve théorique de droits à bâtir de sa parcelle ou contraint de poursuivre l'exploitation d'un objet dont le rendement est modeste ; etc.

La protection du patrimoine relève donc, en droit, de la thématique des atteintes (licites) à la garantie constitutionnelle de la propriété, consacrée à

⁶ Edictée par le Conseil international des monuments et des sites (association ICOMOS), en 1964, voir site http://www.international.icomos.org/home_fra.htm.

⁷ « La notion de patrimoine », in *Les lieux de mémoire*, vol. II, La Nation, 1986, cité par S. NEMEC-PIGUET, *La protection du patrimoine à Genève. Mise en place et évolution du système légal*, p. 30.

l'article 26 Cst.⁸. Il s'agira, par conséquent de déterminer, de cas en cas, si les conditions de validité de telles atteintes sont remplies⁹.

Dans la mesure où ces contraintes engendrent, en règle générale, une diminution de la valeur économique du bien, se pose également la question de savoir si la protection envisagée représente un cas d'expropriation matérielle¹⁰. Soit, plus clairement, appelle-t-elle une indemnisation du propriétaire ?

Certains défenseurs du patrimoine soutiennent qu'une mesure de protection, en particulier s'il s'agit du classement d'un objet en tant que monument historique, confère, en réalité, une valeur ajoutée au bâtiment concerné (sans doute y voient-ils une reconnaissance sociale et scientifique). A notre avis, cette appréciation est fort théorique, car un classement ne « fonctionne » pas comme une récompense littéraire, qui multiplie automatiquement les ventes d'un ouvrage de librairie.

Le prix d'un immeuble dépend essentiellement de :

- sa valeur d'usage et d'agrément, qui demeure identique avec ou sans classement ;
- sa valeur de rendement, qui a tendance à diminuer avec un classement (vu l'augmentation des frais d'entretien et l'impossibilité de modifier le bâtiment) ;
- sa valeur intrinsèque, qui demeure inchangée en cas de classement ;
- sa valeur de situation, qui ne va pas plus changer du fait d'un classement ;
- et de sa valeur en tant que « placement financier », laquelle diminue également en cas de « gel » de la situation foncière, car le propriétaire sait qu'il ne pourra pas exploiter une réserve éventuelle de droits à bâtir.

⁸ Voir sur ces questions AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, p. 373 et ss.

⁹ Base légale, intérêt public, respect du principe de proportionnalité, inviolabilité de l'essence des droits fondamentaux ; voir à ce sujet l'art. 36 Cst. et pour des cas relevant du présent exposé : ATF 126 I 219 ; ATF 124 I 40 consid. 3e p. 44/45 ; ATF 119 Ia 348 consid. 2a p. 353 ; ATF 118 Ia 394 consid. 2b p. 397 ; ATF 115 Ia 27 = JT 1991 I 403 ; ATF 101 Ia 213 ; ATF 91 I 329 ; RO 88 I 85 ; 84 I 176 ; RO 82 I 161 ; RO 81 I 347, 350.

¹⁰ Voir, sur ces notions ZEN-RUFFINEN/GUY-ECABERT, *Aménagement du territoire, construction, expropriation*, p. 579 et ss ; en substance, il s'agit d'un cas de responsabilité de la collectivité publique pour ses actes licites en vertu des art. 26 al. Cst. et 5 al. 2 LAT ; les cantons ne peuvent s'écarter de cette notion, telle que définie par le droit fédéral ; le TF considère que seules les restrictions graves, c'est-à-dire intenses et durables ou représentant un sacrifice particulier, doivent être indemnisées, le propriétaire devant assumer les autres lui-même ; en matière d'aménagement du territoire, l'égalité de traitement a une portée affaiblie, qui se confond avec l'arbitraire ; une mesure ne justifie, de plus, une indemnité que si elle empêche un usage actuel ou futur et prévisible de la parcelle ; la gravité ne se déduit pas d'une certaine réduction du rendement, en pourcentage, mais de la question de savoir si la parcelle se prête encore à une bonne utilisation économique, conforme à sa destination et aux dispositions en vigueur.

En réalité, le classement d'un bâtiment ou d'un domaine n'a d'effet bénéfique économique direct que pour les propriétaires situés dans le voisinage de l'objet classé. Les habitants ou les riverains d'une zone protégée, ainsi que les voisins d'un objet classé peuvent en effet compter sur le fait que leur environnement demeurera tel qu'ils le connaissent et qu'il ne sera pas péjoré par des constructions venant, soit supprimer telle vue dont ils disposent, soit remplacer telle belle bâtisse qui donne du cachet à leur quartier. Cette garantie justifie une plus-value en cas de vente.

Pour le propriétaire de l'objet classé ou ses successeurs, une mesure de maintien ou de protection peut tout au plus avoir un effet financier « conservatoire ». En évitant que le bien en cause ne soit défigurés au cours du temps (par des modifications, des rénovations ou des constructions non respectueuses de ses qualités historiques ou architecturales), la protection maintient sa valeur économique, voire l'augmente à long terme, par la création d'une valeur « rareté ». Il s'agit toutefois d'un effet qui n'est pas, contrairement à celui observé en faveur du voisinage, directement lié à la mesure de protection. Un propriétaire averti et cultivé, conscient de la valeur architecturale de son patrimoine et soucieux de sa conservation, obtiendrait exactement le même résultat sans décision de classement.

Garantie de la propriété et expropriation matérielle sont donc les deux prismes principaux par lesquels le juriste va aborder la protection du patrimoine.

Cela ne signifie toutefois pas que nous puissions, pour trancher un cas d'espèce, nous limiter à poser la garantie de la propriété comme principe absolu, puis déterminer si les conditions d'une atteinte licite (selon l'article 36 Cst.) à ce dogme sont réunies, l'Etat devant, à défaut, renoncer à la mesure envisagée ou indemniser le propriétaire. La relation existant entre la garantie de la propriété et l'aménagement du territoire (dont relève en partie la protection du patrimoine, du moins certaines de ses formes) n'est pas de nature « hiérarchique », mais complémentaire.

La garantie de la propriété, longtemps considérée comme le fondement et la condition même du développement économique, n'est, en réalité, pas plus importante que les autres dispositions constitutionnelles, notamment celles relevant de la protection de l'environnement, des eaux, des forêts, du patrimoine, etc.¹¹. Les diverses composantes de la Constitution formant un tout, l'existence des unes limite et définit la portée des autres¹².

¹¹ Art. 74 à 78, 88, 91, 108, 109 Cst.

¹² AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, p. 384.

Depuis 1979¹³, notre Haute Cour a en effet régulièrement souligné que les mesures d'aménagement du territoire ne sont pas des restrictions à la propriété, mais des concrétisations de son contenu. Cela signifie que le droit de propriété n'existe pas en tant que tel et dans l'absolu, mais dans les limites fixées par la loi. Les mesures d'aménagement n'induisent donc pas systématiquement et par principe une expropriation matérielle, pour laquelle le propriétaire pourrait prétendre à une indemnité (une telle indemnité n'est due que dans certains cas, selon des conditions relativement strictes)¹⁴.

Par conséquent, un certain nombre de contraintes de nature « patrimoniale », notamment celles découlant directement ou indirectement de mesures d'aménagement du territoire, seront admises sans indemnisation, malgré leur caractère pénalisant pour le propriétaire.

C. La protection du patrimoine en tant qu'enjeu social et lieu de confrontation de divers intérêts

Les intérêts des propriétaires fonciers et les raisons pour lesquels ces derniers peuvent se sentir, dans certains cas, les « victimes » des mesures de protection du patrimoine ont été rappelés plus haut, il n'est pas nécessaire d'y revenir.

L'arbitrage que les autorités chargées de la protection du patrimoine doivent opérer n'implique toutefois pas uniquement une pesée d'intérêts entre la conservation d'un bien et les droits économiques du propriétaire privé. Bien souvent, divers autres intérêts publics s'opposent aussi à cette protection.

L'écologie et la maîtrise de l'énergie, par exemple, sont, de nos jours, un enjeu et un défi majeur pour les services de protection du patrimoine. Prohiber, pour des questions patrimoniales, la modernisation d'une façade, alors que cela permettrait d'éliminer des déperditions d'énergie, n'a pas que des conséquences pour le propriétaire concerné, cela affecte la société dans son ensemble. Des dilemmes du même ordre peuvent surgir en matière de sécurité, sans parler du problème endémique du manque de logements.

Pourtant, pour l'ensemble des raisons rappelées en introduction de la présente contribution, on ne saurait sacrifier automatiquement le patrimoine sur l'autel du réalisme économique et politique. Une fine pesée globale des intérêts en présence est nécessaire dans chaque cas.

¹³ Voir l'arrêt Meier paru aux ATF 105 Ia 330 = JT 1981 I 493.

¹⁴ Cette approche repose évidemment sur des motifs juridiques (l'équivalence des dispositions constitutionnelles), mais aussi politiques (la nécessité d'aménager le territoire en évitant les constructions en ordre dispersé), et, bien entendu, économiques (l'Etat ne pourrait faire face à ses tâches s'il devait indemniser toutes les « atteintes » à la propriété résultant de mesures d'aménagement du territoire); voir note 12 ci-dessus.

Inversement, l'absence éventuelle d'intérêts publics s'opposant à une mesure de protection et des conséquences économiques supportables pour le propriétaire ne constituent pas forcément une équation devant obligatoirement aboutir à une conservation. L'environnement bâti d'une ville pourrait rapidement se retrouver figé par excès d'immobilisme et de conservatisme.

Il suffit, pour s'en convaincre, de constater que nombre d'objets classés ou protégés à Genève ces dernières décennies n'auraient tout simplement pas l'aspect qu'on leur connaît (voire même n'auraient pas pu être réalisés) si l'on avait, à l'époque de leur construction, appliqué les mêmes réglementations que celles actuelles. Les modifications successives de bâtiments, opérées au cours des siècles, dont on veut protéger aujourd'hui l'harmonie d'ensemble, n'auraient vraisemblablement pas été autorisées, vu l'atteinte à l'œuvre originale qu'elles représentaient.

Dans le même ordre d'idée, on peut évoquer l'exemple du patrimoine industriel genevois, qui est relativement important et qui vient de faire l'objet d'un recensement complet¹⁵. Plusieurs de ces anciens bâtiments ont retrouvé dernièrement une deuxième jeunesse, par le biais de rénovations, de transformations et de réaffectations très réussies¹⁶. Ils ont, à cet égard, été salués comme des projets type de sauvegarde du patrimoine. Pourtant, si ces bâtiments avaient été formellement classés ou inscrits à l'inventaire¹⁷, ces réalisations n'auraient sans doute pas pu être autorisées, du moins pas sous la même forme, vu les modifications, parfois substantielles, des structures d'origine qui ont été opérées.

Une protection patrimoniale réussie suppose ainsi, parfois, une certaine liberté.

Il est également souhaitable d'éviter le conservatisme de « caprice » ou les mesures qui ne sont destinées qu'à satisfaire un cercle privilégié de spécialistes. Cette pétition de principe semble tomber sous le sens et est d'ailleurs régulièrement rappelée par la jurisprudence¹⁸ en préambule des arrêts. Il n'est pourtant pas aisé de la respecter.

¹⁵ Voir les fiches et cartes interactives disponibles sur le site Internet du Service des monuments et sites http://www.ge.ch/patrimoine/sms/inc/pub/rec-pat-industriel_accueil.asp?fiche=/patrimoine/sms/inc/pub/recensement-Patrimoine-ind_bs.inc.

¹⁶ Bâtiments de la SIP, ancienne usine BOSCH à la rue de Lausanne, ancienne usine TAVARO aux Charmilles.

¹⁷ En l'occurrence sur l'ensemble des bâtiments recensés, seuls quelques-uns sont inscrits à l'inventaire ou en cours d'inscription à ce jour et un seul est classé (l'ancien bâtiment des forces motrices).

¹⁸ Un classement est censé satisfaire à des critères larges, objectifs et fondamentaux, répondant aux besoins d'une grande part de la population (ATF 126 I 219 ATF 118 la 384 consid. 5a p. 389; ATF 89 I 464 consid. 4b p. 474; ZBI 97/1996 p. 366 résumé in: RDAF 1997 1 p. 503, consid. 4b).

En effet, l'identification d'œuvres ou d'ensembles ayant valeur patrimoniale ne peut être confiée qu'à des commissions spécialisées, du fait des compétences particulières que nécessite une telle tâche. Or, sous réserve d'intérêts majeurs contraires, les autorités administratives ou judiciaires ne peuvent ensuite pratiquement plus remettre en cause de tels avis. Le pouvoir de ces commissions est, de facto, très grand, quand bien même leurs conceptions ne trouvent pas forcément de réel écho dans la population¹⁹.

Deux facteurs peuvent amplifier ce risque de conservatisme, privilégiant des cercles réduits d'intérêts. Le premier découle du fait que, comme en toutes matières, les personnes disposant d'un savoir particulier sont plus nombreuses que celles disposant d'un savoir encyclopédique. Il est, de fait, plus aisé de trouver des documents faisant mention d'une technique, d'un architecte ou d'une réalisation donnée, que de démontrer, à travers une analyse plus large, l'absence d'influence de cet architecte ou de cette œuvre sur son temps et celui des générations suivantes. Le second risque découle du fait que les associations de défense du patrimoine, qui sont habilitées à demander l'ouverture de procédures de classement, sont aussi largement représentées au sein des commissions de préavis. Le propriétaire privé peut donc avoir le sentiment d'être confronté à des interlocuteurs qui sont à la fois juges et parties.

La mesure de protection idéale devrait ainsi être :

- justifiée sur un plan scientifique ;
- abondamment documentée, pour éviter les « caprices » de spécialistes et emporter l'adhésion des intéressés ;
- bien ressentie par la population ;
- compatible avec les besoins de la société (développement durable, urbanisme, énergie, etc.) ;
- suffisamment respectueuse des intérêts économiques du propriétaire pour ne pas représenter une atteinte excessive à ses droits ou, dans le cas contraire, être accompagnée d'une indemnisation.

Il serait en effet aisé de démontrer que toutes les affaires qui ont fait (ou font encore) débat dans notre République en matière de protection du patrimoine et ont donné lieu à des procédures judiciaires²⁰ « pêchaient » sous l'angle de l'un ou l'autre des critères susmentionnés.

¹⁹ La protection du patrimoine bâti récent (seconde partie du XX^e siècle) suscite actuellement ce genre de débat.

²⁰ Par exemple les affaires Cinéma Manhattan, Villa Blanc, Cinéma Bio72, Mont-Blanc-Centre, Franchises 28.

III. L'évolution de la protection du patrimoine et de ses outils

A. Evolution des outils juridiques (cas genevois)²¹

La protection du patrimoine, en tant que démarche fondée sur un système légal, est une préoccupation somme toute récente. Elle date, pour l'essentiel, du début du XX^e siècle²². Les premières lois qui voient le jour en Suisse dans ce domaine (le 19 juin 1920 en ce qui concerne Genève) sont essentiellement des réactions aux démolitions du XIX^e et début du XX^e siècle²³. Il s'agit, à l'époque, d'une protection « monumentaliste », qui s'intéresse aux « vieilles pierres ». A Genève, la première grande vague de classements date de cette époque.

Ceux-ci se font ensuite sporadiques, jusqu'à la seconde période de développement des outils de protection du patrimoine, soit les années 60 et 70²⁴.

La Loi sur les constructions et installations diverses du 25 mars 1961 (LCI) crée notamment des zones protégées²⁵ et des zones villageoises, où le caractère architectural, les volumes, les échelles, les matériaux, les couleurs, les alignements sont contrôlés. Cette loi prévoit aussi la possibilité d'édicter des règlements spéciaux pour certains secteurs²⁶. Un peu plus tard, le Conseil de l'Europe proclame l'année 1975 « année du patrimoine » et donne un élan nouveau à la protection des œuvres architecturales dans toute l'Europe. De fait, en 1976, Genève adopte une nouvelle Loi sur la protection des monuments et des sites (LPMNS). Elle est aussi le fait d'une réaction populaire à de nombreuses démolitions (Place Cornavin, Carrefour de Rive, quai des Bergues)²⁷.

²¹ Voir notamment sur ces questions NEMEC-PIGUET, La protection du patrimoine à Genève. Mise en place et évolution du système légal, p. 29-56.

²² Ce sont apparemment les Français qui inventent la notion du classement d'objets monumentaux à des fins conservatoires, avec une « Loi pour la conservation des monuments et objets d'art ayant un intérêt historique et artistique », promulguée le 13 mars 1887; Leïla EL WAKIL, La liste des monuments classés, un inventaire à la Prévert, p. 88.

²³ AUBERT, La protection du patrimoine architectural en droit genevois (qui rappelle notamment les pétitions pour sauver la Tour de l'Île et le Palais de Justice), p. 1.

²⁴ C'est aussi durant ces années que naît, au niveau fédéral (en 1966), la loi sur la protection de la nature et du paysage (étendue, en 1995, aux ensembles bâtis et monuments historiques) et que les trois grands inventaires fédéraux sont lancés (en 1977) : celui du paysage, sites et monuments naturels (IFP), celui des sites construits à protéger en Suisse (ISOS) et celui des voies de communication historiques de la Suisse (IVS).

²⁵ La Vieille-Ville l'était déjà depuis 1940 et Carouge depuis 1950.

²⁶ On retrouve cette institution à l'art. 10 de la LCI actuelle, bien que les PLQ et autres plans de site soient aujourd'hui les outils principalement utilisés pour des aménagements particuliers.

²⁷ AUBERT, La protection du patrimoine architectural en droit genevois, p. 2.

Cette loi introduit l'instrument de l'inventaire. Conçu originellement comme une mesure de surveillance (en cas de demande d'autorisation de construire, le Département examinait d'office si l'objet était à l'inventaire et avait 3 mois pour ouvrir procédure de classement), ce dernier est devenu depuis, comme on le verra plus loin, un quasi-classement. Elle crée aussi les plans de site (dont le premier, adopté dès 1978, visera à protéger la rade).

La loi de 1920 prévoyait que les immeubles classés ne pouvaient pas être détruits; la LPMNS de 1976 ne pose plus une interdiction absolue, mais soumet la décision au Conseil d'Etat. Une obligation d'entretien est créée à charge du propriétaire. Le droit de préemption, qui existait déjà, est maintenu. En revanche, l'aliénation n'est plus soumise à autorisation du Conseil d'Etat, comme elle l'était précédemment. Enfin, le classement ne permet plus d'exproprier directement un bâtiment, cette faculté est remplacée par une possibilité de proposition au Grand Conseil.

Avec l'inventaire, apparaît aussi la notion d'ensemble (un objet qui, en lui-même, ne mériterait pas de conservation, peut présenter un intérêt du fait de son intégration à un groupe de bâtiments ou parce qu'il est voisin d'un monument). Cela nous conduit à la troisième période de l'évolution des outils de la protection du patrimoine, les années 80 et suivantes.

Dès 1980, la LCI étend le maintien aux intérieurs des bâtiments sis en zones protégées et depuis 1983, par une révision dite « loi Blondel », la LCI protège les ensembles du XIX^e et du début du XX^e²⁸. Cela a permis de sauvegarder des ensembles ne se situant pas dans des zones protégées, sans qu'il faille individuellement les inscrire dans un inventaire formel.

A partir de 1983, les modifications de la LPMNS sont plutôt d'ordre procédural et ont été induites par le jeu des forces politiques en présence. Elles ont eu notamment pour cible la durée et la coordination des procédures.

La fin des années 70 et les années 80 sont également la période où se sont mises en place les règles fédérales sur le zoning (avec la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire et, en 1987, la loi d'application genevoise). La protection du patrimoine passe depuis lors également par la planification, et les plans d'affectation.

En résumé, les trois grandes phases de l'histoire genevoise de la protection du patrimoine sont les années 20, les années 60-70 et les années 80 et suivantes. Quant à la protection elle-même, elle découle actuellement, sur le plan cantonal, d'une combinaison de trois lois : la LaLAT, la LCI et la LPMNS.

²⁸ Actuellement art. 89 et ss LCI. Les ensembles sont « des groupes de deux immeubles ou plus en ordre contigu, d'architecture identique ou analogue, ainsi que les immeubles séparés dont l'emplacement, le gabarit et le style ont été conçus dans le cadre d'une composition d'ensemble dans le quartier ou dans la rue ».

Le contenu concret de cette législation sera exposé à la section IV.C ci-dessous.

B. Evolution sur le plan des objets protégés et de la notion de monument

De manière évidente, la notion de monument historique s'est très largement étendue au fil des décennies. En 1921, on classait les églises, les « vieilles pierres », les fontaines, etc. (approche « monumentaliste »). Aujourd'hui la protection peut s'étendre à des ensembles, même lorsque leurs éléments pris individuellement sont de nature banale. On classe des ponts et des habitations rurales. La personnalité de l'architecte concepteur ou la valeur de témoignage social de l'objet est prise en compte. On classe l'intérieur des bâtiments et non plus seulement ce qui est visible par la collectivité²⁹. On classe, ou propose de protéger, également des bâtiments proches de notre époque et des usines³⁰.

L'association internationale pour la documentation et la conservation des œuvres du mouvement moderne (DoCoMoMo), fondée en Hollande, s'est même donné pour mission première de faire protéger la production architecturale récente. Elle a, par exemple, milité pour le classement du bâtiment Miremont-le-Crêt, de Saugey, en 1998.

Un « monument » peut donc se cacher là où le grand public ne l'attend pas, car la définition qui en est actuellement donnée par la jurisprudence est relativement large :

« [...] tout monument doit être œuvre digne de protection du fait de sa signification historique, artistique scientifique ou culturelle. Il appartient aux historiens, historiens de l'art et autres spécialistes de déterminer si les caractéristiques présentées par le monument le rendent digne de protection, d'après leur connaissance et leur spécialité. A ce titre, il suffit qu'au moment de sa création, le monument offre certaines caractéristiques au regard des critères déjà vus pour justifier son classement, sans pour autant devoir être exceptionnel dans l'abstrait. Un édifice peut également devenir significatif du fait de l'évolution de la situation et d'une rareté qu'il aurait gagnée. Les

²⁹ Ce qui n'est pas sans soulever des questions sur le plan « philosophique » et du principe de proportionnalité ; cela limite aussi la possibilité « d'améliorer » un bâtiment sur le plan technique.

³⁰ Le bâtiment des forces motrices est classé ; l'ancienne usine BOSCH est à l'inventaire ; le Lignon fait l'objet d'un projet de plan de site ; la Piscine de Lancy est à l'inventaire ; le Garage des Nations n'est pas protégé, mais son maintien faisait partie des critères du concours HCR ; l'usine Sicli à Carouge est en procédure d'inventaire ; le cinéma Bio72 n'a pas pu être classé, mais il a été mis à l'inventaire après son rachat par la Ville de Carouge ; Le bâtiment Clarté, la Maison-ronde, le bâtiment Miremont-le-Crêt sont classés ; le bâtiment Franchise 28 et le complexe Mont-Blanc-Centre font l'objet d'une demande de classement de la part de Patrimoine Suisse (contestée par les propriétaires et en cours de procédure judiciaire) ; pour ne citer que quelques exemples.

particularités du bâtiment doivent au moins apparaître aux spécialistes et trouver le reflet dans la tradition populaire sans trop s'en écarter.»³¹

«[...] Alors qu'autrefois on protégeait avant tout les constructions d'une beauté exceptionnelle ainsi que les antiquités, la protection s'étend aujourd'hui à des objets plus récents et à des bâtiments caractéristiques de l'époque où ils ont été édifiés ou d'un style. La protection peut viser par exemple des témoins typiques du 19^{ème} siècle et même du 20^{ème} siècle, ainsi que des bâtiments artisanaux, des fabriques ou des installations techniques de cette époque.»³²

«[...] Une norme qui étend la protection à des aspects du paysage auxquels on n'attribuait dans le passé qu'une importance relative, peut néanmoins se justifier aujourd'hui, même s'imposer, par rapport au déferlement des atteintes portées à l'environnement sous la pression du développement technique. Une telle formule obéit d'ailleurs aux tendances actuelles en matière de protection des paysages et des monuments, conçue non seulement comme protection d'objets isolés de grande valeur, mais comme protection d'ensembles.»³³

Dès 1964, la Charte de Venise définissait déjà le monument comme une notion très large (voir supra II.A).

C. Evolution dans la manière de protéger

Outre l'évolution observée quant à la notion « d'objet présentant un intérêt » (voir supra III.B), les autorités chargées de la protection du patrimoine ont également modifié leur approche en ce qui concerne l'étendue de la protection. Elles s'attachent depuis de nombreuses années à préserver l'essence des constructions, dans leur globalité. Cela implique de bannir le « façadisme », consistant à ne protéger que l'extérieur des bâtiments³⁴, même si cette solution a été défendue sous l'angle juridique, dans le cas de bâtiments privés, inaccessibles au public³⁵.

Dans le même ordre d'idée, alors que le classement s'arrêtait traditionnellement aux limites des bâtiments, les autorités ont pris à présent conscience du rôle des abords des édifices (jardins, allées, etc.), avec lesquels les constructions

³¹ RDAF I 2000 206, 208.

³² ATF 126 I 219, ATF 118 Ia 384 = JT 1994 I 508.

³³ ATF 101 Ia 213, ATF 97 I 639.

³⁴ Par exemple, les immeubles de la place du Bourg-de-Four ont fait, en leur temps, l'objet d'un classement limité aux façades.

³⁵ Voir, pour un débat à ce sujet, le cas de la Villa le Corbusier à Neuchâtel in BR/DC 1/85 10 et les notes des commentateurs (Arrêt du Tribunal administratif neuchâtelois du 15 février 1983 en la cause Rham et consorts contre Département des Travaux publics).

interagissent et qui méritent par conséquent d'être intégrés à la mesure de protection.

A signaler également l'une des pierres angulaires des principes de conservation, établie dès 1964 par l'ICOMOS dans la Charte de Venise: le bannissement du pastiche.

« Article 9

La restauration est une opération qui doit garder un caractère exceptionnel. Elle a pour but de conserver et de révéler les valeurs esthétiques et historiques du monument et se fonde sur le respect de la substance ancienne et de documents authentiques. Elle s'arrête là où commence l'hypothèse, sur le plan des reconstitutions conjecturales, tout travail de complément reconnu indispensable pour raisons esthétiques ou techniques relève de la composition architecturale et portera la marque de notre temps. La restauration sera toujours précédée et accompagnée d'une étude archéologique et historique du monument. »

« Article 12

Les éléments destinés à remplacer les parties manquantes doivent s'intégrer harmonieusement à l'ensemble, tout en se distinguant des parties originales, afin que la restauration ne falsifie pas le document d'art et d'histoire. »

« Article 13

Les adjonctions ne peuvent être tolérées que pour autant qu'elles respectent toutes les parties intéressantes de l'édifice, son cadre traditionnel, l'équilibre de sa composition et ses relations avec le milieu environnant. »

G. AUBERT³⁶, expliquant que le but d'un classement est le maintien de la substance même des édifices, a utilisé, au sujet du pastiche, une formule souvent reprise depuis :

« Le pastiche est au monument ce que le mensonge est à la vérité. La matière des édifices vieillit, et ce n'est qu'à travers ce vieillissement qu'elle acquiert non seulement son charme, mais aussi la possibilité de porter témoignage sur l'époque qui l'a façonnée. La copie, elle, ne renvoie qu'au temps de sa survenance. Elle est une manifestation de pauvreté ».

En revanche, une évolution sans doute regrettable est celle qu'a connue l'institution de l'inventaire. Originellement (et c'est encore ainsi que la jurisprudence le décrit³⁷) l'inventaire était un « signal d'alarme », une mesure de surveillance et non de protection au sens propre (tel le classement); il permettait d'attirer l'attention des autorités sur le bâtiment, en cas de demande d'autorisation de construire ou de procédure d'aménagement. Depuis les an-

³⁶ AUBERT, La protection du patrimoine architectural en droit genevois, p. 11.

³⁷ Voir par exemple ATA/463/2004 du 25.05.2004, cause A/1235/1998.

nées 1990, l'inventaire est, de par ses effets pratiques, un quasi-classement et ne s'en distingue pratiquement que par l'absence de droit de préemption de l'Etat. Il s'agit d'une perte de souplesse, dont les autorités semblent conscientes, puisqu'elles réfléchissent actuellement à la création d'outils « intermédiaires ».

Sur le plan pratique, on relèvera que la Commission des monuments, de la nature et des sites (CMNS) ne se voit soumettre désormais les dossiers qu'une fois en cours de procédure, ce qui la rend de facto moins interventionniste. Quant au service des monuments et des sites (SMS), qui est plus à même de rechercher et trouver des compromis avec les propriétaires, il semble de plus en plus conscient du fait que la perte de valeur potentielle d'un immeuble découlant d'une mesure de protection est un élément de « l'équation » et ne doit plus être plus traitée comme « le problème du propriétaire ».

Enfin, après une vingtaine d'années (entre 1980 et 2000) durant lesquelles l'instrument du plan de site n'a pratiquement plus été utilisé, la tendance consistant à promouvoir ce moyen comme l'outil privilégié des professionnels de la conservation s'affirme³⁸. La sauvegarde étant un aspect de la gestion de l'aménagement d'une région, le plan de site permet de tenir compte du « mille-feuille dynamique » qu'est un territoire et de faire dialoguer évolution et conservation.

En résumé, après un XIX^e siècle destructeur (en partie en raison de la volonté d'éliminer les « taudis ») on est devenu plus (certains diront trop) prudents, mais l'intégration des questions de conservation dans la logique de l'aménagement du territoire est de bon augure.

IV. Les outils actuels de la protection du patrimoine (bases légales et textes de références)

La protection du patrimoine et des sites est, sous réserve de quelques aspects, un domaine relevant principalement de la compétence des cantons. De fait, la législation fédérale et internationale se limite essentiellement à définir des principes et des missions.

³⁸ Plusieurs plans de site ont été adoptés depuis 2001 : Fossard, Thônex (ACE du 26 février 2003), la Roseaie et Beau-Séjour, Genève-Plainpalais (ACE du 5 mars 2003), Ecogia, Versoix (ACE du 28 juillet 2004). Actuellement 7 plans de site sont en cours d'adoption (notamment les squares de Montchoisy, Grange-Canal et Le Lignon).

A. Sur le plan international

En matière de protection du patrimoine, les conventions internationales visent à s'assurer que les Etats parties organisent leur législation en vue de protéger les biens culturels et architecturaux, notamment en cas de conflit, mais n'ont pratiquement aucun effet direct. Elles ont néanmoins permis de créer un système de solidarité financière internationale pour les biens considérés comme relevant du patrimoine mondial.

On citera notamment³⁹ :

- la Convention de Paris de 1972 concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel⁴⁰ (dit Patrimoine mondial de l'UNESCO), qui donne aux Etats la responsabilité de définir et de protéger leur patrimoine, mais fonde aussi des inventaires et des budgets pour la liste des objets d'intérêt mondial en péril ;
- la Convention européenne de Grenade de 1985⁴¹ (ratifiée par la Suisse en 1995), dans laquelle on retrouve toute la philosophie moderne de la protection du patrimoine (sorte de loi type).

En marge des textes étatiques, la protection du patrimoine s'appuie sur un ensemble de chartes édictées par des groupements privés internationaux de spécialistes. Celles-ci définissent une sorte de corpus de « règles de l'art » qui guident les acteurs de la protection du patrimoine dans leur pratique quotidienne.

La plus connue de ces associations, productrice des principales chartes de référence, est le Conseil international des monuments et des sites ou ICOMOS. Association mondiale de professionnels qui se consacre à la conservation et à la protection des monuments, des ensembles et des sites du patrimoine culturel, elle comporte plus de 7000 membres, experts de divers pays et disciplines : architectes, historiens, archéologues, historiens de l'art, géographes, anthropologues, ingénieurs et urbanistes. La principale de ses chartes, véritable « bible » du conservateur du patrimoine, est la « Charte de Venise de 1964 sur la conservation et la restauration des monuments et des sites »⁴², dont plusieurs passages sont cités dans la présente contribution.

³⁹ On pourrait ajouter la Convention de La Haye 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (RS 0.520.3) ; le Deuxième Protocole de 1999, mis en vigueur par l'UNESCO le 9 mars 2004 (RS 0.520.33) ; la Convention de Malte 1992 pour la protection du patrimoine archéologique (RS 0.440.5).

⁴⁰ RS 0.451.41.

⁴¹ RS 0.440.4.

⁴² On lui doit aussi, notamment, la « Charte de Florence 1981 relative à la sauvegarde des jardins historiques », la « Charte de Washington 1987 pour la sauvegarde des villes historiques », la « Charte de Lausanne 1990 pour la gestion du patrimoine archéologique ».

B. Sur le plan fédéral

Sans entrer dans le détail de chacune de ces dispositions, rappelons que la Constitution fédérale⁴³ :

- garantit, en son article 26, la propriété (elle énonce le principe de l'indemnité en cas d'expropriation matérielle) ;
- énonce, en son article 36, les règles relatives à la possibilité de restreindre les droits constitutionnels ;
- attribue aux cantons, en son article 69, la compétence en matière de culture ;
- prône, en son article 73, le développement durable ;
- réserve à la Confédération, en son article 74, la compétence en matière de protection de l'environnement ;
- répartit entre cantons et Confédération, en son article 75, la compétence en matière d'aménagement du territoire ;
- attribue à la Confédération, en ses articles 76 et 77, la compétence de légiférer en matière d'eaux et forêts ;
- attribue aux cantons, en son article 78, la compétence de protéger le patrimoine (la Confédération soutient les cantons et légifère directement pour la faune et la flore).

Le cœur de la législation fédérale est toutefois la Loi sur la protection de la nature et du paysage (LPN) de 1966⁴⁴ (elle inclut, depuis 1996, la protection des monuments historiques). Compte tenu de la répartition des compétences prévues par la Constitution, elle vise principalement à soutenir les cantons dans leurs tâches (cas échéant, sur le plan financier). Elle fonde en particulier les inventaires fédéraux : l'ISOS (inventaire des sites construits à protéger⁴⁵), l'IFP (inventaire des paysages, sites et monuments naturels⁴⁶) et l'IVS (inventaire des voies de communication historiques de la Suisse). Ces plans n'ont pas d'effets directs pour les cantons, sauf s'ils sont référencés dans leurs plans directeurs⁴⁷.

La LPN instaure entre autres :

⁴³ RS 101.

⁴⁴ RS 451.

⁴⁵ Pour le canton de Genève cet inventaire contient essentiellement des villages.

⁴⁶ Pour le canton de Genève l'inventaire IFP inclut uniquement le Rhône.

⁴⁷ RDAF 2000 766.

- un droit de recours des associations de niveau national contre les décisions fédérales et cantonales, pour autant qu’elles se vouent depuis plus de 10 ans à la protection du domaine concerné (art. 12 LPN);
- un droit d’expropriation en faveur de la Confédération pour des sites ou monuments d’importance nationale (art. 15 LPN);
- un droit à l’exécution de mesures d’urgence en cas de risque pour un objet d’importance nationale (art. 16 LPN);
- une compétence directe de la Confédération en ce qui concerne la flore et la faune du pays (biotopes; art. 18 et ss LPN).

Au sujet de la législation fédérale, dont il n’est pas question de dresser ici un inventaire exhaustif⁴⁸, il convient encore de citer la Loi sur l’aménagement du territoire (LAT⁴⁹). Les sites et le patrimoine y trouvent en effet leur place (voir art. 1, 2, 3 et surtout l’art. 17 LAT, qui prévoit la notion de zones à protéger; l’art. 3 al. 2 LAT impose la protection du paysage et des sites naturels, même en l’absence de zone particulière). Le principe de l’indemnisation en cas d’expropriation matérielle est rappelé (art. 5 LAT). Enfin, l’article 24d LAT (situé au sein de la section traitant des exceptions à l’interdiction des constructions en zone agricole) prévoit une dérogation pour l’utilisation et la transformation, hors zone à bâtir, des bâtiments dignes de protection (ce qui constitue l’un des avantages juridiques à posséder un tel bâtiment).

C. Sur le plan cantonal (genevois)

Ici encore, nous nous limiterons à citer et présenter les lois principalement concernées par la problématique du patrimoine⁵⁰, soit, comme indi-

⁴⁸ On trouvera en effet également des dispositions pertinentes dans : l’Ordonnance sur l’aménagement du territoire (OAT, RS 700.1), notamment 3 et 39; la Loi sur la protection de l’environnement (LPE, RS 814.01); l’Ordonnance sur la protection contre le bruit (OPB, RS 814.41); l’Ordonnance concernant l’Inventaire fédéral des paysages, sites et monuments naturels (OIFP, RS 451.11); l’Ordonnance concernant l’Inventaire fédéral des sites construits à protéger en Suisse (OISOS, RS 451.12); la Loi fédérale du 6 octobre 1966 sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé (loi sur la protection des biens culturels, LPBC, RS 520.3); l’Ordonnance du 17 octobre 1984 sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé (RS 520.31); la Loi fédérale sur la protection de la population et sur la protection civile (LPPCI) du 4 octobre 2002 (RS 520.1).

⁴⁹ RS 700.

⁵⁰ On peut en effet également trouver des dispositions ayant un effet en matière de protection du patrimoine dans : le Règlement général d’exécution de la loi sur la protection des monuments, de la nature et des sites (RPMNS, L 4 05.01); le Règlement d’application de la loi sur les constructions et installations diverses (RALCI L 5 05.01), notamment 56A; la Loi sur la protection générale des rives du lac (L 4 10); la Loi sur la protection générale des rives du Rhône (L 4 13); la loi sur la protection générale et l’aménagement des rives de l’Arve (L 4 16); la Loi sur les eaux (L 2 05); la loi sur les forêts (M 5 10); le Règlement concernant l’utilisation du domaine public (L 1 10.12), notamment 1; la Loi sur les procédés de réclame (F 3 20), notamment art. 7.

qué dans la section relative à l'évolution des outils de la protection⁵¹ (voir supra III.A) :

- la LaLAT du 4 juin 1987⁵² (pour les zones protégées et les plans de site) ;
- la LCI⁵³ du 14 avril 1988 (pour les zones protégées, les villages, la clause d'esthétique, la protection des ensembles) ;
- la LPMNS⁵⁴ du 4 juin 1976 (pour l'inventaire, le classement et les plans de site).

1. *La LaLAT*

Les cantons doivent, dans le cadre des principes posés par la LAT, planifier leur territoire, ce qui implique, notamment, de le répartir en zones et d'adopter des plans d'affectation concrets.

Au nombre de ces zones, la LaLAT fonde les zones protégées (art. 12, 28 et 29), constituant (à l'intérieur de zones à bâtir ou de développement) « des périmètres ayant pour but la protection de l'aménagement et du caractère architectural des quartiers et localités considérés ». Ces zones sont : les eaux publiques et privées ainsi que les rives ; les sites et paysages, ainsi que les réserves naturelles ; la zone de la Vieille-Ville et du secteur sud des anciennes fortifications ; les ensembles du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle ; la zone du Vieux Carouge ; les villages protégés ; les zones de verdure ; le site du Rhône ; les rives du lac ; les rives de l'Arve ; les rives de la Versoix (art. 29 LaLAT).

Quant aux plans d'affectation concrets, l'article 13 en dresse une liste, au sein de laquelle on retrouve, pour ce qui concerne la protection du patrimoine et de la nature, les plans de sites fondés sur la LPMNS, ainsi que les plans d'alignements visés par la loi sur les eaux et par la loi sur les forêts.

L'adoption d'un plan de modification des limites de zones, de même que, dans une moindre mesure, l'adoption des plans d'affectation, sont des processus relativement démocratiques (au sens large du terme), puisqu'ils prévoient des phases de mise à l'enquête publique, avec possibilité d'observation et d'opposition, puis, après adoption du plan, un recours devant le Tribunal administratif (art. 15 et ss LaLAT, 35 LaLAT, 40 LPMNS). Les mesures de

⁵¹ On pourrait également inclure dans les outils de la protection du patrimoine les systèmes de servitudes et le droit d'auteur des architectes, mais cela dépasserait le cadre de la présente contribution (pour les questions relevant de la propriété intellectuelle, voir les publications de D. BARRELET / W. EGLOFF, I. CHERPILLOD / F. DESSEMONTET et K. TROLLER).

⁵² RSG L 1 30.

⁵³ RSG L 5 05.

⁵⁴ RSG L 4 05.

protection du patrimoine intégrées à de tels plans disposent, de facto, d'une «légitimité» populaire plus grande qu'une mesure de protection ponctuelle, comme une décision de classement isolée.

A signaler encore :

- la clause de sauvegarde des buts de la planification de l'article 13B LaLAT, qui permet de refuser une autorisation de construire (bien que, par hypothèse, conforme à la législation), si celle-ci est de nature à compromettre des objectifs d'urbanisme et que l'adoption, la modification ou l'abrogation d'un plan d'affectation du sol paraît nécessaire⁵⁵ ;
- l'article 27D LaLAT, qui précise que les objets pouvant prétendre, en matière de construction et transformation en zone agricole, à une dérogation, au sens de l'article 24d LAT, sont ceux visés par une mesure de classement, d'inscription à l'inventaire ou un plan de site, au sens de la LPMNS.

2. La LCI

La loi sur les constructions et installations diverses fournit trois types d'outils pour la protection du patrimoine et de son environnement direct :

a) Les règlements spéciaux de l'article 10

Cet instrument se confond en pratique aujourd'hui avec le plan localisé de quartier, dont il suit d'ailleurs les règles d'adoption⁵⁶. Il permet au Conseil d'Etat, sur préavis de la commission d'urbanisme et de la commission d'architecture⁵⁷, et après consultation de la Commune, d'édicter des règles concernant la limitation du degré d'occupation des terrains, les dimensions, le caractère architectural, le genre et la destination des constructions, dans le but de conserver ou d'assurer le caractère, l'harmonie ou l'aménagement de certains quartiers. Ces règlements peuvent prescrire des hauteurs inférieures

⁵⁵ Cette règle ne s'applique pas pour l'abrogation ou la modification d'un plan localisé de quartier en vigueur. De plus, il ne peut s'écouler plus de 2 années entre la décision de refus et l'adoption, la modification ou l'abrogation d'un plan d'affectation du sol, la mise à l'enquête du projet devant intervenir dans les 12 mois à compter de la décision de refus. A défaut, le propriétaire reprend la libre disposition de son terrain, dans les limites des lois ou plans d'affectation du sol en vigueur, soit, dans les zones de développement, selon les normes de la zone ordinaire ou selon le plan d'affectation spécial en force.

⁵⁶ Art. 10 al. 4 LCI. Toutefois, lorsqu'un plan localisé de quartier a été approuvé, il ne peut s'écouler moins de 5 ans entre la date de son adoption et la mise à l'enquête publique d'un projet de règlement spécial, dont le champ d'application recouvrirait, en tout ou partie, le périmètre du plan localisé de quartier (art. 10 al. 5 LCI).

⁵⁷ Dans les zones protégées, le préavis de la commission des monuments, de la nature et des sites est requis en lieu et place de celui de la commission d'architecture (art. 10 al. 1).

ou supérieures à celles qui sont prévues par la loi. Ils peuvent de même imposer l'obligation d'atteindre la hauteur maximum autorisée par la loi ou prescrite par son règlement d'application.

b) *Les clauses de dérogations aux règles de construction usuelles des articles 11 et 12*

Dispositions de principe en faveur du patrimoine, elles n'appellent pas de remarques particulières.

c) *La clause d'esthétique de l'article 15*

En vertu de cette clause, que la jurisprudence qualifie de notion indéterminée, le Département peut interdire ou n'autoriser que sous réserve de modification toute construction qui, par ses dimensions, sa situation ou son aspect extérieur nuirait au caractère ou à l'intérêt d'un quartier, d'une rue ou d'un chemin, d'un site naturel ou de points de vue accessibles au public. La décision se fonde notamment sur le préavis de la Commission d'architecture ou, pour les objets qui sont de son ressort, sur celui de la Commission des monuments, de la nature et des sites. Elle tient compte également, le cas échéant, de ceux émis par la Commune ou les services compétents du Département.

Par le biais de cette disposition, on pourrait imaginer de protéger l'environnement d'un objet classé ou mis à l'inventaire, alors même que les parcelles concernées ne seraient pas soumises à une mesure de protection directe, à un plan ou à un règlement spécial.

d) *Les zones protégées (Vieille-Ville et du secteur sud des anciennes fortifications ; ensembles du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle ; Secteur Rôtisserie-Pêlisserie ; Vieux Carouge ; villages protégés ; art. 83 et ss LCI)*

La LCI définit le régime concret applicable à ces zones, déjà citées dans la section consacrée à la LaLAT. Sans entrer dans le détail de ces dispositions, on rappellera que le but de ces zones est la conservation de l'harmonie et de l'identité du secteur, par le biais de règles sur les alignements, les gabarits, les couleurs, etc. Le régime le plus sévère est bien évidemment celui de la Vieille-Ville, où la protection s'étend notamment au maintien des bâtiments existants, ainsi que, en cas de rénovation, à celui de leurs structures intérieures. En ce qui concerne les ensembles du XIX^e et XX^e, il s'agit, comme indiqué plus haut, de deux bâtiments ou plus, contigus ou séparés, analogues en style ou conçus ensemble. Si leur unité est complète, ils doivent être maintenus et, en cas de travaux, les structures porteuses et ainsi que les éléments dignes d'intérêts sauvegardés. Pour les autres, l'unité architecturale et urbanistique, la hauteur des corniches et le nombre de niveaux doivent être préservés.

On signalera, enfin, que l'article 145 LCI ouvre un droit de recours aux « associations d'importance cantonale ou actives depuis plus de trois ans qui, aux termes de leurs statuts, se vouent par pur idéal à l'étude de questions relatives à l'aménagement du territoire, à la protection de l'environnement ou à la protection des monuments, de la nature ou des sites ».

3. *La LPMNS*

Le but de la LPMNS est, comme son nom l'indique, de protéger les monuments de l'histoire, de l'art ou de l'architecture et les antiquités immobilières ou mobilières situés ou trouvés dans le canton. Elle vise aussi la préservation de la nature, du paysage et des localités, des immeubles et des sites dignes d'intérêt, ainsi que des beautés naturelles. Elle entend, enfin, favoriser l'accès du public aux sites et points de vue et encourager tous types d'efforts entrepris en faveur de la protection des monuments, de la nature et des sites.

L'interprétation à donner à la définition du « monument » (tel qu'énoncée à l'art. 4 LPMNS) a déjà été présentée (voir supra II.A et III.B). Quant aux outils fournis par la LPMNS pour la protection du patrimoine, ils seront détaillés ci-dessous.

a) Les mesures conservatoires (art. 5)

Elles permettent au Département chargé de l'application de la LPMNS, aujourd'hui le Département des constructions et des technologies de l'information (DCTI), d'intervenir en cas de danger imminent pour protéger un objet (ordre d'arrêt de travaux ou de rétablissement de l'état antérieur), même si celui-ci n'est pas encore classé ou mis à l'inventaire. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, la mesure tombe si une procédure de classement ou de mise à l'inventaire n'a pas été ouverte dans les 6 mois⁵⁸.

b) Le droit de visite (art. 6)

Il permet au Département d'accéder à tout objet soumis au champ d'application de la loi (donc également des objets encore non classés ou inscrits à l'inventaire) et de l'examiner.

c) L'inscription à l'inventaire (art. 7 et ss)

A l'origine, il s'agissait d'un instrument destiné à signaler aux autorités l'intérêt d'un immeuble, pour le cas où il serait visé par une procédure d'autorisation de construire ou de planification, de manière à s'assurer qu'il fasse l'objet

⁵⁸ Le Conseil d'Etat peut prolonger ce délai de 6 mois.

d'un examen particulier. Comme déjà indiqué, cette sorte de signal d'alarme s'est, au fil des réformes, transformée en un quasi-classement.

Les immeubles inscrits à l'inventaire doivent en effet (art. 9) être maintenus et leurs éléments dignes d'intérêt préservés (l'art. 90 al. 1 de la LCI relatif aux ensembles du XIX^e et XX^e étant applicable par analogie aux travaux exécutés dans ces immeubles). Par ailleurs, tous les travaux, même d'ordinaire non soumis à autorisation, doivent être annoncés en temps utile à l'autorité compétente. Pendant l'enquête, ces travaux ne peuvent être exécutés. L'interdiction n'est levée que si une procédure de classement n'est pas ouverte dans un délai de 3 mois dès la date de réception de l'annonce des travaux projetés, à moins que ceux-ci ne soient de toute manière soumis à autorisation. Cette interdiction redevient toutefois effective si lesdits travaux ne sont pas exécutés dans un délai de 15 mois suivant cette échéance.

La procédure de mise à l'inventaire peut être engagée spontanément par le Département, mais également être requise par la Commune du lieu de situation de l'immeuble en cause ou par une association, au sens de l'article 63. Dans ces deux derniers cas, l'autorité compétente est alors tenue de statuer et de motiver sa décision (art. 7 al. 1).

La Commune du lieu de situation de l'immeuble est consultée (son silence dans les 30 jours vaut acceptation), de même que le propriétaire. Le Département, autorité de décision en matière d'inventaire, est censé rendre sa décision 18 mois au plus tard après l'ouverture de la procédure. En cas de dépassement de ce délai, un recours pour déni de justice peut être déposé auprès du Tribunal administratif par le propriétaire, la Commune du lieu de situation du monument ou l'auteur de la demande de mise à l'inventaire.

Si l'autorité chargée d'instruire la demande de mise à l'inventaire conclut à son rejet, elle est tenue d'examiner d'office l'opportunité d'une autre mesure de protection éventuelle, telle que le classement, le classement partiel ou l'adoption d'un plan de site et, le cas échéant, de soumettre la proposition au Conseil d'Etat pour décision.

Il est important de souligner que l'inventaire n'est pas exhaustif (art. 7 al. 7 LPMNS; il est régulièrement mis à jour et publié dans la Feuille d'avis officielle), de sorte qu'un classement peut parfaitement viser un objet qui n'était pas préalablement à l'inventaire.

Parmi les modifications récentes de la loi, il faut signaler celle consistant à voir déclarer d'emblée irrecevable une demande d'inscription à l'inventaire portant sur un immeuble dont la démolition ou la transformation a fait l'objet d'un préavis favorable de la Commission des monuments, de la nature et des sites et est prévue par une autorisation de construire ou de démolir en force ou un plan localisé de quartier ou encore un plan de site, l'un et l'autre entrés en force depuis moins de cinq ans.

d) *Le classement (art. 10 et ss)*

L'autorité de décision en matière de classement est le Conseil d'Etat.

Comme l'inscription à l'inventaire, un classement peut être envisagé spontanément par le Département ou requis par la Commune du lieu de situation du monument ou une association, au sens de l'article 63 ; le Conseil d'Etat est alors tenu de statuer de manière motivée.

A l'instar de la procédure d'inventaire, la demande de classement est irrecevable si elle porte sur un immeuble dont la démolition ou la transformation a fait l'objet d'un préavis favorable de la Commission des monuments, de la nature et des sites et est prévue par une autorisation de construire ou de démolir en force ou un plan localisé de quartier ou encore un plan de site, l'un et l'autre entrés en force depuis moins de cinq ans.

L'arrêté de classement définit l'immeuble classé, le cas échéant ses abords, et l'intérêt qu'il présente ; les mesures de protection déjà prises ; les mesures souhaitables de conservation ou de restauration. Sa durée est illimitée.

Comme pour l'inscription à l'inventaire, la Commune et le propriétaire sont consultés et le Conseil d'Etat est censé statuer dans les 18 mois de l'ouverture de la procédure (qui est néanmoins instruite par le Département). A défaut, un recours pour déni de justice peut être déposé auprès du Tribunal administratif.

Si l'autorité chargée d'instruire la demande de classement conclut à son rejet, elle est tenue d'examiner l'opportunité d'une autre mesure de protection, telle que le classement partiel, la mise à l'inventaire ou l'adoption d'un plan de site et de soumettre, le cas échéant, la proposition au Conseil d'Etat pour décision.

Sous l'angle de ses effets, la procédure de classement implique pour le propriétaire l'interdiction (au maximum pendant un délai de 3 ans) d'apporter quelque changement que ce soit à l'état primitif ou à la destination de l'immeuble sans l'autorisation de l'autorité compétente (il s'agit essentiellement ici des modifications qui n'auraient pas nécessité d'autorisation, tels de simples travaux usuels d'entretien ; les autres travaux sont de toute manière soumis à l'accord du Département en vertu des règles ordinaires). Cette interdiction ne s'applique pas durant l'éventuel recours dirigé contre une décision d'irrecevabilité au sens de l'article 10, alinéa 3. Le délai de trois ans est, en revanche, logiquement interrompu en cas de recours du propriétaire.

Quant aux effets de l'arrêté de classement (art. 15), ils sont fort simples : l'immeuble classé ne peut plus, sans l'autorisation du Conseil d'Etat, être démoli, faire l'objet de transformations importantes ou d'un changement dans sa destination. Sont assimilés à la démolition le déplacement et l'enlèvement

de parties de l'immeuble. Les simples travaux ordinaires d'entretien et les transformations de peu d'importance font eux aussi l'objet d'un contrôle. Ils peuvent être autorisés par le Département, pour autant qu'ils aient fait l'objet d'un préavis favorable de la part de la Commission des monuments, de la nature et des sites et d'une demande d'autorisation ordinaire (et non accélérée). Le Conseil d'Etat peut également interdire de modifier les abords immédiats de l'immeuble, jusqu'à une distance déterminée dans chaque cas.

En théorie, l'immeuble classé peut être déclaré accessible au public dans les limites compatibles avec sa destination. Le Conseil d'Etat fixe dans chaque cas cette mesure.

Enfin, l'arrêté de classement ne peut être modifié ou abrogé que pour des motifs prépondérants d'intérêt public ou si l'immeuble qu'il protège ne présente plus d'intérêt du point de vue de la loi. La procédure de classement est applicable par analogie.

Contrairement aux objets simplement mis à l'inventaire, les objets classés induisent pour le propriétaire une obligation d'entretien (art. 19). L'Etat peut intervenir d'office si le propriétaire ne s'exécute pas ou lorsqu'il a réalisé des travaux non autorisés. Il dispose alors d'une hypothèque légale pour couvrir ses frais. Les travaux d'entretien d'un bâtiment classé peuvent être en partie financés par l'Etat (art. 22), mais cette prise en charge est marginale (voir infra IV.C.4).

Les objets classés sont également soumis à un droit de préemption légal en faveur de la Commune de situation, subsidiairement de l'Etat (art. 24), et peuvent faire l'objet, par le Conseil d'Etat, d'une proposition d'expropriation adressée au Grand Conseil.

e) Les plans de site (art. 38)

Il s'agit de l'instrument le plus souple, puisque le Conseil d'Etat peut définir, en son sein ou dans le règlement d'accompagnement, toutes sortes de détails tels que: le maintien de bâtiments existants, l'alignement aux abords de lisières de bois et forêts ou de cours d'eau; les angles de vue, l'arborisation, les conditions relatives aux constructions, installations et exploitations de toute nature (implantation, gabarit, volume, aspect, destination); les cheminements ouverts au public ainsi que les voies d'accès à un site ou à un point de vue; les réserves naturelles.

A défaut d'autres règles fixées dans le plan de site ou son règlement, l'article 90, alinéa 1 LCI (relatifs aux ensembles) est applicable par analogie aux travaux exécutés dans les immeubles déclarés maintenus, sous réserve des cas d'intérêt public. Quant aux immeubles maintenus, ils ne peuvent, sans l'autorisation du Conseil d'Etat, être démolis, transformés ou faire l'objet de réparations importantes.

L'initiative d'un plan de site peut venir du Département lui-même, du Conseil d'Etat, du Grand-Conseil ou d'une Commune. Son adoption passe par un système en six phases (art. 40) : a) élaboration ; b) enquête publique d'au moins 30 jours, à l'occasion de laquelle la population peut formuler des observations ; c) préavis communal ; d) publication du projet de décision ; e) délai d'opposition de 30 jours, ouvert à toutes personnes ou organisations disposant de la qualité pour recourir ; e) décision sur opposition et publication de l'adoption du plan ; f) délai de recours au TA de toutes personnes disposant de la qualité pour agir.

Comme les objets classés, les plans de sites permettent au Conseil d'Etat de proposer au Grand Conseil l'expropriation des droits nécessaires à la réalisation de leurs buts (art. 41). Le droit d'expropriation appartient ici à l'Etat⁵⁹.

f) *Le recensement*

Le recensement n'est pas un instrument prévu directement par la loi. Il s'agit simplement d'un outil de travail interne à l'administration, permettant à cette dernière de connaître et d'identifier les objets de son territoire, sous l'angle patrimonial. D'un point de vue pratique et au regard de la prévisibilité d'une mesure de protection, un recensement complet et réactualisé du bâti devrait être le « cœur du système ». Il donnerait à tout propriétaire ou investisseur la possibilité de déterminer d'emblée si le bien sur lequel il porte son attention risque de faire, à terme, l'objet d'une mesure de protection.

g) *Le financement de la protection des monuments et des sites*

Les moyens financiers à la disposition des autorités pour les tâches de protection du patrimoine découlent du fonds cantonal prévu à l'article 42 LPMNS et du crédit de subvention à la restauration des bâtiments des articles 42A et ss LMPNS, voté en 2002 et 2005 d'un montant de 20 Mios.

Le budget annuel destiné à alimenter le fonds cantonal est actuellement d'environ 2 Mios (alors qu'il était à 3 auparavant), dont 1 Mio est, dans les faits, utilisé pour les fouilles archéologiques. Le solde, qui est dès lors relativement limité pour les tâches visées, permet de couvrir les expertises et autres études préalables, que l'Etat prend en général à sa charge lorsqu'il s'agit de déterminer l'intérêt d'un bâtiment ou les modes d'intervention en cas de travaux.

La subvention à la restauration des immeubles d'habitation (consacrée essentiellement aux bâtiments du XIX^e et à ceux construits dans les années 60)

⁵⁹ Le Conseil d'Etat peut toutefois l'exercer au profit de la commune du lieu de situation ou, théoriquement, également en faveur d'autres personnes physiques ou morales poursuivant par pur idéal les buts énoncés à l'art. 1 de la loi.

a été actuellement utilisée à hauteur d'environ 50% (l'Etat paie notamment le maintien des fenêtres, semble-t-il, jusqu'à 25%).

La Confédération contribue financièrement à la conservation des objets d'importance nationale, mais cet apport doit être fixé à l'avance, dans son budget quadriennal. De plus, il a beaucoup baissé et n'est que de l'ordre de Frs 500 000.– à 700 000.– y compris les fouilles archéologiques. Il semblerait, par ailleurs, qu'il soit amené à diminuer encore de moitié.

A priori, le problème du financement de l'entretien des bâtiments d'habitation relevant du patrimoine va se présenter à nouveau de manière aiguë dans une dizaine d'années, en raison du cycle de vie des rénovations.

h) Organisation et autorités

Comme exposé indirectement plus haut, la répartition des compétences en matière de protection patrimoniale à Genève s'opère comme suit :

- Le Conseil d'Etat est compétent pour les décisions portant sur les classements, les « déclassements », les travaux effectués sur des bâtiments classés (sauf les travaux de pur entretien, qui relèvent du Département) et pour l'adoption des plans de sites.
- Le Département statue sur les inscriptions à l'inventaire et prend toutes les autres décisions prévues par la loi (interruptions de travaux, exécution de travaux d'office, etc.).
- Enfin, la Commission des monuments, de la nature et des sites (CMNS)⁶⁰ émet des préavis sur tous les objets entrant dans le champ d'application de la LPMNS ou lorsque cela est prévu par d'autres lois (par exemple la LCI).

i) Voies de recours et qualité pour agir

Comme la LCI et la LaLAT, en sus des personnes disposant de la qualité pour recourir au sens de la LPA, la LPMNS ouvre une voie de recours aux communes et « aux associations d'importance cantonale, actives depuis plus de trois ans qui, aux termes de leurs statuts, se vouent par pur idéal à l'étude de questions relatives à l'aménagement du territoire, à la protection de l'environnement ou à la protection des monuments, de la nature ou des sites »⁶¹ (art. 63 LMPNS).

Les autorités de recours sont (art. 40 al. 9 et 62 LPMNS, 35 LaLAT) :

⁶⁰ Commission actuellement composée de 26 membres, nommés par le Conseil d'Etat, répartis en trois sous-commissions : architecture, nature et antiquités. Les associations de défense du patrimoine y sont fortement représentées, de la volonté même du législateur (art. 46 LMPNS).

⁶¹ Citons Action Patrimoine Vivant et Patrimoine Suisse (anciennement Société d'Art Public).

- le Tribunal administratif pour les décisions prises par le Conseil d'Etat, ainsi que pour les décisions d'inscriptions à l'inventaire, la prise de mesures conservatoires, l'exercice du droit de préemption de la Commune ou de l'Etat et l'adoption des plans de site (ainsi que contre les jugements de la Commission cantonale de recours en matière de constructions);
- la Commission cantonale de recours en matière de constructions pour les autres décisions prises en vertu de la LPMNS.

V. Solutions et repères jurisprudentiels ⁶²

A. Constitutionnalité d'une restriction du droit de la propriété (en général)

1. *Principes constitutionnels, légalité, proportionnalité, intérêt public*

Voir supra note 9.

2. *Pouvoir d'examen, circonstances locales*

Voir infra V.B. avec renvois aux notes 67 et 68.

B. Restrictions de la propriété en matière de protection du patrimoine ⁶³

Selon le Tribunal fédéral, les restrictions au droit de propriété ordonnées en vue de la protection des monuments répondent en principe à l'intérêt public⁶⁴.

Pour notre Haute Cour, la protection des sites naturels par des règles interdisant ou limitant la construction est effectivement le seul moyen de sauvegarder pour les générations à venir l'image du pays tel qu'il était avant que l'homme ne le transforme profondément, souvent en le défigurant. Elle

⁶² Cette section regroupe une sélection thématique d'arrêts fédéraux et genevois. N.B.: Les références légales ou institutions mentionnées dans les résumés d'arrêts présentés ci-dessous sont citées telles qu'elles existaient à l'époque de publication desdits arrêts.

⁶³ Pour un rappel des principes généraux: ATF 126 I 219; ATF 121 I 117 consid. 3b p. 120; ATF 120 la 126 consid. 5a p. 142; ATF 119 la 348 consid. 2a p. 353, et les arrêts cités.

⁶⁴ ATF 126 I 219.

permet, seule, de maintenir intactes les beautés qu'offre la nature. Dans les régions où la densité de la population et de la construction croît rapidement, elle assure aux habitants des endroits où ils peuvent venir chercher la tranquillité dont ils ont de plus en plus besoin en raison des exigences de la vie moderne. A cet égard, elle s'impose particulièrement pour les sites naturels sis à proximité des agglomérations urbaines⁶⁵.

Le classement d'un bâtiment constitue toutefois une restriction grave au droit de propriété⁶⁶.

Le Tribunal fédéral examine donc librement la légalité d'une mesure de protection du patrimoine, ainsi que l'application du droit cantonal, la pesée des intérêts en présence et le respect du principe de la proportionnalité⁶⁷.

Le Tribunal fédéral s'impose cependant une retenue particulière dans l'examen de questions d'appréciation ou de circonstances locales, dont les autorités cantonales ont une meilleure connaissance, notamment pour ce qui concerne la protection des monuments⁶⁸.

Une mesure de protection des monuments est incompatible avec la Constitution si, dans la pesée des intérêts en présence, elle produit des effets insupportables pour le propriétaire. Savoir ce qu'il en est ne dépend pas seulement de l'appréciation des conséquences financières de la mesure critiquée, mais aussi de son caractère nécessaire: plus un bâtiment est digne d'être conservé, moins les exigences de rentabilité doivent être prises en compte⁶⁹.

C. Evolution de la notion de monument

Voir supra III.B et notes 28 à 30.

D. Hiérarchie entre les intérêts protégés?

1. *Au sein de la Constitution*

D'importants intérêts publics protégés par la Constitution, tels ceux de l'aménagement du territoire, de la protection de l'environnement, des eaux,

⁶⁵ ATF 91 I 329; RO 88 I 253.

⁶⁶ ATF 126 I 219; ATF 118 la 384 consid. 4a p. 387.

⁶⁷ ATF 126 I 219 ATF 124 I 6 consid. 4b/aa p. 8; ATF 121 I 117 consid. 3b/bb p. 120/121; ATF 119 la 88 consid. 5c/bb p. 96, 362 consid. 3a p. 366, et les arrêts cités, ATF 121 I 117 consid. 3b/bb et c p. 120/121; ATF 119 la 362 consid. 3a p. 366.

⁶⁸ ATF 126 I 219; ATF 120 la 270 consid. 3b p. 275; ATF 119 la 88 consid. 5c/bb p. 96; ATF 118 la 384 consid. 4b p. 388.

⁶⁹ Arrêt Bio72 ATF 126 I 219, ATF 118 la 384 consid. 5e p. 393.

de la nature et du paysage sont mis sur le même pied que la garantie de la propriété⁷⁰.

2. *Le patrimoine contre les économies d'énergie?*

Le Tribunal administratif genevois a autorisé le remplacement de fenêtres en bois dans un ensemble protégé du XX^e siècle par des doubles vitrages en bois-métal contre l'avis de la CMNS (vu l'absence d'uniformité et la nécessité de tenir compte des économies d'énergies)⁷¹.

Le Tribunal administratif genevois a validé un programme de rénovation des façades comportant le changement des fenêtres, malgré un préavis négatif de la Commission des monuments de la nature et des sites⁷².

3. *Protection du patrimoine et LDTR*⁷³

Des arrêts genevois anciens et reposant sur des bases légales qui ont partiellement changé⁷⁴, indiquaient que les intérêts et buts poursuivis par la LDTR et la LMPNS sont spécifiques et distincts les uns par rapport aux autres. La rénovation d'un objet classé, en particulier lorsque sa transformation ou sa réfection exigerait les mêmes travaux s'il n'était pas protégé, doit donc être examinée également sous l'angle de la LDTR.

Le Département tiendra compte, dans son appréciation, des cas particuliers, telle la transformation d'un immeuble classé qui peut conduire à des loyers supérieurs à ceux répondant aux besoins prépondérants de la population (Mémorial des séances du Grand Conseil 1989, p. 3579).

E. *Prise en compte des intérêts du propriétaire*

1. *Intérêts financiers*

Les intérêts purement financiers des propriétaires à une utilisation aussi lucrative que possible de leurs biens-fonds ne peuvent pas l'emporter sur l'in-

⁷⁰ ATF 117 Ib 243 = JT 1993 I 511; ATF 105 I 336 c 3c, JT 1981 I 497.

⁷¹ ATA 529 2007 GE.

⁷² ATA/263/2007 du 22.05.2007, cause A/3668/2006.

⁷³ Loi sur les démolition, transformation et rénovation de maisons d'habitation (RSG L 5 20).

⁷⁴ Décision non numérotée du 22.11.1989, cause n° 88.TP.624 (avec nombreuses références aux travaux parlementaires). Décision non numérotée du 22.11.1989, cause n° 88.TP.624. Décision non numérotée du 22.11.1989, cause n° 88.TP.624.

térêt public à une restriction de la propriété. Si l'argument économique du recourant était reconnu, des bâtiments se trouvant dans le centre des villes ne pourraient quasiment plus bénéficier d'une protection architecturale⁷⁵.

L'autorité qui ordonne le classement d'un bâtiment doit s'entourer de précautions particulières lorsque cette mesure produit concrètement l'effet de maintenir l'affectation du bâtiment et oblige le propriétaire à poursuivre, même contre son gré, une activité économique déterminée. S'agissant d'une restriction grave au droit de propriété, l'autorité doit, en premier lieu, établir les faits de telle manière qu'apparaissent clairement toutes les conséquences du classement, tant pour ce qui concerne le bâtiment lui-même et son utilisation future, que le rendement que le propriétaire pourra désormais en escompter. A cette fin, l'autorité et le propriétaire doivent se concerter pour examiner tous les effets du classement, étudier d'éventuelles variantes et solutions alternatives, fixer les modalités, les charges et les conditions de l'utilisation future. Cette obligation de collaboration ne change pas la nature de l'acte de classement, qui n'en devient pas négociable pour autant, et demeure une prérogative exclusive et unilatérale de l'Etat. De même, l'éventuel défaut de coopération du propriétaire dans la phase de l'instruction de la cause n'empêchera pas l'Etat d'ordonner le classement, si l'état de fait est établi clairement et complètement⁷⁶.

Une mesure de classement est proportionnée, partant compatible avec l'article 26 alinéa 1 Cst., si elle garantit au propriétaire un rendement acceptable. Celui-ci peut soit résulter de la continuation de l'activité économique antérieure, soit d'une reconversion totale ou partielle, pourvu que les frais de celle-ci puissent être raisonnablement mis à la charge du propriétaire. A défaut, l'Etat doit ou renoncer à la mesure de classement envisagée, ou en réduire la portée, ou encore la maintenir, mais à la condition, dans ce dernier cas, de prêter son concours, y compris financier, au changement d'affectation nécessaire, voire à l'exploitation future du bâtiment⁷⁷.

2. *La préservation du paysage au regard d'une utilisation de la parcelle conforme à son affectation*

Une demande d'autorisation de construire un hangar agricole et six tunnels sans fondation sur une parcelle sise en zone agricole a été refusée par le Département au motif qu'elle était de nature à nuire à la sauvegarde et à la

⁷⁵ ATF 126 I 219; ATF 120 Ia 270 consid. 6c p. 285; ATF 118 Ia 384 = JT 1994 I 508; ATF 109 Ia 257 = JT 1985 I 506.

⁷⁶ Arrêt Bio72 ATF 126 I 219.

⁷⁷ Ibidem.

qualité du site naturel. Cette décision a été annulée par la Commission de recours genevoise. Le recours du Département a été rejeté, la recourante se trouvant dans un cas d'exception tel que prévu par l'article 21 alinéa 1 LaLAT. Le Tribunal administratif genevois a relevé, en outre, que si la préservation du paysage relevait de l'intérêt public, dans le cadre d'une pesée des intérêts, elle ne devait pas primer l'intérêt économique de la recourante à exploiter une parcelle en surface d'assolement, même si des constructions et installations, par ailleurs conformes à la zone de fond, étaient nécessaires⁷⁸.

3. *Pesée des intérêts, exploitation ultérieure de la parcelle*

Le Tribunal administratif genevois a jugé qu'une station-service dont la principale caractéristique à l'origine d'une demande de classement consistait en ses solutions techniques de « dalles-champignons » ne saurait être classée, par défaut d'intérêt public suffisant. En effet, il n'apparaissait pas, en soi, au vu des différents organismes consultés, qu'elles aient été d'une qualité ou originalité telle qu'elles supplantent l'intérêt privé du recourant à une exploitation rentable de cette station. Un classement l'aurait privé, à plus ou moins brève échéance, de tout usage du bâtiment, compte tenu du fait qu'en l'état la station était vouée à disparaître et qu'aucune activité de substitution n'apparaissait viable au vu de son emplacement et des contraintes techniques qu'elle comporte⁷⁹.

F. **Rapports entre les moyens de la protection**

Un bâtiment peut faire l'objet d'une décision de classement (inscription dans l'inventaire des monuments historiques) même s'il n'a pas été compris dans une zone à protéger [limitrophe], car ces deux types de mesures visent des buts différents⁸⁰.

Même si les constructions projetées sont conformes à la zone, les clauses d'esthétique peuvent impliquer des restrictions de bâtir, indépendamment du respect des normes de construction⁸¹.

⁷⁸ ATA/784/2002 du 10.12.2002, cause A/1208/2001.

⁷⁹ ATA/369/2002 du 25.06.2002, cause A/1056/2001.

⁸⁰ ATF 118 Ia 384 = JT 1994 I 508.

⁸¹ RDAF 2007 471 (n. 66 ZBI 2006, 422-430 (15.4.2005/a).

G. Mesures de protection du patrimoine : justification, étendue et portée de la protection

1. *Justification de la mesure*

Cas des bâtiments Mont-Blanc-Centre, à Genève⁸² : pour les immeubles abritant les bureaux et les commerces, la mesure de classement prononcée respecte, selon le Tribunal administratif genevois, la garantie de la propriété de la recourante (ce résultat n'est toutefois pas définitif, car l'affaire a été renvoyée au Conseil d'Etat pour compléter son arrêté de classement et cette décision finale pourra encore faire l'objet de recours pour l'ensemble des bâtiments). Cette garantie serait respectée en particulier du fait que la distribution intérieure des locaux reste aménageable et permet de répondre à la demande des locataires. En revanche, le Conseil d'Etat ne pouvait, selon les juges du Tribunal, classer le bâtiment abritant le cinéma sans avoir procédé à un examen complet des conséquences, notamment économiques, de cette mesure.

Cas de la demande de classement d'un immeuble de la cité Vieusseux (à Genève)⁸³ : la pesée des intérêts du Conseil d'Etat (qui avait refusé le classement) a été critiquée par le Tribunal administratif, qui a renvoyé la cause au Conseil d'Etat pour classement, mais cet arrêt a été annulé par le Tribunal fédéral, faute de motivation suffisante et convaincante.

Le Tribunal administratif a régulièrement rappelé que l'inscription à l'inventaire se distingue du classement, car la première est un instrument de surveillance, tandis que le second est une mesure de protection. Dans l'affaire ici référencée, quand bien même l'immeuble du recourant présentait un certain intérêt, il n'avait pas une valeur architecturale telle qu'il puisse être considéré comme un monument. La demande de classement a donc été rejetée malgré l'inscription à l'inventaire⁸⁴.

Une autorisation de démolir une ancienne ferme sur le site de Compezières (Genève), d'importance nationale, pour la construction d'une école a été annulée par le Tribunal administratif cantonal. L'autorisation de construire le groupe scolaire projeté à cet endroit a également été annulée, dès lors qu'une procédure préalable de planification n'avait pas été ordonnée et qu'une dérogation au sens de l'article 24 LAT n'était pas possible⁸⁵.

L'ensemble formé par les constructions des quartiers de la Roseraie et de Beau-Séjour, le tissu urbain dans lequel elles s'inscrivent et la végétation

⁸² ATA/105/2006 du 07.03.2006, cause A/844/2004.

⁸³ ATA/730/2005 du 01.11.2005, cause A/2007/2004 (cause actuellement pendante devant le TA).

⁸⁴ ATA/463/2004 du 25.05.2004, cause A/1235/1998.

⁸⁵ ATA/144/2004 du 10.02.2004, cause A/805/2003.

qui les englobe constituent un site protégé. Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral, dans le contrôle de la base légale d'un plan limitant les possibilités d'utilisation d'un immeuble, dépend de la gravité des restrictions du droit de propriété du recourant. En l'espèce, la décision prise par le Tribunal administratif genevois ne donnait aucune indication sur les critères objectifs retenus. Ni l'appréciation très vague de la valeur de l'immeuble litigieux ni les considérations générales sur les quartiers concernés ne suffisaient dès lors à établir l'intérêt public censé justifier les mesures de protection appliquées au bâtiment et au jardin de la recourante⁸⁶.

2. *Justification d'un classement ? (bâtiment déjà visé par un plan de site et transformé)*

Affaire du Palais Wilson, à Genève⁸⁷ : malgré un préavis de la CMNS (suivi par l'Etat) défavorable au classement – préavis fondé sur a) l'inclusion du bâtiment dans le plan de site de la rade, b) de récents travaux de rénovation et transformation, qui mettaient l'édifice à l'abri de toute menace et c) le fait qu'une mesure de classement aurait dû intervenir avant l'adoption de la révision du plan de site –, le Tribunal administratif genevois a ordonné le classement.

En l'occurrence, la CMNS n'entendait pas reconnaître, par une mesure de classement, des opérations relevant de la pratique de « l'empaillage » (façadisme), même partiel, car elles étaient non conformes à la déontologie de la conservation-rénovation définie dans la Charte de Venise (1964). Le Tribunal administratif n'a pas suivi cette approche, constatant que : a) le préavis de la Ville (favorable au classement) et celui de la CMNS – tous deux prévus par la loi, donc, selon lui, de valeur égale – divergeaient, de sorte qu'il lui était possible de s'en écarter ; b) l'intérêt architectural et la valeur symbolique et historique du bâtiment étaient admis.

Le Tribunal administratif a ensuite considéré que le Palais Wilson méritait d'être qualifié de monument. Il a relevé qu'à suivre le raisonnement de l'Etat et de la CMNS, aucun bâtiment inclus dans un plan de site et/ou une zone protégée ne mériterait d'être classé. Et de citer l'ancienne usine des Forces Motrices, la Maison Guinand-Jacquemard à Carouge ou le Palais Eynard dans la Vieille-Ville... Il a par ailleurs constaté que le plan de site n'avait pas empêché des interventions fondamentales à l'intérieur du bâtiment. Il en a conclu que l'argument tiré de la protection du plan de site n'est en lui-même pas déterminant pour refuser le classement. Au sujet de l'argument consistant

⁸⁶ ATA/884/2003 du 02.12.2003, cause A/551/2003.

⁸⁷ ATA/280/2000 du 9 mai 2000, cause A/879/1998.

à considérer que le Palais Wilson était à l'abri de toute démolition, en raison de l'investissement important dont il venait de faire l'objet et de la qualité du propriétaire et du superficiaire – qui devraient avoir à cœur de maintenir cet édifice en bon état, de manière durable, sans qu'il faille prendre une mesure particulière, qui permettrait de les y contraindre –, le Tribunal administratif a souligné avoir déjà eu l'occasion de relever que ce type d'objection manquait singulièrement de pertinence. Enfin l'argument de déontologie de la conservation-rénovation, selon lequel le classement des opérations relevant de la pratique de l'«empaillage» (façadisme), même partiel, irait à l'encontre de la Charte de Venise, il l'a écarté, à l'issue d'un développement consacré à l'idée que «conserver n'est pas congeler» et au double constat que, d'une part, les parties du bâtiment visées par la demande de classement partiel n'étaient pas celles modifiées et que, d'autre part, «l'effet d'empaillage» n'était pas franchement dérangeant en l'espèce. La Ville de Genève, propriétaire du bâtiment, ayant donné son accord avec cette mesure, il devenait superflu d'examiner les conséquences de ce classement sur son droit de propriété. Enfin, la mesure de classement répondait aux vœux de la population genevoise (voir vote du 1^{er} avril 1990).

3. *La protection du patrimoine en présence d'un PLQ*

Le Tribunal administratif genevois a rejeté une demande de classement malgré le préavis favorable de la CMNS et de la Ville de Genève en se fondant sur le PLQ existant. En effet, lors de l'élaboration dudit PLQ, le Conseil d'Etat avait tenu compte des immeubles méritant d'être classés, une des villas dont le classement a été demandé avait fait l'objet d'une autorisation de démolir, alors en force et préavisée favorablement par les organes compétents. Dans ces circonstances, le Tribunal administratif a estimé qu'il jouissait d'un large pouvoir d'appréciation face à la divergence des opinions émises au cours du temps⁸⁸.

Le Tribunal administratif n'a pas à suspendre la procédure dans l'attente de la décision sur le classement de l'immeuble, lorsque le recours porte sur des objets agréés par un PLQ entré en force⁸⁹.

4. *Justification d'un classement ? (état de délabrement avancé du bâtiment)*

Dans un arrêt de 1999, le Tribunal administratif a indiqué qu'il n'existe aucun intérêt public à la protection de bâtiments ne présentant aucun relief historique

⁸⁸ ATA/80/2001 du 06.02.2001, cause A/398/2000.

⁸⁹ ATA/23/2000 du 18.01.2000, cause A/420/1999.

ou architectural et se trouvant à l'abandon, dans un état de dégradation si avancé que leur maintien ne peut être assuré que par leur reconstruction⁹⁰.

5. *Justification d'un classement ? (objet déjà mis à l'inventaire)*

Le classement d'un immeuble est soumis à des conditions qu'on ne saurait considérer comme réalisées du seul fait que l'immeuble a été mis à l'inventaire. Le classement peut intervenir en tout temps. La délivrance d'une autorisation de rénovation ne sous-entend pas qu'il y ait eu décision de non-classement. Un refus de classer un bâtiment mis à l'inventaire a été confirmé dès lors qu'il n'a pas été démontré qu'il soit nécessaire de le protéger plus efficacement, notamment en exigeant du propriétaire qu'il entretienne le bâtiment plus régulièrement ou que tous les travaux, même ordinaires, soient soumis à autorisation. Au demeurant, en l'absence de protection de la substance même du bâtiment, rien ne justifie que la seule façade de celui-ci soit classée. Dans cette affaire, la recourante n'avait par ailleurs pas démontré que la mise à l'inventaire était insuffisante. Le classement apparaissait en outre comme une mesure inutile et disproportionnée⁹¹.

6. *Incompatibilité d'une construction avec un plan de site*

Le projet de construction d'une villa moderne (élaboré par M. Mario Botta) a été jugé non compatible avec le règlement du plan de site du village de Dardagny (Genève). La construction n'était pas en harmonie avec les constructions du village et son gabarit dépassait la limite de 10 m imposée par l'article 32 alinéa 3 LCI. Il a été jugé que le principe d'égalité de traitement n'était pas violé, les villas modernes qui avaient été autorisées précédemment n'étant pas comparables au projet du recourant⁹².

7. *Tout ou partie d'un bâtiment ?*

La protection efficace d'un édifice ou d'un ensemble architectural de valeur implique également celle de son environnement⁹³.

⁹⁰ ATA/147/1999 du 02.03.1999, cause A/1058/1998.

⁹¹ ATA/796/1998 du 08.12.1998, cause A/878/1998 (Affaire de la Tour BLAVIGNAC à Plainpalais, Action Patrimoine vivant c/ Conseil d'Etat; citée in RDAF I 2000 206 et RDAF I 2000 206; mérite d'être comparé avec l'affaire du Palais Wilson ATA/280/2000).

⁹² ATA/177/1998 du 31.03.1998, cause A/384/1997.

⁹³ ATF 109 Ia 185 = JT 1985 I 504.

La protection de diverses parties du bâtiment ne doit pas aboutir à une diminution de l'intérêt présenté par l'ensemble⁹⁴.

Des mesures de protection peuvent être justifiées même pour des bâtiments ou parties de bâtiments qui ne seraient pas accessibles au public⁹⁵.

La protection de nombreux locaux intérieurs (*in casu* la gare de Bâle) peut répondre à un intérêt public plus important que l'intérêt opposé à une transformation exempte de restrictions, alors même que l'affectation originelle de plusieurs de ces locaux (*in casu* restaurants, salles d'attente) a été partiellement modifiée⁹⁶.

8. *Les mesures de protection au regard de la transformation du bâtiment*

La protection n'exclut pas toute transformation⁹⁷.

Des enlaidissements déjà survenus n'excluent pas des mesures de protection si l'autorité est décidée à prévenir d'autres altérations⁹⁸.

A Genève, la LPMNS n'empêche pas le changement de destination (ici des bureaux) d'un bâtiment classé, si aucun des éléments destinés à la conservation n'est touché⁹⁹.

9. *Obligation d'entretien du propriétaire ?*

Une obligation pour un propriétaire d'entretenir un bâtiment protégé n'existe que si une prescription de droit public l'impose¹⁰⁰.

Le devoir de ménager les objets à protéger au sens de l'article 3 LPN implique également celui de les entretenir (art. 3 al. 2 let. a LPN)¹⁰¹. Aussi, le propriétaire d'un bâtiment protégé ne saurait se prévaloir de l'état de dégradation de celui-ci consécutif à un défaut d'entretien qui lui est imputable pour en exiger la démolition, sous peine de rendre illusoire la protection accordée par l'article 3 LPN. Dans l'affaire en cause, la valeur historique du

⁹⁴ ATF 120 Ia 270.

⁹⁵ ATF 109 Ia 257 = JT 1985 I 506.

⁹⁶ ATF 120 Ia 270.

⁹⁷ ATF 120 Ia 270.

⁹⁸ ATF 82 I 102.

⁹⁹ Décision non numérotée du 20.04.1988, cause n° 87.CE.691.

¹⁰⁰ BR/DC 3/00 100 (TF 11.10.99, SJ 2000 129).

¹⁰¹ ATF 121 II 17.

bâtiment n'avait été établie qu'à l'occasion du recensement architectural des monuments et des sites du canton de Vaud effectué le 4 décembre 1991 et communiqué aux propriétaires concernés le 28 janvier 1993, de sorte que l'on ne pouvait reprocher à ses propriétaires d'avoir négligé son entretien en l'absence d'une prescription de droit public qui les aurait contraints à entretenir le bâtiment. Dans ces circonstances, la prise en considération de l'état de dégradation du bâtiment et du coût de sa restauration éventuelle pour décider de son maintien ne viole pas le droit fédéral¹⁰².

10. *Portée des inventaires*

L'inventaire IFP est un inventaire fédéral d'objets d'importance nationale au sens de l'art. 5 LPN (cf. art. 1^{er} al. 1 OIFP). Aux termes de l'article 6 LPN, l'inscription d'un objet dans un tel inventaire montre que cet objet mérite spécialement d'être conservé intact ou en tout cas d'être ménagé le plus possible (al. 1); lorsqu'il s'agit de l'accomplissement d'une tâche de la Confédération, cette règle ne souffre d'exception que si des intérêts équivalents ou supérieurs, d'importance nationale également, s'opposent à cette conservation (al. 2)¹⁰³.

La loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage n'impose pas directement aux cantons de protéger les sites naturels, même s'ils sont reconnus d'importance nationale; les règles pertinentes relèvent du droit cantonal et les cantons ne reçoivent du législateur fédéral aucun mandat à cet égard¹⁰⁴. Dès lors, même si les prescriptions d'un plan d'affectation doivent s'appliquer à des terrains compris dans le périmètre d'un objet figurant à l'inventaire IFP, les autorités cantonales qui adoptent les mesures de planification n'accomplissent pas pour autant une tâche de la Confédération¹⁰⁵.

Une atteinte à un objet porté à l'inventaire fédéral des sites protégés implique une évaluation scrupuleuse du choix du site et ne peut être autorisée que si des intérêts équivalents ou supérieurs, d'importance nationale également, s'opposent à la conservation dudit site¹⁰⁶.

L'octroi d'une autorisation de construire ordinaire ne constitue pas une tâche de la Confédération. Dès lors, l'inventaire des sites construits à protéger

¹⁰² SJ 2002 I 133 = TF du 11 octobre 1999.

¹⁰³ ATF 121 II 190.

¹⁰⁴ ATF 120 Ib 27 consid. 2c/dd.

¹⁰⁵ ATF 121 II 190.

¹⁰⁶ RDAF 2007 471 (N. 67 DEP 2006, 705-713) (1.6.2006/a, pour un cas où l'atteinte au site n'a pas été admise; gravière de roches dures remplissant un intérêt public national, mais ne justifiant pas d'extension, vu les réserves existantes au plan fédéral) et RDAF I 2000 141 (= ATF du 12 juillet 1999, IA.231/1998; pour un cas où le projet litigieux a été admis, car n'entraînant aucune atteinte à l'objet protégé).

(ISOS) et les objectifs de protection qui en découlent n'ont pas un caractère directement obligatoire. Mais, comme en l'occurrence, le plan directeur cantonal faisait état de l'ISOS en tant qu'information de base digne d'être recommandée, les autorités cantonales devaient en tenir compte à ce titre¹⁰⁷.

11. Procédure de classement, échéance du délai de protection en cours d'instruction

Dès lors que sont échus les délais des articles 12 alinéa 4 et 13 alinéa 1 LPMNS, pendant lesquels le propriétaire ne peut apporter aucun changement à son immeuble – objet d'une demande de classement – le Département des travaux publics et de l'énergie commet un déni de justice en ne statuant pas sur la demande d'autorisation de construire déposée par le propriétaire¹⁰⁸.

12. Mesures d'urgence

L'article 16 LPN n'est applicable que si le monument est l'objet d'une menace directe; il ne contient aucune base juridique permettant d'assurer une protection indirecte. Il ne doit être fait usage des mesures conservatoires qu'avec retenue¹⁰⁹.

H. Plans d'aménagement, plans de sites, zones protégées, biotopes

1. Nature et définition des zones à protéger

La loi fédérale sur l'aménagement du territoire définit les zones à bâtir (art. 15 LAT), les zones agricoles (art. 16 LAT) et les zones à protéger (art. 17 LAT), en précisant que le droit cantonal peut prévoir d'autres zones d'affectation (art. 18 al. 1 et 2 LAT). Les zones à protéger comprennent, notamment, « les cours d'eau, les lacs et leurs rives » (art. 17 al. 1 let. a LAT). Pour ces objets, il appartient aux cantons de délimiter les zones à protéger; l'article 17 alinéa 2 LAT prévoit toutefois que le droit cantonal peut prescrire d'autres mesures adéquates¹¹⁰.

¹⁰⁷ RDAF 2000 766 (effet indirect de l'inventaire ISOS par le biais des plans directeurs qui s'y réfèrent).

¹⁰⁸ SJ 1994 536 n. 56 (ATA SI Mail cirque du 27 avril 1993).

¹⁰⁹ ATF 100 Ib 162.

¹¹⁰ ATF 132 II 10.

La loi fédérale sur l'aménagement du territoire prévoit, à propos de la préservation du paysage, qu'il convient notamment de tenir libres les bords des lacs et des cours d'eau et de faciliter au public l'accès aux rives et le passage le long de celles-ci (art. 3 al. 2 let. c LAT). Cela ne signifie pas que les lacs et leurs rives doivent, en vertu du droit fédéral, rester libres de constructions ou d'installations¹¹¹.

2. *Constructions au sein des zones protégées*

Selon le Tribunal fédéral, bien qu'en Suisse, les nouvelles énergies renouvelables – l'énergie éolienne, l'énergie solaire, la géothermie, la chaleur ambiante et la biomasse – aient nécessairement un rôle secondaire, les objectifs de la politique énergétique, dans le domaine des énergies renouvelables, ne consistent pas uniquement à garantir le maintien du statu quo. Ils visent plutôt à favoriser les diverses sources d'énergies renouvelables, à plus long terme. Il est certain que de grandes éoliennes, toujours implantées à l'écart des agglomérations, ont un impact important sur le paysage, mais cela ne permet pas d'exclure, en quelque sorte par principe, de tels projets dans des sites non construits méritant protection¹¹².

3. *Adoption des plans, contenu*

Une règle ayant pour but de préserver ou de développer le caractère et l'animation typiques des rues où les locaux de plain-pied sont affectés à des activités commerciales ou artisanales de façon à susciter l'intérêt des passants ou pour attirer l'attention de la clientèle est conforme aux objectifs de l'aménagement du territoire et à la règle de la proportionnalité. Un plan de site qui interdit le changement d'affectation des hôtels ne viole pas la liberté du commerce et de l'industrie s'il n'a pas pour but de favoriser le tourisme comme branche de l'économie, mais de maintenir aux abords de la rade l'activité hôtelière comme l'un des éléments essentiels de la vie et de l'animation du quartier. Comme le règlement annexé au plan permet, lorsque l'exploitation de l'hôtel n'est plus rentable, une dérogation au principe de l'interdiction du changement d'affectation, cette norme respecte le principe de proportionnalité¹¹³.

¹¹¹ ATF 132 II 10.

¹¹² ATF 132 II 408.

¹¹³ SJ 1985 p. 86 = TF du 5 novembre 1993 (Plan de site de la rade de Genève).

4. *Adaptation des plans*

Pour apprécier l'évolution des circonstances et la nécessité d'adapter un plan d'affectation, une pesée des intérêts s'impose. L'intérêt à la stabilité du plan, que les propriétaires fonciers peuvent invoquer dans certaines circonstances, doit être mis en balance avec l'intérêt à l'adoption d'un nouveau régime d'affectation, qui peut lui aussi être protégé par la garantie de la propriété. Selon les cas, des intérêts publics pourront également justifier soit la stabilité du plan, soit son adaptation¹¹⁴.

Si, avec l'évolution des circonstances, une mise en œuvre correcte des buts et principes de l'aménagement du territoire (art. 1 et 3 LAT) ainsi qu'une concrétisation des objectifs du plan directeur cantonal commandent de réviser un plan d'affectation, dans un périmètre restreint et en vue de la réalisation d'un projet particulier, l'autorité de planification doit pouvoir prendre les décisions nécessaires sans être limitée par une interprétation stricte des critères de l'article 24 LAT. Cette autorité n'est en effet pas dans la même position que celle qui délivre des autorisations ou des dérogations en veillant à ne pas mettre en péril la réalisation du plan d'affectation en vigueur. On ne saurait en effet, sur la base du droit fédéral, poser comme principe l'intérêt à la stabilité du plan des sites naturels¹¹⁵.

I. Expropriation matérielle (en général)

1. *Définition*

L'expropriation matérielle est une notion de droit fédéral, qui est définie par la jurisprudence du TF. Il est interdit aux cantons d'en étendre la portée¹¹⁶.

Il y a expropriation matérielle lorsque l'usage actuel de la chose ou un usage futur prévisible est interdit ou restreint d'une manière particulièrement grave, de telle sorte que le lésé se trouve privé d'un attribut essentiel dont il jouissait du fait de son droit de propriété. Une atteinte de moindre importance peut également constituer une expropriation matérielle si elle frappe une seule personne – ou quelques propriétaires seulement – de telle manière que, s'ils n'étaient pas indemnisés, ils devraient supporter un sacrifice par trop considérable en faveur de la communauté¹¹⁷.

¹¹⁴ ATF 132 II 408; ATF 131 II 728 consid. 2.4 p. 733; ATF 120 Ia 227 consid. 2 p. 232-234; ATF 128 I 190 consid. 4.2 p. 198.

¹¹⁵ ATF 132 II 408.

¹¹⁶ ATF 109 Ib 114 = JT 1985 I 511.

¹¹⁷ ATF 113 Ia 368; ATF 101 Ia 467; RO 98 Ia 384 consid. 2a; RO 97 I 634. ATF 91 I 329.

2. *Condition de gravité*

Suivant les circonstances, le caractère inhabituel d'une mesure peut être un indice de sa gravité. Mais il ne l'est pas nécessairement. En tout cas, il ne doit pas être érigé en une condition indépendante¹¹⁸.

3. *Usage futur prévisible de la parcelle*

Seul un usage futur prévisible qui, au regard des circonstances, apparaît comme très probable dans un proche avenir peut entrer en considération¹¹⁹.

Il n'est pas nécessaire que le fonds ait déjà revêtu le caractère de terrain à bâtir au jour déterminant, c'est-à-dire qu'il ait été possible, en fait et en droit, d'y construire immédiatement. Il suffit que la parcelle se soit prêtée à la construction. Pour en juger, il faut tenir compte de tous les facteurs qui, en fait, déterminaient les chances qu'elle avait d'être utilisée comme terrain à bâtir, soit de sa situation et de ses caractéristiques générales, de la planification communale, du développement de la construction dans les environs et de l'état des infrastructures¹²⁰.

L'extension verticale de la propriété foncière est définie par l'intérêt que présente l'exercice du droit de propriété. Un intérêt futur suffit, pour autant que sa réalisation dans un avenir prévisible apparaisse vraisemblable d'après le cours ordinaire des choses; en revanche, le simple intérêt à l'octroi d'une indemnité n'est pas digne de protection¹²¹.

4. *Moment déterminant pour l'examen*

Le moment déterminant pour le calcul de l'indemnité est celui de l'entrée en vigueur de la restriction de propriété¹²².

¹¹⁸ RO 91 I 329.

¹¹⁹ ATF 101 Ia 467; RO 98 Ia 384 s. consid. 2a.

¹²⁰ ATF 101 Ia 467.

¹²¹ Dans le cas d'espèce, à l'exception de la construction d'un parking souterrain, qui n'était pas «raisonnable» ou semblait «peu réaliste», la demanderesse ne mentionnait aucune autre utilisation de son bien-fonds qui aurait été empêchée par les ancrages litigieux. D'ailleurs, vu le classement du bâtiment comme monument historique, le Tribunal ne voyait guère de quelle installation ou construction il aurait pu s'agir. Il ne restait donc que le simple intérêt à se voir allouer une indemnité, qui n'est toutefois pas digne de protection aux fins de l'art. 667 al. 1; ATF 132 III 353; ATF 122 II 349 consid. 4a/aa p. 352; ATF 119 Ia 390 consid. 5c/bb p. 397/398; ATF 122 II 349 consid. 4a p. 352.

¹²² ATF 111 Ib 81; ATF 110 Ib 259, 109 Ib 17 consid. 3; ATF 108 Ib 338/39; ATF 108 Ib 344 consid. B.

Pour décider si un terrain peut être considéré comme destiné très vraisemblablement à la construction dans un proche avenir, c'est le moment de l'entrée en force du plan classant le terrain considéré en zone de protection qui est déterminant, non pas le moment, antérieur, de l'entrée en vigueur d'une ordonnance de classement provisoire¹²³.

J. Protection du patrimoine et expropriation matérielle

1. Principe

Si la mesure équivaut à une expropriation, une juste indemnité est due¹²⁴.

2. Expropriation matérielle admise (exemples)

L'expropriation matérielle a été admise pour deux parcelles, dont le classement en zone à bâtir avait été refusé pour des motifs de protection du site, suite à la délimitation d'un périmètre inconstructible dans une partie de l'agglomération déjà largement bâtie selon les articles 15 lettre a et 36 alinéa 3 LAT¹²⁵.

3. Expropriation matérielle non admise (exemples)

L'obligation de conserver l'enveloppe extérieure d'un édifice ne constitue pas une restriction particulièrement grave équivalant à une expropriation lorsque le propriétaire peut continuer de faire de son immeuble un usage conforme à la destination de celui-ci et économiquement rationnel. Le rendement qu'il pourrait en retirer après reconstruction ou transformation, s'il n'était pas soumis à cette mesure, n'entre alors pas en considération (le TF a nié l'existence d'une expropriation matérielle dès lors que la recourante retirait un profit appréciable de son immeuble, de sorte qu'elle n'était pas privée d'un attribut essentiel de son droit de propriété, et qu'elle ne subissait aucun préjudice particulier par rapport aux propriétaires d'autres bâtiments de situation équivalente)¹²⁶.

En général, les restrictions de propriété découlant d'un plan d'alignement ne constituent pas une atteinte grave à la propriété et, partant, ne donnent pas lieu à indemnisation pour expropriation matérielle¹²⁷.

¹²³ ATF 109 Ib 13 = JT 1985 I 518.

¹²⁴ ATF 109 Ia 257 = JT 1985 I 506.

¹²⁵ ATF 121 II 417.

¹²⁶ ATF 117 IB 262, SJ 1992 p. 363, BR/DC 3/92 72.

¹²⁷ ATF 109 Ib 116 = JT 1985 I 512.

L'interdiction temporaire de bâtir pendant le temps nécessaire à la révision d'un plan d'affectation ou à l'adoption d'un plan de quartier avec plan d'équipement et remaniement parcellaire n'entraîne en principe pas d'obligation d'indemniser les propriétaires touchés par cette restriction¹²⁸.

L'inscription d'un immeuble à l'inventaire des monuments protégés, à seule fin de protéger ses façades, ne représente pas, en règle générale, une expropriation matérielle¹²⁹.

Ne constitue pas une restriction grave de la propriété mobilière (in casu découvertes archéologiques traitées comme monument historique) l'obligation d'obtenir une autorisation pour déplacer une antiquité à l'intérieur du territoire cantonal, pas plus que l'interdiction de modifier un tel objet même à seule fin de l'entretenir ou de le restaurer; en revanche, une restriction grave peut résulter de l'obligation d'exécuter des travaux destinés à la conservation de la chose, ainsi que de l'interdiction absolue d'exportation hors du territoire cantonal¹³⁰.

Une réduction de l'indice de construction de 20% ou de 25%, ne représente pas une expropriation matérielle¹³¹.

Une réduction de l'indice de 0,8 à 0,6 ne représente pas une expropriation matérielle¹³².

Une réduction de l'indice de 75% (de 0,25 à 0,07) ne représente pas une expropriation matérielle, la surface constructible demeurant importante au vu de la taille de la parcelle (15 746 m²)¹³³.

Le transfert d'une parcelle d'une zone où les constructions pouvaient avoir deux étages à une zone où elles doivent être maintenues en l'état, ce qui entraîne une réduction de 46% de l'indice ne représente pas une expropriation matérielle¹³⁴.

En principe, les plans d'alignement ne représentent pas une expropriation matérielle¹³⁵.

La fixation de distances aux limites ou entre les bâtiments n'induit pas une expropriation matérielle¹³⁶.

¹²⁸ ATF 109 Ib 20 = JT 1985 I 514.

¹²⁹ ATF 111 Ib 257 = JT 1987 I 511.

¹³⁰ ATF 113 Ia 368.

¹³¹ TF 27.9.89 in RJ ASPAN n° 153.

¹³² ATF 114 Ib 121 = JT 1990 I 407.

¹³³ TF 21.11.84 in DC 1985 p. 36, n. 22.

¹³⁴ TA BE du 18.4.94 in JAB 1995 p. 167.

¹³⁵ ATF 109 Ib 118.

¹³⁶ ATF 110 Ib 362.

Une demande d'autorisation suspendue pendant plus de 3 ans jusqu'à l'approbation du plan par le Conseil d'Etat ne représente pas une expropriation matérielle¹³⁷.

Une interdiction de bâtir légèrement supérieure à 10 ans, nécessaire à l'adoption d'un plan de quartier et à la mise sur pied de l'équipement, même si elle est un peu longue, n'entraîne pas une expropriation matérielle¹³⁸.

Le classement d'un bâtiment porté à l'inventaire, même si la moins-value qui en résulte est supérieure à 18%, n'emporte pas expropriation matérielle, du moment qu'il est encore possible d'en tirer un bon rendement économique¹³⁹.

Le classement d'un bâtiment bourgeois à St-Gall, dont le rendement est de 7,35% ne représente pas une expropriation matérielle, dès lors que ce rendement est jugé suffisant, peu importe le rendement possible en cas de reconstruction¹⁴⁰.

Le maintien forcé de l'enveloppe extérieure d'un bâtiment du début XIX^e à Genève avec façade sur la place de la Fusterie, la rue du Rhône et le quai bordant le fleuve ne réalise pas les conditions d'une expropriation matérielle¹⁴¹.

Une indemnité au titre d'expropriation matérielle a été refusée par les juges genevois à un recourant qui, antérieurement à l'adoption de la LPRArve, n'avait entamé aucune démarche concrète en vue de faire établir par les autorités compétentes le caractère constructible de la parcelle litigieuse. La parcelle ne présentait pas au moment considéré comme déterminant, c'est-à-dire au jour de l'entrée en vigueur de la LPRArve, et ne présentait toujours pas au jour du jugement, le caractère d'une parcelle équipée de manière suffisante. De surcroît, les mesures de planification antérieure à cette loi présentaient déjà un obstacle à toute construction. Aucune des conditions d'une indemnisation en cas de refus de classement en zone à bâtir n'était donc remplie¹⁴².

¹³⁷ ATF 112 Ib 508 = JT 1988 I 393.

¹³⁸ ATF 109 Ib 22 = JT 1985 I 515.

¹³⁹ ATF 111 Ib 267 = JT 1987 I 517.

¹⁴⁰ ATF 112 Ib 268 = JT 1988 I 413.

¹⁴¹ ATF 117 Ib 265.

¹⁴² ACOM/39/2002 du 25.03.2002, cause A/754/2000.

K. Qualité pour agir, procédure

1. Qualité pour agir du propriétaire

L'article 6 par. 1 CEDH est applicable lorsque l'autorité prend, au titre de la protection des monuments, des mesures visant à conserver un bâtiment exploité autrefois comme hôtel¹⁴³.

Le propriétaire d'un monument historique a qualité pour se plaindre de la violation des règles sur l'esthétique; celles-ci ont non seulement pour but de protéger l'esthétique, mais également de protéger un monument historique, de telle sorte que le propriétaire d'un tel immeuble a la qualité pour recourir¹⁴⁴.

2. Qualité pour agir du voisin

Le voisin ne peut se prévaloir de ce qu'un plan d'affectation violerait des dispositions qui tendraient exclusivement à préserver l'intérêt public, telles des prescriptions relatives à l'adaptation des plans (art. 21 al. 2 LAT) ou encore des règles de droit sur la protection de la nature et du paysage¹⁴⁵.

3. Qualité pour agir des organisations de défense de la nature ou du patrimoine

L'autorité forestière cantonale qui statue sur une demande d'autorisation de défricher (cf. art. 5 LFo) accomplit une tâche de la Confédération (art. 2 let. b in fine LPN); une organisation d'importance nationale dispose donc, à cet égard, du droit de recours prévu à l'article 12 LPN (cf. aussi art. 46 al. 3 LFo), notamment pour faire valoir que le Tribunal cantonal aurait dû examiner si une autorisation de défricher entraine en ligne de compte – l'article 12 LFo dispose en effet que l'insertion de forêts dans une zone d'affectation est subordonnée à une autorisation de défricher; dans le cas d'espèce, le Tribunal cantonal aurait dû reconnaître la qualité pour recourir au WWF¹⁴⁶.

La jurisprudence a reconnu à la Ligue suisse du patrimoine national le statut d'association d'importance nationale au sens de cette disposition¹⁴⁷. Elle

¹⁴³ ATF 121 I 30.

¹⁴⁴ RDAF 2007 471 (n. 66 ZBl 2006, 422-430 (15.4.2005/a).

¹⁴⁵ ATF 116 Ia 433.

¹⁴⁶ ATF 121 II 190.

¹⁴⁷ SJ 2000 I 133 = TF du 11 octobre 1999.

figure par ailleurs dans la liste des organisations de protection de l'environnement habilitées à recourir en application de l'article 12 LPN¹⁴⁸.

La protection des monuments historiques ne constitue pas une tâche de la Confédération au sens de la LPN. Toutefois, la Confédération, ses instituts et ses établissements doivent se conformer aux exigences de la protection de la nature dans l'accomplissement de leurs propres tâches. Lorsque l'autorisation de démolir un ancien fenil est requise dans le cadre d'une tâche de la Confédération, une association de protection de la nature et du paysage d'importance nationale a donc la qualité pour recourir selon l'article 12 LPN¹⁴⁹.

Les nouvelles dispositions de l'article 18 alinéa 1bis et alinéa 1ter et celle de l'article 18b LPN donnent mandat impératif aux cantons de veiller à la protection et à l'entretien des biotopes d'importance régionale et locale. Il s'agit là d'une tâche fédérale que la Confédération a attribuée aux cantons en vertu de la large compétence qui lui a été conférée par l'article 24 sexies Cst. En conséquence, les associations d'importance nationale se vouant à la défense de la nature et du paysage ont qualité pour se prévaloir, devant le Tribunal fédéral, de ce que l'autorité aurait nié à tort le caractère digne de protection d'un objet ou d'un site visé par le droit fédéral¹⁵⁰.

4. *Qualité pour agir des corporations de droit public*

La qualité pour agir des corporations de droit public a été admise pour leur patrimoine financier¹⁵¹. Elles bénéficient en effet dans ce cas des mêmes droits que les citoyens.

5. *Portée des préavis, pouvoir d'examen (Genève)*

Dans le système de la LCI, les avis ou préavis des communes, des Départements et organismes intéressés n'ont qu'un caractère consultatif, sauf disposition contraire de la loi. Le Tribunal administratif genevois a constamment rappelé qu'un préavis était, en principe, sans caractère contraignant pour l'autorité administrative et que, s'il allait de soi que cette dernière ne saurait faire abstraction des préavis exprimés dans les conditions prévues par la loi, l'autorité de décision restait libre de s'en écarter pour des motifs pertinents et en raison d'un intérêt public supérieur¹⁵².

¹⁴⁸ Modification du 15 juin 1998 à l'Ordonnance relative à la désignation des organisations de protection de l'environnement habilitées à recourir [ODOP; RS 814.076, RO 1998 p. 1570], Annexe Chiffre 3).

¹⁴⁹ SJ 2000 I 133 = TF du 11 octobre 1999.

¹⁵⁰ ATF 116 IB 203 = SJ 1991 226 = BR/DC 3/91 75.

¹⁵¹ ATF 97 I 639; RO 96 I 466; RO 95 I 46; RO 90 I 337.

¹⁵² Décision non numérotée du 25.08.1992, causes n° 91.TP.550 et A; RDAF 1983, p. 344; RDAF 1977, p. 141; RDAF 1978, p. 127 en la cause SAP; du 12.4.1989 en la cause I.; ATA du 17.10.1990 en la cause Association pour la sauvegarde du site de La Chapelle.

S'agissant des préavis nécessaires en cas d'application de la clause d'esthétique, qui inclut, comme déjà relevé, la protection des sites et plus particulièrement la protection d'aspects du paysage auquel on attribuait dans le passé une importance relative¹⁵³, il n'y a pas lieu, selon le Tribunal administratif, de s'écarter de cette jurisprudence. Elle se justifie même lorsque la loi n'oblige pas l'autorité administrative à requérir le préavis d'organismes dûment énumérés, mais que l'appel à des instances spécialisées s'impose en raison du caractère technique particulièrement marqué de l'objet sur lequel porte la décision. En effet, et notamment lorsque cet objet est en soi porteur de risques, de dangers et de nuisances, il se justifie de requérir des avis dont on peut s'assurer qu'ils sont fondés sur des critères objectifs, fruits de l'expérience¹⁵⁴.

Chaque fois que l'autorité inférieure suit les préavis requis, étant entendu qu'un préavis sans observation équivaut à un préavis favorable¹⁵⁵, l'autorité de recours doit s'imposer une certaine retenue qui est fonction de son aptitude à trancher le litige. Ainsi, la Commission de recours LCI, qui a le même pouvoir de cognition que le Tribunal administratif mais qui, contrairement à cette juridiction, est composée pour une part de spécialistes, peut exercer un contrôle plus technique que celui-ci lorsque le sujet considéré exige une spécialisation d'une technicité plus grande¹⁵⁶. En revanche, lorsque la Commission de recours s'écarte des préavis, le Tribunal administratif peut revoir librement l'interprétation des notions juridiques indéterminées et contrôler, sous l'angle de l'excès et de l'abus de pouvoir, l'exercice de la liberté d'appréciation ; il met toutefois l'accent sur le principe de la proportionnalité en cas de refus de l'autorisation malgré les préavis favorables et sur le respect de l'intérêt public en cas de délivrance de l'autorisation malgré les préavis défavorables¹⁵⁷. En l'espèce, la Commission de recours LCI ne pouvait s'écarter des préavis des organismes compétents, tous défavorables à la destruction d'un mur en zone viticole protégée, et de la décision du DTP sans démontrer en quoi ils étaient source d'un abus du pouvoir d'examen de l'administration¹⁵⁸.

¹⁵³ ATA du 18.3.1987 en la cause M.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ ATA du 18.1.1984 en la cause S.I.A.

¹⁵⁶ ATA du 21.1.1987 en la cause F. ; ATA du 11.3.1987 en la cause SAP ; ATA du 12.4.1989 en la cause I. ; ATA du 21.5.1990 en la cause Frizzoni ; ATA du 17.10.1990 en la cause Association pour la sauvegarde du site de la Chapelle.

¹⁵⁷ ATA du 16.1.1985 en la cause S. ; ATA du 12.4.1989 en la cause I.

¹⁵⁸ Décision non numérotée du 25.08.1992, causes n° 91.TP.550 et A.

6. *Rapport (à Genève) entre les règles de construction ordinaires et celles en zone villages protégés, dérogations*

«[...] de jurisprudence constante, le Tribunal administratif [genevois] – et avant lui la Cour de justice en sa qualité d'autorité de recours – a estimé que les règles générales contenues dans la loi sur les constructions ne devaient s'appliquer que si la sauvegarde du caractère architectural et de l'échelle du village en question et du site environnant ne nécessitait pas l'application des règles spéciales de l'article 177 LCI et non l'inverse [raisonner différemment reviendrait à permettre l'application de n'importe quelle règle sur le gabarit, les distances, le volume, l'implantation, etc., en dérogation aux règles normales, chaque fois qu'il n'en résulterait aucune atteinte au but de protection des villages protégés. Telle n'a pas été la volonté du législateur]»¹⁵⁹.

7. *La protection du patrimoine face à une exécution d'une autorisation en force*

L'arrêt cité ici a trait au classement d'une villa de maître (villa Edelstein) à Genève¹⁶⁰, un bâtiment construit au début du siècle dans un style inspiré de la Renaissance italienne, peu commun dans la région, rare témoin de son époque et contribuant à l'agrément du quartier. Les copropriétaires avaient reçu l'autorisation, entrée en force, de démolir la villa; l'immeuble a été classé subséquemment, sur préavis de la Commission cantonale pour la protection de la nature et des sites, par une décision du Tribunal administratif renversant, sur recours, une décision du Conseil d'Etat. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours des copropriétaires contre la décision du Tribunal administratif.

VI. Conclusions et réflexions

A l'issue de ce survol des institutions juridiques consacrées à la protection du patrimoine, il convient, à notre sens, de rappeler les conditions d'une politique de conservation «idéale», telles que décrites au chapitre II.C, et de se demander comment s'en rapprocher. Pour mémoire, nous avons soutenu qu'une mesure de protection devrait être :

- justifiée sur un plan scientifique, donc bien documentée, pour éviter les «caprices» de spécialistes et emporter l'adhésion des intéressés ;

¹⁵⁹ Décision non numérotée du 02.03.1988, cause n° 87.TP.51.

¹⁶⁰ BR/DC 4/85 81; (RDAF 1984 p. 135; TF 16.11.1983). La question de la coordination entre une autorisation en force et une procédure de classement serait aujourd'hui réglée en partie par application de l'art. 10 al. 3 LPMNS, qui donne la priorité aux autorisations et PLQ en force s'ils ont été préavisés favorablement en leur temps par la CMNS.

- bien ressentie par la population ;
- compatible avec les besoins de la société (développement durable, urbanisme, énergie, etc.) ;
- suffisamment respectueuse des intérêts économiques du propriétaire.

En ce qui concerne les aspects scientifiques de la décision, nous avons souligné qu'il ne nous appartenait pas d'énoncer des jugements de valeur, faute de compétence en la matière. Nous relèverons néanmoins qu'avec l'évolution qu'a connue la notion de monument, notre époque est confrontée à un défi, celui du traitement du patrimoine moderne récent. En effet, la protection des bâtiments anciens, qui ont marqué leur temps, traversé les époques et donc fait la preuve de leur intérêt, n'est généralement pas remise en cause. En revanche, que dire des bâtiments, notamment commerciaux, qui, à l'instar des produits de l'industrie du design, ont été conçus dans une optique essentiellement fonctionnaliste, avec des techniques et des matériaux choisis au seul motif qu'ils représentaient la solution techniquement la plus adéquate ou la plus rationnelle du moment ? Avec l'évolution des besoins de leurs utilisateurs, leur forme, volume ou typologie peut rapidement perdre de sa pertinence. Quant à l'évolution des technologies, elle fournit inmanquablement des solutions que les créateurs desdits bâtiments auraient eux-mêmes utilisées s'ils en avaient disposé en leur temps.

Ainsi, prenons le cas d'un investisseur ayant choisi, il y a une trentaine d'année, de faire construire un bâtiment de conception moderne, pour répondre à des besoins d'utilisateurs exigeants. Quelques décennies plus tard, une protection destinée uniquement à conserver la trace d'une époque ou à célébrer l'œuvre d'un architecte local pourrait obliger ce propriétaire à conserver un bâtiment obsolète, dont la rénovation (ou la démolition-reconstruction) sera refusée. Ledit bâtiment, par hypothèse non climatisé et devenu inefficace sur le plan énergétique, voire inadapté sur plan fonctionnel, ou d'un niveau de confort insuffisant et d'une esthétique dépassée verra fuir sa clientèle cible d'origine et ne pourra plus être loué que sur le marché des objets « bas de gamme », ce qui causera un dommage évident à son propriétaire.

Il est donc indispensable que la décision de protection soit bien évaluée, largement documentée et bénéficie du recul temporel nécessaire pour apprécier l'importance de l'édifice protégé au sein de son territoire et de son contexte social et architectural. A cet égard, nous nous permettrons de reprendre à notre compte la conclusion proposée par Pierre Vaisse, dans son texte « De la protection du patrimoine en général et en particulier à Genève »¹⁶¹ :

« S'il importe, par exemple de protéger un ancien moulin de pâte à papier comme unique ou rare témoin visible d'un procédé de fabrication en usage

¹⁶¹ In Patrimoine genevois : Etat des lieux 2007, p. 118.

pendant des siècles, quels sacrifices la communauté doit-elle consentir pour conserver tel mur-rideau dont se réclament quelques architectes parce que le procédé de construction était neuf en son temps, même si, indiscernable à la vue de qui regarde l'immeuble, il ne peut être efficacement documenté que par l'écrit et le dessin ou la photographie, et s'il n'a connu aucune postérité? En d'autres termes, certains efforts de protection, louables en soi et qu'on souhaiterait couronnés de succès si tout était possible, risquent fort, dans la mesure où les exigences matérielles et financières que l'on connaît imposent des choix, d'apparaître un jour comme des excès susceptibles de discréditer la cause même au nom de laquelle ils furent entrepris.»

N'oublions pas non plus que ces « nouveaux objets culturels », auxquels on pourrait ajouter certaines usines, certains éléments de génie civil etc., sont, d'une certaine manière, le fruit de cette même modernité dénoncée par les premières associations ayant lutté contre l'enlaidissement de nos villes, fondatrices du mouvement de protection du patrimoine. Rappelons également que, dans certains cas, c'est la liberté de transformation qui permet la conservation (comme nous l'ont montré les cas récents de rénovation-réaffectation du patrimoine industriel genevois).

Le second critère de réussite (une décision bien comprise et admise par la population) rejoint en partie les considérations qui viennent d'être exposées, en tout cas en ce qui concerne l'aspect « pédagogique » de la décision de protection. Quant à l'adhésion des citoyens, il n'est pas question de proposer ici une réforme visant à imposer une consultation par la voie des urnes. En revanche, le choix d'instruments dont l'adoption induit une participation plus large des administrés géographiquement concernés, tels les plans de site, est à promouvoir. La souplesse de l'outil par son contenu et le fait qu'il réponde au double objectif de la protection du patrimoine et de la dynamique de l'aménagement du territoire devrait en faire l'instrument de base d'une politique de conservation moderne.

La prévisibilité de mesures de protection prises au travers d'un plan de site sera accrue pour le propriétaire visé (déjà du simple fait de la durée des procédures et des consultations). Enfin, leur adoption sera conçue dans une perspective dynamique, celle de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme, non dans une logique conservatiste et figée.

Le critère du respect des autres intérêts publics relève, quant à lui, de la pesée des intérêts à opérer de cas en cas et n'appelle pas de remarques particulières. Nous avons d'ailleurs vu qu'il était déjà bien pris en considération par la jurisprudence.

En ce qui concerne la protection des droits du propriétaire, en revanche, plusieurs constats et suggestions s'imposent.

L'examen de la jurisprudence publiée en matière de protection du patrimoine nous a permis de constater que notre Haute Cour qualifie de « grave »

l'atteinte à la propriété induite par une mesure de classement, du moins lorsqu'il s'agit pour elle de déterminer son degré de liberté dans l'examen des règles permettant de restreindre une garantie constitutionnelle. Pourtant, cette atteinte ne paraît jamais assez « grave » lorsqu'il s'agit d'admettre une indemnisation pour expropriation matérielle résultant d'une mesure de protection du patrimoine, en particulier un classement.

Cette divergence devrait être éliminée, d'autant plus que le refus d'indemniser résulte manifestement de considérations plus économiques et politiques que juridiques. Il est indéniable que, dans de nombreux cas, le propriétaire est lésé, au profit de la collectivité, et doit porter toute la charge d'une mesure de nature culturelle, qui devrait être plus largement assumée et subventionnée par cette collectivité. Cette suggestion, visant à augmenter les crédits de participation de l'Etat dans l'entretien des immeubles protégés et à faire admettre l'indemnisation des propriétaires concernés lors d'importantes et objectives pertes de rendement suite à une mesure de classement est, nous en sommes conscients, utopique, vu l'état des finances publiques et les autres besoins de la société.

En revanche, certaines mesures, permettant de rendre la protection plus prévisible et donc moins pénalisante pour le propriétaire, existent. On devrait, par exemple, finaliser et actualiser régulièrement le recensement du patrimoine, afin que tous les objets présentant un intérêt soient répertoriés et que l'acquisition d'un immeuble ou d'une parcelle risquant potentiellement d'être protégée puisse se faire en connaissance de cause. De même, l'inscription à l'inventaire devrait perdre son statut de quasi-classement et être, par là même, plus utilisée comme signal d'alarme, tant pour les autorités que pour le propriétaire.

A cet effort d'identification devrait être associée une conséquence procédurale et juridique. Plus un objet aura été signalé comme présentant un intérêt, moins déterminante pourra être la prise en compte des intérêts financiers du propriétaire (en particulier si ce dernier a acquis son bien en connaissance de cause). A l'inverse, une mesure de classement visant un objet qui n'était ni à l'inventaire ni recensé devrait être instruite en portant une attention particulière aux intérêts du propriétaire et en assouplissant les conditions de son indemnisation.

Dans la mesure où il serait sans doute triste de conclure cet exposé sur des considérations purement matérialistes, rappelons-nous la citation de Chastel, évoquée en introduction de la présente contribution : « Dans toute société le patrimoine se reconnaît par le fait que sa perte représente un sacrifice et que sa conservation suppose des sacrifices », ainsi que le préambule de la convention de Grenade : « [...] le patrimoine architectural constitue une expression irremplaçable de la richesse et de la diversité du patrimoine cultu-

rel [...] il importe de transmettre un système de références culturelles aux générations futures, d'améliorer le cadre de vie urbaine et rurale et de favoriser par la même occasion le développement économique, social et culturel des Etats et des régions».

Bibliographie

- Gabriel AUBERT, La protection du patrimoine architectural en droit genevois, in RDAF 1977, vol. 33, n° 1, p. 1-18, et n° 2, p. 74-90;
- Gabriel AUBERT, Protection du patrimoine architectural : tendances récentes du droit de la construction (le cas de Genève), in Droit de la construction 3/84, p. 44 ss;
- Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, 2^e éd., Berne 2006;
- Pierre BAERTSCHI / Sabine NEMEC-PIGUET, Le patrimoine architectural : Genève et l'héritage du XX^e siècle, in Patrimoine et architecture. – Genève. – n° 9(2000), p. 6-9;
- Pierre BAERSTCHI / Philippe BEUCHAT, Genève : les enjeux du patrimoine, in Aspects du patrimoine architectural, Genève 1977-1993. – Genève : Département des travaux publics, 1993, p. 7-13;
- Denis BARRELET / Willi EGLOFF, Le nouveau droit d'auteur, Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, Berne 2008;
- Ivan CHERPILLOD / François DESSEMONTET, Les droits d'auteur, in Le droit de l'architecte, 3^e éd., Fribourg 1995, p. 405 ss;
- Catherine COURTAU, Du dilemme entre urbanisation et conservation aux XIX^e et XX^e siècles, in Aspects du patrimoine architectural, Genève 1977-1993. – Genève : Département des travaux publics, 1993, p. 33-49;
- DFJP/OFAT, Etude relative à la loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Berne 1981;
- Leïla EL WAKIL, Le patrimoine genevois : entre ignorance et vénération, in Aspects du patrimoine architectural, Genève 1977-1993. – Genève : Département des travaux publics, 1993, p. 15-32;
- Leïla EL WAKIL (textes réunis par), Patrimoine genevois : Etat des lieux, Info-lio, 2007, incluant, de cet auteur, La liste des monuments classés : un inventaire à la Prévert (document également en ligne à l'adresse : http://doc.rero.ch/lm.php?url=1000,42,3,20070306163046-GF/monuments_classes_el-wakil.pdf);

- Anne Christine FAVRE, L'examen des variantes d'un projet en droit de l'aménagement du territoire et de l'environnement, in *Mélanges Pierre Moor*, Berne 2005, p. 687;
- Alexandre FLÜCKIGER, Le développement durable, en droit constitutionnel suisse, in *DEP* 206, 471 ss;
- A. GARNIER, Pour une gestion du domaine bâti, *Bulletin technique de la Suisse romande*, 101 (1975);
- André GRISEL, *Traité de droit administratif*, vol. II, Neuchâtel 1984;
- Peter HÄNNI, *Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht*, 4^e éd., Berne 2002;
- Arthur MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar, Das Eigentum, Systematischer Teil*, 5^e éd., Berne 1981;
- Marianne JUNGO, Droits et obligations du propriétaire en cas de fouilles archéologiques, in *DC* 4/90, p. 87;
- Blaise KNAPP, Restrictions de droit public à la propriété privée, in *Dixième Journée juridique*, Genève 1970, p. 49 ss;
- Jean-Marc LAMUNIÈRE, *L'architecture à Genève de 1976 à 2000*, *Infolio*, Gollion, 2007;
- Pierre MOOR, *Commentaire LAT*, Zurich 1999;
- Pierre MOOR, *Droit administratif*, vol. III, Berne 2002;
- Michel NEMEC / Sabine PIGUET, l'appareil légal comme instrument de contrôle du développement urbain /, in *Habitation. – Lausanne. – 1988*, 9, p. 12-17;
- Sabine NEMEC-PIGUET, La protection du patrimoine à Genève. Mise en place et évolution du système légal (document en ligne à l'adresse http://doc.rero.ch/lm.php?url=1000,42,3,20070307163949-LC/protection_patrimoine_nemec.pdf: et in *Patrimoine Genevois, Etat des lieux*, *Infolio* 2007 (textes réunis par Leïla EL WAKIL);
- Hansjörg SEILER, Sport nautique et droit de l'environnement: les restrictions à la navigation en droit suisse, in *Droit et sport*, Berne 1997;
- Paul-Henri STEINAUER, *Les droits réels*, vol. II, 3^e éd, Berne 2002;
- Thierry TANQUEREL, *Commentaire LAT*, Zurich 1999;
- Kamen TROLLER, *Manuel du droit suisse des biens immatériels*, tome I, 2^e éd., Bâle 1996;
- Pierre TSCHANNEN, *Commentaire LAT*, Zurich 1999;
- André VIERNE, La loi genevoise sur la conservation des monuments et la protection des sites, *RDAF* 1952 p. 105 ss;

Philippe VOGEL, *La protection des monuments historiques*, Lausanne 1982;

Piermarco ZEN-RUFFINEN / Christine GUY-ECABERT, *Aménagement du territoire, construction, expropriation*, Berne, 2001;

Jean-Baptiste ZUFFEREY / Ariane AYER / Denis SCHROETER, *La propriété face à l'aménagement du territoire, à la police des constructions, à la protection de l'environnement et à l'expropriation*, in JT 2000 I 646 ss.

Répertoire des immeubles et objets classés / Service des monuments et sites / Travaux publics et énergie / République et Canton de Genève; documents publ. sous la dir. de Pierre Baertschi, Genève: Georg, 1994;

Direction du patrimoine et des sites, *L'architecture à Genève 1919-1975*, Lausanne, 1999-2005.

Pour le canton de Genève, la liste des objets classés est disponible sur le site Internet du Département à l'adresse: http://www.geneve.ch/patrimoine/ccm/docs/CCM_listeMS-c.pdf;

La liste des objets à l'inventaire à Genève se trouve à l'adresse: http://www.geneve.ch/patrimoine/sms/docs/mp-inv_inscriptions.pdf;

La liste (indicative) des ensembles du XIX^e et XX^e se trouve à l'adresse: http://www.geneve.ch/patrimoine/sms/inc/pub/invent_accueil.asp?fiche=inventaire_F-repertoire_bs.inc.

Liste des ouvrages

- Baddeley, Margareta* 1994
L'association sportive face au droit
Les limites de son autonomie
- Baddeley, Margareta (éd.)* 1999
La forme sociale de l'organisation sportive
Questions de responsabilité
Actes de la Journée de Droit du sport
de la Faculté de droit de l'Université de
Genève 25 mars 1999
- Bellanger, François (éd.)* 2000
L'Etat face aux dérives sectaires
Actes du colloque du 25 novembre 1999
- Bino, Maria-Antonella* 2006
Hospitalisation forcée et droits du malade mental
Etude de droit international et de droit
comparé
- Botoy Ituku, Elangi* 2007
Propriété intellectuelle et droits de l'homme
L'impact des brevets pharmaceutiques
sur le droit à la santé dans le contexte
du VIH/SIDA en Afrique
- Cattaneo, Daniele* 1992
Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage
Prévention du chômage et
aide à la formation en droit suisse, droit
international et droit européen
- Chaix, François* 1995
Le contrat de sous-traitance en droit suisse
Limites du principe de la relativité des
conventions
- Chappuis, Christine* 1991
La restitution des profits illégitimes
Le rôle privilégié de la gestion d'affaires
sans mandat en droit privé suisse
- Chatton, Gregor T.* 2005
Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmenschenrechten innerhalb der WTO
Politisches Scheitern und rechtliche
Perspektiven
- Chavanne, Sylvie* 1993
Le retard dans l'exécution des travaux de construction
Selon le Code des obligations et la norme
SIA 118
- Currat, Philippe* 2006
Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale
- Défago Gaudin, Valérie* 2006
L'immeuble dans la LP: indisponibilité et gérance légale
- Droz, Johan* 2008
La substitution dans le contrat de mandat

Ducrot, Michel 2005

La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole: quelques législations cantonales au regard du droit fédéral

Dunand, Jean-Philippe 2000

Le transfert fiduciaire: «Donner pour reprendre»

Mancipio dare ut remancipetur

Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion

Dupont, Anne-Sylvie 2005

Le dommage écologique

Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel

Favre-Bulle, Xavier 1998

Les paiements transfrontières dans un espace financier européen

Fehlbaum, Pascal 2007

Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?

Foëx, Bénédicte 1997

Le contrat de gage mobilier

Gafner d'Aumeries, Sonja 1992

Le principe de la double incrimination

En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis

Garrone, Pierre 1991

L'élection populaire en Suisse

Etude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons

Gerber, Philippe 1997

La nature cassatoire du recours de droit public

Mythe et réalité

de Gottrau, Nicolas 1999

Le crédit documentaire et la fraude

La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre

Grant, Philip 2000

La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers

Grodecki, Stéphane 2008

L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève

Guibentif, Pierre 1997

La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale

Etude de sociologie du droit de la coordination, à l'exemple du Portugal

Gutzwiller, Céline 2008

Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse

Hack, Pierre 2003

La philosophie de Kelsen

Epistémologie de la *Théorie pure du droit*

Henzelin, Marc 2000

Le principe de l'universalité en droit pénal international

Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité

Hottelier, Michel 1990

L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse

Hottelier, Michel 1995

Le Bill of Rights et son application aux Etats américains

Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis avec des éléments comparatifs de droit suisse

- Jeanneret, Yvan* 2002
La violation des devoirs en cas d'accident
Analyse critique de l'article 92 LCR
- Jeandin, Nicolas* 1994
Le chèque de voyage
- Jung, Anne* 2008
Jeremy Bentham et les mesures de sûreté en droit actuel: Suisse et Belgique
- Junod Moser, Dominique* 2001
Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation
Etude de droit suisse et de droit européen
- Junod, Valérie* 2005
Clinical drug trials
Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals
- Kastanas, Elias* 1993
Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce
- Lampert, Frank* 2000
Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG
- Languin, Noëlle/* 1994
Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/
Roth, Robert/Sardi, Massimo/
Strasser, François Roger
La libération conditionnelle: risque ou chance?
La pratique en 1990 dans les cantons romands
- Languin, Noëlle/Kellerhals, Jean/* 2006
Robert, Christian-Nils
L'art de punir
Les représentations sociales d'une «juste» peine
- Lempen, Karine* 2006
Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur
Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne
- Manai, Dominique* 1999
Les droits du patient face à la médecine contemporaine
- Mandofia Berney, Marina* 1993
Vérités de la filiation et procréation assistée
Etude des droits suisse et français
- Marchand, Sylvain* 1994
Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale
Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse
- Martenet, Vincent* 1999
L'autonomie constitutionnelle des cantons
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1991
Les instruments d'action de l'Etat
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
La légalité: un principe à géométrie variable
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1995
Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures

- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1996
La pesée globale des intérêts
 Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire
- Moreno, Carlos* 2002
Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document
- Morin, Ariane* 2002
La responsabilité fondée sur la confiance
 Etude critique des fondements d'une innovation controversée
- Oberson, Xavier* 1991
Les taxes d'orientation
 Nature juridique et constitutionnalité
- Ordolli, Stiliano* 2008
Histoire constitutionnelle de l'Albanie des origines à nos jours
- Papaux van Delden, Marie-Laure* 2002
L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux
- Peter, Henry* 1990
L'action révocatoire dans les groupes de sociétés
- Pont Veuthey, Marie-Claire* 1992
Le pouvoir législatif dans le canton du Valais
- Rohmer, Sandrine* 2006
Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée
 Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique
- Sambuc Bloise, Joëlle* 2007
La situation juridique des Tziganes en Suisse
 Analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits de l'homme
- Scartazzini, Gustavo* 1991
Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale
 Avec un aperçu des différentes théories de la causalité
- Schneider, Jacques-André* 1994
Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation
 Etude de droit suisse et comparé
- Schröter, François* 2007
Les frontières de la Suisse : questions choisies
- Stieger-Chopard, Arlette* 1997
L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme
 Etude de droit allemand et de droit suisse
- Tanquerel, Thierry* 1996
Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis
- Tevini Du Pasquier, Silvia* 1990
Le crédit documentaire en droit suisse
 Droits et obligations de la banque mandataire et assignée
- Tornay, Bénédicte* 2008
La démocratie directe saisie par le juge
 L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse
- Trigo Trindade, Rita* 1996
Le conseil d'administration de la société anonyme
 Composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs
- Voïnov Kohler, Juliette* 2006
Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques: entre diplomatie et droit

Vulliéty, Jean-Paul 1998
Le transfert des risques dans la vente internationale

Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980

Werly, Stéphane 2005
La protection du secret rédactionnel

Wisard, Nicolas 1997
Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile

Zellweger, Tobias 2008
Les transports collectifs de personnes dans l'agglomération franco-genevoise: Etude de droit transfrontalier

Recueils de textes

(anciennement «Série rouge»)

Auer, Andreas/ 2001
Delley, Jean-Daniel/Hottelier,
Michel/Malinverni, Giorgio (éd.)
Aux confins du droit
Essais en l'honneur du
Professeur Charles-Albert Morand

Chappuis, Christine/ 2006
Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.)
Le législateur et le droit privé
Colloque en l'honneur du professeur Gil-
les Petitpierre

Dufour, Alfred/Rens, Ivo/ 1998
Meyer-Pritzl, Rudolf/
Winiger, Bénédicte (éd.)
Pacte, convention, contrat
Mélanges en l'honneur du Professeur
Bruno Schmidlin

Foëx, Bénédicte/Hottelier, 2007
Michel/Jeandin, Nicolas (éd.)
Les recours au Tribunal fédéral

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.) 2000
Insolence, désendettement et redressement
Etudes réunies en l'honneur de Louis
Dallèves, Professeur à l'Université de
Genève

Kellerhals, Jean/ 2002
Manai, Dominique/Roth, Robert (éd.)
Pour un droit pluriel
Etudes offertes au Professeur
Jean-François Perrin

Knapp, Blaise/Oberson, Xavier (éd.) 1997
Problèmes actuels de droit économique
Mélanges en l'honneur du Professeur
Charles-André Junod

Reymond, Jacques-André 1998
De l'autre côté du miroir
Etudes récentes

Schönle, Herbert 1995
Droit des obligations et droit bancaire
Etudes

Thévenoz, Luc/Reich, Norbert (éd.) 2006
**Droit de la consommation/
Konsumentenrecht/Consumer Law**
Liber amicorum Bernd Stauder

Ouvrages collectifs
Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique
Mélanges offerts à la Société suisse des
juristes pour son congrès 1991
à Genève. 1991

Problèmes actuels de droit fiscal
Mélanges en l'honneur du Professeur
Raoul Oberson 1995

Droit civil

Baddeley, Margareta (éd.) 2007

La protection de la personne par le droit

Journée de droit civil 2006 en l'honneur du Professeur Martin Stettler

Perrin, Jean-François/ 2008

Chappuis, Christine
Droit de l'association
3^e édition

Démocratie directe

Arx, Nicolas von 2002

Ähnlich, aber anders

Die Volksinitiative in Kalifornien und in der Schweiz

Auer, Andreas (éd.) 1996

Les origines de la démocratie directe en Suisse / Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie

Auer, Andreas (éd.) 2001

Sans délais et sans limites?

L'initiative populaire à la croisée des chemins

Ohne Fristen und Grenzen?

Die Volksinitiative am Scheideweg

Auer, Andreas/ 2001

Trechsel, Alexander H.

Voter par Internet

Le projet e-voting dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique

Delley, Jean-Daniel (éd.) 1999

Démocratie directe et politique étrangère en Suisse/ Direkte Demokratie und schweizerische Aussenpolitik

Schuler, Frank 2001

Das Referendum in Graubünden

Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven

Trechsel, Alexander/Serdült, Uwe 1999

Kaleidoskop Volksrechte

Die Institutionen der direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Trechsel, Alexander 2000

Feuerwerk Volksrechte

Die Volksabstimmungen in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Droit et Histoire

(anciennement «Droit et Histoire», «Les grands jurisconsultes» et «Grands textes»)

Dufour, Alfred/Roth, Robert/ 1994

Walter, François (éd.)

Le libéralisme genevois, du Code civil aux constitutions (1804–1842)

Dufour, Alfred (éd.) 1998

Hommage à Pellegrino Rossi (1787–1848)

Genevois et Suisse à vocation européenne

Dufour, Alfred (éd.) 2001

Rossi, Pellegrino

Cours d'histoire suisse

Dufour, Alfred 2003

**L'histoire du droit entre philosophie
et histoire des idées**

Dunand, Jean-Philippe 2004

Keller, Alexis (éd.)

Stein, Peter

Le droit romain et l'Europe

Essai d'interprétation historique,
2^{ème} éd.

Manai, Dominique 1990

Eugen Huber

Jurisconsulte charismatique

Monnier, Victor (éd.) 2002

Bonaparte et la Suisse

Travaux préparatoires de l'Acte de
Médiation (1803)
(Préfacé par Alfred Kölz)

Monnier, Victor 2003

Bonaparte, la Suisse et l'Europe

Colloque européen d'histoire
constitutionnelle pour le bicentenaire
de l'Acte de médiation (1803–2003)

Quastana, François/ 2008

Monnier, Victor (éd.)

**Paoli, la Révolution Corse
et les Lumières**

Actes du colloque international organisé
à Genève, le 7 décembre 2007

Reiser, Christian M. 1998

**Autonomie et démocratie dans les
communes genevoises**

Schmidlin, Bruno/ 1991

Dufour, Alfred (éd.)

**Jacques Godefroy (1587–1652) et
l'Humanisme juridique à Genève**

Actes du colloque Jacques Godefroy

Winiger, Bénédicte 1997

La responsabilité aquilienne romaine

Damnum Iniuria Datum

Winiger, Bénédicte 2002

**La responsabilité aquilienne
en droit commun**

Damnum Culpa Datum

Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte / 2007

Hottelier, Michel (éd.)

**Servitudes, droit de voisinage,
responsabilités du propriétaire
immobilier**

Foëx, Bénédicte / 2009

Hottelier, Michel (éd.)

**La garantie de la propriété à
l'aube du XXI^e siècle**

Expropriation, responsabilité de l'Etat,
gestion des grands projets et protection
du patrimoine

Hottelier, Michel/ 1999

Foëx, Bénédicte (éd.)

Les gages immobiliers

Constitution volontaire et réalisation
forcée

Hottelier, Michel/ 2001

Foëx, Bénédicte (éd.)

L'aménagement du territoire

Planification et enjeux

Hottelier, Michel/ 2003

Foëx, Bénédicte (éd.)

La propriété par étages

Fondements théoriques et questions
pratiques

Hottelier, Michel/ 2005
Foëx, Bénédicte (éd.)
**Protection de l'environnement
et immobilier**
Principes normatifs et
pratique jurisprudentielle

Winiger, Bénédicte (éd.) 2008
**La responsabilité civile européenne
de demain**
Projets de révision nationaux et
principes européens

Europäisches Haftungsrecht morgen
Nationale Revisionsentwürfe und
europäische Haftungsprinzipien
(Colloque international à l'Université de
Genève)

Droit administratif

Bellanger, François/ 2002
Tanquerel, Thierry (éd.)
Les contrats de prestations

Tanquerel, Thierry /
Bellanger, François (éd.) 2002
L'administration transparente

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine/ 2005
Winiger, Bénédicte (éd.)
Le préjudice
Une notion en devenir
(Journée de la responsabilité civile 2004)

Chappuis, Christine/ 2007
Winiger, Bénédicte (éd.)
Les causes du dommage
(Journée de la responsabilité civile 2006)

Etier, Guillaume 2006
Du risque à la faute
Evolution de la responsabilité civile
pour le risque du droit romain au droit
commun

Cet ouvrage présente les Actes de la septième Journée du droit de la propriété, qui s'est tenue à Genève au mois d'avril 2008 et qui a été consacrée à divers thèmes actuels du droit public de l'immobilier, à savoir :

- Expropriation formelle: quelques développements récents dans le cadre du droit fédéral, par André Jomini, Juge au Tribunal cantonal du canton de Vaud
- L'expropriation matérielle à l'aune de la jurisprudence récente, par Maya Hertig Randall, professeure à l'Université de Genève
- La responsabilité de l'Etat en matière immobilière, par Vincent Martenet, professeur à l'Université de Lausanne
- Gestion des nuisances dans le cadre des grands projets, par Pascale Vuillod, juriste au Département des constructions et des technologies de l'information, Etat de Genève
- La protection du patrimoine, par Lucien Lazzarotto, avocat

Les Journées du droit de la propriété sont organisées par la Chambre genevoise immobilière, la Faculté de droit de l'Université de Genève et l'Institut d'études immobilières.