



Chapitre d'actes

2009

Published version

Open Access

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

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

Hertig Randall, Maya

How to cite

HERTIG RANDALL, Maya. L'expropriation matérielle à l'aune de la jurisprudence récente. In: 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 et Hottelier, Michel (Ed.). Genève. Genève : Schulthess, 2009. p. 29–50. (Collection genevoise. Droit de la propriété)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:12593>

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 par tant 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.*, *Oeffentliches 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 RODUNER, 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-ECABERT [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 Ia 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 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. ZEN-RUFFINEN, 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 éatique, 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.