



Université Panthéon-Assas

MASTER 2 RECHERCHE
DROIT EUROPEEN COMPARE

**Transition énergétique et droit de propriété
en France et en Allemagne**

par

David HAMBURA

Sous la direction de
Monsieur le Professeur Le Divellec

Année universitaire 2015-2016

Remerciements

J'adresse tous mes remerciements

A Monsieur le Professeur Le Divellec pour avoir bien voulu diriger mon mémoire,

A Monsieur le Professeur Borghetti pour m'avoir permis de participer au programme d'échange BerMuPa,

A Madame Astrid Herzer, à Monsieur Jean-Michel Corbellini et à Monsieur René Pawlak qui ont toujours su être disponibles lorsque j'avais des questions,

A ma famille pour leur soutien moral, intellectuel et financier pendant ces 5 dernières années,

A mes amis pour leur présence et leurs encouragements, particulièrement à Vianney, à Pauline und natürlich Maria.

Danke Edzard für das Benutzen deiner Heimbibliothek.

Abréviations

BGH	Bundesgerichtshof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CE	Conseil d'Etat
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
EDF	Électricité de France
GG	Grundgesetz
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
TC	Tribunal des Conflits

Sommaire

INTRODUCTION	1
PARTIE I - UNE LIMITATION DE LA PRIVATION DU DROIT DE PROPRIETE JAMAIS APPLICABLE.....	9
Chapitre 1. Une garantie du droit de propriété élevée	9
Section 1. Une garantie de niveau constitutionnel	9
Section 2. Un dispositif de mise en œuvre efficace	13
Chapitre 2. Des conditions d'application trop restreintes	24
Section 1. Une notion de droit de propriété différente	24
Section 2. La notion de privation du droit de propriété.....	35
PARTIE 2. LA RESPONSABILITÉ DE L'ETAT COMME MÉCANISME COMPLÉMENTAIRE EFFICACE.....	44
Chapitre 1. Des systèmes de responsabilité différents.....	44
Section 1. Les principes fondateurs de la responsabilité de l'Etat.....	44
Section 2. La structure de la responsabilité de l'Etat.....	52
Section 3. Responsabilité administrative ou responsabilité de l'Etat.....	56
Chapitre 2. Prolongation du droit de propriété sur la responsabilité.....	58
Section 1. Fondements de la responsabilité de l'Etat et protection de la propriété	58
Section 2. L'existence d'une obligation d'indemnisation.....	62
Chapitre 3. Disponibilité du législateur	70
Section 1. La loi comme cas de responsabilité sans faute.....	70
Section 2. La réserve du législateur.....	72
CONCLUSION GENERALE.....	79

INTRODUCTION

Le phénomène de transition énergétique est souvent compris et interprété sous l'angle du changement climatique. Il est cependant nécessaire de bien distinguer ces deux concepts, leur confusion ne permettant pas de comprendre l'évolution qu'a subi et subit encore la transition énergétique.

A. La transition énergétique : définition et présentation du concept

Le changement climatique est avant tout une notion scientifique qui décrit un mouvement observé dans le monde sous forme de réchauffement constant pouvant avoir de multiples causes, et en particulier l'action de l'Homme à travers l'émission massive de gaz à effet de serre¹. Ce réchauffement est considéré étant nocif pour l'environnement et dangereux pour la survie de l'espèce humaine. Une réaction publique à 2 niveaux s'est mise en place, nationalement et internationalement : d'une part la recherche d'une réduction des émissions de gaz à effet de serre, d'autre part l'adaptation aux nouvelles conditions climatiques irréversibles sur le court et moyen terme. Différents domaines ont pu être identifiés causant des émissions en grande quantité, dont les domaines de l'énergie, de l'agriculture et du transport. Deux stratégies, complémentaires, peuvent être mises en œuvre pour atteindre l'objectif de réduction des émissions dans le domaine de l'énergie : une réduction de la consommation d'énergie et l'utilisation de nouvelles technologies créant de l'énergie avec moins ou pas d'émissions néfastes. Cette deuxième possibilité décrit le phénomène que nous appelons transition énergétique, qui peut ainsi être défini comme la transition d'une ou plusieurs sources d'énergies vers des nouvelles sources, jugées préférables². Il en découle que la transition énergétique décrit une stratégie énergétique globale, qui n'impose pas de définition précise quant au détail de sa mise en œuvre.

Le changement climatique est donc une cause qui peut motiver la mise en œuvre d'une politique de transition énergétique. C'est en fonction de cet objectif que vont découler les moyens à mettre en œuvre dans le détail. Mais la transition énergétique étant avant tout une stratégie d'action, elle peut aussi être mise en œuvre pour des raisons différentes que la prévention du changement climatique, avec des objectifs différents et ainsi une concrétisation différente. Sous un terme commun, on décrit alors différentes stratégies énergétiques. Si globalement, la transition énergétique évoque un passage des énergies fossiles aux énergies re-

¹ Changements Climatiques 2007 : Rapport de Synthèse (page 30) du IPCC - Intergovernmental Panel on Climate Change.

² « La transition énergétique vise à préparer l'après-pétrole et à instaurer un nouveau modèle énergétique français, plus robuste et plus durable face aux enjeux d'approvisionnement en énergie, à l'évolution des prix, à l'épuisement des ressources et aux impératifs de la protection de l'environnement. », sur : <http://www.developpement-durable.gouv.fr/Les-enjeux,39744.html>.

nouvelables, la définition de ces énergies renouvelables ne fait pas toujours l'unanimité partout. Aux Etats-Unis, l'État d'Ohio classe ainsi le nucléaire en tant qu'énergie renouvelable³.

Transition en Allemagne. L'évolution du paysage énergétique allemand illustre bien cette nuance. En 2000, l'Allemagne a initié une politique de transition énergétique (*Energiewende*), en adoptant pour la première fois la loi sur les énergies renouvelables, le *Erneuerbare-Energien-Gesetz*. Cette volonté de transition s'accompagne d'une codification en 2002 des accords du 14 juin 2000 entre les fournisseurs d'énergie et le gouvernement, concernant la fin des énergies nucléaires, qui introduit pour la première fois un terme aux autorisations d'exploitation des réacteurs nucléaires, autorisations jusque-là permanentes. La durée de vie restante des usines nucléaires était calculée sur une base de 32 ans par réacteur nucléaire⁴. Cette solution devait permettre une sortie complète du nucléaire pour 2022. Dans cette première phase de la transition énergétique allemande primait la sensibilisation aux enjeux climatiques et il s'agissait de promouvoir le développement des énergies renouvelables, telles que les productions éoliennes ou photovoltaïques⁵. Ainsi, en 2000, le charbon et le lignite qui représentaient 50,5% de la production d'électricité allemande, ne participaient plus qu'à 43.6% à la production en électricité en 2014.

Puis apparaît une deuxième phase de la politique énergétique allemande en 2009 : la nouvelle coalition gouvernementale souhaite prolonger les autorisations des exploitants d'énergie nucléaire pour assurer une transition aux énergies renouvelables plus douce, qualifiant le nucléaire de *Brückentechnologie*, de technologie de transition. Par une loi du 14.12.2010, la durée de vie des autorisations d'exploitation fut allongée de 12 ans en moyenne⁶.

L'année 2011 marque un troisième tournant dans la politique de transition énergétique allemande avec la catastrophe de Fukushima entraînant des fuites radioactives émises par le réacteur nucléaire. Du fait du danger potentiel lié à ce mode d'énergie, l'Allemagne donne une nouvelle orientation à sa politique : l'objectif est alors de fermer le plus rapidement possible les usines nucléaires présentes sur le territoire allemand. Ce mouvement portera le nom de « *Atomusstieg* ». Bien que ce mouvement s'inscrive également dans la politique de transition énergétique, l'objectif est avant tout sécuritaire, et modifie par conséquent les priorités de l'action publique. Une sortie accélérée du nucléaire, qui ne

³ Definition of renewable energy resources: Section 4928.01(A)(37), on : <http://www.puco.ohio.gov/puco/index.cfm/industry-information/industry-topics/ohioe28099s-renewable-and-advanced-energy-portfolio-standard/#sthash.eRohNqYM.dpbs> .

⁴ Gesetz zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität vom 22. April 2002 – BGBl. I S. 1351- AtAG 2002.

⁵ § 1 EEG 2000 : « L'objectif de cette loi est de permettre un développement durable de l'approvisionnement en énergie, en particulier dans l'intérêt de la protection du climat et de l'environnement. »

⁶ 11. Atomgesetznovelle.

produit pas de gaz à effet de serre, alors que les énergies renouvelables ne sont pas encore en mesure de compenser le besoin national en énergie, entraîne le maintien ou la remise en service d'énergies fossiles, qui émettent du gaz à effet de serre. Ainsi, le *Atomausstiegsgesetz* de 2011⁷, qui annule les prolongations de la loi de 2010 et renforce encore le régime de 2002, aura indirectement comme conséquence un maintien prolongé des énergies fossiles en Allemagne⁸. S'agissant pourtant bien d'une nouvelle stratégie de transition énergétique, ce second mouvement vient toutefois contredire, ou du moins ralentir, les effets du mouvement initial de transition.

Transition en France. L'histoire de l'énergie en France est marquée par la recherche de l'indépendance énergétique. C'est cette recherche qui motive le développement massif du nucléaire en France au XX^{ème} siècle, et son utilisation dans le domaine civil à partir de 1965. Dès les années 1970, la France lance des premières recherches sur les énergies renouvelables, témoignant ainsi de cette préoccupation de diversité des sources d'énergie au cœur des orientations politiques. Toutefois, les chocs pétroliers successifs de 1973 et 1979 ont raison de ces recherches, qui sont abandonnées, au profit du développement du nucléaire, qui est moins coûteux et offre immédiatement l'indépendance énergétique devenue urgente.

Les années 2008 à 2008 voient l'achèvement de la filière nucléaire. La France dispose alors de l'un des parcs nucléaires les plus importants d'Europe, avec 19 centrales nucléaires de production d'électricité en exploitation, parc qui comprend 58 réacteurs de la filière à eau sous pression (REP). Ces réacteurs sont exploités par un opérateur unique, Électricité de France (EDF) et construits par le même fournisseur, Framatome, aujourd'hui AREVA NP. Forte de ce parc nucléaire, la France se positionne aujourd'hui au 1^{er} rang mondial de producteur d'électricité nucléaire. Ainsi, 77% de l'électricité provient de l'énergie nucléaire, qui représente 17% de la consommation totale d'énergie en France⁹.

Afin de comprendre les orientations politiques en matière d'énergie en France, il faut également tenir compte du rôle que joue l'Etat Français. En effet, avec la mise en place d'EDF et GDF en 1946 lors de la nationalisation des entreprises de production, de transport et de distribution d'énergie, l'Etat devient un acteur incontournable du secteur de l'énergie. Du fait de la concentration sur le développement du nucléaire, la France a acquis un certain retard par rapport aux autres pays en ce qui concerne les énergies renouvelables. Il faudra attendre les années 2000 pour que le sujet revienne sur la scène politique. En 2003, une «

⁷ 13. Atomgesetznovelle.

⁸ <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/kein-datum-fuer-kohleausstieg-gabriel-streicht-hendricks-klimaschutzplan-zusammen/13807130.html>.

⁹ Sixième rapport national de sûreté, 2014, consultable sur le site www.asn.fr.

Stratégie Nationale de Développement Durable » est finalement adoptée, dans la continuité de la stratégie européenne adoptée en 2001.

La charte de l'environnement, signée en 2005 et annexée à la Constitution française, viendra solidifier le mouvement de transition énergétique. Cette charte traduit la volonté d'un changement politique en matière d'énergie. La charte instaure le droit de chacun à un environnement sain et le devoir de protéger cet environnement, défini comme un patrimoine commun. La charte met également en exergue la notion de « développement durable », qui devient progressivement un enjeu des politiques environnementales et énergétiques. Ce changement politique se manifeste ensuite par le Grenelle de l'environnement de 2007, qui fait de l'environnement un sujet politique central.

En 2012, lors de son arrivée au pouvoir, le Président Hollande aborde la question de la transition énergétique et ambitionne alors de réduire de 77% à 50% la part de l'énergie nucléaire dans la production d'électricité en France. La transition énergétique à la française signifie donc une réduction du nucléaire au profit d'énergies renouvelables telles que l'éolien ou le solaire, ou encore l'énergie hydraulique. Le 17 août 2015, la loi sur la transition énergétique est votée. La loi prévoit une réduction des gaz à effet de serre (diminution de 40% entre 1990 et 2030), elle confirme également la volonté de diminuer la part du nucléaire dans la production d'électricité (50% d'ici 2025). Par conséquent, les énergies renouvelables devront être développées ; il est prévu qu'elles représentent 40% de la production d'électricité. En parallèle de ces objectifs, la loi prévoit également des changements au niveau des installations nucléaires, ainsi que des mesures de régulation des marchés de l'énergie¹⁰.

Transition dans l'Union Européenne. A l'échelle européenne, d'autres causes sont nommées pour justifier une transition, telle que la volonté de ne pas rester dépendant de ressources naturellement limitées sur Terre pour s'approvisionner en énergie au profit d'énergies dites renouvelables. Un autre argument, de nature plus économique, consiste en la diversification des sources d'énergie en Europe au profit du maintien de la compétitivité des pays européens dans le secteur des énergies renouvelables en tant que secteur d'opportunités futures¹¹. Ce secteur ayant du mal à se développer face à la concurrence et au prix des fournisseurs d'énergie classiques, il a pu sembler nécessaire à l'action publique d'intervenir pour leur ouvrir l'accès au marché.

¹⁰ L. n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte : JO 18 août 2015, p. 14263 ; JCP E 2015, act. 656.

¹¹ Communication From The Commission, Nuclear Illustrative Programme, Brussels, 4.4.2016 COM (2016) 177 final : „The EU must maintain its technological leadership in the nuclear domain, including through the International Thermonuclear Experimental Reactor (ITER), so as not to increase energy and technology dependence, and to give business opportunities for European companies. This will in turn support EU growth, jobs and competitiveness.“

Dans l'actualité récente, il semblerait que l'union européenne songe à subventionner le développement en Europe de l'énergie nucléaire pour garantir une plus grande indépendance énergétique face aux fournisseurs externes tel que la Russie¹². Ainsi des motifs différents de transition vont entraîner différentes conceptions de la transition énergétique, et en particulier du traitement de l'énergie nucléaire.

B. Aspect privé et aspect public de la transition

La transition énergétique peut se traduire en outre par une action privée ou par une action publique. L'action privée englobe ainsi autant la mise en œuvre de la transition par des particuliers que l'organisation de campagnes de sensibilisation d'organismes privés. Mais en raison de l'importance globale de la politique énergétique sur un pays, le domaine du droit de l'énergie est également fortement influencé par l'action publique. En effet, les différentes raisons qui motivent une transition énergétique évoquées précédemment touchent les domaines de compétences traditionnellement attribuées à l'Etat, tel que l'environnement, la sûreté, voire même la compétitivité économique.

L'aspect public de la transition énergétique consiste en particulier en l'imposition par l'Etat de la transition à tout le secteur privé. Il ne s'agit donc pas tant de modifier l'approvisionnement en énergie de ses propres institutions, que de faire opérer la transition énergétique à toute la société française et en particulier aux grandes entreprises. Afin d'atteindre cet objectif, le pouvoir public va pouvoir se servir d'incitations, comme par exemple la participation à des traités déclaratifs, ou encore par la mise en œuvre de primes d'achats de voitures électriques ou de subventions afin d'encourager la production en énergies renouvelables. En agissant de la sorte, l'Etat souhaite rendre le passage aux énergies renouvelables plus attractif pour les consommateurs ou les distributeurs.

Mais en tant que puissance publique, l'Etat peut aussi mettre en œuvre la contrainte juridique pour parvenir à ses objectifs. Ce mode d'action, moins respectueux du principe de liberté, entraîne ainsi régulièrement la question de savoir s'il s'agit déjà d'une atteinte aux droits des particuliers et le cas échéant si cette atteinte est justifiée. La fermeture de réacteurs nucléaires, imposée par l'Etat, devient ainsi rapidement symbole même de la transition énergétique et relève aussi bien symboliquement qu'économiquement et socialement d'une importance et actualité particulière.

En effet, ce changement n'est pas sans conséquences économiques. Les fournisseurs d'électricité allemands se retrouvent assez rapidement avec des dettes alarmantes, des estimations récentes ayant encore augmentés de 24 milliards d'euros la somme d'argent que coûtera la sortie du nucléaire. L'industrie nu-

¹² <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/atomkraft-eu-kommission-will-kernenergie-in-europa-staerken-a-1092584.html>

cléaire occupait une place importante tant dans l'économie allemande que dans l'aspect social du pays, l'entreprise E.ON occupant à elle seule plus de 56.000 salariés¹³. Juridiquement, cela pose une question de principe qui n'est pas nouvelle : une entreprise est-elle complètement soumise à l'aléa du pouvoir politique ou existe-t-il des limites juridiques au pouvoir de l'Etat-législateur ? C'est en tout cas sur tous les plans que la transition énergétique est particulièrement marquée par la sortie du nucléaire, ce qui explique que nous nous concentrerons avant tout sur cet aspect-là.

C. Présentation des décisions

La loi allemande de 2011 sur la sortie de l'énergie nucléaire, qui a fait suite à la catastrophe de Fukushima, avait retiré une prolongation des autorisations d'exploitation qui avait été accordé un an auparavant, sans prévoir de dédommagement. A la place, les fournisseurs d'électricité allemands ont été obligés de fermer leurs 17 réacteurs nucléaires pour 2022. 8 réacteurs un peu plus anciens parmi ces 17 réacteurs ont dû être fermés immédiatement. Les exploitants RWE, Vattenfall et E.ON ont attaqué cette loi devant le Bundesverfassungsgericht, en invoquant une atteinte au droit de propriété et en chiffrant leur dommage à 15 milliards d'euro.

Une situation très semblable a déjà été traitée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2015-718 DC du 13 août 2015 sur la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte. Parmi plusieurs autres griefs portant sur la procédure d'adoption de la loi ainsi que sur son contenu, c'est en particulier la conformité à la Constitution de l'art. 187 qui était en cause. La loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte avait mis au point un dispositif légal conçu pour contribuer à réduire la part du nucléaire dans la production d'électricité à 50 %. L'article 187 de la loi déferée ajoutait ainsi au droit encadrant les autorisations d'exploitation de production d'électricité un nouveau critère imposant le respect, pour la production d'électricité d'origine nucléaire, d'un plafond de capacité totale de production fixé à 63,2 gigawatts (GW), valeur qui représentait la capacité totale du parc nucléaire français en service. Cette valeur ne tenait cependant pas compte de l'autorisation déjà accordée par le décret du 10 avril 2007 de créer le REP de Flamanville dont la capacité de production s'établissait à 1,65 GW¹⁴. Dès lors, EDF se retrouvait avec le choix entre renoncer à l'ouverture du nouveau réacteur ou fermer un nombre suffisant de réacteurs pour pouvoir respecter le nouveau plafond de capacité. Les dispositions de l'article 187 étaient contestées par les députés requérants sur les fondements du droit de propriété, du principe d'égalité et du droit communautaire.

¹³ <http://www.eon.com/de/ueber-uns/publikationen/geschaeftsbericht.html>

¹⁴ Décret n° 2007-534 du 10 avril 2007 autorisant la création de l'installation nucléaire de base dénommée Flamanville 3, comportant un réacteur nucléaire de type EPR, sur le site de Flamanville (Manche).

Les griefs tirés de la méconnaissance du principe d'égalité et du droit communautaire ont pu être écartés sans difficultés par le Conseil constitutionnel qui ne leur consacre que deux considérants¹⁵.

En application de cette loi sur la transition énergétique, EDF a annoncé vouloir fermer la centrale nucléaire de Fessenheim, conformément à la promesse électorale de Hollande, afin de pouvoir ouvrir le REP de Flamanville. A l'instar de son équivalent allemand, la loi française ne prévoyait aucun dédommagement pour EDF. Pourtant cette fermeture est actuellement retardée en raison d'un désaccord entre le gouvernement et EDF sur le montant de l'indemnisation pour la fermeture, le gouvernement proposant un dédommagement de 80 à 100 millions d'euro alors que EDF espérait une somme entre 2 et 3 milliards¹⁶.

Les deux questions qui se posent en France comme en Allemagne sont donc semblables : la loi entraînant la fermeture des usines nucléaires est-elle en accord avec la Constitution ? Et si elle l'était, l'Etat doit-il dédommager l'exploitant qui subit un préjudice ? De ces deux questions, le Conseil constitutionnel a déjà répondu à la première, en décidant que la loi de 2015 est conforme à la Constitution. En Allemagne, une décision du BVerfG n'est pas attendue avant encore plusieurs mois d'attente.

D. Méthodologie, droit de propriété et intérêt du sujet

Différents droits peuvent être invoqués pour défendre les intérêts d'une entreprise face à la disposition du pouvoir public, et les mécanismes existant d'un pays à l'autre ne sont pas identiques. C'est précisément ce qui rend la comparaison entre la France et l'Allemagne pertinente. Entre le *Atomastiegsgesetz*, qui impose la fermeture rapide d'usines nucléaires et la fermeture annoncée par EDF de l'usine nucléaire de Fessenheim qui se réalise sous la pression publique, on reconnaît une problématique semblable. La comparaison est d'autant plus intéressante que le droit européen a souvent évolué sous l'inspiration du droit national de ces deux pays. Ainsi, la comparaison du droit national français et allemand permet de mieux comprendre les influences qui modulent le droit européen, de prévoir le sens des évolutions jurisprudentielles futures et parfois même d'arriver à des recommandations issues d'une compréhension des forces et faiblesses inhérentes aux différentes constructions juridiques.

En raison de la différence des outils juridiques nationaux et de leur classification, il faudra comparer le droit selon une approche fonctionnelle, consistant à comparer l'ensemble des dispositions légales des deux pays poursuivant le même objectif dans le cadre d'un problème particulier.

¹⁵ Cons. 61 et 62.

¹⁶ http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/06/15/edf-refuse-d-enclencher-la-fermeture-de-fessenheim_4950741_3234.html

Dans le cas de l'Allemagne, différents fondements juridiques ont pu être évoqués pour attaquer le retrait des permis d'exploitation d'usines nucléaires. Deux fondements juridiques semblent former ensemble le cœur de l'argumentation : la sécurité de l'investissement et le respect du droit de propriété. En ce qui concerne la sécurité de l'investissement, il s'agit avant tout d'un fondement de droit international et européen. Sur les trois grands acteurs économiques allemands, REW, E.ON et Vattenfall, seul Vattenfall en tant que société suédoise peut invoquer ces droits¹⁷. Dans une optique de droit comparé entre la France et l'Allemagne, cette action est moins intéressante, étant donné que le même droit est applicable à peu de choses près en France.

Le droit de propriété, lui, constitue un fondement plus pertinent pour la comparaison : il découle d'une conception allemande particulière des « *Grundrechte* », droit protégeant le particulier, personne morale ou physique, contre les atteintes de l'Etat. La protection et l'identification des libertés fondamentales en France étant un concept plus récent qu'en Allemagne, nous verrons que la signification du droit de propriété français est plus restreinte. Pour comprendre ainsi le régime de la France qui correspond fonctionnellement au cadre du droit de la propriété allemand, appliqué à la transition énergétique, il faudra ainsi d'une part délimiter l'influence du droit de propriété français, mais d'autre part observer les autres mécanismes français qui réglementent ce qui tombe en Allemagne sous la notion du droit de propriété.

S'il existe déjà un bon nombre de thèses en France traitant de la transition énergétique et le changement climatique, c'est cette rencontre entre le concept plus ancien du droit de propriété et la situation nouvelle de la transition énergétique qui pose un « défi fondamental »¹⁸ pour la conception du droit de propriété qui devra peut-être se moderniser.

Nous verrons ainsi que malgré des conceptions du droit de propriété différentes en France en Allemagne, les conditions encadrant la privation du droit de propriété sont trop strictes pour protéger les exploitants des centrales nucléaires (Partie I). Ces exploitants sont néanmoins protégés par d'autres mécanismes nationaux inégaux, dont les particularités dans chaque pays sont la conséquence de leur conception respective du droit de propriété (Partie II).

¹⁷ Ludwigs, Der Atomausstieg und die Folgen, NVwZ 2016, 1.

¹⁸ Ludwigs, Der Atomausstieg und die Folgen, NVwZ 2016, 1.

PARTIE I - UNE LIMITATION DE LA PRIVATION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ JAMAIS APPLICABLE

En ce qui concerne la notion de privation du droit de propriété, des différences significatives existent entre le système français et le système allemand (chapitre 2). Afin de saisir la portée et la signification de ces différences, il est néanmoins nécessaire de comprendre au préalable les bases globalement communes du droit de propriété (chapitre 1).

Chapitre 1. Une garantie du droit de propriété élevée

La propriété n'est protégée que si sa garantie est déclarée par le droit (Section 1) et que ses infractions sont efficacement sanctionnées (Section 2).

Section 1. Une garantie de niveau constitutionnel

Invoquer le non-respect du droit de propriété à l'égard d'une loi parlementaire n'est possible que lorsqu'il lui est reconnu une valeur supra-législative dans les deux pays. Il a ainsi d'abord fallu justifier théoriquement le lien souvent très critiqué entre propriété et liberté fondamentale (§1.) avant de l'incorporer non sans difficultés au sein du droit positif (§2.).

§1. Fondements théoriques en philosophie du droit

Dans un système juridique qui accorde le pouvoir de gouverner au parlement, il n'est pas évident d'accorder à une juridiction le droit de lui imposer le respect de principes supérieurs. En France comme en Allemagne, cela a été justifié par la qualification du droit de propriété en liberté fondamentale. Cette décision n'est pas anodine, en ce qu'elle accorde à la propriété une signification de fondement pour toute la République et affirme en même temps une certaine évidence et universalité, alors qu'elle s'oppose à différents courants philosophiques et politiques régulièrement représentés dans l'histoire¹⁹.

La thématique de la protection de la propriété est un thème récurrent dans l'histoire du droit. Pour les philosophes des lumières tel que Thomas Hobbes ou John Locke, la fondation de l'Etat servait la garantie et la protection de la liberté individuelle ainsi que de la propriété, ce qui en faisait sa raison d'être. Selon cette conception, l'existence de la propriété ne dépend pas de l'existence ou la recon-

¹⁹ Libchaber va jusqu'à se poser la question « l'étude de la propriété a-t-elle sa place dans un recueil consacré aux droits et libertés fondamentaux ? », ne l'acceptant que si elle est consubstantielle à la nature humaine ou à l'organisation de la société elle-même, dans : Libertés et droits fondamentaux, n. 1012.

naissance de l'Etat, mais le précède. Jusqu'à un certain grade, liberté et propriété ont même été considéré comme identique et ont été protégé dès les premières déclarations constitutionnelles des droits tel que le *Bill of Rights* de Virginia et la Déclaration des Droits de l'Homme et de Citoyens de 1789 dans son art. 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. » En application des courants de pensée précités, Jean Carbonnier considèrera que ces quatre droits peuvent être rassemblés deux par deux : liberté et propriété sont les finalités ultimes de l'Etat, tandis que sûreté et résistance à l'oppression permettent de les atteindre ou de les retrouver²⁰.

Mais si d'un côté la protection des droits a toujours fait l'objet des préoccupations des philosophes et juristes, cela est vrai également des courants de pensée critiquant la propriété. C'est aussi dès les lumières qu'un auteur comme Rousseau verra dans la propriété la cause de la fin de l'état de nature. Aujourd'hui encore, la critique de la propriété privée reste le motif sous-jacent des théories socialistes.

Alors même que la propriété est élevée comme un grand bien très tôt dans l'histoire, la nécessité de pouvoir priver un particulier de sa propriété au profit du bien commun s'impose rapidement dans tous les textes juridiques majeurs. C'est ainsi que naît le concept d'expropriation, qui présuppose auprès de la personne expropriée un droit de propriété.

Ainsi, l'art. 17 de la DDHC prévoit remarquablement que « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité », faisant ainsi de la propriété le seul droit sacré que connaît la Constitution ainsi que le seul droit inviolable devant être violé lorsque la nécessité publique l'exige évidemment. Cette tension qui se fait sentir dès la formulation de l'existence d'un droit de propriété posera des difficultés lors de la mise en œuvre de la protection du droit de propriété.

§2. Reconnaissance juridique : une source constitutionnelle

Le droit de propriété est actuellement garanti aussi bien en France qu'en Allemagne par la constitution, qui est le plus haut rang hiérarchique que connaissent les deux ordres juridiques respectifs. Mais si l'assemblée constituante de 1789 a tranché la question du fondement du droit de propriété et de son lien avec les libertés fondamentales sans que ne soit fait de déclaration en sens inverse jusqu'à aujourd'hui, cela ne sera qu'au bout d'un long chemin que ce principe juridique abstrait a pu devenir véritable principe à valeur constitutionnel auquel le législateur doit se plier.

²⁰ Carcassonne, La constitution, p. 408.

En France, il s'agit là de la question classique de droit constitutionnel de l'évolution du bloc de constitutionnalité. Au départ, la constitution de la Vème république n'était comprise que comme ayant une mission d'organisation des rapports de force des différentes institutions, la jurisprudence du Conseil constitutionnel va créer à partir du préambule de la constitution de 1958 et de la référence à la Déclaration de 1789 ainsi qu'au préambule de la constitution de 1946 tout un bloc élargi de droit constitutionnel comprenant désormais des libertés fondamentales. Ainsi, c'est au fur et à mesure de sa jurisprudence qu'il découvrira une liste de libertés fondamentales. Ce procédé de « découverte » des droits aura pour conséquence de laisser une incertitude juridique quant à l'existence d'un droit jusqu'au moment de sa reconnaissance officielle par décision du Conseil constitutionnel. C'est finalement dans sa décision du 16 janvier 1982 que le conseil constitutionnel reconnaitra la valeur constitutionnelle du droit de propriété. A partir de ce moment, le conseil ne parlera cependant plus de droit « sacré » mais de son « caractère fondamental ». Par la suite, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de confirmer et de maintenir sa jurisprudence sur la valeur constitutionnelle du droit de propriété.

En comparaison avec la France, cela ne sera que tardivement que l'Allemagne introduit et codifie finalement des droits et libertés fondamentales. La première codification des liberté fondamentales allemandes aura finalement lieu lors de la *Weimarer Republik* dans la *Reichsverfassung* de 1919. Ces libertés resteront néanmoins très limitées dans leur efficacité réelle et certains auteurs allemands n'hésiteront pas à les qualifier de simples déclarations d'intentions²¹. Ça ne sera qu'en réaction au régime nazi et à la grande peur allemande d'un pouvoir étatique dangereux et mauvais que les libertés fondamentales gagneront réellement en importance et seront codifiées dès les premiers articles du *Grundgesetz* de 1949. C'est également en réaction à la déception ressentie face à l'inefficacité des libertés fondamentales déclarées dans la *Reichsverfassung* que seront précisés des principes importants tel que l'application immédiate du droit y compris à l'encontre du législateur, ainsi que la protection contre les atteintes indirectes aux droits fondamentaux qui, sans les enfreindre directement, les videraient de leur sens et ainsi de leur portée.

Toute la codification sera ainsi empreinte d'une volonté d'efficacité maximale à l'encontre de tous et en particulier de l'Etat lui-même. Cette volonté trouvera son expression la plus marquante dans la codification des Art. 19 IV et 79 I GG. L'article 19 IV du *Grundgesetz* protège ainsi le *effektiver Rechtsschutz*, dérivé du *Rechtstaatsprinzip* et en déduit le principe général du contrôle maximal par les juges en toutes circonstances, y compris face au législateur et à l'administration, toujours autant que possible. Cette reconnaissance de larges pouvoirs d'appréciations du juge s'oppose un peu à la conception française qui, depuis la révolution, se méfie du juge.

²¹ Hufen, *Grundrechte*, 3. Aufl., S. 27.

L'article 79 III GG quant à lui vient introduire ce qui se sera appelé par la doctrine la « *Ewigkeitsklausel* », la clause d'éternité : « Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe du concours des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite »²². Cela a comme conséquence une constitution à deux niveaux : au sein de la même constitution, toutes les dispositions n'ont pas la même force, et certaines peuvent être modifiées, alors que d'autres ne le peuvent pas. Cela est d'une grande importance en ce qui concerne la protection des libertés fondamentales. Une loi qui serait déclarée inconstitutionnelle, car incompatible avec un principe protégé par l'art. 79 III GG, ne pourra jamais être appliquée aussi longtemps que la constitution allemande existera. Il ne sera pas possible de modifier la constitution pour l'adapter à un projet de loi particulier. En France, même si ce cas relève certainement de la théorie, le Conseil constitutionnel n'a jamais découvert de principe général qui empêcherait le constituant de retirer du préambule de la constitution de 1958 la référence aux déclarations des droits de 1789 ou au préambule de 1946. Si le législateur ne peut ainsi pas tout faire, le constituant français, s'il agit dans les formes prévues par la constitution, possède une compétence théoriquement illimitée.

Cette orientation particulière allemande résulte beaucoup moins de l'évolution lente d'une jurisprudence qui s'affermirait de plus en plus que ce n'est le cas en France. L'histoire française a pourtant permis beaucoup de souplesse et de prudence pour appréhender des nouvelles situations. Passer d'une prévalence du *Demokratieprinzip*, qui trouvait son expression la plus forte en France à travers le légicentrisme, à l'importance nouvelle du *Rechtsstaatsprinzip*, c'est petit à petit le chemin qu'a emprunté la France, mais bien moins violemment et en gardant plus de marge de manœuvre dans l'application à des situations particulières. En partant de deux points de départ différents, les conceptions de la France et de l'Allemagne se rapprochent sur beaucoup de points, rapprochement favorisé en particulier par le droit européen. Ainsi, sur le plan des grands principes constitutionnels que sont les libertés fondamentales, on s'est rapproché de plus en plus du modèle allemand qui, bien que sa codification soit très tardive, a créé immédiatement un catalogue de *Grundrechte*, resté très efficace. Mais ce système très tranchant a pu mettre l'administration allemande en difficulté, à une époque où elle voyait toutes ses décisions remises en cause par l'appréciation du juge. Ceci est un exemple où l'Allemagne s'est rapprochée et inspirée de la France, en reconnaissant plus largement l'existence de domaines non soumis au contrôle du juge.

Le droit de propriété sera protégé en Allemagne dès la *Paulskirchenverfassung* de 1849 dans son § 164 I en reprenant d'une part sa justification traditionnelle de droit naturel en tant qu'elle qualifiera la propriété comme inaliénable, mais qui permettra d'autre part une privation du droit de propriété « *aus Rücksicht des*

²² Traduction de <http://www.bijus.eu/?p=9663>.

gemeinen Besten », par égard pour le bien commun, sur la base d'une loi et en échange d'une compensation. Sur le principe, ces conditions de l'expropriation seront formulées de manière identique dans la constitution jusqu'à aujourd'hui. L'Art. 153 WRV reprendra les grandes lignes de la *Paulskirchenverfassung*, mais n'ordonnera une compensation qu'en l'absence d'une loi contraire. Sous le régime nazi, les libertés fondamentales de l'individu contre l'Etat ayant disparues, de nombreuses expropriations auront lieu sans donner droit à de compensation, en particulier à l'encontre des minorités, des immigrés et des opposants politiques²³.

Conformément à sa tendance de protection de l'individu, le *Grundgesetz* décidera finalement de protéger la propriété au maximum :

« Article 14 [Propriété, droit de succession et expropriation]

(1) La propriété et le droit de succession sont garantis. Leur contenu et leurs limites sont fixés par les lois.

(2) Propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien de la collectivité.

(3) L'expropriation n'est permise qu'en vue du bien de la collectivité. Elle ne peut être opérée que par la loi ou en vertu d'une loi qui fixe le mode et la mesure de l'indemnisation. L'indemnité doit être déterminée en faisant équitablement la part des intérêts de la collectivité et de ceux des parties intéressées. En cas de litige portant sur le montant de l'indemnité, les tribunaux ordinaires sont compétents »²⁴.

Section 2. Un dispositif de mise en œuvre efficace

Si la France et l'Allemagne ont tous deux reconnu valeur constitutionnelle au droit de propriété, cette reconnaissance ne peut se traduire en protection pour les individus que si elle est accompagnée d'un dispositif juridique efficace garantissant son respect. Il faut pour cela à la fois pouvoir contester une loi inconstitutionnelle en justice (§1) et s'assurer de l'existence d'une vraie sanction en cas d'inconstitutionnalité (§2).

§1. Le contrôle de constitutionnalité

Les différences historiques du contrôle de constitutionnalité entre la France et l'Allemagne font désormais parti des sujets classiques du droit constitutionnel et du droit comparé. L'Allemagne, qui a conçu ses *Grundrechte* comme des droits subjectifs de l'individu contre les atteintes de l'Etat, a naturellement inclus la garantie du recours juridictionnel dans les libertés fondamentales du citoyen.

²³ Hufen, *Grundrechte*, S.657.

²⁴ Traduction du site Bijus.

L'art. 19 IV 1 GG dispose ainsi : « Quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel ». Partant de ce principe général, il ne peut pas exister dans le système allemand de droit subjectif qu'il ne serait pas possible d'invoquer devant un juge. Ainsi, l'Art. 19 IV 2 GG complète : « Lorsqu'aucune autre juridiction n'est compétente, le recours est porté devant la juridiction ordinaire ». Libertés fondamentales et recours effectif sont ainsi liés dès le départ.

A. Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs.

En France, la juridiction compétente pour contrôler la constitutionnalité des actes administratifs est directement la juridiction administrative. Ce principe connaît néanmoins une exception, lorsque l'acte administratif a été adopté directement en application d'une loi, dans ce cas, la loi fait « écran » au contrôle de constitutionnalité. Il faut alors se référer aux principes concernant la constitutionnalité des lois.

En Allemagne, le même principe s'applique également : la juridiction administrative, avec le BVerwG à son sommet, exerce un contrôle de légalité des actes administratifs et autre action administrative de tout genre. Dans le cadre de ce contrôle de légalité, le juge est tenu de respecter les dispositions constitutionnelles qui s'appliquent également à lui directement en vertu de l'Art. 1 III GG : « Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable ». Lorsque l'acte contrôlé est en dessous de niveau législatif, le juge administratif exercera ainsi un contrôle de constitutionnalité.

B. Le contrôle de constitutionnalité des lois

1) Contrôle a priori et contrôle a posteriori en France

L'histoire française des libertés fondamentales évolue de manière bien plus progressive, comme nous l'avons vu précédemment. La rédaction initiale de la constitution et sa conception en tant qu'organisation des institutions et non pas comme source ultime de droit avaient conduit à ce que le Conseil constitutionnel découvre lui-même par le biais de l'interprétation des libertés fondamentales. Or, il découlait de la conception ancienne, selon laquelle la loi ne pouvait mal faire, qu'aucun recours n'était prévu à l'encontre d'une loi sur initiative des citoyens. Si le conseil constitutionnel a pu reconverter le contrôle a priori des lois en contrôle matériel de constitutionnalité à l'occasion d'un contrôle selon l'art. 61 de la constitution, il n'a pas pu créer de nouvelle voie de recours, si cela n'était ni prévu par le législateur, ni par la constitution. Quand bien même, sous l'influence des systèmes juridiques voisins, il aurait souhaité reconnaître un principe de recours effectif semblable à l'Art. 19 IV GG, il n'aurait pas eu la possibilité de l'imposer au gouvernement. C'est d'ailleurs cette limite qui garantit, malgré la multiplication

des compétences du Conseil constitutionnel, que la France ne devienne pas un Etat dirigé par les juges²⁵ : le Conseil constitutionnel ne pouvant se saisir lui-même, c'est tout au plus par le biais d'un *obiter dictum* qu'il aurait pu tenter de forcer la main au parlement pour créer un nouveau recours – méthode peu efficace, car sans aucune sanction juridique.

La loi constitutionnelle de 1974 vient confirmer l'évolution jurisprudentielle du Conseil constitutionnel en permettant à 60 députés ou sénateurs de déférer une loi, privilège réservé jusqu'à là qu'au Président de la République, au Premier ministre et aux présidents des chambres parlementaires. Cette modification sera importante en ce qu'elle permettra également à l'opposition politique de saisir le Conseil constitutionnel, ce qui n'était que très difficile avant. Toutefois, de la pleine reconnaissance de la garantie du droit de propriété de 1982 jusqu'à la révision constitutionnelle de 2008, le droit de propriété n'a pu continuer à jouer qu'un rôle très marginal, en ce qu'il n'a jamais été invocable par le citoyen qui aurait cru subir un dommage intentant son droit de propriété. A cette époque, le droit de propriété en France n'est pas considéré par les auteurs allemands comme un véritable droit subjectif. Cette critique s'appliquait à l'ensemble des droits individuels garantis par la constitution, mais pas uniformément selon que le particulier se sente attaqué par le législateur ou l'administration. En effet, la juridiction administrative effectuait un plein contrôle de constitutionnalité, incluant la jurisprudence constitutionnelle. L'auteur allemand Baumgartner qualifiera ainsi le droit de propriété comme droit subjectif par rapport au pouvoir exécutif et de droit réflexe par rapport au pouvoir législatif²⁶. Si cette particularité a conduit l'ordre juridique français à trouver d'autres solutions pour protéger l'individu²⁷, cette solution n'était pas satisfaisante : à partir du moment où l'on reconnaissait la nécessité de soumettre les actes législatifs à un contrôle de constitutionnalité, il n'existait pas de véritable justification pour cette différence de traitement. Et en plus, si la juridiction administrative opérait un contrôle de constitutionnalité, il n'existait aucun moyen de s'assurer de la concordance de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, de sorte qu'il fallait craindre qu'à long terme, des interprétations différentes de la constitution puissent émerger, sans qu'une juridiction puisse imposer sa solution à l'autre.

L'arrivée de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en 2008, entrée en vigueur en 2010, a finalement introduit la possibilité d'invoquer l'exception d'inconstitutionnalité devant les juridictions ordinaires qui transmettent ensuite la question au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation selon qu'il s'agisse de la juridiction civile ou administrative, qui décidera si la question doit être posée au Conseil constitutionnel. Cela sera le cas, si trois conditions sont remplies : 1) la réponse à la question posée doit être nécessaire pour résoudre le litige principal,

²⁵ Critique dans Hamon/Troper, Droit constitutionnel, p. 848.

²⁶ Baumgartner, Sozialbindung des Eigentums und Enteignung in Frankreich, S. 71.

²⁷ Cf. Infra Partie II.

2) le Conseil constitutionnel ne doit pas déjà avoir répondu à cette question ou alors un changement de circonstances justifie de lui reposer la question et 3) la question ne doit pas être dépourvu de sérieux.

2) **Contrôle abstrait et contrôle concret en Allemagne.**

Le contrôle de constitutionnalité en Allemagne est bien plus développé. L'Art. 93 GG règle les compétences du BVerfG, qui est notamment compétent pour examiner une loi dans le cadre de la *abstrakte Normenkontrolle*, Art. 93 I Nr. 2 GG, qui correspond au contrôle abstrait des lois que connaît le droit français : il s'agit d'une procédure pouvant être mise en œuvre par un groupe de personnes restreint, constitué du gouvernement du Bund, le gouvernement d'un Land ou un quart des membres du Bundestag²⁸. Outre la différence assez importante du nombre de parlementaires requis pour demander un contrôle de constitutionnalité d'une loi, une autre différence existe avec le système français : en Allemagne, un contrôle abstrait de la loi peut être effectué à tout moment de son existence, sans limite temporelle, y compris des années après sa promulgation. La doctrine allemande ne distingue ainsi pas tant en termes de contrôle a priori et contrôle a posteriori, mais de contrôle abstrait et contrôle concret. Lors du contrôle abstrait, une loi est examinée par rapport à sa conformité à la constitution sous tous les aspects possibles et non pas seulement en fonction des motifs invoqués par le requérant.

Par opposition, un contrôle concret n'est effectué que dans le cadre d'un litige particulier devant une juridiction ordinaire impliquant un citoyen qui conteste la constitutionnalité d'une loi. Une telle procédure de contrôle de constitutionnalité concret est prévue à l'Art. 100 GG. Elle doit être mise en œuvre par le juge de la juridiction ordinaire, lorsque celui-ci est convaincu qu'une loi est contraire à la constitution et que cette question est déterminante pour le litige. Dans quelques cas restés exceptionnels, le BVerfG a accepté d'exercer un contrôle de constitutionnalité alors même que celui-ci n'était pas nécessaire pour résoudre le problème de fond, au motif que la constitutionnalité de la loi était d'une signification fondamentale pour le bien commun et qu'en conséquence une décision était devenue urgente²⁹. Le filtrage des questions posées par le moyen de l'Art. 100 GG est effectué par le BVerfG lui-même. Il déclare ensuite la loi conforme ou non conforme à la constitution, décision qui s'appliquera au juge du fond ayant posé la question, mais ne statue pas directement sur le litige. C'est ensuite au juge du fond d'appliquer la jurisprudence constitutionnelle pour arriver à la juste décision.

²⁸ Soit 158 parlementaires sur les 630 actuels.

²⁹ „von grundsätzlicher Bedeutung für das Gemeinwohl und die Entscheidung deshalb dringlich ist“.

3) Incidence sur le droit de propriété

La comparaison avec l'Allemagne a souvent été faite pour mettre en évidence la nécessité d'introduire une procédure de contrôle a posteriori. Dans le domaine du droit de propriété, nous verrons néanmoins que même sans un tel contrôle, une garantie relativement efficace a su voir le jour sous la forme de la responsabilité de l'Etat³⁰, qui a même pu faire l'objet d'éloge de la part de certains auteurs allemands³¹. Si ce nouveau recours était nécessaire depuis longtemps afin d'assurer une justice constitutionnelle au même standard que le reste de l'Europe, la QPC n'a pas eu beaucoup d'influence sur le droit de propriété. Bien qu'il soit désormais directement invocable par un citoyen privé de ses droits, rare sont les QPC qui ont finalement donné l'occasion à la Cour de cassation de développer sa jurisprudence constitutionnelle en matière de droit de propriété : selon la conception allemande, et malgré sa faible influence, il semblerait néanmoins que la protection du droit de propriété soit désormais bien un droit subjectif du citoyen et non plus un droit réflexe. Cette absence de développement du droit de propriété s'explique probablement par le fort développement de la jurisprudence administrative qui s'était opéré en absence de QPC.

Les deux décisions que nous comparons sont des décisions prises ou qui seront prises par les juridictions constitutionnelles. En France, la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte avait été déférée au Conseil constitutionnel. Il s'agissait donc là d'un contrôle constitutionnel à priori qui ne pose pas de difficulté particulière. Plus généralement, s'il ne s'était pas trouvé assez de parlementaires pour demander de contrôle a priori de constitutionnalité de la loi, ce contrôle aurait tout de même avoir lieu par la suite.

Les dispositions concernant la limitation de la production d'électricité nucléaire de la loi n'obligeaient ni directement EDF à fermer une centrale nucléaire, ni ne précisait s'il devait s'agir de Fessenheim ou d'une autre centrale. Au final, EDF aurait pu attendre le refus du permis de construire de sa nouvelle centrale, puis attaquer la légalité de l'acte administratif devant la juridiction administrative. Celle-ci se serait déclarée incompétente pour connaître de la constitutionnalité de cet acte qui découlait directement d'une application stricte de la loi. EDF aurait alors pu poser dans ce cadre une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel afin de lui demander de statuer sur la constitutionnalité de la loi.

Pour ce qui est de la décision allemande qui est attendue, la situation se rapproche beaucoup plus de l'hypothèse fictive que nous avons discuté, dans l'optique où les députés n'auraient pas attaqués la loi. C'est ce qui s'est passé en Allemagne : la loi de 2011 qui met un terme prématuré aux autorisations d'exploitation des centrales nucléaires, qui a bénéficié d'un très fort soutien par-

³⁰ cf. *Infra* partie II.

³¹ Herbert, *Der Enteignungsbegriff*, S.97.

lementaire, n'a pas déjà été contrôlée par le BVerfG dans le cadre d'une abstrakte Normenkontrolle. Il restait donc l'option aux exploitants de provoquer un litige donnant lieu à une procédure devant un juge administratif, par exemple en refusant de respecter les quotas d'électricité qu'ils peuvent produire ou encore en refusant de fermer certaines de leurs centrales. Le juge qui devra statuer sur l'acte administratif par lequel l'administration viendra leur imposer la fermeture, devra se poser la question de la validité de la base légale de l'acte administrative et pourra poser la question au BVerfG, s'il a des doutes concernant la constitutionnalité de la loi. Cette solution est souvent considérée comme impraticable et faisant peser un risque et une charge anormale sur le particulier qui subit un dommage du fait d'une loi.

4) **Verfassungsbeschwerde**

C'est à ce stade qu'intervient une particularité du droit allemand : l'existence de la *Verfassungsbeschwerde*. Cette forme de contrôle de constitutionnalité n'existe pas réellement en droit français. Il s'agit par là d'un moyen pour un particulier de saisir directement le BVerfG, lorsqu'il est arrivé au bout de toutes les autres actions juridiques qu'il pouvait entreprendre. Cette action est nécessaire en Allemagne, où le juge ordinaire possède une relative compétence de contrôle de constitutionnalité de la loi : le juge ne peut pas décider de rejeter l'application d'une loi parce qu'il la jugerait contraire à la constitution, mais il peut décider d'appliquer une loi parce qu'il n'a pas de doute concernant sa constitutionnalité.

Si tous les juges de la juridiction civile ou administrative étaient ainsi d'accord pour appliquer une loi, le particulier pourrait subir un préjudice du fait d'une violation de la constitution et d'un droit subjectif découlant de la constitution, sans même avoir été en état d'invoquer le BVerfG.

En l'occurrence, la situation que nous avons décrit précédemment pose une exception au principe selon lequel, il faut avoir mené à bout toutes les actions qu'il était possible de mener avant de pouvoir invoquer le BVerfG. Même si dans le détail, une discussion existe sur le critère exact, dans le cas de la loi allemande, la situation est tellement exceptionnelle qu'aucun auteur ne remettrait sérieusement en cause l'admissibilité de la plainte.

Sur les trois plaintes qui ont été déposés devant le BVerfG par E.ON, RWE et Vattenfall, l'une d'entre elles méritent néanmoins notre attention dès maintenant. Sans qu'il soit nécessaire de rentrer dans tous les détails de la question, Vattenfall ne pourra probablement pas poursuivre sa plainte devant le BVerfG en invoquant une violation du droit de propriété garanti par l'Art. 14 GG, car il s'agit d'une entreprise suédoise qui n'est pas protégé par ces dispositions de la constitution allemande³².

³² Ludwigs, Der Atomausstieg und die Folgen, NVwZ 2016, 1.

§2. L'indemnisation juste et préalable

Une fois qu'une loi est attaquée, par voie d'action ou d'exception, quelle sanction le juge chargé du contrôle de constitutionnalité va-t-il ordonner après avoir constaté une inconstitutionnalité ? Cette question ne pose pas beaucoup d'intérêt dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité classique : une loi qui enfreint la constitution, en France comme en Allemagne, sera abrogée si elle a déjà été promulguée ou ne pourra pas même être promulguée. Sur le domaine du droit de propriété, tout va dépendre de l'interprétation que l'on donne à l'exigence de l'indemnisation, selon qu'il s'agisse d'une condition de validité de la loi ou d'un fondement de réparation.

A. L'exigence de l'indemnisation comme condition de validité de la loi

S'agissant du droit de propriété, une particularité permet d'envisager une solution différente : si en général, une loi qui enfreint la constitution ne peut normalement pas être promulguée sans modifier la constitution ou sans modifier certaines dispositions de la loi, la privation de la propriété est toujours possible tant qu'elle respecte les conditions fixées par la DDHC. C'est le cas lorsque la loi contient une juste et préalable indemnité et que la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment.

Dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel constaterait que le seul élément manquant à la loi constitue l'indemnisation juste et préalable, ne pourrait-il pas ordonner directement l'indemnisation, à la place du législateur ? Cette solution éviterait de perdre du temps en abrogeant une loi dont le dispositif devra être complété par le législateur par la suite. C'est particulièrement vrai, si le contrôle de la justesse de l'indemnisation est également soumis à l'appréciation du juge. Dans le cadre de l'expropriation, qui est un cas particulier de la privation de la propriété selon l'art. 17 DDHC, c'est déjà le juge de l'expropriation juge spécialisé issu de la juridiction civile, qui est compétent pour procéder à la fixation des indemnités d'expropriation lorsqu'aucun accord n'a pu être trouvé entre l'administration et le particulier exproprié. Ne serait-il pas plus logique encore de confier cette compétence également au juge constitutionnel, dans le cadre plus large d'un contrôle a priori ?

Si cette construction peut paraître séduisante par son effet de simplification du contrôle, lorsqu'on la considère d'une manière isolée, il apparaît pourtant rapidement qu'elle irait à l'encontre de la structure et de la tradition juridique française. Même si les prérogatives du Conseil constitutionnel ont tendance à s'élargir³³, il reste impensable que, saisi d'un contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel décide un jour de modifier directement la loi en accordant directement une indemnisation à un particulier. En agissant de la sorte, il

³³ Voir aussi Hamon/Troper, Droit constitutionnel, p. 838 et suivants.

empiéterait largement sur les compétences du législateur, l'intervention du Conseil se limitant actuellement à préciser l'interprétation constitutionnelle d'une loi ou éventuellement à ne sanctionner qu'une partie non conforme avec la constitution d'une loi. La fonction du Conseil constitutionnel n'a jamais consisté à corriger les lois qui lui sont déférées.

Le Conseil constitutionnel ne modifie pas les lois et n'indemnise pas directement un particulier. Le juge ordinaire ne statue pas sur la constitutionnalité d'une loi. Une loi ne peut donc qu'être sanctionnée ou validée. C'est la conséquence de l'énoncé de principes français simples. Cela n'a pourtant pas toujours été le chemin emprunté par la doctrine allemande.

B. Le régime de la propriété comme fondement d'indemnisation

1) L'ancienne jurisprudence du BGH

Ce qui est déterminant concernant la sanction de l'absence d'une indemnisation, c'est l'interprétation de la disposition constitutionnelle qui cette indemnisation. S'agit-il d'une condition de validité d'une loi ou s'agit-il plutôt d'un fondement juridique directement invocable par un particulier pour obtenir indemnisation ?

Le BVerfG et le BGH n'ont pas toujours été d'accord sur cette décision. Le BVerfG n'a pu exercer au départ qu'un rare contrôle de l'indemnisation d'une privation de propriété, car sa conception de la privation était très restreinte et ne retenait comme critère de distinction que la manière d'agir du législateur³⁴. Ainsi, aucune loi ne remplissait les conditions qui auraient conduit le BVerfG à constater l'absence d'une indemnisation. En ce qui concerne la hauteur de l'indemnisation, cette question était retirée de son champ de compétence par l'Art. 14 III 4 GG et confiée au BGH « Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfall der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen »³⁵.

Le BGH, lui, retenait une conception beaucoup plus large de la privation du droit de propriété en se référant non pas au type d'action du législateur, mais à l'intensité des conséquences pour le particulier. Par conséquent, il lui arrivait de retenir l'existence d'une privation de propriété dans des situations où le BVerfG n'en avait ou n'en aurait pas vu. Cette différence de jurisprudence n'a pourtant quasiment jamais été discutée par la doctrine et est passée quasiment inaperçue en raison du nombre tellement faible de décisions du BVerfG sur ce sujet³⁶. Par souci de protéger les intérêts des citoyens le plus largement possible, le BGH a interprété de plus en plus largement l'attribution des compétences de l'Art. 14 III 4 GG, passant de la compétence de connaître de la hauteur de l'indemnisation à la compétence de décider dans quels cas le législateur aurait dû prévoir une indem-

³⁴ Voir infra, partie I chapitre 2, distinction IB et Enteignung.

³⁵ Traduction Bijus.

³⁶ Maurer, Verwaltungsrecht, § 27 Rn. 26.

nisation. Cette évolution jurisprudentielle, qui peut paraître aller directement à l'encontre du texte de loi et qui s'apparente à un contrôle de constitutionnalité, se justifie néanmoins par la conception beaucoup plus large de la privation de la propriété qu'appliquait le BGH : comme la qualification de privation de propriété ne dépendait pas du dispositif législatif, mais de l'intensité des conséquences pour certains particuliers, il n'était souvent pas même possible au législateur de déterminer par avance si une indemnisation était nécessaire³⁷. Ce que le législateur ne pouvait pas déterminer, le BVerfG ne le pouvait pas non plus dans son contrôle a priori. On aurait pu songer à confier cette mission au BVerfG dans le cadre d'un contrôle a posteriori, mais outre le fait que les jurisprudences du BVerfG et du BGH ne coïncidaient pas, évaluer la hauteur du dommage à partir des faits d'espèce dans le cadre d'un hypothétique contrôle a posteriori devait sembler aux juges du BGH aller à l'encontre de la ratio de l'Art. 14 III 4 GG qui confiait justement la mission de statuer sur la hauteur de l'indemnisation, et donc de la hauteur du dommage, au BGH et non au BVerfG. Selon cette construction juridique, l'existence d'une indemnisation et la hauteur de l'indemnisation découlait de la même appréciation qui devait relever de la compétence du BGH³⁸.

Il résultait de cette jurisprudence un choix pour le particulier qui subissait une privation de son droit de propriété : il pouvait soit attaquer la mesure administrative prise en application d'une loi d'expropriation devant la juridiction administrative, qui pouvait poser la question préjudicielle au BVerfG selon l'Art. 100 I GG pour faire déclarer la loi inconstitutionnelle (ce qui ne marchait que rarement en raison de la conception stricte du BVerfG de la privation de propriété), soit subir la privation puis exiger une indemnisation juste de la part de la juridiction civile sur le fondement de l'Art. 14 III 4 GG.

Cette solution est doublement gênante pour la conception française : selon l'art. 17 DDHC, l'indemnité ne doit pas seulement être juste, mais doit également être préalable à la privation. La pratique allemande allait souvent dans l'autre sens, en application d'un principe ancien du droit de la responsabilité de l'Etat « *Dulde und liquidiere* », selon lequel il fallait subir les atteintes de l'Etat qui ne pouvait mal faire, mais qu'il était possible d'exiger par la suite une indemnisation³⁹. Cet argument ne s'impose toutefois pas nécessairement, étant donné que dans le cadre de la procédure d'expropriation en France un recours au juge est bien possible avant que l'expropriation ne soit effectuée. Pour respecter le caractère préalable de l'indemnisation, il aurait été possible de procéder de la même manière en ouvrant la voie au juge dans tout type de privation. Le choix des mots semble tout de même indiquer que la disposition de l'art. 17 DDHC entendait fixer au législateur des conditions à l'utilisation de son pouvoir et non compenser

³⁷ Maurer, *Verwaltungsrecht*, § 27 Rn. 63 : c'est dans ce cadre que se développe notamment la question de la validité des *salvatorische Klauseln*, de clauses prévoyant une indemnisation si et seulement si, la mesure se révélait être une privation de propriété.

³⁸ Maurer, *Verwaltungsrecht*, § 27.

³⁹ *Infra* partie II, chapitre 1.

son absence par l'action d'un juge. Mais avant tout, une telle solution, qui ne se défend que difficilement sous l'angle d'un contrôle objectif de la conformité à la constitution, ne se justifie réellement que si l'on considérait que la mention de l'indemnisation juste et préalable dans la constitution est un droit subjectif du citoyen, un fondement juridique grâce auquel le citoyen peut réclamer une indemnisation. Or la notion du droit subjectif public ne correspond pas non plus à la tradition française⁴⁰.

2) La critique du BVerfG

Cette différence de jurisprudence entre le BVerfG et le BGH ne pouvait toutefois pas subsister à long terme. C'est à l'occasion du Nassauskiesungsbeschluss du 15.7.1981 que le BVerfG se saisira de l'occasion pour critiquer vivement la jurisprudence du BGH. Le propriétaire d'un terrain, qui vendait jusque-là le gravier qui s'y trouvait, a été forcé de cesser son activité suite au refus d'une autorisation par l'autorité administrative compétente, qui craignait une contamination des eaux de la nappe phréatique. Le terrain en question avoisinait une usine à eau, ce qui le soumettait aux dispositions légales du § 1 a III WHG qui consistait la base légale du refus d'exploitation. Le propriétaire a alors exigé une indemnisation sur le fondement du droit de propriété devant le BGH. Celui-ci était persuadé qu'il ne s'agissait pas d'une privation de propriété, mais d'une simple réglementation selon l'Art. 14 I 2 GG qui ne nécessitait pas d'indemnisation en soi. Cependant, le BGH craignait que cette réglementation, prise en application de l'Art. 14 I 2 GG, ne respecte pas le principe constitutionnel de proportionnalité⁴¹ et du poser la question au BVerfG dans le cadre de la procédure de l'Art. 100 I GG.

C'est dans le cadre de cette réponse que le BVerfG prend position par rapport à la jurisprudence du BGH. Il rappelle sa jurisprudence concernant le droit de propriété et sa conception de la privation plus restreinte que celle du BGH. Mais il rappelle aussi et surtout le principe selon lequel seul le BVerfG est compétent pour rejeter l'application d'une loi sur le fondement de son inconstitutionnalité et que l'obligation d'une indemnisation selon l'Art. 14 III 2 GG fait partie de ce dispositif constitutionnel. Lorsque le BGH arrive à la conclusion qu'une loi qui prive un particulier de sa propriété porte atteinte à l'obligation constitutionnelle d'indemniser, il est alors obligé de poser la question au BVerfG et ne peut pas

⁴⁰ Notion que la doctrine française a longtemps rejetée, infra partie II chapitre 1.

⁴¹ BVerfG, Urt. v. 15.07.1981, Az.: 1 BvL 77/78: „37. Das Gesetz verletze im Übrigen zumindest insoweit den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, als es dem Grundstückseigentümer selbst dann keinen Rechtsanspruch auf die Benutzung einräume, wenn im Einzelfall Gründe des Allgemeinwohls nicht entgegenstünden. Ein Erlaubnisverfahren mit Verbotsvorbehalt wäre zur Wahrung der öffentlichen Belange gleich wirksam gewesen, ohne ebenso spürbar in die Sphäre des Eigentümers einzugreifen.“

indemniser directement le particulier, mais une juridiction ne peut jamais accorder d'indemnisation à un particulier sans base légale⁴².

Cette décision a impacté l'ensemble de la doctrine découlant du droit de propriété de l'Art. 14 GG. La réception par la doctrine a été très vive en raison des termes généraux utilisés par le BVerfG qui laissait place à une grande marge d'interprétation⁴³. Le BGH a modifié sa jurisprudence en conséquence, aussi bien concernant sa conception de privation de la propriété que sa pratique d'indemniser directement les particuliers qui subissent un préjudice. Désormais, il n'existe plus de choix pour un particulier entre se défendre contre la privation de la propriété ou subir et demander une indemnisation : une indemnisation ne peut plus être accordée si elle n'est pas prévue par la loi, il faut donc attaquer directement cette loi que seul le BVerfG peut écarter. La compétence du BGH de l'Art. 14 III 4 GG se retrouve ainsi désormais limité à contrôler la bonne application des règles d'indemnisation de la loi.

Cette nouvelle jurisprudence est beaucoup plus respectueuse du législateur, qui n'avait avant pas la possibilité de renoncer à son projet, s'il découvre qu'une indemnisation été nécessaire là où il ne s'y attendait pas. Cette jurisprudence se rapproche aussi grandement de la solution française : la sanction de l'absence ou l'insuffisance d'une indemnisation n'est désormais plus que la nullité de la loi. L'Allemagne rejette ainsi des excès d'une jurisprudence trop subjective qui indemnisait à l'encontre du texte de la loi au profit d'un contrôle de légalité plus objectif.

⁴² Lege, System des deutschen Staatshaftungsrechts, JA 2/2016, S.86 : „Grundsatz der Gesetzlichkeit der Entschädigung“.

⁴³ Maurer, Verwaltungsrecht, § 27, Rn. 33 – 34.

Chapitre 2.

Des conditions d'application trop restreintes

Alors même que la garantie du droit de propriété est élevée au rang constitutionnel et que son respect est garanti par un contrôle constitutionnel qui devrait être efficace, l'atteinte au droit de propriété n'a que peu d'influence réelle. Cela est dû aux conditions requises pour qualifier une atteinte au droit de propriété qui, tout en étant clairement différentes en France et en Allemagne, sont très strictes. Cette restriction s'exprime d'une part à travers des notions de droit de propriété différentes (Section 1) et d'autre part à travers une qualification d'atteinte au droit de propriété assez compliquée (Section 2).

Section 1. Une notion de droit de propriété différente

Pour qualifier une atteinte au droit de propriété, il faut d'abord établir l'existence d'un droit de propriété, tel qu'il est protégé par la Constitution. La conception classique de la propriété est relativement commune aux deux pays (§1), mais des divergences significatives apparaissent lors la question de son application à des situations nouvelles (§2).

§1. Conception classique de propriété

La définition purement abstraite du droit de propriété ne constitue pas une question qui semble particulièrement préoccuper les doctrines françaises et allemandes. Leur conclusion est relativement la même : depuis la révolution, le droit de propriété est une relation juridique entre une personne et un bien qui permet au propriétaire, selon l'expression de la définition légale de l'art. 544 du Code civil, « de jouir et disposer des choses de la façon la plus absolue ». La doctrine allemande décrit le droit de propriété comme étant le droit le plus complet sur un bien⁴⁴, ce qui est confirmé par sa définition au § 903 BGB⁴⁵. Il s'agit d'un droit absolu, opposable contre tous, par opposition au droit relatif qui n'est opposable qu'à certaines personnes déterminées.

Le défi du droit de propriété ne consiste pas tant à décrire son effet qu'à délimiter les objets sur lesquels il porte. Est-il possible d'être propriétaire de tout bien ? On peut distinguer deux types de biens : les biens corporels et les biens incorporels. Parmi cette première catégorie de biens, la doctrine française a l'habitude de distinguer les biens meubles et les biens immeubles, distinction issue du Code civil. Alors qu'il s'agit bien du même droit de propriété dans les deux situations, il ap-

⁴⁴ Creifelds, Rechtswörterbuch, 20. Aufl., S. 321.

⁴⁵ § 903 BGB: „Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten.“

paraît rapidement que le régime du droit de propriété varie beaucoup selon son objet. L'immeuble a été protégé très fortement, en particulier dans les premières années après la révolution, afin de garantir le propriétaire de toute mésaventure, tandis que ces traits s'inversent pour peu que l'on passe au régime de la propriété mobilière : l'art. 2276 du Code civil dispose qu'« en fait de meubles, la possession vaut titre », ce qui privilégie la circulation mobilière même à l'encontre des intérêts du propriétaire⁴⁶. La notion de propriété reste la même, mais selon les variations de son objet, le régime juridique qu'elle épouse se diversifie.

Le même raisonnement peut être tenu à peu de choses près pour le dispositif allemand : la propriété a été conçue avant tout au sujet des biens meubles et immeubles, avec des régimes juridiques particulièrement détaillé dans un droit des biens très systématisés aux §§ 854 – 1296 BGB, souvent considéré par les auteurs allemands comme un modèle de codification et de systématisation réussie, dont il est possible de se servir quasiment sans recours aux interprétations extensives et analogies.

Il faut par ailleurs bien distinguer les garanties issues du droit de propriété de l'Art. 14 GG des garanties issues de l'Art. 12 GG qui portent sur la liberté du travail. La distinction se fait souvent selon le principe suivant : l'Art. 12 GG protège « l'acquisition », tandis que l'art. 14 GG protège ce qui est « acquis ».

Ainsi, en ce qui concerne les exploitations des usines et des réacteurs nucléaires, il ne fait pas de doute qu'il s'agit bien là de biens sur lesquels existent un droit de propriété. Ce droit de propriété englobe en principe également le droit d'user de la chose⁴⁷.

§2. Remise en cause et conception moderne

Des différences commencent à apparaître en ce qui concerne le traitement des biens incorporels et la qualification des droits portant sur eux en droit de propriété.

A. Extension aux biens incorporels

Les biens incorporels ne possèdent pas encore le degré de systématisation de d'organisation que les biens corporels. Selon Zenati, la qualification de ces droits portant sur les biens incorporels serait un acquis si certain du droit civil français, que cette conséquence devrait être tirée sans examen de leur régime positif⁴⁸. Ce raisonnement a pourtant été vivement rejeté par une grande partie des auteurs⁴⁹.

⁴⁶ Plus de développement : Libchaber, Libertés fondamentales, n. 1037 et suivants.

⁴⁷ Papier in : Maunz/Dürig, GG, Art. 14 : le droit d'user de la chose découle bien directement de la constitution, avant d'avoir été formulé au § 903 BGB.

⁴⁸ F. Zenati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ. 1993, 305.

⁴⁹ Libchaber, Libertés fondamentales, n. 1039.

Les biens incorporels qui ont jusque-là été réglementé donnent certainement lieu à une jouissance proche de celle du propriétaire. Il s'agit en particulier des œuvres de l'esprit, dans le cadre de la propriété littéraire et artistique ainsi que les évolutions techniques de la propriété industrielle, dont sont protégés autant le droit de jouissance que le droit d'en disposer. Mais les différences radicales et les problèmes nouveaux que posent ce type de bien ont pu dissuader la qualification de ces droits en droit de propriété : la délimitation de ces biens est souvent bien plus compliquée que dans le cadre de biens corporels délimités physiquement, mais se pose aussi la question de la possibilité de les reproduire sans en altérer la substance ou encore leur caractère d'existence parfois limitée dans le temps. La question en particulier de la qualification et de la protection de la propriété intellectuelle est un thème de grande actualité, aussi bien au niveau du droit constitutionnel qu'au niveau du droit européen⁵⁰. A l'heure actuelle, une consécration officielle d'un nouveau droit de propriété par le Conseil constitutionnel par exemple, plus large que celle que connaît le Code civil, n'a pas eu lieu.

En cela le droit positif française se distingue du chemin emprunté par l'Allemagne. L'Allemagne a agrandi le champ du droit de propriété très tôt : sous l'influence de Martin Wolff, la jurisprudence du *Reichsgericht*⁵¹ amorcera cette nouvelle approche en mettant au même niveau de protection par le droit de propriété les droits « *dinglich* » et « *obligatorisch* », soit les droits portant sur les biens et les droits ou obligations portant sur des personnes. La condition essentielle pour qu'une obligation envers une autre personne puisse être protégé par le droit de propriété était sa valeur pécuniaire. Cette jurisprudence sera reprise puis développée encore par le BVerfG dans son interprétation de l'Art. 14 GG, dont la formulation est quasiment identique à l'Art. 153 RV qu'appliquait le *Reichsgericht*.

Selon la construction allemande, il faut ainsi distinguer le droit public du droit privé : le concept de propriété n'englobe pas les mêmes choses, et les définitions du droit civil ne s'imposent pas au droit constitutionnel. L'Art. 14 GG est plus large que la propriété selon les §§ 903 BGB et suivants et tend à protéger tous les droits patrimoniaux dans leur ensemble.

Cette évolution jurisprudentielle s'explique par l'évolution auquel l'ensemble de la société allemande était soumise : la propriété (immobilière) devenait de moins en moins importante, au profit du développement des obligations entre particuliers d'une part, mais aussi de l'action du législateur sur le patrimoine de ses citoyens sans restreindre la propriété des biens corporels⁵². Cette tendance s'est encore accrue plus encore : si à une époque (celle de la révolution notamment), liberté et propriété de biens corporels semblaient intrinsèquement liées, ce rap-

⁵⁰ Libchaber, Libertés fondamentales, n. 1039.

⁵¹ Voir : RGZ 130, 200 (201 f.); 109, 310 (319); 111, 123 (130); 111, 320 (328); 121, 166 (168); 128, 165 (171); 129, 146 (148); 136, 113 (123); 139, 177 (182).

⁵² Papier in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rn. 22.

port correspond de moins en moins au quotidien de nos sociétés européennes, où l'utilisation de biens loués se développe, allant de la location de la maison, archétype du bien immeuble, jusqu'à toucher petit à petit mêmes les biens meubles, tel que les pratiques de leasing de voitures.

En France, le bien immatériel n'est donc pas protégé par le droit de propriété dans la mesure du possible. Une exception semble se faire lorsque les intérêts financiers en jeu sont véritablement trop importants pour être ignorés, comme ce fut le cas par exemple de la décision du Conseil constitutionnel sur les lois de nationalisations, où le caractère de propriété est reconnu aux actions d'une entreprise.

B. Le problème des situations juridiques de droit public

Une difficulté particulière réside cependant même en Allemagne en ce qui concerne les droits qui ont été conférés à des particuliers librement par le pouvoir public. La doctrine allemande est beaucoup plus réticente à y reconnaître la garantie constitutionnelle de droit de propriété. C'était pourtant la position du BGH dans sa décision du 10 juin 1952⁵³, qui avait déclaré que la garantie de la propriété devait couvrir l'ensemble du patrimoine du citoyen, parce que l'action de l'Etat portait désormais également sur l'ensemble du patrimoine du citoyen, que les droits patrimoniaux soient issus du droit public ou du droit privé. Le BVerfG n'a pas suivi cette jurisprudence, et si cette question a été très discutée par la suite, il est possible de considérer qu'un consensus d'une relative stabilité a désormais été atteint⁵⁴. Dans un premier temps, le BVerfG a même tout simplement refusé ce développement dans son ensemble⁵⁵.

1) La problématique

Cette évolution du droit de propriété du BGH s'expliquait pourtant par une approche fonctionnelle de l'Art. 14 GG : si l'objectif de la garantie de la propriété est bien de créer un « espace de liberté dans le domaine du patrimoine », selon la jurisprudence constante du BVerfG⁵⁶, elle ne peut pas exclure de son champ d'application les formes les plus répandues de garanties existentielles et individuelles. Le particulier est ainsi de plus en plus dépendant au quotidien des autorisations que lui accordent l'Etat, par exemple sous forme de subventions, de

⁵³ BGHZ 6, 270 (278).

⁵⁴ On retrouve une documentation très complète de la jurisprudence et de la doctrine chez Stober, Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen, 1986; ou encore les développements de Lenze, Staatsbürgerversicherung und Verfassung, 2005.

⁵⁵ BVerfGE 2, 380 ff., ainsi que BVerfGE 1, 264 (278 f.); 4, 219 (239 ff.).

⁵⁶ Par exemple : BVerfGE 24, 367 (389); 78, 58 (73); 79, 292 (303 f.); 83, 201 (208); 102, 1 (17 f.); 104, 1 (11); 115, 97 (114).

bourses d'études, de soutien financier au logement ou d'allègements fiscaux en fonction du nombre d'enfants.

Cependant, la fonction première des *Grundrechte* est de protéger le particulier des atteintes par l'Etat, qui ne doit pas s'enrichir injustement. Accorder cette même protection aux subventions de l'Etat reviendrait à consacrer un principe selon lequel l'Etat se lie lui-même par son action, devient débiteur. L'impossibilité de modifier les priorités de l'action de l'Etat, une fois celles-ci accordées, alors que les ressources de l'Etat sont nécessairement limitées, serait une conséquence intenable et irait même jusqu'à contrevenir à l'objectif de création d'une justice sociale qui est contenu dans le concept constitutionnel allemand d'Etat social⁵⁷. S'il fallait donc agrandir le champ d'application du droit de propriété pour défendre les intérêts des citoyens sous leur nouvelle forme, la différence de nature entre les droits subjectifs de droit privés et la reconnaissance de droits subjectifs de droit public exigeait l'existence d'un régime plus différencié. Cette différence de principe était déjà connue par la doctrine allemande traditionnelle des *Grundrechte* et se traduit selon le vocabulaire allemand régulièrement en *Abwehrrechte*, les droits de défense contre les atteintes de l'Etat, et *Teilhaberechte*, les droits de participation, qui constituent des droits d'exiger une action de l'Etat.

2) Reconnaissance par le BVerfG

Le BVerfG décide finalement de reconnaître par sa décision du 09.06.1975 la protection du droit de propriétés aux droits subjectifs publics « lorsque les faits, qui sont à l'origine de la naissance d'un droit subjectif, octroient une position juridique qui correspond à celle d'un propriétaire et qui est tellement forte, que son retrait sans compensation porterait atteinte au concept d'Etat de droit reconnu par le *Grundgesetz* »⁵⁸. Par la suite, la jurisprudence du BVerfG précisera les critères par une interprétation selon laquelle la garantie du droit de propriété de l'Art. 14 GG a pour fonction de compléter la liberté d'agir de l'Art. 2 I GG, et que le domaine de protection de la propriété doit ainsi couvrir les droits subjectifs publics qui se fondent sur le travail et les performances du particulier et non pas seulement sur une attribution volontaire de l'Etat⁵⁹. Le critère clé, et particulièrement en matière de subventions sociales, est donc « le caractère d'équivalence à l'obtention d'une position juridique par ses propres moyens ». Le BVerfG veut ainsi créer un régime du droit de propriété qui englobe aussi les nouveaux droits

⁵⁷ Le *Sozialstaatsprinzip*. Voir aussi Papier in: v. Maydell/Ruland/Becker (Hrsg.), *Sozialrechtshandbuch*, 4. Aufl. 2008, S. 100 (114 ff.).

⁵⁸ BVerfGE 40, 65 (83) : « wenn der ein subjektiv-öffentliches Recht begründende Sachverhalt dem einzelnen eine Rechtsposition verschafft, die derjenigen eines Eigentümers entspricht und die so stark ist, dass ihre ersatzlose Entziehung dem rechtsstaatlichen Gehalt des Grundgesetzes widersprechen würde ».

⁵⁹ Par exemple: BVerfGE 14, 288 (293 f.); 18, 392 (397); 30, 292 (334); 53, 257 (291 f.); 69, 272 (300); 72, 9 (19 f.); 72, 175 (193); 97, 67 (83).

subjectifs publics une fois qu'ils ont été accordés, tout en évitant de transformer le droit de propriété en *Teilhaberecht*, en exigeant une certaine solidité du droit.

3) **Évolution de la justification**

La doctrine a critiqué le critère de qualification en droit de propriété que constituait la « force de la situation juridique ». Elle a reproché au BVerfG d'ériger en critère de qualification ce qui était en réalité la conséquence de la qualification, car la force de la situation juridique dépend du régime applicable et donc de sa qualification⁶⁰. Le critère de « l'équivalence à l'obtention par ses propres moyens » n'a pas paru satisfaisant non plus, car le droit de propriété, tel qu'il existait déjà, protégeait pareillement la propriété reçue gratuitement, par effet d'une donation par exemple, que celle qui constituait la contrepartie d'un travail personnel.

Mais cette critique porte avant tout sur la justification de ces critères et non leur existence. En effet, ces mêmes auteurs préconisent de rattacher le critère de « l'obtention par ses propres moyens » non pas à la proximité avec la propriété de droit privé, mais à la fonction de l'Art. 14 GG. Celui-ci doit protéger le particulier des atteintes dans son patrimoine. Par conséquent, l'Art. 14 GG doit aussi protéger le particulier lorsqu'il reçoit de la part de l'administration une compensation pour des dépenses patrimoniales. Si l'administration pouvait dans un premier temps entraîner des dépenses d'un particulier, puis lui retirer les compensations qu'elle lui avait accordé, celui-ci se retrouverait dans la même situation que si l'administration avait directement porté atteinte à son patrimoine.

Il en découle néanmoins que tout type de dépense n'est pas suffisant à garantir la qualification en propriété. Il faut ainsi que la dépense du particulier soit dépense d'argent, de biens ou de services et qu'elle entraîne un enrichissement du patrimoine de l'Etat ou de tout autre autorité publique. Cet enrichissement du patrimoine public n'a pas besoin de correspondre à la valeur exacte de la dépense et n'a pas besoin de provenir non plus d'une relation synallagmatique, il suffit qu'un lien, même indirect, existe. Les subventions sociales ou aides pour les victimes de guerres ne peuvent pas ainsi bénéficier de la protection de l'Art. 14 GG, même si une protection découlant d'autres dispositions constitutionnelles comme la garantie de la dignité de l'Homme, Art. 1 I GG ou le *Sozialstaatsprinzip* n'est pas exclue. Lorsque les critères de qualifications sont toutefois remplis, le niveau de protection accordé par le droit de propriété aux situations juridiques de droit public est en principe le même que pour les situations juridiques du droit civil.

⁶⁰ Notamment Nicolaysen, *Hamburger Festschrift für Friedrich Schack*, 1966, S. 107 (109 ff.); Kutschera, *Bestandsschutz im öffentlichen Recht*, 1990, S. 60.

C. Le cas particulier des autorisations d'exploitation

Si la reconnaissance d'un droit de propriété à certaines situations juridique de droit public avait à l'origine pour objectif d'encadrer les subventions publiques et l'action de l'Etat dans le cadre de sa mission sociale, la question s'est rapidement posée de savoir dans quelle mesure cette nouvelle jurisprudence était applicable aux autorisations d'exploitation qui étaient accordés par l'administration et qui relevaient d'une importance tout aussi existentielle pour celui à qui elle était accordé.

1) Importance de la question

S'agissant des restrictions de l'action publique dans le domaine de la transition énergétique, l'application de cette jurisprudence est ainsi de première importance. En France comme en Allemagne, la restriction de l'utilisation de réacteurs nucléaires n'a pas été critiqué en soi. Ce sont les restrictions ou les retraits des autorisations d'exploitations des réacteurs nucléaires qui ont fait l'objet d'une remise en cause au vu du droit de propriété. Ça n'est pas le droit de propriété aux réacteurs nucléaires qui a été invoquée, mais un droit de propriété découlant des autorisations administratives.

Comme nous l'avons établi précédemment, la propriété aux réacteurs existe bien et devrait en principe englober également le droit de les utiliser librement ainsi que de profiter de leurs produits. Mais le domaine de l'énergie, et particulièrement du nucléaire, est un domaine très réglementé. Une exploitation d'une centrale nucléaire n'est possible qu'avec une autorisation d'exploitation accordée par l'autorité administrative compétente de chaque pays, sans que ceci ne constitue une atteinte au droit de propriété⁶¹. Ainsi, la propriété aux réacteurs eux-mêmes n'est thématifiée dans aucune des décisions, ni celle du Conseil constitutionnel, ni, ne semble-t-il, dans les arguments soutenant la *Verfassungsbeschwerde* en Allemagne.

Si la protection de la propriété des réacteurs physique ne permet pas de protéger le particulier, qu'en est-il d'un droit de propriété portant sur un bien incorporel ? L'argument qui a été avancé en France est celui de la propriété aux autorisations d'exploitation. Le Conseil constitutionnel ne consacre cependant que peu de mots à cet aspect de la décision : « considérant, en premier lieu, que les autorisations d'exploiter des installations de production d'électricité accordées par l'autorité administrative ne sauraient être assimilées à des biens objets pour leurs titulaires d'un droit de propriété ; que, par suite, les dispositions contestées n'entraînent ni une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 ni une atteinte à ce droit en méconnaissance de l'article 2 de cette déclaration »⁶². Ainsi faisant, le conseil constitutionnel rappelle sa jurisprudence constante en matière

⁶¹ Infra partie I, chapitre 2.

⁶² Cons. 56.

de droit de propriété, qui avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur la non-reconnaissance en tant que propriété d'autorisations administratives⁶³.

La jurisprudence bien plus nuancée du BVerfG va cependant provoquer bien des débats en Allemagne. Ce débat va porter notamment sur l'objet de la propriété. Deux positions ont été particulièrement défendues : il existerait un droit de propriété portant sur le droit d'exploitation, ou il existerait un droit de propriété portant sur les quantités d'électricité fixées par la loi de 2001 que l'Etat avait garanti aux exploitants.

2) La propriété portant sur un droit d'exploitation

Il a été affirmé que les exploitants des usines et réacteurs nucléaires posséderaient un droit de propriété portant sur leur exploitation. Il est vrai que l'exploitation d'un réacteur nucléaire est soumis à une autorisation administrative, et que le droit d'exploitation issu uniquement de la propriété au réacteur ne permet pas aux exploitants de défendre leurs intérêts⁶⁴. Il faut cependant se rappeler qu'avant la loi de 2002, les autorisations d'exploitations étaient illimitées dans le temps, et que les cas de retrait de ces permis était réglé par la loi.

Selon Ludwigs, le droit d'exploitation ne découle ainsi ni directement de la propriété aux usines nucléaires, ni des permis d'exploitations eux-mêmes. Cependant, la combinaison de propriété aux réacteurs et attribution de l'autorisation administrative se combinerait, pour former ensemble un droit d'exploitation qui est bien couvert par le champ d'application de l'Art. 14 GG⁶⁵.

Cette position a cependant été critiquée par la majorité de la doctrine. Kloepfer en particulier, a reproché à cette conception de ne pas suivre la jurisprudence établie par le BVerfG ainsi que les critères restrictifs qui avaient été développés pour reconnaître valeur de droit de propriété à une situation juridique créée par l'administration : l'attribution d'autorisations d'exploitations s'est faite sans contrepartie réelle des exploitants. Si ceux-ci ont bien mis en œuvre d'énormes dépenses sous la forme d'investissement, l'Etat ne s'est pas retrouvé enrichi par là.

Si Kloepfer n'exclut pas l'existence d'un droit de propriété au profit des exploitants qui découle des permis d'exploitations, il ne peut pas s'agir du droit d'exploitation en tant que tel, mais bien des quantités d'électricités que la loi de 2002 a accordé aux exploitants. Les défenseurs de la conception selon laquelle la

⁶³ Décisions n. 2011-141 QPC du 24 juin 2011, Société Electricité de France : Police de l'eau : retrait ou modification d'une autorisation ; 2013-346 QPC du 11 octobre 2013, Société Schuepbach Energy LLC : Interdiction de la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures – Abrogation des permis de recherches.

⁶⁴ Infra partie I chapitre 2.

⁶⁵ Ludwigs, Der Atomausstieg und die Folgen, NVwZ 2016, S.2.; Kersten/Ingold, ZG 2011, 350, 354.

propriété port globalement sur un droit d'exploitation voient dans la fixation d'une quantité d'électricité en réalité une restriction du droit de propriété⁶⁶.

3) **La propriété portant sur les quantités d'électricité accordées par la loi**

Lors du premier *Atomausstieg* de 2002, les autorisations d'exploitations, illimitées dans le temps, avaient pour la première fois été limitées par la loi : il avait été calculé une quantité d'électricité par réacteur en utilisation, en fonction de son âge, qui pouvait encore être produite avant de devoir être fermé. C'est sur cette quantité d'électricité que porterait le droit de propriété.

Cette position nous paraît naturellement plus sympathique, car si l'électricité n'est pas un bien corporel, il est bien plus facile de se représenter la propriété à une quantité d'électricité. Certes, cette électricité n'a pas encore été produite et n'existe donc pas, et la jurisprudence allemande ne consacre pas la propriété à un bien futur. Cependant, le droit de produire cette quantité d'électricité existait véritablement, jusqu'à ce qu'il soit restreint par la loi de 2011. La doctrine distingue néanmoins strictement entre la quantité d'électricité accordée par la loi de 2002, et la nouvelle quantité d'électricité accordée en 2010.

Production garantie par la loi de 2002. – S'agissant des quantités garanties par la loi de 2002, la qualification en tant que propriété semble être unanime. Ce résultat est confirmé par la jurisprudence du BVerwG et du BVerfG. Dans une décision de 2009 portant sur la mise en œuvre de la loi de 2002, le BVerwG a dû décider s'il était possible de transmettre les quantités d'électricités attribuées à une centrale nucléaire à une autre centrale nucléaire. Un tel transfert était justifié, car cette quantité d'électricité est protégée par l'Art. 14 GG⁶⁷. Dans une décision en application du BImSchG, loi sur la protection contre les émissions néfastes, le BVerfG a posé le principe selon lequel une autorisation administrative pouvait créer une position juridique protégée par la garantie constitutionnelle du droit de propriété lorsque celle-ci se combinait avec des dépenses propres mis en œuvre par le particulier⁶⁸.

En effet, la quantité garantie par la loi de 2002 possédait une force similaire à un droit de propriété issu du droit civil : cette garantie appartenait librement aux exploitants, qui pouvaient la transmettre d'une centrale à une autre ou choisir de mettre un terme à l'exploitation plus tôt. Il a aussi été considéré qu'une contrepartie à cette garantie existait réellement : il ressort de la justification de la loi de 2002, qui vient donner force législative aux accords entre les exploitants et le gouvernement, que cette quantité de production devait compenser la limitation de l'énergie nucléaire de manière générale et en particulier les investissements

⁶⁶ Ludwigs, 2016, S.2.

⁶⁷ NVwZ 2009, 921 (923) : « Die Reststrommenge des Kernkraftwerks Mülheim-Kärlich ist nur in dieser inhaltlichen Ausgestaltung von Art. 14 GG geschützt. »

⁶⁸ BVerfG, 4.1.2010, 1 BvR 1627/09.

effectués dans le domaine du nucléaire. Même s'il ne ressort pas directement du contrat entre le gouvernement et les exploitants que ces derniers avaient droit à une compensation, les quantités de production d'électricités garanties par la loi étaient mis face à une réelle valeur pécuniaire dans les annexes⁶⁹.

Il semble donc que les quantités de production en électricité accordées en 2002 soient des compensations que le gouvernement accordait pour éviter de devoir payer une indemnisation si les exploitants avaient décidé d'invoquer une atteinte au droit de propriété en 2002. Cette dépense des exploitants, qui renoncent à demander une indemnisation en justice, constituerait alors la contrepartie de la garantie de la loi de 2002.

Cette construction juridique n'est pas sans contradiction. Les exploitants avaient-ils véritablement droit à une indemnisation en 2002, qu'ils auraient sacrifiés en échange du droit d'exploiter leurs usines plus longtemps ? Sur quel fondement ? Le *Vertrauensschutz*, principe de respect de la confiance légitime qui fait partie du principe allemand d'Etat de droit, ne protège pas un particulier d'un changement de régime pour le futur par la loi. Des exceptions peuvent néanmoins exister en matière de droit de propriété, lorsque la confiance du propriétaire est particulièrement digne d'être protégée⁷⁰. Mais un tel droit de propriété ne pourrait porter que sur le droit d'exploitation tel que nous l'avons discuté précédemment, sous sa forme d'avant la loi de 2002. Ceci n'a en tout cas jamais été établi.

On pourrait essayer de résumer la situation comme suit : indépendamment de savoir si les exploitants auraient réellement pu prétendre à une indemnisation en 2002 si la fermeture des usines nucléaires avait été immédiate, le gouvernement et les exploitants ont visiblement cru que les investissements des exploitants devaient être indemnisés⁷¹, ce qui suffit pour remplir le critère de « dépense personnelle au profit de l'Etat ».

Il reste étrange de consacrer un droit de propriété portant sur les quantités d'électricités de 2002, qui constituent une limitation du droit d'exploitation, alors que le droit d'exploitation en soi n'est pas protégé. Le raisonnement paraît également étrange sur un plan théorique : ce n'est pas tellement la nature du bien qui décidera de l'application de la garantie de la propriété, mais la nature et le contexte de la création de ce bien.

Production garantie par la loi de 2010. – Même les auteurs qui émettent des réserves quant à la qualification en droit de propriété de la quantité de production garantie par la loi de 2002 acceptent toutefois qu'il s'agisse d'une

⁶⁹ Anlage 3 AtAG 2002.

⁷⁰ Papier in: Maunz/Dürig GG Art. 14 Rn. 101 – 102.

⁷¹ Stellungnahme BRAK Nr. 58 Dezember 2012, S.13.

jurisprudence relativement établie⁷². Mais même en application de cette jurisprudence, les nouvelles quantités de productions d'électricités garanties par la loi de 2010 ne peuvent pas bénéficier de la garantie du droit de propriété.

Il ressort en effet des débats parlementaires et de la justification de la loi de 2010 que cette prolongation de la durée d'exploitation des centrales nucléaires ainsi que l'augmentation de leur quantité autorisée de production n'avaient pas pour but de compenser les exploitants des usines nucléaires pour quelques droits que ce soit⁷³. Cette prolongation a au contraire été justifiée par le gouvernement par l'utilisation du nucléaire comme « *Brückentechnologie* », comme technologie transitoire pour accompagner le mouvement de transition énergétique vers les énergies renouvelables, tant que celles-ci n'avaient pas encore la capacité de répondre entièrement au besoin en électricité de l'Allemagne⁷⁴. Il s'agit ainsi d'une prolongation purement politique, qui ne présente aucune similarité avec un droit de propriété qui aurait été atteint par des moyens propres et en raison de sacrifices financiers de la part des exploitants. Au contraire, ceux-ci ne faisaient que profiter de cette prolongation.

Cette application stricte des conditions développées par la jurisprudence du BVerfG correspond aux conclusions de la grande majorité de la doctrine allemande⁷⁵. Les auteurs qui reconnaissent un droit de propriété à la fois aux quantités garanties par la loi de 2002 et aux quantités garanties par la loi de 2010 sont plus rare, ne discutent pas même la différence entre ces deux situations⁷⁶ ou ne répondent pas à l'argument concernant l'absence de dépense propre des exploitants pour les quantités de 2010⁷⁷.

En conclusion. – C'est ainsi à juste titre semble-t-il, ou du moins en cohérence avec la jurisprudence du BVerfG, que la justification de la nouvelle loi de 2011, qui retire aux exploitants les quantités garanties par la loi de 2010, qualifie ces droits de simple « gains futurs et possibilités de profit »⁷⁸, qui ne sont pas couverts par l'Art. 14 GG. Si la conception française du droit de propriété semble beaucoup plus faible que son équivalent allemand, en n'acceptant l'existence de droit de propriété sur des biens incorporels presque qu'avec regret, la conséquence de la conception allemande plus protectrice, est une jurisprudence beaucoup plus complexe dans le domaine des situations juridiques de droit public, qui protège les quantités d'électricité accordées par la loi de 2002, mais pas celles de 2010.

⁷² Stellungnahme BRAK : « Für die « Altmengen » wird man möglicherweise noch die Auffassung vertreten können, die Zuteilung dieser Restmengen erfolge als „Kompensation“ für die durch AtAG 2002 begründete Ausstiegsnotwendigkeit des Kernkraftwerke. »

⁷³ Reproduit dans Stellungnahme BRAK, p. 13.

⁷⁴ <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/kernkraft-als-brueckentechnologie-sie-muss-bis-zum-anderen-ufer-reichen-1954530.html>.

⁷⁵ Wallrabenstein HFR 2011, 109 (Rn. 37); Kloepfer; DVBl. 2011, 1437 (1445); BRAK; DAV.

⁷⁶ De Witt, UPR 2012, 281 (284).

⁷⁷ Ossenbühl, DÖV 2012, 697, 699.

⁷⁸ Amtliche Begründung zur 13. AtG – Novelle: « zukünftige Gewinne und bloße Erwerbchancen » (<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/062/1706246.pdf>).

Section 2. La notion de privation du droit de propriété

Pour faire jouer la garantie constitutionnelle du droit de propriété en tant que garantie contre les atteintes de l'Etat, il ne suffit pas d'être en présence d'un véritable droit de propriété. Il faut encore que l'action de l'Etat constitue réellement une atteinte à ce droit. La difficulté de définir la propriété va ici encore imposer des distinctions nouvelles (§2.) qui seront encore une fois appliquées de manière différente en France et en Allemagne (§3.). Mais une précision terminologique de la signification du terme *Enteignung* s'impose au préalable (§1.).

§1. Le concept de Inhaltsbestimmung

La restriction d'utilisation de réacteurs nucléaires pourrait déjà constituer une atteinte au droit de propriété des réacteurs. Cette question nous met face à un véritable problème de définition du droit de propriété que nous avons déjà approché lors de la réflexion sur le fondement théorique et juridique du droit de propriété⁷⁹.

A. La difficulté d'un droit de propriété « absolu »

Subordonner l'exploitation de réacteurs nucléaires à une autorisation administrative ne peut constituer une atteinte au droit de propriété que s'il existe auparavant un droit de propriété qui engloberait le droit d'user de ces réacteurs comme il semble bon à son propriétaire. Cette conception semble être en accord avec le parti pris des textes constitutionnels français et allemands. Pourtant, un droit de propriété qui permettrait de tout faire, y compris en mettant les autres en danger, nécessiterait des restrictions pour vivre en société. Ceci viendrait alors contredire son caractère « inviolable ». La DDHC ne définit pas plus précisément la propriété, mais le Code civil dispose à son art. 544 : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. ». En même temps, l'art. 34 de la Constitution de 1958 prévoit que le législateur doit régler les « principes fondamentaux » du droit de propriété.

Soit donc, la propriété est le droit de disposer d'une chose de la manière la plus absolue, mais ce droit peut être restreinte par simple loi ou même par règlement, auquel cas il ne s'agit plus d'un droit inviolable et sacré, soit la prohibition d'un certain type d'usage fait partie dès le départ de la définition de la propriété. Si l'on veut respecter le choix des mots très clair de la DDHC, il faut faire prévaloir la deuxième interprétation, qui pose toutefois un nouveau problème. Si la loi ne vient pas restreindre un droit de propriété à l'origine sans limite, mais vient au contraire le former dès le départ, ce droit de propriété ne peut jamais avoir existé avec un contenu différent. Dans ce cas encore, deux interprétations sont pos-

⁷⁹ Cf. Partie I Chapitre 1.

sibles : soit le droit de propriété n'existe pas avant d'être créé par la loi, soit il existait déjà dans le droit naturel et la loi ne fait que le reconnaître.

Aucune de ces deux positions n'est réellement tenable. Si le droit de propriété n'existe pas avant d'être créé par la loi, il n'existe en réalité plus aucune protection contre les atteintes au droit de propriété, car toute restriction viendrait créer un nouveau droit qui n'existait pas auparavant. Ou du moins, la protection du droit de propriété « inviolable et sacré » ne s'appliquerait qu'une fois ce droit créé, ce qui interdirait au législateur toute modification d'un droit de propriété, une fois celui-ci accordé. Si au contraire le droit de propriété préexiste dans le droit naturel sous sa forme déjà limitée et rationalisé, il faut admettre d'une part qu'il varie complètement d'un objet à l'autre, même au sein des mêmes catégories de biens, et qu'ainsi sous un même mot, on ne décrit pas le même type de propriété (selon que son usage soit très restreint ou très large). Il faut aussi admettre d'autre part que, tout au moins en théorie, il n'existe aucune marge de manœuvre pour le législateur dans la restriction de l'usage d'une chose. Le législateur se situe soit exactement en conformité avec le droit naturel, auquel cas le droit d'user d'une chose ne peut plus jamais être changé, soit en non-conformité, auquel cas il y a systématiquement une atteinte au droit de propriété.

B. La délimitation du domaine « absolu »

Ce problème n'a jamais eu d'incidence en France, aussi longtemps que le droit de propriété n'avait qu'une signification lointaine, proche d'une déclaration d'intention du constituant et que, des doutes existants sur sa valeur constitutionnelle, il ne pouvait pas être invoqué directement pour évaluer la constitutionnalité d'une loi⁸⁰. En droit allemand, cette question s'est posée très rapidement en raison du caractère de droit subjectif des *Grundrechte*, créés pour permettre au particulier de se défendre des atteintes de l'Etat et invocable directement devant le juge.

1) La doctrine allemande de la *Inhaltsbestimmung*

Le point de départ de la doctrine allemande est très similaire à celui de la France. L'Art. 14 Abs. 1 GG dispose que « *La propriété et le droit de succession sont garantis. Leur contenu et leurs limites sont fixés par les lois.* »⁸¹. Cette « garantie » du droit de propriété est interprétée par la doctrine majoritaire comme étant la consécration de la conception philosophique selon laquelle la propriété existe indépendamment de l'Etat qui doit la protéger. Pourtant, cette même constitution prévoit que les limites, mais aussi le contenu lui-même de la propriété soient fixés par le législateur.

⁸⁰ Cf. Infra Partie 1 Chapitre 1.

⁸¹ Traduction Bijus.

La garantie institutionnelle du droit de propriété. – La doctrine allemande ne fait pas de distinction entre la fixation du contenu et des limites du droit de propriété et ne voit dans l'utilisation des deux mots qu'une ultime confirmation de la part du constituant du pouvoir du législateur de modifier et de limiter la propriété⁸² alors même que celle-ci relève du droit naturel. De cette apparente contradiction, que nous avons développé précédemment, est née la doctrine allemande de la *Institutsgarantie*, la garantie institutionnelle. La propriété est ainsi constituée à la fois d'un *Kerngehalt*, d'un noyau intouchable, mais également de tout le reste, qui correspond à la forme que prend le droit de propriété lorsqu'il doit exister en société. Lorsque le législateur agit dans le cadre de sa mission de garantie institutionnelle du droit de propriété, il doit à la fois garantir le respect en droit positif de ce noyau intouchable sur lequel il n'a aucune marge de manœuvre et peut à la fois moduler comme il le souhaite l'existence du droit de propriété dans tout ce qui ne touche pas à ce noyau.

La garantie institutionnelle du droit de propriété n'est pas parfaitement définie par la loi fondamentale. C'est ainsi au juge constitutionnel et à la doctrine que revient la tâche de distinguer ce qui relève du cœur du droit de propriété de ce qui n'y appartient pas. La cour constitutionnelle allemande a ainsi retenu comme caractéristiques de cette garantie institutionnelle toutes les caractéristiques de la propriété qui ressortent des différentes dispositions de la loi fondamentale. Elle a en particulier retenu l'usage à but privé de la propriété, la libre disposition, ainsi que le respect des conditions strictes en cas d'expropriation fixé par le troisième paragraphe de l'Art. 14 GG. Cette garantie intouchable étant de nature institutionnelle, elle ne s'oppose jamais directement à une privation exceptionnelle de la propriété, lorsque l'exigence de l'indemnisation est respectée. Cette garantie n'est ainsi a priori pas un droit subjectif du citoyen contre l'Etat, mais impose à l'Etat l'existence et le contenu minimum que doit avoir le droit subjectif dont le citoyen peut se prévaloir contre une atteinte à sa propriété.

La Inhaltsbestimmung au service de la garantie institutionnelle. – Le législateur doit donc aussi bien reconnaître juridiquement la propriété dans son noyau intouchable que la créer pour tout ce qui n'est pas fixé. Cette deuxième catégorie est ce que la doctrine nomme la *Inhaltsbestimmung*, la détermination du contenu. Dans cette mission de détermination du contenu, hors du champ du *Kerngehalt* de la propriété, il doit néanmoins respecter les autres dispositions constitutionnelles tel que le principe d'égalité ou le principe de proportionnalité. Il doit aussi respecter les dispositions de l'Art. 14 Abs. 2 GG : « *Propriété oblige. Son usage doit contribuer en même temps au bien de la collectivité.* ». Cette disposition est l'expression de la *Sozialbindung des Eigentums*, le rattachement social de la propriété. Il indique ainsi dans quelle direction les *Inhaltsbestimmungen*, les déterminations du contenu, doivent aller : l'usage de la propriété au sein d'une société ne peut rester purement individuel. Cela fortifie la compétence

⁸² Hufen, Grundrechte, Rn. 7, S. 660.

de l'Etat pour limiter l'usage que peut faire un propriétaire de sa chose, en accordant valeur constitutionnelle à l'obligation de contribuer au bien de la collectivité. Mais cela semble la limiter aussi. Ainsi, le BVerfG voit dans la précision « en même temps »⁸³, que la propriété ne peut être mis uniquement au service de la collectivité et en déduit que l'impôt sur le revenu ne peut pas dépasser 50 %⁸⁴.

En résumé, la doctrine allemande tire 3 éléments de l'Art. 14 GG : 1) la garantie institutionnelle du droit de propriété qui comprend un noyau intouchable et un domaine librement déterminable, 2) un droit subjectif du citoyen contre les atteintes à la propriété de l'Etat et 3) une protection efficace accordée par l'Etat au citoyen contre les atteintes à la propriété d'un tiers⁸⁵. Notons dès à présent qu'il ressort de ce que nous avons dit, que la *Inhaltsbestimmung*, qui crée le droit de propriété, ne peut pas jamais y constituer une atteinte, y compris lorsqu'elle porterait atteinte à d'autres principes constitutionnels. S'agissant d'une simple loi, elle pourrait alors tout de même être déclarée non conforme avec la constitution tout en étant conforme avec l'Art. 14 GG.

2) L'existence d'un équivalent français

Depuis que le droit de propriété en France a réellement été élevé au niveau constitutionnel, des questions semblables ont pu se développer. Dans sa décision du 16.1.1982, le Conseil constitutionnel avait déjà reconnu une forme de garantie institutionnelle au droit de propriété, parlant d'un « champs de la propriété privée » auquel il n'était pas possible de porter atteinte⁸⁶. La mission du législateur d'agir pour créer le droit de propriété et la différence entre création et atteinte est toutefois moins établie, même si un équivalent à la *Inhaltsbestimmung* allemand semble exister.

Dans sa décision du 13.12.1985, le Conseil constitutionnel a dû statuer sur la constitutionnalité d'une loi visant à autoriser la mise en place d'antennes télévision sur tous les bâtiments à partir d'une certaine hauteur, y compris la Tour Eiffel. Suite à un désaccord encore le sénat et l'assemblée nationale, le sénat décida de saisir le Conseil constitutionnel dans le cadre d'un contrôle à priori. Les sénateurs invoquaient, à côté de plusieurs arguments portant sur la procédure d'adoption de la loi, une violation de la garantie du droit de propriété selon l'Art. 17 DDHC, étant donné que la loi ne prévoyait pas d'indemnisation juste et préalable. Par ailleurs, l'utilité publique n'aurait pas été constaté légalement comme l'exigeait l'art. 17 DDHC. Le législateur aurait pu soit constater cette utilité dans le cadre de la loi, soit élargir la procédure d'expropriation qui était déjà réglée qui débutait par la mise en œuvre d'une déclaration d'utilité publique qui respec-

⁸³ « Zuegleich » dans l'original.

⁸⁴ BVerfGE 93, 121, 138.

⁸⁵ Comme il n'a aucune influence sur notre problématique, ce troisième élément de la protection contre les tiers ne sera pas approfondi ici.

⁸⁶ CC 16.1.1982, Nationalisations, Cons. 20.

tait suffisamment les intérêts des particuliers. N'ayant prévu ni l'un, ni l'autre, la loi serait inconstitutionnelle.

Si au final, le Conseil constitutionnel a sanctionné la loi pour son inconstitutionnalité, il a refusé de reconnaître l'existence d'une privation de propriété qui nécessiterait le respect des garanties constitutionnelles de l'Art. 17 DDHC. Selon le Conseil, il ne s'agissait pas là d'une privation de propriété, mais d'une « servitude d'intérêt public », ce qui excluait l'application des garanties de l'art. 17. Cette opposition entre « servitude d'intérêt public » ou encore « servitude administrative » d'un côté et « privation de la propriété » de l'autre correspondait à la jurisprudence et à la doctrine de l'époque⁸⁷. Il s'agit de toute atteinte par effet de la loi ou pris en application d'une loi qui n'entraînent ni transfert de propriété sur une nouvelle personne, ni une perte de possession d'une position juridique issue du droit de propriété⁸⁸. Une indemnisation en cas de servitude n'est ainsi souvent pas considérée comme étant nécessaire, comme le prévoit par exemple les dispositions L 160 – 5 Code de l'urbanisme.

En tant que les servitudes opèrent le même rôle que les *Inhaltsbestimmungen* allemandes, on peut considérer qu'il s'agit là de l'équivalent français, qui permet de résoudre le décalage entre droit de propriété absolu et création du droit de propriété, même si cette équivalence ne correspond pas tout à fait conceptuellement. L'idée de servitude, contrairement au droit allemand, n'implique pas nécessairement qu'il s'agisse des cas où le législateur agit en tant que créateur du droit de propriété, mais fait plutôt songer à une atteinte au droit de propriété qu'il faudrait supporter. La *Inhaltsbestimmung* allemande n'est pourtant pas même une atteinte.

Sur le plan des idées, le concept que certaines atteintes au droit de propriété ne nécessitent pas d'indemnités ne découle pas, comme en Allemagne, de la garantie institutionnelle et de la mission de création du droit du législateur. Cette solution aurait pu être séduisante en France également : il aurait été possible de se référer à l'art. 17 DDHC pour le domaine inviolable de la propriété et à l'art. 34 de la Constitution de 1958 pour son domaine librement déterminable par exemple. Mais peut-être aurait-on craint de trop réduire la protection de la propriété, ou peut-être que le domaine inviolable est tellement restreint qu'il n'a pas eu besoin d'être discuté.

Le Conseil constitutionnel dira à ce sujet que « si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la déclarations des droits de l'Homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le

⁸⁷ Piquemal, *Droit des servitudes administratives*, 1967 ; Subra de Bieusses, *A.J.D.A.* 1992, p. 397.

⁸⁸ Herbert, *Der Enteignungsbegriff*, S.37.

caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mise au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de de droit et les prérogatives de la puissance publique »⁸⁹. Il semble donc, contrairement à l'Allemagne, il n'existe pas de lien direct en France entre la mission de garantie du champ fondamental du droit de propriété de l'Etat et la qualification de privation du droit de propriété.

En conclusion. – Il ne ressort pas de la simple restriction dans l'usage d'une chose une atteinte au droit de propriété. Il pourrait également s'agir, en France, d'une servitude d'intérêt public ou en Allemagne, d'une *Inhaltsbestimmung*. Si conceptuellement, il ne s'agit pas exactement de la même chose, la distinction remplit le même rôle dans les deux pays : il ne s'agit alors pas d'une atteinte au droit de propriété qui est protégée par les règles constitutionnelles qui encadrent la privation de la propriété.

§2. Distinction entre Enteignung et Expropriation

La notion de *Enteignung* découle de la notion de *Inhaltsbestimmung*. C'est là une différence importante avec l'expropriation française.

Expropriation au sens large. – Fort de cette distinction entre ce qui touche le noyau du droit de propriété et ce qui ne vient que délimiter son contenu, il est désormais possible de mieux comprendre une différence terminologique. En France, « expropriation », qui est la traduction littérale du mot allemand *Enteignung*, a pourtant une signification bien différente. Ces 2 notions ne correspondent pas au même mécanisme juridique. On pourrait dire que la *Enteignung* est l'expropriation au sens large. Mais selon le droit administratif traditionnel, l'expropriation est un mode d'acquisition forcé de biens immeubles de l'administration⁹⁰. On remarquera d'ailleurs que si la protection constitutionnelle du droit de propriété en Allemagne parle de *Enteignung*, l'art. 17 DDHC ne parle pas d'expropriation, mais bien de privation du droit de propriété.

En Allemagne, *Enteignung* est le terme qui décrit toute privation de propriété, quel que soit sa forme, qui ne constitue pas une *Inhaltsbestimmung*. La *Enteignung* allemande correspond ainsi réellement à la privation de propriété en France. Cette privation de propriété est bien plus large que la notion d'expropriation, et si elle contient l'expropriation selon le droit administratif des biens, elle englobe aussi toutes les autres atteintes à la propriété que sont par exemple la préemption, la réquisition, la confiscation et la nationalisation, mais aussi toutes les autres atteintes innomées qui pourraient voir le jour⁹¹.

⁸⁹ N. 81 – 132 DC.

⁹⁰ Auby/Bon/Auby/Terneyre, Droit administratif des biens, n. 645.

⁹¹ Priet, Expropriation et mécanismes voisins, JCP Adm. 2011, n°2071.

Rapport avec la Inhaltsbestimmung. – La *Enteignung* est ainsi plus facilement défini négativement, par opposition à la *Inhaltsbestimmung*, qu'en énonçant ses caractéristiques positives. Il s'agit là en Allemagne d'un des termes « les plus compliqués et les plus discutés de tout le droit public »⁹², car il n'est pas défini par la constitution ni par aucune autre loi, alors qu'il est d'une importance primordiale pour garantir la protection du particulier contre les atteintes à sa propriété. De cette opposition entre *Inhaltsbestimmung* et *Enteignung*, on peut déduire que le concept de *Enteignung* allemand découle de la doctrine allemande selon laquelle, un droit de propriété naturel préexiste que l'Etat ne fait que reconnaître. Lorsque le législateur commet une *Enteignung*, il porte atteinte à ce droit de propriété préexistant.

Définir la *Enteignung* revient donc automatiquement à poser les critères de distinction entre privation de propriété et simple réglementation de son contenu.

§3. Qualification de la privation de la propriété

Nous avons vu que dans une présentation théorique du droit de propriété selon l'Art. 14 GG, les notions de *Inhaltsbestimmung* et *Enteignung*, qui servent à classer les atteintes au droit de propriété en privation qui active la garantie constitutionnelle ou non, découlent de la garantie institutionnelle de la propriété. Pourtant, la pratique constitutionnelle s'est très largement éloigné de ce point de départ.

La jurisprudence du BVerfG. – Comme nous l'avons vu précédemment, la notion d'*Enteignung* a été comprise par le BGH selon une conception matérielle toujours plus grande pour lui permettre d'étendre la protection du particulier, car seule la privation de la propriété entraînait des indemnisations pour le particulier. Le critère matériel était celui du *Sonderopfer*, du sacrifice à caractère exceptionnel. Lorsqu'un particulier subissait une atteinte dans son droit de propriété, le juge devait alors décider si les conséquences de cette atteinte allaient déjà au-delà d'un certain seuil, qui touchait alors directement le cœur de la propriété et qui imposait la nécessité d'une indemnisation. C'était la conséquence de l'atteinte, plus que l'atteinte elle-même, qui était déterminante, ce qui n'était pas sans poser des difficultés au législateur qui n'arrivait pas toujours à mesurer par avance les conséquences qu'une loi allait avoir sur tous les cas particuliers⁹³. A cette incertitude concernant l'effet d'une loi, s'ajoutait l'incertitude vis-à-vis de la jurisprudence qui devait décider au cas par cas si la limite invisible du *Sonderopfer* était déjà atteinte ou pas.

Le BVerfG défendait à peu de choses près la même position. Le critère était également matériel, mais portait le nom de *Schweretheorie*, de théorie de la gravité. Sous un nom un peu différent, il s'agissait cette fois de constater si la charge qui

⁹² Creifelds, *Enteignung*, Rn. 2.

⁹³ Steinberg / Lubberger, S. 48. Leisner, *Sozialbindung des Eigentums*, S. 31 ff.

pesait sur le particulier qui subissait les conséquences d'une atteinte au droit de propriété était insupportable ou pas⁹⁴. Le BVerwG se plaçait ainsi directement sur la charge subjective qui reposait sur un particulier, tandis que le BGH parlait de charge objective, mais également dans des cas concrets, pesant sur des particuliers.

Cette distinction matérielle correspond aussi à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui depuis sa décision du 26 juillet 1984 ne distingue plus entre privation et servitude selon un critère formel, mais selon un critère matériel très proche de celui que défendait le BVerwG. Il ne s'agit désormais plus de différencier selon qu'on soit en présence d'un transfert de propriété ou d'une perte de possession d'un droit de propriété, mais selon que le gêne que subit le particulier, sujet à une atteinte à son droit de propriété, soit qualifié de « gêne supportable » ou pas. Cette distinction n'a eu cependant aucune influence en ce qui concerne la décision française, étant donné que le Conseil constitutionnel n'a pas choisi de retenir l'existence d'un droit de propriété.

Le revirement qui avait été imposé par l'arrêt *Nassauskiesentscheidung* du BVerfG a voulu simplifier la jurisprudence en revenant à la conception de *Enteignung* que connaissant déjà Otto Mayer⁹⁵ : il s'agit du retrait total ou partiel de la propriété d'un bien par acte juridique ciblé pour la réalisation de certaines missions publiques⁹⁶. Il rejette par là-même toute forme d'expropriation indirecte ou d'expropriation par simples effets secondaires, conception assez stricte en comparaison avec le reste de l'Europe⁹⁷. La privation de la propriété doit ainsi constituer la finalité de l'acte et le moyen par lequel la mission publique va pouvoir être réalisée.

Cette nouvelle jurisprudence ne permet pas de qualifier les atteintes du législateur aux exploitations des centrales nucléaires de privation du droit de propriété. Cette constatation est l'un des rares points sur lesquels l'ensemble des auteurs sont d'accord⁹⁸. Ni le fait de subordonner l'exploitation en principe à une autorisation administrative, ni le fait de retirer cette autorisation n'a pour but de la part du législateur de se servir de cette privation. En ce sens, la conception nouvelle de *Enteignung* est très proche de sa racine historique, la vente forcée⁹⁹.

Cette jurisprudence, si elle a eu le mérite de définir plus exactement la *Enteignung*, n'est pas sans contradiction. Car suivant cette définition purement formelle, l'opposition entre *Enteignung* et *Inhaltsbestimmung* perd tout son sens. La *Enteignung* ne peut plus recouvrir tous les types d'atteintes au domaine

⁹⁴ BVerwGE 32, 173, 178 ; 59, 253, 261.

⁹⁵ Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* II, 3. Aufl. 1924, 1.

⁹⁶ Maurer, § 27, Rn. 41: „Enteignung ist die vollständige oder teilweise Entziehung vermögenswerter Rechtspositionen iSd Art. 14 I 1 GG durch einen gezielten hoheitlichen Rechtsakt zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben“; Hufen, *Staatsrecht* II, § 38 Rn. 20.

⁹⁷ Ludwigs, *Der Atomausstieg und die Folgen*, NVwZ 2016, 1, 4.

⁹⁸ Kloeper, DVBl. 2011, 1437 (1439), BRAK, DAV, Ludwigs.

⁹⁹ BRAK, *Stellungnahme*, S. 15.

central du droit de propriété, car il ne s'agit plus d'une question d'intensité de l'atteinte mais de type d'atteinte, deux critères différents qui ne corrélerent pas. C'est également ce que laisse entendre Papier, qui conclut qu'il faut désormais distinguer la garantie du droit de propriété de l'Art. 14 I GG d'un côté, des critères de distinctions entre *Enteignung* et *Inhaltsbestimmung* de l'autre côté, et qu'il n'est pas possible de limiter la protection de droit de propriété à la *Enteignung*¹⁰⁰. Plutôt que le terme de *Enteignung*, c'est le concept de *Inhaltsbestimmung* qui est ainsi mis à mal. Il devait à l'origine décrire la marge de manœuvre du législateur dans laquelle il peut agir librement sans porter atteinte au droit de propriété. Par une sorte de glissement de terrain qui va s'effectuer sur dans le domaine de la responsabilité de l'Etat, la *Inhaltsbestimmung* va pourtant devenir le principal cas d'indemnisation lorsque le droit de propriété est touché, en retrouvant les mêmes distinctions et les mêmes incertitudes qui avaient été reproché à la définition matérielle de la *Enteignung*.

Il faut désormais conclure que même si le terme de *Inhaltsbestimmung* reste introduit et a son origine dans l'analyse de la fonction de garantie institutionnelle de l'Etat allemand, et continue à y être développé dans les commentaires de la doctrine, la distinction entre *Inhaltsbestimmung* et *Enteignung* est désormais, comme en France, déconnecté de cette garantie institutionnelle.

Conclusion. – Il découle en tout cas de tout ce que nous avons dit jusque-ici, qu'en France comme en Allemagne, le retrait ou le refus de délivrer des autorisations d'exploitation des réacteurs nucléaires ne constituent pas des atteintes au droit de propriété sanctionnées qui exigeraient de respecter la garantie constitutionnelle du droit de propriété respectivement de l'art. 17 DDHC ou de l'Art. 14 GG. Ce résultat peut paraître étrange et en manque de cohérence : la propriété est finalement proclamée, au prix de longs débats et de nombreuses remises en cause historique, comme un droit constitutionnel inviolable et invocable par le particulier, mais les conditions de sa mise en œuvre sont trop restreintes pour prendre en compte les atteintes pourtant lourdes de conséquences que nous observons dans le cadre de la transition énergétique. Mais en France comme en Allemagne, la protection des exploitants va se jouer avant tout au niveau du droit de la responsabilité de l'Etat, qui va avoir pour rôle d'encadrer le législateur dans son action.

¹⁰⁰ Maunz/Dürig/Papier GG Art. 14 Rn. 29.

PARTIE 2. LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT COMME MÉCANISME COMPLÉMENTAIRE EFFICACE

En France comme en Allemagne, le fondement de la non-conformité au principe constitutionnel du droit de propriété ne semble pas restreindre sérieusement l'action de l'Etat-législateur. Cependant, la garantie constitutionnelle de la propriété peut également être protégée au niveau de la responsabilité de l'Etat, en octroyant aux fournisseurs d'électricité une indemnisation pour le préjudice subi.

Les différences entre la France et l'Allemagne sont cette fois-ci bien plus compliquées qu'en droit constitutionnel. Afin de les appréhender correctement, il sera nécessaire de comprendre les structures différentes dans lesquelles elles s'inscrivent (Chapitre 1), avant de pouvoir observer les différences dans leur application au droit de propriété (Chapitre 2) pour finalement conclure sur leur lien au droit constitutionnel et leur efficacité réelle (Chapitre 3).

Chapitre 1. Des systèmes de responsabilité différents

C'est dès leur structure que les régimes de responsabilité français et allemand se distinguent. Les principes fondateurs de la responsabilité de l'Etat (Section 1) entraîneront des créations systématiques assez différentes (Section 2). Cette analyse nous permettra de mieux distinguer les termes (Section 3).

Section 1. Les principes fondateurs de la responsabilité de l'Etat

La création de la responsabilité de l'Etat, en France et en Allemagne, mais également dans le reste de l'Europe, a suivi une évolution similaire dans les grandes lignes : de l'irresponsabilité de l'Etat à la protection des intérêts des citoyens. Cependant, dans le détail, le contexte historique qui a produit ces changements a eu différentes influences sur la manière de concevoir cette responsabilité. Entre la France et l'Allemagne, cette différence s'exprime en particulier en ce qui concerne la nature du droit de la responsabilité de l'Etat (§1) et son objet (§2).

§1. Nature de la responsabilité de l'Etat

A. Source unique ou plurielle

L'histoire de la responsabilité administrative et l'histoire des constitutions sont toujours liées : la conception retenue par une constitution des rapports entre l'Etat et le citoyen va avoir une influence en droit administratif sur les droits des administrés. De manière générale, cette évolution parallèle du droit constitution-

nel et du droit administratif connaît en général un léger décalage entre évolution constitutionnelle et évolution du droit de l'administration, la première devant être intégrée et bien comprise avant qu'elle puisse se répercuter sur la deuxième. Si un lien fort existe donc, l'administration reste néanmoins influencée plus immédiatement par les évolutions politiques, sociales, culturelles, économiques et techniques de son époque que le droit constitutionnel¹⁰¹.

Sous l'Ancien Régime en France, le principe était celui de l'irresponsabilité de l'Etat, même lorsqu'il commettait une faute, selon l'adage : « Le Roi ne peut mal faire »¹⁰². Ce principe s'est perpétré jusqu'au milieu du 19^{ème} siècle sous une autre justification : les dommages que subissaient les citoyens constituaient la contrepartie des avantages perçus par l'action de l'Etat¹⁰³. Une responsabilité de l'Etat n'existait alors pas réellement.

Même la révolution n'eut pas immédiatement pour conséquence de remettre en cause ce principe. Si effectivement, les déclarations des droits et libertés fondamentales allaient déjà dans le sens de limiter le pouvoir d'un Etat tout-puissant, cette limitation semblait être suffisamment garantie, selon la conception française, par la réalisation de la séparation des pouvoirs plutôt que par l'abandon du principe d'irresponsabilité de l'Etat, comme l'exprime la déclaration des droits de l'Homme en son art. 16¹⁰⁴. Au contraire, l'action de l'Etat législateur se voit même renforcée dans sa légitimation en tant qu'« expression de la volonté générale »¹⁰⁵ qui donc ne peut mal faire, conception aboutissant à la naissance du légicentrisme¹⁰⁶. Cette irresponsabilité de l'administration était toutefois plus infaillibilité qu'absence de responsabilité. Il n'était pas possible de concevoir une faute de l'administration, mais une indemnisation d'un particulier qui subissait un préjudice n'était pas totalement exclue. Ainsi, les débuts d'une responsabilité sans faute faisaient déjà leur apparition, à l'origine en tant que régime d'exception, dans le domaine des travaux publics. L'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII a instauré les rudiments de la justice administrative en France. En absence de loi réglant précisément les indemnités, la juridiction administrative n'hésitera pas à développer progressivement sa jurisprudence de manière créative qui aboutira à une large protection de la propriété privée à une époque qui fut marquée par de larges chantiers de constructions de canaux, routes et chemins de fer. Le fondement de la responsabilité administrative sera dès lors souvent celui

¹⁰¹ Maurer S.13. §2 Rn.2

¹⁰² Georges, Droit Public, p. 238.

¹⁰³ De Laubadère, Traité de droit administratif I, Rz. 1270.

¹⁰⁴ Art. 16 DDHC « Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

¹⁰⁵ Art. 6 DDHC : « La Loi est l'expression de la volonté générale ».

¹⁰⁶ Tifine, Droit administratif général, 6^{ème} partie, chapitre 3 : « L'admission d'une responsabilité pour faute de l'Etat législateur s'est en effet très longtemps heurtée au vieux principe, hérité du légicentrisme, selon lequel « le souverain ne peut mal faire ». En d'autres termes, le Parlement, parce qu'il représente la nation souveraine, ne saurait commettre de faute dans le cadre de son action ».

de la rupture d'égalité, en tant que ces travaux, qui profitent à la collectivité font subir à certains particuliers des dommages lourds¹⁰⁷. Mais en dehors de ce domaine particulier des travaux publics s'appliquait encore largement le principe de l'irresponsabilité de l'Etat.

Une expansion de la responsabilité de l'Etat sans faute fut engagée par l'extension progressive de la notion de « travaux publics » à celle « d'ouvrage public ». Un véritable point de rupture dans l'histoire du droit administratif en France fut cependant retenu avec la décision « Blanco » du Tribunal des Conflits du 8 février 1873¹⁰⁸. Il y reconnaît ici pour la première fois la compétence du Conseil d'Etat en matière de responsabilité administrative en dehors du domaine des travaux publics et justifie cette compétence par le droit applicable, qui a « ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ». Même si le Tribunal a tenu à préciser dans sa décision que la responsabilité qu'il venait de découvrir n'était « ni générale, ni absolue », la doctrine française y a rapidement vu l'abandon du principe d'irresponsabilité de l'Etat¹⁰⁹. Il écarte ainsi l'application du droit civil, code établi par le législateur, et consacre l'existence d'un droit spécial prétorien.

Le Tribunal des conflits, qui ne devait statuer que sur des problèmes de compétence entre les juridictions, confie ainsi la tâche au Conseil d'Etat de créer un droit nouveau de la responsabilité administrative, quasiment sans texte. A partir de ce moment-là, et jusqu'à aujourd'hui, jurisprudence et doctrine seront petit à petit à l'origine de la création d'un modèle de la responsabilité de l'Etat qui évoluera à partir de décisions au cas par cas qui pourront ensuite être systématisées et rationalisées par la doctrine.

Si le point de départ du droit allemand est similaire, les sources de son droit de la responsabilité de l'Etat sont bien plus nombreuses. Sous l'absolutisme allemand du 17 et 18^{ème} siècle, tous les pouvoirs étaient réunis auprès des seigneurs. L'administration agissait comme le bras du seigneur et agissait dans tous les domaines de la vie, y compris dans les affaires privées des particuliers. Cette irruption dans la vie privée se justifiait d'une part par la volonté de fortifier l'armée et d'assurer des forts impôts en intervenant dans l'économie et le commerce et d'autre part par la conception très paternaliste de l'Etat, qui était non seulement responsable du bien commun mais devait aussi se préoccuper du bien-être de chaque individu. Cette forme d'Etat sera aussi appelée par la doctrine allemande le « Polizeistaat », l'Etat police, la police étant comprise comme

¹⁰⁷ Auby/Ducos-Ader, Droit administratif, p. 504 avec d'autres références.

¹⁰⁸ Le père d'un enfant blessé par un wagonnet d'une manufacture de tabacs exploitée en régie par l'Etat avait saisi les tribunaux judiciaires en action de dommages-intérêts contre l'Etat en tant que responsable des fautes commises par les ouvriers. Le Tribunal des conflits devait trancher, conformément à sa mission, quelle était la juridiction compétente. La critique de la portée réelle de la décision « Blanco » fait désormais autant parti de l'enseignement classique que l'affirmation selon laquelle il s'agit de la « pierre angulaire » du droit administratif (GAJA, 1, 1).

¹⁰⁹ Georges, Droit public, p. 348, L'essentiel du droit administratif général, p. 133.

l'administration au sens large pour illustrer ce pouvoir fort et sans restriction de l'administration. Mais en contrepartie de ces prérogatives très larges, se développaient déjà les bases de la responsabilité de l'Etat sous la forme de la « Fiskustheorie », selon laquelle le particulier doit supporter les atteintes du souverain monarque dans ses droits, mais peut demander à en être indemnisé par le *Fiskus*, une personne juridique privée indépendante du monarque. C'est de cette époque que provient l'adage devenu célèbre en droit administratif allemand : « Dulde und liquidiere », supporte puis liquide.

L'Etat libéral du 19^{ème} siècle contestera la forme très poussée de la réglementation de l'Etat de toute la vie privée, symbolisée par l'image du monarque et de son administration toute-puissante. La bourgeoisie exigera la restriction de l'action de l'administration aux fonctions de sécurité et à d'ordre public et exigera le respect du principe de légalité. Ces revendications trouveront leurs expressions sous la forme des diverses constitutions qui incluront désormais des énumérations de libertés fondamentales qui viendront limiter le pouvoir de monarque. C'est également à cette période qu'aura lieu en Allemagne l'identification de liberté et propriété (cf. Partie I). Les premières juridictions administratives verront le jour tout d'abord en 1863 à Baden, puis 1872 en Prusse, 1875 à Hessen, 1876 à Württemberg, 1879 en Bavière, etc. Toute une série de principes du droit administratif, qui restent applicables en droit positif, seront développés par le *Oberverwaltungsgericht* de Preußen. Sous le *Grundgesetz* allemand, différents principes viendront consolider la nouvelle position de l'administration, en particulier le principe de *Rechtstaatlichkeit* et de la garantie effective des droits de l'Art. 19 IV GG qui sera interprété comme imposant le plus grand contrôle possible de l'administration par le juge.

En Allemagne, le droit de la responsabilité de l'Etat est ainsi marqué par le droit prussien, mais aussi par le droit du BGB de 1900, la jurisprudence particulièrement créative du *BVerfG* et du *BGH*, les réactions du *BVerfG*, les codifications modernes, et finalement encore le droit européen.

B. L'autonomie de la responsabilité administrative

Des différences existent également en matière d'autonomie de la responsabilité administrative, en tant que branche du droit administratif, avec le reste de l'ordre juridique. Depuis la révolution française, la limite des compétences du juge judiciaire était définie par la séparation des pouvoirs. La loi des 16 – 24 août 1790 lui interdit ainsi de s'immiscer dans les affaires de l'administration¹¹⁰. La compétence de connaître des actes administratifs sera même expressément retirée des compé-

¹¹⁰ Loi des 16 – 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, Art. 13 : « [...] Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ».

tences du juge judiciaire¹¹¹. Cette séparation va entraîner deux phénomènes concomitants : la naissance des juridictions administratives et la naissance du droit administratif. C'est la logique de cette naissance à partir de la séparation des autorités administratives et judiciaires qui va entraîner l'autonomie du droit administratif français. L'administration ne pouvant s'exercer sans aucun contrôle, elle se chargeait elle-même du respect du principe de légalité, en particulier par le Conseil d'Etat, organe consultatif au départ, avant de devenir véritable juridiction par la suite¹¹².

En matière de responsabilité de l'Etat pourtant, l'application des règles du droit privé était sérieusement envisagée par une partie importante de la doctrine. C'est en particulier des civilistes qui interpréteront de manière très large les art. 1384 et suivants du Code civil, en concluant que son application n'est pas réservée aux seules personnes privées¹¹³, interprétation qui sera consacrée par la justice civile. Dans un arrêt du 1 avril 1845, la Cour de cassation insiste sur le principe selon lequel l'Etat engage sa responsabilité délictuelle pour les fautes commises par ses agents¹¹⁴. Cette position, qui s'oppose pourtant à la conception classique de l'irresponsabilité de l'Etat, s'est maintenue jusqu'à l'arrêt Blanco du 8.2.1872¹¹⁵. Mais en application de la théorie de « l'Etat débiteur », seule l'autorité administrative était compétente pour condamner l'Etat à une obligation pécuniaire, ce qui vidait de son efficacité les décisions des juridictions civiles, qui ne pouvaient avoir pour conséquence une obligation d'indemnisation de l'Etat que si le Conseil d'Etat donnait son autorisation, très rare dans les faits. Ainsi, en matière de dommage résultant de la mise en œuvre de prérogatives de puissances publiques, l'administration ne pouvait pas être attaquée du tout, tandis que lorsqu'elle agissait sur son domaine privé, elle était soumise à la Cour de cassation et au droit privé. En ce qui concernait tous les cas intermédiaires, un désaccord existait entre

¹¹¹ Décret du 16 fructidor an III: « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit ».

¹¹² Si la loi du 3 mars 1849 avait déjà abandonné le système de justice retenue, le coup d'Etat de Louis-Napoléon Bonaparte a marqué un retour en arrière vers la justice retenue. Il faudra attendre la loi du 24 mai 1872 pour rétablir définitivement la justice déléguée.

¹¹³ *Sourdat*, Traité de la responsabilité, Tome 2, 1876, p. 482 : « Que les tribunaux soient incompétents pour connaître des suites d'un acte d'administration proprement dit, cela est certain. Mais quand aux [...] quasi-délits et fautes dommageables pouvant donner lieu à des réparations aux termes du droit commun, - nous persistons à croire que l'Etat doit en répondre civilement comme commettant. » ; *Marcadé*, Explication théorique et pratique du Code Napoléon, Tome 5 (1859) p. 270 : « Les maîtres et commettants sont tenus du dommage causé par leurs domestiques et préposés. La règle, bien entendu, s'applique à l'Etat et aux diverses administrations publiques par rapport à leurs agents, préposés ou employés, comme aux commettants particuliers ».

¹¹⁴ C. Cass 1.4.1845: „ Les règles posées par les articles 1382, 1382 et 1384 du Code civil sont applicables, sans exception, dans tous les cas où un fait quelconque de l'homme causé à autrui un dommage. L'Etat, représenté par les différentes branches de l'administration publique, est passible des condamnations auxquelles le dommage causé par le fait, la négligence ou l'imprudence de ses agents peut donner lieu ».

¹¹⁵ *Chapus*, Responsabilités publiques et privée (1954), p. 50 avec de nombreuses références jurisprudentielles.

le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, le Conseil d'Etat n'ayant à sa disposition que très peu de textes applicables pour justifier la mise en œuvre d'une responsabilité de l'Etat, tandis que la Cour exigeait toujours plus un contrôle effectif de l'action de l'administration.

C'est finalement l'arrêt Blanco, vu précédemment, qui viendra attribuer définitivement les compétences et justifier l'existence d'un droit administratif propre. Le Tribunal des conflits fera un lien entre droit applicable et compétence et rejette définitivement la théorie de l'Etat débiteur, qui avait déjà été fragilisée auparavant¹¹⁶. Il lie la compétence des juridictions administratives à la notion de service public tout en excluant l'idée de gestion privée dans le contentieux de la responsabilité. Le commissaire du gouvernement écarte expressément la compétence judiciaire et l'application du droit civil alors même qu'il s'agissait en l'espèce « d'une manufacture de tabac qui a une grande ressemblance avec une industrie privée » et de « faits reprochés à de simples ouvriers qui sont en dehors de la hiérarchie administrative »¹¹⁷. Ce résultat est complémentaire avec notre observation précédente concernant la source du droit (administratif) de la responsabilité : le régime de la responsabilité de l'Etat est à créer par le Conseil d'Etat et il se distingue clairement du droit civil autant par les règles et principes applicables que par la juridiction compétente. Ce résultat est encore une fois d'autant plus vrai que les compétences du Conseil constitutionnel étaient très limitées et qu'en cas de désaccord entre des positions du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, il n'existait aucune instance capable d'imposer une unité de la jurisprudence.

En Allemagne, des théories générales du droit administratif et du droit de la responsabilité de l'Etat ont vu le jour bien avant la France. De nombreux auteurs allemands ont ainsi servi d'influence pour le développement de la doctrine française, tel que les travaux de Jellinek ou de Mayer. Cependant, l'autonomie du droit de la responsabilité de l'Etat n'a jamais été affirmé de manière aussi radicale qu'en France. Cela s'explique facilement par ses dispositifs : le BVerwG n'agissait déjà pas véritablement seul et en tant que chef de sa jurisprudence, étant donné qu'il était régulièrement soumis aux interprétations et aux décisions du BVerfG. Lorsqu'il se retrouvait face à une loi qu'il considérait irrégulière, il pouvait à tout moment saisir le BVerfG. En plus, beaucoup de problèmes du droit de la responsabilité de l'Etat ne sont pas de la compétence exclusive de la juridiction administrative. C'est en particulier le BGH qui est compétent lors de l'indemnisation pour privation de la propriété, ce qui arrive bien plus fréquemment qu'en France, ou les compétences de la Cour de cassation pour les atteintes aux libertés fondamentales restent rares.

¹¹⁶ Par ex. CE 6 décembre 1855, Rothschild.

¹¹⁷ GAJA, p.2.

§2. Domaine de la responsabilité de l'Etat

Au niveau des sources et de son autonomie, les régimes de responsabilités vont se différencier. Des différences existent néanmoins également au niveau du domaine de la responsabilité de l'Etat, qui va découler de l'acceptation ou du rejet de la notion de droit public subjectif.

A. Le rejet de la notion de droit subjectif en France

En Allemagne, le développement de la responsabilité de l'Etat est allé de pair avec la découverte des droits publics subjectifs. En l'absence de définition législative, jurisprudentielle ou doctrinale unanimement acceptée, on peut définir le droit public subjectif comme la prérogative individuelle reconnue par le système juridique d'obtenir de l'Etat ou d'une autre institution d'administration, qu'ils fassent (*tun*), souffrent (*dulden*) ou s'abstiennent (*unterlassen*)¹¹⁸. C'est à Georg Jellinek et à Ottmar Bühler que l'on doit l'élaboration doctrinale des droits publics subjectifs, opposables à l'Etat qui les a permis, garantis ou accordés¹¹⁹.

Le troisième Reich a radicalement remis en cause l'idée même qu'un droit puisse exister, qui ne soit pas subordonné au peuple et au Führer. Par un mouvement classique de balancier, la notion de droit public subjectif est revenue en force depuis 1949, comme élément central d'un système juridique qui fait de l'individu non plus un objet passif de l'action de l'Etat, mais un sujet auquel les normes centrales de la constitution reconnaissent dignité et liberté d'agir.

Cette consécration du droit subjectif en droit allemand possède son plus puissant fondement dans l'interprétation faite de la notion constitutionnelle de *Rechtsstaat*, de l'Etat de droit¹²⁰, et la consécration de nombreuses libertés fondamentales directement opposable à l'Etat.

En France, on a préféré « systématiquement – mais sans grand examen critique – des concepts objectivés, ceux des compétences, de statuts, d'institutions, de situations juridiques générales et impersonnelles »¹²¹ quand bien même ce concept aurait été à même de rendre compte de la structure du droit administratif français si on l'avait laissé développer librement ses potentialités. Différentes raisons historiques peuvent expliquer ce choix, tel que l'inspiration peut-être trop ouvertement privatiste, ou la méfiance vis-à-vis d'un concept qui semblait trop limiter l'action de l'Etat souverain. Peut-être même, la référence trop explicite à la doctrine allemande dont le concept était issu et dont les auteurs étaient

¹¹⁸ Autexier, Introduction au droit public allemand, Rn. 208 et suivants.

¹¹⁹ Autexier, Introduction au droit public allemand, Rn. 208.

¹²⁰ J. Chevallier, L'Etat de droit, RDP 1988 : « l'Etat de droit repose en fin de compte sur l'affirmation de la primauté de l'individu dans l'organisation sociale et politique, ce qui entraîne à la fois l'instrumentalisation de l'Etat, dont le but est de servir les libertés, et la subjectivisation du droit, qui dote chacun d'un statut, lui attribue un pouvoir d'exigibilité et lui confère une capacité d'action »

¹²¹ Moderne, dans : Foulquier, Préface, Les droits publics subjectifs.

régulièrement cités en exemple¹²². Même si cette affirmation semble devoir être de plus en plus relativisée de nos jours, le droit administratif montrant une tendance à se subjectiviser¹²³, c'est bien dans ce contexte et sous cet angle que s'est développé le droit administratif français tout entier, ainsi que par extension la responsabilité de l'Etat.

B. Séparation entre légalité d'un acte et responsabilité de l'Etat

Cette approche objective du droit administratif a conduit à retirer en France du domaine de la responsabilité administrative un certain nombre de litiges ou d'actions, qui étaient pourtant très rapidement compris dans le régime allemand de la *Staatshaftung*.

Une distinction assez stricte fut ainsi introduite en droit français entre le contentieux administratif de la légalité d'un acte et les cas de responsabilité de l'Etat. C'est en particulier le recours pour excès de pouvoir, tendant à l'annulation d'une décision administrative, qui est devenu élément central du droit administratif français, envisagé comme un « procès fait à un acte » plutôt que comme une relation de droit entre un administré et son administration. C'est par là le respect du principe de légalité qui doit être garanti. Séparer la légalité d'un acte administratif du régime de responsabilité n'est pas une particularité française, l'Allemagne faisant pareil. Traditionnellement, la doctrine allemande distingue entre *Primärebene* et *Sekundärebene*. Le juge administratif agit au niveau primaire lorsqu'il empêche l'administration de porter atteinte aux droits du particulier. Il agit au niveau secondaire lorsque l'atteinte aux droits du particulier a déjà (au moins partiellement) eu lieu et qu'il faille ordonner une réparation. Le droit de la responsabilité de l'Etat ne concerne que ce niveau secondaire. En cela, cette approche est identique à celle du droit français.

Cependant, si les prérogatives du juge administratif allemand sont les mêmes dans tous les cas, en vertu de l'interprétation de l'Art. 19 IV GG qui impose le plus grand contrôle possible du juge en toutes circonstances, le contentieux administratif français est différent selon qu'il s'agisse d'un recours pour excès de pouvoir ou d'un recours de pleine juridiction. Ainsi, la remise dans l'état qui aurait dû avoir lieu si un acte annulé n'avait jamais vu le jour qui comprend également l'élimination des conséquences négatives d'un acte illégal, fait partie sous le droit français des conséquences du recours pour excès de pouvoir, tandis qu'en droit allemand, le « *Folgenbeseitigungsanspruch* » fait partie du dispositif de la responsabilité de l'Etat, puisqu'il ne s'agit plus d'empêcher l'Etat de causer un préjudice, mais de lui imposer de le réparer. L'étendue du contrôle n'est pas le même non plus. La jurisprudence française retient beaucoup plus facilement la présence d'un pouvoir discrétionnaire de l'administration que la justice alle-

¹²² Foulquier, Les droits publics subjectifs, n.12.

¹²³ Foulquier, Les droits publics subjectifs, n.1.

mande, qui y voit une exception rendue nécessaire par les circonstances de fait, mais qui met en danger le principe du recours effectif de l'Art. 19 IV GG et le fonctionnement de l'Etat de droit.

Section 2. La structure de la responsabilité de l'Etat

A partir de ces points de départ différents, mais avec des objectifs semblables, des régimes structurellement assez différents du droit de la responsabilité de l'Etat ont été mis en place, même s'il est toujours possible de trouver des points de rapprochement dans leur application à des problèmes concrets.

§1. L'absence de système du Staatshaftungsrecht

La compréhension du rôle de l'administration à travers l'histoire allemande était nécessaire pour comprendre la responsabilité administrative en droit positif. Tous les auteurs allemands commencent leur présentation de la responsabilité de l'Etat avec le constat et avertissement suivant : il ne s'agit pas d'un système fermé et cohérent, mais d'un ensemble de règles et de principes issus de différentes sources textuelles, jurisprudentielles ou même coutumières. Le professeur Maurer ira jusqu'à qualifier la responsabilité de l'Etat en Allemagne de « matière à plusieurs niveaux, incomplète et peu compréhensible »¹²⁴.

Au niveau secondaire, différentes approches existent : certains auteurs distinguent l'indemnisation en argent de la réparation en nature par action de l'administration¹²⁵. Cette classification choisit d'ignorer l'acte générateur et se fonde sur le type de réparation que permet d'obtenir une procédure. Dans certaines situations, lorsque l'atteinte aux droits d'un particulier relève d'un prélèvement indu d'une somme d'argent, cette réparation en nature va néanmoins consister un paiement d'une somme d'argent, brouillant ainsi la distinction. D'autres auteurs distinguent, comme en France, la responsabilité pour faute de la responsabilité sans faute¹²⁶. Cette distinction se fonde sur la légalité du fait générateur. Ces distinctions ne sont néanmoins que des tentatives d'organisation de la matière qui ne se traduisent pas en réalité juridique : il n'existe ainsi pas réellement de principes généraux communs à tous les types de responsabilité sans faute par opposition aux types de responsabilité pour faute ou de principes généraux communs à l'indemnisation en argent face à la réparation en nature. Dans des présentations plus complètes et moins focalisées sur une au-

¹²⁴ Maurer, Verwaltungsrecht, § 25 Rn. 1 : „[...] und bildet insgesamt eine mehrschichtige, lückenhafte und unübersichtliche Materie“.

¹²⁵ Anspruch auf Geldersatz et Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung, Wüstenbecker, Verwaltungsrecht AT 2, p.112.

¹²⁶ Lege, System des deutschen Staatshaftungsrechts, JA 2/2016.

dience d'étudiants préparant leur examen¹²⁷, l'approche privilégiée semble être de se contenter dès lors de faire la liste des différents fondements juridiques permettant à un particulier de se défendre d'une atteinte à ses droits sur le plan secondaire, refusant explicitement d'essayer de les intégrer dans un système plus global et en signalant l'absence d'unité qui pourra conduire plusieurs procédures à se recouper dans leur domaine d'application¹²⁸. Une approche systématique par « en haut » n'est ainsi pas adaptée à comprendre la responsabilité de l'Etat allemande, mais relève à l'heure actuelle plus d'un moyen mnémotechnique pour retenir les différents fondements.

Les différents fondements juridiques qui coexistent de nos jours en Allemagne, sont la responsabilité pour faute du fonctionnaire, les 4 cas différents d'indemnisation pour les atteintes à la propriété, l'indemnisation pour cause de sacrifice, le droit à l'élimination des conséquences, plus toutes les lois spéciales prises par le législateur dans un domaine particulier¹²⁹.

Une réforme de la responsabilité de l'Etat allemande avait été annulé par le BVerfG parce que le Bund n'avait pas la compétence pour légiférer en la matière. Si depuis, sa compétence a été élargie par la loi, il n'y a à ce jour pas eu de nouvelle tentative de codifier le droit de la responsabilité de l'Etat.

§2. L'organisation dichotomique de la responsabilité de l'Etat

A. La continuité des principes fondateurs

La responsabilité de l'Etat en France aujourd'hui est somme toute une matière assez balisée qui a fait et qui fait encore l'objet d'un sérieux travail de systématisation, qui n'arrivera peut-être jamais à incorporer parfaitement toutes les décisions prises au cas par cas, mais qui a le mérite d'en rendre l'abord plus aisé que son équivalent allemand. Les principes fondateurs que nous avons découvert se sont globalement maintenus au fil du temps, se précisant, mais connaissant

¹²⁷ La JA ainsi que les AS sont des ressources spécifiquement destinés à la préparation à l'Examen d'Etat allemand.

¹²⁸ Maurer, *Verwaltungsrecht*, § 25 Rn.3.

¹²⁹ La traduction de ces fondements juridique n'est pas aisée, en ce que la terminologie allemande fait constamment référence au « *Anspruch* », omniprésent dans toute la doctrine allemande, à mi-chemin entre le *droit à quelque chose* et la *revendication* et qui n'a pas de traduction directe en doctrine française même s'il y existe nécessairement matériellement. Il s'agit en principe d'un droit d'exiger de quelqu'un une action ou une abstention qui peut être revendiqué en justice. La présence d'un *Anspruch* est ainsi la condition de toute action en justice en Allemagne. Dans le contexte précis de la responsabilité de l'Etat, le terme de *Anspruch* est utilisé de différentes manières. *Aufopferungsanspruch* signifie « droit en raison d'un sacrifice », sans préciser ce que confère ce droit, tandis que *Folgenbeseitigungsanspruch* signifie « droit à l'élimination des conséquences », sans préciser l'origine. Cette diversité des termes peut être vu comme un signe supplémentaire de l'absence de systématisation de la doctrine allemande. Elle aura pour conséquence une certaine liberté dans la traduction des différents fondements sur lesquels il sera possible de mettre en œuvre la responsabilité de l'Etat.

aussi de nouvelles limites et nuances qui n'étaient pas encore prévisible dès le départ. Aujourd'hui, le législateur est venu préciser un certain nombre de règles spéciales, parfois déroatoires des principes développés par le juge administratif, et notamment en matière de compétence. Ce travail nouveau de codification trouve son expression dans le Code de justice administrative. L'autonomie du droit administratif et du droit de la responsabilité de l'Etat s'est également maintenue, même si un dialogue des juridictions a pu se mettre en place, notamment dans l'emploi de notions communes aux modèles de responsabilité civile et publique tel que la causalité ou le préjudice réparable ; des solutions semblables ont également été retenus lors de problèmes avec des intérêts similaires¹³⁰.

B. Particularité en matière de compétences

Une particularité s'est développée en matière de compétence des juridictions : la juridiction civile s'est vu être déclarée gardienne des libertés fondamentales¹³¹. Dans les cas particuliers des « emprises irrégulières » ou des « voie de fait », c'est ainsi la juridiction civile qui est compétente en raison d'une atteinte grave à la liberté et à la propriété. Cette décision s'explique historiquement : à l'époque de l'administrateur et du système de justice retenue, lorsque le Conseil d'Etat n'était pas encore une véritable juridiction, il est tout naturellement apparu que le juge judiciaire était plus à même de protéger les libertés individuelles et le droit de propriété que le juge administratif. Cette compétence est toujours consacrée, pour ce qui concerne le droit de propriété, dans le droit positif, par l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui prévoit que le principe selon lequel « nul ne peut être arbitrairement détenu » est assuré par « l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ». Ces dispositions sont toutefois interprétées strictement par le Conseil constitutionnel¹³². La même règle ne se trouve pas dans la Constitution en ce qui concerne la protection du droit de propriété, mais se retrouve traditionnellement dans la jurisprudence, à travers les théories de la voie de fait et de l'emprise, ainsi que différents textes de lois qui ont toujours reconnu la compétence du juge judiciaire en la matière.

La voie de fait est une illégalité manifeste de l'administration commise dans l'accomplissement d'une opération matérielle d'exécution. L'administration porte alors atteinte, de façon grave, au droit de propriété ou à la liberté individuelle, soit en prenant une décision insusceptible de se rattacher à ses attributions (voie de fait par manque de droit), soit en procédant à l'exécution forcée injustifiée d'une décision, même légale (voie de fait par manque de procédure)¹³³. Dans sa jurisprudence plus récente, le Tribunal des conflits a eu l'occasion de préciser qu'une atteinte au droit de propriété ne peut constituer une voie de fait qu'en cas

¹³⁰ Herrmann, *Das französische Staatshaftungsrecht*, S.58 ff..

¹³¹ Gaudemet, *Traité de droit administratif I*, S. 146.

¹³² CC 28 juillet 1989, numéro 89-261 DC, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France ; CC 13 mars 2003, numéro 2003-467 DC, Loi pour la sécurité intérieure.

¹³³ Chapus, *Droit administratif général*, p.873.

« d’extinction du droit de propriété »¹³⁴. Ainsi, dans l’affaire Bergoend, le Tribunal des conflits refuse de considérer qu’une atteinte aussi grave au droit de propriété que l’implantation, sans titre, d’un ouvrage public sur le terrain d’une personne privée est assimilable à l’extinction d’un droit de propriété. Cette formule éminemment restrictive n’est en tout cas pas assimilable à une simple privation, dépossession ou aliénation¹³⁵. Pourtant, au sens de la jurisprudence constitutionnelle, le juge judiciaire doit être reconnu comme compétent plus largement pour indemniser les préjudices en cas de « dépossession » du droit de propriété¹³⁶. Ceci étant, dans son arrêt Epoux Panizzon du 9 décembre 2013 le Tribunal des conflits a assimilé « extinction » du droit de propriété et « dépossession définitive »¹³⁷.

L’emprise concerne les atteintes portées par l’administration à la propriété privée lorsqu’elles se manifestent par une occupation ou une dépossession, temporaire ou définitive, partielle ou totale¹³⁸. Par ailleurs, elle concerne seulement la propriété privée des immeubles, ce qui exclut non seulement les meubles, mais également les différents démembrements du droit de propriété. Il faut dans ce cas distinguer l’emprise régulière de l’emprise irrégulière, la première relevant de la compétence de la juridiction administrative qui devra fixer l’indemnisation, la deuxième faisant appel au juge judiciaire pour réparer les conséquences. Toutefois, la jurisprudence Epoux Panizzon s’applique également à l’emprise : c’est le juge administratif qui est compétent pour statuer sur les demandes d’indemnisation de préjudices nés d’une emprise irrégulière, sauf si celle-ci est caractérisée par « l’extinction » du droit de propriété, celle-ci étant assimilée, comme on l’a évoqué plus haut, à « une dépossession ». Cette nouvelle approche, qui va dans la même direction pour la théorie de l’emprise et de la voie de fait, semble privilégier de plus en plus la compétence du juge administratif.

C. Les fondements de responsabilité

En ce qui concerne le fond du droit, il est possible de schématiser les conditions d’engagement de la responsabilité de l’administration d’une manière très similaire au droit civil : il est nécessaire d’établir l’existence d’un préjudice, un lien de causalité entre le préjudice et le fait générateur et un fait générateur. Si les deux premières notions se rapprochent également du droit civil, le fait générateur de la responsabilité de l’Etat s’en distingue assez clairement.

La responsabilité de l’Etat peut désormais se décliner en deux branches : la responsabilité pour faute et la responsabilité sans faute. Cette évolution ne s’est pas toujours faite sans encombre : les débuts de la responsabilité sans faute remon-

¹³⁴ TC Bergoend, 17 juin 2013, requête numéro.

¹³⁵ Tifine, Droit administratif général, partie 3, chapitre 2.

¹³⁶ CC 13 décembre 1985, DC numéro 85-198, Loi portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle.

¹³⁷ Requête numéro 3931 : AJDA 2014, p. 216, chron. Bretonneau et Lessi.

¹³⁸ TC 17 mars 1949, Société Hôtel du Vieux Beffroi.

taient aux dispositions spéciales concernant les travaux publics. Lorsque la jurisprudence a commencé à élargir la responsabilité sans faute et à la généraliser, une partie de la doctrine a craint qu'en lui faisant perdre son caractère de régime d'exception, on tende à long terme à remplacer la responsabilité pour faute par une responsabilité sans faute générale¹³⁹. Cela ne s'est finalement pas produit, de sorte qu'une coexistence relativement stable entre les deux notions a pu se mettre en place.

La responsabilité pour faute d'un côté se rattache à tous les cas où il est possible de déterminer une faute de la part de l'administration. Il faut à ce sujet distinguer la faute personnelle et la faute de service de l'employé de l'administration. Pour ce qui est de la responsabilité sans faute, elle se décline encore une fois en deux catégories : la responsabilité pour risque et la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques¹⁴⁰.

Section 3. Responsabilité administrative ou responsabilité de l'Etat

Il n'est pas évident de parler de responsabilité administrative lorsqu'on étudie les moyens d'action de l'Etat dans le cadre de la transition énergétique. En effet, même si la mise en œuvre de la transition a en général lieu à travers l'administration, elle agit en général avec une marge de manœuvre assez réduite et en application des lois du parlement. Ce n'est alors pas tant l'administration qui engage sa responsabilité que l'État législateur. C'est précisément le cas des décisions étudiées jusqu'à présent.

Alors qu'en Allemagne, le domaine de la responsabilité administrative est aussi marqué par la jurisprudence et la doctrine qu'en France et que la dénomination de cette branche du droit est sujet à de nombreux débats, aucun auteur ne propose le terme de responsabilité administrative ou responsabilité de l'administration. La conception autour du droit public subjectif¹⁴¹ se ressent jusque dans les différentes appellations proposées : droit des prestations de remplacement¹⁴², droit des compensations des conséquences¹⁴³, droit des prestations publiques d'indemnisation et de compensation¹⁴⁴, mais aussi responsabilité de

¹³⁹ Herrmann, Das französische Staatshaftungsrecht, S.209.

¹⁴⁰ Cette question du fondement sur lequel est opéré la responsabilité de l'Etat est depuis son apparition l'une des questions les plus discutées par la doctrine. Le professeur Seiller parlait même de « l'un des Graal du droit de la responsabilité de la puissance publique » dans : Préface, Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif, Volume 132, Camguilhem.

¹⁴¹ Cf. partie II, chapitre 1, section 1, §1.

¹⁴² Recht der staatlichen Ersatzleistungen: Maurer.

¹⁴³ Folgeausgleich: Bull/Mehde.

¹⁴⁴ Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen: Rübner.

l'Etat¹⁴⁵ qui vient exprimer l'opposition traditionnelle découlant de la constitution allemande entre l'Etat d'une part, et le citoyen d'autre part.

En France, sont utilisés en tant que synonymes les termes de responsabilité administrative et responsabilité de l'Etat. Historiquement, la responsabilité administrative s'est avant tout développée à l'encontre de l'administration et non de l'Etat en tant que législateur. Mais la combinaison des termes de responsabilité administrative et de responsabilité de l'Etat peut donner une indication sur ce qu'il faut comprendre : en ce qui concerne la personnalité juridique responsable, il s'agit bien de responsabilité de l'Etat et non de responsabilité de l'administration, tandis qu'en ce qui concerne le régime juridique applicable, il s'agit bien de responsabilité administrative, qui est spéciale et qui déroge aux règles de droit commun de la responsabilité.

Différence mineure, la conception classique de *Staatshaftung* englobe également les actions à l'encontre des personnes privées agissant avec des prérogatives de puissance publiques. En France, il ne s'agit plus alors de l'Etat *stricto sensu*, de sorte que certains auteurs préfèrent parler de responsabilité de la puissance publique plutôt que de responsabilité de l'Etat.

On préférera au final le terme de responsabilité de l'Etat pour les besoins de ce mémoire, en ce qu'il exprime les points communs des différentes conceptions plutôt que leurs différences et suffit à englober les recours et fondements juridiques dont nous auront besoin.

¹⁴⁵ Staatshaftungsrecht: Detterbeck, Ossenbühl, Battis, Grzeszick.

Chapitre 2.

Prolongation du droit de propriété sur la responsabilité

L'application du mécanisme de la responsabilité de l'Etat en tant que prolongation de la garantie constitutionnelle de la propriété selon sa conception allemande plus large ne peut se faire qu'en deux temps : il faut d'une part déterminer quelles règles de droit appliquer (Section 1), puis comparer le préjudice effectivement indemnisable (Section 2).

Section 1. Fondements de la responsabilité de l'Etat et protection de la propriété

Deux solutions peuvent exister en principe : l'application d'un ou plusieurs fondements de la responsabilité qui seraient généraux, dont les atteintes à la propriété rempliraient les conditions, et l'existence d'un fondement de responsabilité qui existerait spécialement pour protéger la propriété au niveau du droit administratif. Ce sont ces deux possibilités que nous retrouvons respectivement en France et en Allemagne.

§1. Un fondement général de la responsabilité

A. Une conséquence de la doctrine française

Le droit français ne permet à ce stade qu'assez peu de marge de manœuvre. Comme la doctrine et la jurisprudence sont assez hostile à la reconnaissance de droit de propriété sur des biens immatériels, il n'y avait que très peu de chance qu'un régime spécial de la responsabilité de l'Etat existe pour des atteintes au droit de propriété selon l'interprétation large qu'en fait la doctrine allemande, même si sur le principe il n'était pas impossible qu'une jurisprudence différente de celle du Conseil constitutionnel se développe sous le Conseil d'Etat. Cela ne s'étant pas véritablement produit dans le passé, il n'y a pas de raison de s'attendre à ce qu'une telle distinction s'impose.

L'existence d'un fondement de responsabilité de l'Etat spécifique aux atteintes au droit de propriété est d'autant plus improbable, qu'en l'état actuel du droit, le juge gardien des atteintes aux libertés fondamentales et en particulier des atteintes au droit de propriété reste le juge de l'ordre civil. Dans ce cas c'est les règles du droit commun de la responsabilité civile qui s'appliquent. Même si la tendance évolue dans le sens de réduire de plus en plus le champ de ses attributions en réservant la compétence du juge judiciaire aux extinctions du droit de propriété, fonder une responsabilité administrative sur l'atteinte au droit de pro-

priété serait une contradiction et ne correspondrait pas à la tradition française¹⁴⁶. La solution française tend donc à transférer la compétence à la juridiction administrative d'atteintes au droit de propriété sans le nommer, en réduisant d'un côté les compétences extraordinaires du juge civil et en élargissant progressivement les compétences ordinaires du juge administratif¹⁴⁷.

S'agissant aussi bien dans le cadre de la décision du Conseil constitutionnel du du 13 août 2015 que plus globalement dans notre étude des actions de l'Etat législateur d'une loi conforme au principe constitutionnel du droit de propriété, une responsabilité pour faute devrait a priori être exclue. Parmi les cas de responsabilité sans faute, entre la responsabilité pour risque et la responsabilité pour rupture du principe d'égalité, c'est bien évidemment cette deuxième qu'il faut retenir pour voir dans quelle mesure elle ouvrirait droit à des indemnités.

B. Le rejet de la doctrine allemande

En Allemagne, on pourrait avoir l'impression qu'en l'absence de véritable système du droit de la responsabilité de l'Etat, il ne peut pas exister de fondement général de la responsabilité. Cette conclusion n'est pourtant pas tout à fait exacte : le fait que la responsabilité allemande soit composée de différents droits et d'actions particulières issues de plusieurs sources juridiques et historique différentes implique bien que le système n'est pas sans contradictions, mais n'entraîne pas l'absence de principes plus généraux. C'est précisément ce qui se passe dans le domaine du droit de propriété en Allemagne, auquel il est nécessaire de consacrer un chapitre à part dans les manuels de droit administratif¹⁴⁸, en raison du conflit qui lui est propre. Il existe en effet à la fois des règles générales qui pourraient s'appliquer et des règles plus spéciales qui proposent des solutions propres, mais dont les contours et les conditions ne sont pas assez clairement délimités pour appliquer automatiquement l'adage selon lequel la règle spéciale déroge à la règle plus générale. Cette difficulté est d'autant plus grande, que les jurisprudences du BVerfG et du BGH ont longtemps divergés, et il n'est pas certain qu'un terrain d'entente ait été véritablement trouvé¹⁴⁹.

Le principe plus général du droit allemand est la *Aufopferungsanspruch*, l'indemnisation pour cause de sacrifice, qui remonte au droit prussien de 1794¹⁵⁰

¹⁴⁶ Cf. infra, Partie II § 1 B.

¹⁴⁷ Ce qui n'est pas sans ironie, car en agissant de la sorte, on remet tout autant en cause la tradition française.

¹⁴⁸ Maurer, § 27, Fn.4.

¹⁴⁹ Maurer, §27 Rn. 2, à propos de la responsabilité pour les atteintes au droit de propriété : « Si la responsabilité de l'agent de l'administration était déjà très compliquée et dogmatiquement hautement discutable, cela est encore bien plus vrai en matière des indemnisations pour les atteintes au droit de propriété ».

¹⁵⁰ §§ 74, 75 EinlALR : „Einzelne Rechte und Vortheile der Mitglieder des Staats müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beyden ein wirklicher Widerspruch (Collision) eintritt, nachstehn. Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher

et qui après une période de rejet jurisprudentiel a été reconnu comme continuant à subsister en responsabilité de l'Etat en tant que droit coutumier¹⁵¹. Il s'agit d'un fondement très proche conceptuellement de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques et qui aurait pu sans soucis être appliqué aux cas d'atteintes au droit de propriété. Ce ne fut pas le chemin retenu par la jurisprudence allemande, qui écarta complètement le droit de propriété du champ d'application de cette forme de responsabilité pour restreindre son emploi aux cas des droits extrapatrimoniaux tels que le droit à la vie et à la santé (Art. 2 II 1 GG) et le droit à la liberté (Art. 2 II 2 GG). Le législateur est par la suite intervenu à plusieurs reprises pour régler les principaux cas de figure susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat lors d'atteintes de droits extrapatrimoniaux, rendant ainsi rarissime les cas d'application du principe général d'indemnisation pour cause de sacrifices¹⁵². En faisant ainsi, l'Allemagne s'est complètement détournée de la solution française de la clause générale.

§2. Le régime spécial de la protection de la propriété

De ce fait, la protection de quasiment tous les droits patrimoniaux en Allemagne incombe à la garantie constitutionnelle du droit de propriété, Art. 14 GG. Là non plus, il n'existe pas véritablement de principe général. Il faut ainsi distinguer le type d'atteinte pour trouver le fondement applicable : l'indemnisation pour *Enteignung*, l'indemnisation pour une charge particulière résultant des dispositions légales, l'indemnisation pour les atteintes illégales à la propriété (*enteignungsgleicher Eingriff*) et finalement l'indemnisation pour les conséquences négatives imprévisibles sur la propriété résultant de l'action de l'administration (*enteignender Eingriff*)¹⁵³. Toutes ces actions ne découlent que de la disposition très succincte de l'Art. 14 GG, qui a fait l'objet d'une interprétation extensive par les différentes juridictions compétentes et a ainsi beaucoup évolué dans le temps.

Le revirement le plus marquant a sans conteste été effectué par la décision *Nassaukiesung* du BVerfG du 15. Juli 1981 précitée, qui dans les faits, retire l'indemnisation pour expropriation de la compétence du BGH pour en faire une question de droit constitutionnel, même s'il continue à s'agir d'une question de responsabilité de l'Etat selon la conception allemande¹⁵⁴. Mais par ses principes, et en particulier le principe selon lequel il n'était pas possible pour le BGH d'indemniser un particulier qui subissait une atteinte dans son droit de propriété sans base légale, cette décision a eu de nombreuses conséquences sur le dispositif

seine besondern Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genöthigt wird, zu entschädigen gehalten.“

¹⁵¹ Le Reichsgericht rejetait l'application du droit prussien, alors que le BGH décide de s'y référer à nouveau : BGH v. 19.2.1953, JA 2/2016 S.85 (Fn. 39).

¹⁵² Lege, Staatshaftungsrecht, JA 2/2016, S. 85.

¹⁵³ Maurer, § 27 Rn. 1.

¹⁵⁴ Voir Partie I.

de protection du droit de propriété tout entier¹⁵⁵. Elle a notamment eu pour conséquence de clarifier le mécanisme de responsabilité de l'Etat applicable, lorsque l'atteinte au droit de propriété n'est pas issue d'une *Enteignung*, mais d'une réglementation du droit de propriété, une *Inhalt- und Schrankenbestimmung*¹⁵⁶.

S'agissant de ces réglementations par l'effet de la loi du droit de propriété, le BVerfG les divise désormais en deux catégories : les réglementations qui sont conformes à la constitution et celles qui ne le sont pas. Dans tous les cas, il s'agit bien d'une loi adoptée en vertu de la constitution dans sa mission d'institution du droit de propriété. Cependant, selon la conception allemande des libertés fondamentales, leur application doit toujours respecter le principe de proportionnalité, le *Verhältnismäßigkeitsprinzip*, qui signifie notamment pour l'Etat de retenir parmi toutes les options qui lui étaient disponibles celle qui sera la plus légère pour le particulier¹⁵⁷. Mais il s'agit aussi de comparer les intérêts de la personne privée atteinte dans ses droits face aux intérêts plus généraux protégés. L'effet de la loi doit ainsi être contrôlé sous l'aspect de son intensité et de sa durée pour décider si elle fait peser sur un particulier une charge déraisonnable¹⁵⁸. La charge sera jugée notamment déraisonnable si l'atteinte au droit de propriété est d'une telle intensité, que la notion de propriété même est mise en danger¹⁵⁹ ou si l'atteinte à la propriété pèse uniquement sur une personne, ce qui revient à appliquer une forme du principe d'égalité¹⁶⁰.

Pour compenser la charge déraisonnable que fait reposer une loi sur un particulier, qui serait inconstitutionnelle, le législateur a la possibilité de prévoir dans cette loi une indemnisation du particulier. Ce mécanisme porte le nom en droit allemand de *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*, de réglementation du droit de propriété imposant une compensation. En cas de litige sur l'application de cette disposition légale, le juge administratif allemand est compétent. Cependant, si aucune indemnisation n'est prévue et qu'il semble au juge administratif que le poids qui repose sur le particulier est déraisonnable, il ne peut pas accorder d'indemnisation sans base légale, ni rejeter par lui-même une loi inconstitutionnelle. Il est alors obligé de poser une question préjudicielle en application de l'Art. 100 I GG au BVerfG qui possède le Verwerfungsmonopol, le monopole de la compétence de rejet d'une loi.

¹⁵⁵ Par cette décision, le BVerfG a remis en cause l'existence des figures jurisprudentielles du *enteignungsgleicher* et *enteignender Eingriff*, fondements de responsabilité pour les atteintes illégales à la propriété et pour les conséquences négatives imprévisibles sur la propriété résultant de l'action de l'administration, qui découlaient jusque-là directement d'une interprétation de l'Art. 14 GG. Ces actions semblent toutefois subsister encore en se fondant désormais sur le droit coutumier et l'application des §§ 74, 75 EinlALR qui servaient déjà de fondement au *Aufopferungsanspruch*. Pour le détail de l'évolution jurisprudentielle, l'analyse de la décision du BVerfG et de sa réception par la doctrine, voir notamment : Maurer, § 27 Rn. 3 – 36.

¹⁵⁶ Pour la notion de *Inhalt- und Schrankenbestimmung*, voir Partie I § 2.

¹⁵⁷ Maurer, § 27 Rn. 79.

¹⁵⁸ « Unzumutbar », Maurer, §27 Rn. 81.

¹⁵⁹ Maurer §27 Rn. 79.

¹⁶⁰ Maruer §27 Rn. 81

S'agissant de l'action du législateur en matière de transition énergétique, c'est ce mécanisme qui sera à même de limiter son action ou d'entraîner une indemnisation. Les autres mécanismes ne seront que rarement applicables : la conception formelle d'expropriation ne correspond pas véritablement à l'action de l'Etat dans ce domaine, une responsabilité pour atteinte illégale à la propriété (*enteignungsgleicher Eingriff*) ne correspond pas à notre sujet de recherche et une responsabilité pour les conséquences négatives imprévisibles sur la propriété (*enteignender Eingriff*) n'est pas exclue en soi, mais n'a jusqu'à présent fait l'objet d'aucune décision¹⁶¹.

Section 2. L'existence d'une obligation d'indemnisation

Une indemnisation peut ainsi exister dans les deux pays, car les fondements juridiques respectifs existent. Afin de déterminer ce que cette obligation d'indemnisation va véritablement signifier pour l'action de l'Etat-législateur, il est nécessaire de voir quelles conditions doivent être remplies avant d'engager sa responsabilité.

§1. L'existence d'un préjudice indemnisable

Il faut au préalable déterminer quel est le préjudice qui peut être indemnisé. Selon le pays, il ne sera en effet pas possible de retenir des dommages de toutes natures, afin d'éviter d'être en contradiction au niveau de la responsabilité de l'État avec ce que nous avons dit au niveau de la garantie constitutionnelle du droit de propriété.

A. La prise en compte de l'ensemble du préjudice

Énoncé de manière purement abstraite, les conditions à la mise en œuvre de la responsabilité pour rupture d'égalité sont assez simple : il existe trois conditions d'engagement de la responsabilité de l'administration : l'existence d'un préjudice, un lien de causalité entre le préjudice et le fait générateur et un fait générateur. Cependant, derrière cette schématisation un peu utopique se cache véritablement une casuistique compliquée que nous ne pourrions pas étudier ici dans son ensemble.

Deux aspects nous semblent intéressants à ce stade : l'étendue de la réparation et les caractères que doit présenter le préjudice pour être réparable. Le principe est celui de la réparation intégrale du préjudice, tel qu'on le connaît également du droit civil¹⁶². En revanche, la réparation ne saurait excéder le montant du préjudice. Il s'agit là d'une interdiction d'ordre public qui doit être soulevée d'office par

¹⁶¹ De telles conséquences imprévisibles ne peuvent par définition pas être prévues par avance, sous peine de constituer un fait un cas de *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*, de loi (inconstitutionnelle) imposant une charge déraisonnable à un particulier.

¹⁶² CE, 21 mars 1947, Aubry : Rec. p. 123.

une juridiction le cas échéant. Le principe de réparation intégral n'est écarté que dans les cas prévus par le législateur.

Le préjudice doit présenter un caractère certain et réparable. Il est certain dès lors que son existence est établie, mais peut également être futur, à condition qu'il présente un degré suffisant de certitude¹⁶³. La perte de chance peut également être indemnisée par le juge en proportionnant la réparation au coefficient de chances qu'avait la victime et qu'elle a perdu¹⁶⁴. Le caractère réparable du préjudice ne posera ici pas de difficultés particulières, étant donné qu'il s'agirait d'un préjudice financier. Les préjudices non réparables sont souvent d'ordre moral. Ainsi, notamment, l'article L. 13-13 du Code de l'expropriation exclut implicitement l'indemnisation du préjudice moral subi à l'occasion d'une procédure d'expropriation¹⁶⁵.

Dans le cas particulier de la décision du conseil constitutionnel du 13 août 2015 sur la Loi de transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015, le préjudice que peut ainsi faire valoir EDF découle de toutes les conséquences négatives et directement causales avec la fermeture de la centrale nucléaire de Fessenheim. EDF a en particulier fait valoir deux aspects : les coûts liés à la fermeture de la centrale (dépenses de reconversion du personnel, de démantèlement, de taxe INB, Installation Nucléaire de Base, et de « post-exploitation »), que EDF dénomme part fixe, et le manque à gagner pour EDF jusqu'en 2041, qui était la durée d'exploitation à laquelle EDF pouvait encore prétendre avant que l'autorisation d'exploitation soit retirée. En ce qui concerne l'estimation de ce deuxième préjudice, EDF demande une part variable, versée le cas échéant ultérieurement, qui sera déterminée en fonction des prix de marché constatés et de la production constatée du parc au palier 900 MW d'EDF hormis Fessenheim¹⁶⁶.

En ce qui concerne la date d'évaluation du préjudice, il faut distinguer les dommages causés aux personnes des dommages causés aux biens : les dommages aux personnes sont évalués à la date de la décision fixant l'indemnité, tandis que les dommages aux biens sont évalués à la date de leur réalisation et non à la date du jugement. Plus exactement : « à la date ou leur cause ayant pris fin et leur étendue étant connue, il peut être procédé à des travaux destinés à les réparer »¹⁶⁷.

¹⁶³ Par ex : CAA Paris, 19 juillet 1994, Ministre de la Santé et de l'Action humanitaire.

¹⁶⁴ En particulier en matière d'examen ou de concours, par ex : CE, 6 novembre 2000, requête numéro 189398, Gregory.

¹⁶⁵ Le Conseil constitutionnel a récemment considéré que ces dispositions sont conformes aux normes constitutionnelles protégeant le droit de propriété (Cons. Const., 21 janvier 2011, numéro 2010-87 QPC).

¹⁶⁶ <https://www.edf.fr/groupe-edf/espaces-dedies/medias/tous-les-communiques-de-presse/indemnisation-liee-a-la-fermeture-de-la-centrale-de-fessenheim-information-du-conseil-d-administration-et-precisions-sur-le-calendrier-social>

¹⁶⁷ CE 21 mars 1947, Compagnie générale des eaux.

En ce qui concerne le calcul précis du préjudice, dans le cadre de l'indemnisation pour la fermeture de la centrale nucléaire de Fessenheim, nous ne l'analyserons pas dans toute son étendue. Retenons avant tout que selon la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 2015, une indemnisation doit être accordée. En cas de litige, la juridiction compétente serait la juridiction administration, qui devrait alors évaluer le préjudice plus précisément. Le détail de la méthode de calcul pourrait ainsi certainement constituer encore un sujet à part, d'une grande complexité, étant donné qu'il ferait appel à beaucoup d'expertise en matière de fonctionnement d'une centrale nucléaire.

En ce qui concerne la causalité du préjudice au fait générateur, il ne semble pas y avoir de soucis non plus, étant donné que c'est avec certitude que l'on peut affirmer que ce préjudice n'aurait pas été causé sans la loi. Une rupture du lien de causalité n'apparaît pas. En particulier, on ne peut pas réellement considérer que la transition énergétique constitue un cas force majeur. Celui-ci devrait être caractérisée par son imprévisibilité, son extériorité et son irrésistibilité, ce qui n'est certainement pas le cas lorsque la loi qui fixe le taux de production en électricité à partir du nucléaire se justifie par le respect de réglementations internationales, souscrites librement par l'Etat français et qui ne s'imposait pas nécessairement pour des raisons écologiques impérieuses et urgentes.

Concrètement, il semblerait qu'après des premières estimations de la part de certains députés d'un dommage d'une hauteur de près de 4 milliards d'euros, et à une proposition de la part du gouvernement d'une indemnisation de 100 millions, un accord ait temporairement été trouvé entre EDF et le gouvernement sur une somme totale de 400 millions d'euros, avec possibilité de réévaluer la partie variable dans les années à venir¹⁶⁸.

Un tel raisonnement, tiré d'une appréciation globale du dommage, ne peut manifestement pas être tenu sous le régime du droit allemand.

B. La restriction au préjudice du droit de propriété

S'agissant en Allemagne d'un fondement de responsabilité qui est issu directement du droit de propriété, des restrictions vont s'imposer quant au calcul du préjudice. En effet, celui-ci ne peut être indemnisé que s'il se rapport effectivement à une atteinte au droit de propriété.

En application de ce que nous avons déjà dit lors de notre réflexion sur la nature du droit de propriété en Allemagne¹⁶⁹, qui est plus large qu'en France, nous pouvons constater : en application de la doctrine majoritaire, mais surtout de la jurisprudence constante du BVerfG, seul les quantités d'électricité accordées par la loi de 2002 relèvent du droit de propriété de l'Art. 14 GG. La prolongation de la

¹⁶⁸ http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/08/24/fessenheim-accord-trouve-entre-edf-et-l-etat_4987356_3234.html.

¹⁶⁹ Cf supra Partie 1 Chapitre 2 Section 1.

durée d'exploitation ainsi que la quantité supplémentaire d'électricité que pouvait produire les exploitants d'usines nucléaires ne sont pas couverts.

Seul le préjudice touchant à ce droit de propriété peut faire naître une obligation de l'Etat à indemniser les exploitants. Une quantification exacte n'est pas possible, dans la mesure où ces informations n'ont pas été mises à la disposition du public, mais n'est pas absolument nécessaire non plus.

S'agissant de *Inhaltsbestimmung*, l'indemnisation n'est pas directement imposée par l'Art. 14 III GG. Il aurait donc pu y avoir un régime d'indemnisation différent. Pourtant, il semblerait que lorsque les conditions qui donnent droit à une indemnisation sont effectivement réunies, et qu'une loi qui porterait atteinte au droit de propriété sans indemniser serait contraire à la constitution, le même régime juridique soit à appliquer que dans le cadre d'une *Enteignung*.

Ainsi l'indemnisation est en règle générale de nature pécuniaire, mais pourrait être de toute autre nature, par exemple en l'attributions d'autres prérogatives d'une valeur équivalente. Dans le cadre d'une expropriation classique d'un terrain, il est possible de proposer un nouveau terrain équivalent.

Une différence existe tout de même : une indemnisation n'est possible qu'avec la constatation par le juge, que la charge qui pèse sur un particulier est trop lourde pour être portée. Dans ce cas, l'application du principe de la réparation intégrale du préjudice n'impose pas de réparer l'ensemble du préjudice que subit le particulier, mais l'ensemble du préjudice qu'il subit qui lui fait peser une charge trop lourde. Il est ainsi possible de laisser à sa charge une partie du préjudice si celle-ci correspond à une charge adéquate¹⁷⁰.

Cette appréciation est néanmoins pleinement soumise à l'appréciation du juge et n'est pas une indemnisation d'équité ou un geste volontaire du législateur. Globalement, on retiendra tout de même que si le système de responsabilité allemand est plus précis, étant donné qu'il est spécifiquement issu du droit de propriété, il est aussi plus restreint concernant la nature du dommage indemnisable. Cependant, il n'est pas exclu que les exploitants puissent également demander une indemnisation sur d'autres fondements que l'atteinte à leur droit de propriété.

§2. La rupture d'égalité devant les charges publiques

Si le fait générateur de la responsabilité en France est réellement la rupture d'égalité devant les charges publiques, ça n'est pas exactement le mécanisme employé en Allemagne. Cependant, sans être nommé ainsi, c'est bien ce principe que l'on retrouve appliqué dans le cadre du contrôle du respect du principe de proportionnalité. Et c'est au final bien ce principe qui sera déterminant pour attribuer ou non une indemnisation, en France comme en Allemagne.

¹⁷⁰ Maurer, § 27, Rn. 86.

A. Dans le cadre de la responsabilité sans faute

Le fait générateur de la responsabilité sans faute pour rupture d'égalité n'est plus constitué par l'existence d'un risque d'une intensité particulière, mais par la survenance d'un dommage qui doit présenter, dans certaines hypothèses, des caractéristiques particulières. L'engagement de la responsabilité sans faute de l'administration permet alors de rétablir l'égalité entre la victime et le reste de la population. Il faut pour cela que le dommage repose sur deux caractéristiques essentielles : la spécialité et l'anormalité.

C'est précisément ces deux critères qui font de la responsabilité pour dommage causé par la loi un cas très rare dans la jurisprudence. S'agissant de la spécialité, le préjudice causé doit porter sur un nombre très faible d'individu, une seule personne ou du moins un petit nombre. Si ça n'était pas le cas, le préjudice serait général et ne pourrait alors pas constituer une rupture au principe d'égalité.

S'agissant de l'anormalité, le préjudice doit être d'une particulière gravité pour pouvoir être indemnisé. En effet, les troubles légers supportés par chacun ne peuvent faire l'objet d'une demande de réparation.

Même si en théorie, rien ne s'opposait à l'existence d'une responsabilité sans faute du fait de la loi, de nombreux auteurs considéraient qu'un tel cas été rendu impossible par l'effet des conditions que le fait générateur devait pouvoir réunir. Une loi, en effet, ne pouvait pas, par son caractère général, créer de préjudice spécial.

C'est dans la décision La Fleurette du Conseil d'Etat du 14 janvier 1938 que ces conditions ont pu être réunies à l'encontre d'une loi pour la première fois. Une loi relative à la protection des produits laitiers interdisait la fabrication et le commerce de produits ne provenant pas exclusivement de lait, destinés au même usage que la crème. La société des produits La Fleurette était la seule société à produire ce type de produits et a ainsi dû cesser son activité en application de cette loi. Ceci suffira pour le CE à qualifier le dommage subi de spécial et anormal, décidant que « cette charge, crée dans un intérêt général, doit être supporté par la collectivité ».

Lors d'un communiqué de presse, EDF avait affirmé que « le projet de fermeture de la centrale de Fessenheim ouvre un droit à indemnisation, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 août 2015, à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité de la Loi de transition énergétique pour la croissance verte du 17 août 2015 »¹⁷¹. Cette affirmation n'est pas tout à fait exacte, le Conseil constitutionnel n'ayant que retenu que « les dispositions contestées ne font pas obstacle à ce que les titulaires d'autorisations de création d'installations

¹⁷¹ EDF, Communiqué de presse, 28 juillet 2016, Indemnisation liée à la fermeture de la centrale de Fessenheim (https://www.edf.fr/sites/default/files/contrib/groupe-edf/espaces-dedies/espace-medias/cp/2016/cp_edf_20160728_fessenheim_vf.pdf)

nucléaires de base déjà délivrées au jour de l'entrée en vigueur de la loi déferée, privés de la possibilité de demander une autorisation d'exploiter une installation pour laquelle ils disposent d'une telle autorisation de création ou contraints de demander l'abrogation d'une autorisation d'exploiter afin de respecter le plafonnement institué par l'article L. 311-5-5, puissent prétendre à une indemnisation du préjudice subi »¹⁷².

Il ne fait cependant peu de doutes que les conditions caractérisant une rupture d'égalité devant les charges publiques soient effectivement réunies. Les travaux préparatoires au texte de loi montrent ainsi que la question de l'impact sur la société EDF avait été identifiée¹⁷³. Le Sénat et l'Assemblée nationale se sont particulièrement opposés sur la question de savoir s'il fallait plafonner le nouveau taux d'électricité à 63,2 GW, qui a finalement été retenu, ou à 64,85 GW, taux qui aurait permis à EDF de garder sa centrale de Fessenheim. La combinaison de l'importance qu'a eu l'effet de cette loi, ainsi que la référence au régime de responsabilité sans faute pour rupture d'égalité dans la décision du Conseil constitutionnel indique que selon la conception de droit français, une indemnisation d'EDF était bien nécessaire.

B. Dans le cadre du principe de proportionnalité.

En ce qui concerne le préjudice subi par les exploitants allemands, la décision du BVerfG reste en attente, et il n'est pas possible de prévoir avec certitude comment il statuera.

C'est en tout cas pour des bonnes raisons qu'aucun des exploitants ou même des auteurs en doctrine n'invoque directement l'atteinte à la propriété aux usines nucléaires par l'existence même d'une obligation d'avoir une autorisation d'exploitation. Subordonner la mise en service de réacteurs nucléaires à l'obtention d'une autorisation administrative semble même être une nécessité de bon sens, lorsque l'on connaît aussi bien les risques liés à l'utilisation du nucléaire pour créer de l'électricité que le potentiel destructeur d'une reconversion vers l'armement. Il ne s'agit ainsi certainement pas d'une atteinte au principe de proportionnalité. Une décision dans le sens inverse conduirait à menacer la sécurité nationale sans réellement protéger le propriétaire d'un réacteur qui ne subit concrètement aucun dommage, puisqu'en pratique aucune entreprise n'acquiert la propriété de réacteurs nucléaires avant de s'assurer d'avoir l'autorisation de les exploiter.

La loi de 2012 pourrait néanmoins porter atteinte au droit de propriété des exploitants. Comme les quantités de 2011 ne sont pas protégées par le droit de propriété, la loi de 2013 pourrait porter une atteinte au droit de propriété de 2002. Cette atteinte ne respecte le principe de proportionnalité que lorsqu'elle

¹⁷² Décision n° 2015-718 DC du 13 août 2015, Cons. 59.

¹⁷³ Voir en particulier le rapport n°263 du Sénat du 28 janvier 2015, tome I, p. 390.

poursuit un but légitime, que l'atteinte est nécessaire pour atteindre son objectif sans qu'il existe de moyen plus doux et qu'elle soit raisonnable. En ce qui concerne le but légitime de l'atteinte, la transition énergétique ne pose pas véritablement de problème. La décision de mettre un terme à l'énergie nucléaire ne s'impose peut-être pas, mais il faut préserver au législateur une marge de manœuvre dans son appréciation souveraine de la politique énergétique. Si le législateur décide qu'une sortie du nucléaire doit se faire le plus rapidement possible pour protéger la vie et la santé des citoyens, mission de l'Etat fixée par l'Art. 2 II GG, et qu'un risque existe véritablement, le juge ne peut pas le sanctionner. Le juge pourrait tout au plus sanctionner des justifications incohérentes, si le législateur affirmait dans sa justification par exemple que la catastrophe de Fukushima avait modifié le niveau de sécurité des réacteurs nucléaires¹⁷⁴.

La mesure est également nécessaire et appropriée. Le principe du moyen le plus doux permet en particulier au législateur d'écarter tout moyen qui ne garantirait pas le même niveau d'efficacité qu'un autre moyen. A ce stade, il n'est pas question de prendre en compte la gravité des conséquences sur le particulier subissant le préjudice.

La difficulté d'appréciation réside sur le caractère « raisonnable » de la mesure. Il s'agit ici du contrôle de proportionnalité au sens strict. C'est à ce stade qu'il faut comparer le préjudice du particulier avec l'objectif poursuivi par l'État et que le juge va, dans les faits, exercer un contrôle proche de celui du juge français sur la rupture d'égalité devant les charges publiques, même s'il ne l'appelle pas comme ça. L'appréciation va dépendre de la hauteur précise du préjudice qui va dépendre du calcul exact que va effectuer chaque exploitant. Il semblerait néanmoins que la loi de 2011 constitue globalement un retour en arrière à la situation de 2002, de sorte que les quantités de 2002 pourront presque toutes être garanties. Seul Vattenfall semble ne pas posséder assez de réacteurs pour transférer les quantités d'électricités non produites d'une usine qui a été fermée immédiatement sur une usine qui peut continuer à fonctionner. Mais comme nous l'avons vu précédemment, selon toute probabilité, Vattenfall ne pourra cependant pas invoquer de droit de propriété allemand. Il n'existe ainsi pas d'atteinte indemnizable à la propriété des quantités de 2002.

Le résultat final est étonnant : EDF pourra prétendre à une indemnisation en France pour la fermeture d'une seule usine nucléaire, tandis que 3 exploitants allemands n'y auront vraisemblablement pas droit en Allemagne, alors que l'ensemble de leurs réacteurs seront touchés ! Cela est probablement dû aux particularités de la situation : la conception allemande de la propriété a paru renforcer le régime de protection des exploitants en y faisant entrer une partie du préjudice, mais ce préjudice n'en était presque pas un. Il en aurait été différent si la loi allemande avait ordonné la fermeture immédiate de toutes les usines même

¹⁷⁴ DAV, Stellungnahme, S. 17.

avant le respect des garanties de 2002. C'est ce qui se produit en France pour EDF : la fermeture de Fessenheim devra se faire quasiment immédiatement.

En France comme en Allemagne, les résultats semblent concourir : un retrait brutal d'une autorisation d'exploitation d'une usine nucléaire n'est possible qu'en échange d'une indemnisation. Cependant, une action du législateur ne doit jamais être exclue, et en permettant de laisser aux exploitants le temps d'amortir leurs investissements, il est possible d'opérer une transition quasiment sans engager de frais.

Chapitre 3. Disponibilité du législateur

La particularité du problème que nous traitons réside notamment dans le fait qu'il s'agit de l'action de l'Etat-législateur que nous restreignons à l'aide des principes de la responsabilité de l'Etat, alors qu'ils sont apparus pour s'appliquer à l'action de l'administration, même si l'on pourrait affirmer qu'ils ont toujours eu vocation à s'appliquer à toutes les formes d'atteintes aux droits individuels.

Mais du fait du caractère législatif de la loi en tant que fait générateur de responsabilité, il reste à s'assurer que le système juridique garde bien sa cohérence : il se pourrait en effet que la loi qui rompt le principe d'égalité doivent plutôt être qualifiée de faute (Section 1). Il faut dans un deuxième temps s'assurer que l'engagement de la responsabilité de l'Etat soit bien un principe constitutionnel et ne soit pas soumis à la libre disposition du législateur (Section 2).

Section 1. La loi comme cas de responsabilité sans faute

Ainsi que nous l'avons vu précédemment, la responsabilité sans faute de l'Etat est engagée lorsqu'il commet une rupture d'égalité devant les charges publiques. La jurisprudence a appliqué la rupture d'égalité dans un certain nombre de cas, notamment lors de dommages causés du fait des conventions internationales¹⁷⁵, des dommages causés par le refus d'employer des mesures d'ordre public pour faire exécuter un jugement¹⁷⁶ et des dommages causés par une décision ou une opération administrative régulière¹⁷⁷.

En ce qui concernait la loi comme fait générateur de responsabilité, des doutes existaient. N'y a-t-il pas une contradiction à déclarer une loi conforme au droit constitutionnelle, donc légale, dans un premier temps, puis de relever qu'elle fait peser une charge déraisonnable sur certaines personnes ?¹⁷⁸

Une apparente contradiction. – En Allemagne, la question ne se pose pas de la même manière en raison de sa construction dogmatique : la loi pris en application de la constitution ne peut jamais constituer d'atteinte au droit de propriété, mais peut tout de même être déclarée non conforme à la constitution en invoquant différents principes constitutionnels. Dans ce cas, c'est l'ensemble de la loi qui est inconstitutionnelle, le législateur a bien commis une erreur, la sanction est la nullité imposée par le BVerfG.

En France, la réponse est moins évidente. On pourrait même dire que c'est le système allemand, qui va jusqu'à déclarer inconstitutionnelle une loi lorsqu'elle

¹⁷⁵ CE, 1966, Compagnie générale d'énergie électrique.

¹⁷⁶ CE 1923, Couitéas.

¹⁷⁷ CE, 1963, Commune de Gavarni.

¹⁷⁸ „Paradoxe“ selon Paillet, La faute du service public en droit administratif français, p. 156.

omet de prévoir une indemnisation, qui vient remettre en question la conception française. Une loi française, qui remplirait toutes les conditions de la rupture d'égalité devant les charges publiques n'est non seulement pas inconstitutionnelle, mais en plus ne constitue même pas de cas de responsabilité pour faute, mais de responsabilité sans faute. Une loi qui contrevient au principe d'égalité devant les charges n'est-elle pas fautive ?

La question se pose d'autant plus que la jurisprudence française connaît des exemples de mesures qui ont été annulée en raison d'un non-respect du principe d'égalité¹⁷⁹. Il existe même des exemples d'atteintes au principe d'égalité qui ont entraîné une responsabilité pour faute de service¹⁸⁰. Pourtant, c'est bien majoritairement sous la forme de la responsabilité sans faute que l'on retrouve l'invocation du principe d'égalité¹⁸¹.

Il semble là s'agit d'une jurisprudence qui semble contradictoire. Pourtant, ce sont des solutions issues de la même juridiction, et qui n'ont pas subi de revirement, se maintenant jusqu'à aujourd'hui. Il existerait donc un critère qui impose un contrôle différent au Conseil d'Etat, appliquant le principe d'égalité parfois comme une condition de validité et parfois comme une règle d'indemnisation.

Le degré de réglementation du législateur. – Une différence existe bien entre ces différentes solutions : lorsque le principe d'égalité devant les charges publiques est employé pour statuer sur la validité d'une norme, cette norme prévoyait déjà elle-même une répartition des charges publiques, comme c'est souvent le cas en droit fiscal. Lorsqu'une norme fait peser une charge particulière sur un individu, sans prévoir de dispositif de compensation, le principe d'égalité n'est pas utilisé comme mécanisme de contrôle de la validité, mais comme mécanisme de compensation dans le cadre de la responsabilité de l'Etat.

Cette distinction s'explique aisément par l'histoire de la justice française : le Conseil d'Etat, qui était régulièrement compétent pour statuer sur la validité d'actes de l'administration, en particulier lorsque celle-ci faisait usage de prérogatives de puissance publique, n'avait pas les compétences requises pour soumettre une loi ou un acte administratif pris en application directe d'une loi à un contrôle de constitutionnalité. S'il voulait appliquer le principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques, il ne pouvait que le faire pour justifier l'existence d'une nouvelle forme de responsabilité, une question préjudicielle de constitutionnalité comme l'Art. 100 I GG du droit allemand n'existant pas.

¹⁷⁹ CE Ass 26.10.1945, Soc. « Bazaine Publicité », Rec. P. 211 : « L'arrêté attaqué a méconnu les dites dispositions et a porté atteinte au principe de l'égalité devant les charges publiques en décidant [...] que seront exemptés de la taxe [...] les journaux ou périodiques exploitant leur publicité sans l'intermédiaire d'une concessionnaire ressortissant audit comité. » ; CE 23.2.1951, Féd. Des syndicats bretons des producteurs de semences de polles de terre.

¹⁸⁰ Debard, L'égalité des citoyens devant les charges publiques, p. 158.

¹⁸¹ Voir en particulier l'arrêt de principe CE 30.11.1923, Couitéas.

Même si, désormais, la question prioritaire de constitutionnalité a été intégrée en droit français, et qu'il serait possible de sanctionner des lois rompant le principe d'égalité devant les charges publiques (qui ne prévoient pas d'indemnisation) en posant la question au Conseil constitutionnel, celui-ci applique les mêmes principes que le Conseil d'Etat dans sa jurisprudence. L'égalité devant les charges publiques n'est pas un principe utilisé pour annuler une loi, sauf lorsque celle-ci prévoit elle-même des dispositions insuffisantes pour répartir les charges publiques¹⁸². Lorsque le législateur a expressément prévu une certaine répartition de la charge, il n'est plus possible au juge de la responsabilité de l'Etat d'appliquer un mécanisme de responsabilité qui redistribuerait la charge à l'encontre du texte de la loi et qui serait *contra legem*.

Cette application nuancée du principe d'égalité n'est pas sans poser des questions sur sa cohérence et sur la valeur réelle du principe d'égalité.

Section 2. La réserve du législateur

Dans les deux situations que nous avons étudiées, nous avons pu déterminer les limites de l'action du législateur au-delà desquelles il est obligé d'indemniser les exploitants nucléaires pour leur préjudice. Cependant, cette délimitation perd de son sens, si le législateur peut pleinement disposer de cette obligation d'indemnisation.

§1. Une question française

Même dans une approche comparative, il apparaît là qu'il s'agit d'un problème qui découle à l'origine du mécanisme français, en faisant une question française.

A. La jurisprudence La Fleurette

En Allemagne comme en France, le dispositif d'indemnisation du particulier au niveau de la responsabilité de l'Etat dépend fortement de la volonté de législateur. En Allemagne, une indemnisation ne peut être accordée au particulier qui subit un dommage que lorsque celle-ci a été prévue par la loi. En France, une indemnisation peut être accordée même lorsque cela n'a pas été prévu par la loi.

Cette différence semblerait indiquer que le législateur allemand maîtrise plus précisément le régime d'indemnisation auquel il s'expose qu'en France, étant donné qu'il est obligé de le fixer. Il est possible d'y voir une garantie du principe de séparation des pouvoirs : seule la justice constitutionnelle est en mesure de remettre en cause une loi qui omettrait d'indemniser le particulier. Une sorte de marge de manœuvre, de prérogative d'appréciation souveraine du législateur sera alors garantie d'un côté, et dans un intérêt de sécurité juridique, le législateur

¹⁸² Par ex. : CC 29.12.1998, déc. No. 98-405 DC.

sera obligé de se prononcer et de fixer l'indemnisation plutôt que de laisser cette tâche aux juges.

En France, lorsque le législateur n'a rien prévu, c'est le juge qui décide librement s'il faut indemniser et le cas échéant à quelle hauteur. Cette solution pourrait sembler privilégier la protection efficace du citoyen, par opposition à la solution allemande qui serait plus respectueuse du domaine de la loi. Pourtant, cette observation ne rend pas exactement compte de la réalité du droit.

Dans la décision *La Fleurette*, le Conseil d'Etat fait expressément référence à la volonté du législateur. Il clarifie nettement qu'une indemnisation à l'encontre de la volonté du législateur est impensable, en développant dans sa réflexion : « Rien, ni dans le texte même de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressée une charge qui ne lui incombe pas normalement »¹⁸³.

Si le législateur décidait d'exclure toute indemnisation par effet de la loi, alors même qu'une situation de rupture d'égalité devant les charges publiques serait normalement caractérisée, le principe d'égalité ne pourrait ainsi pas être appliqué. Cela pose le problème de la valeur constitutionnelle du principe d'égalité devant les charges publiques, si celui-ci peut être écarté par simple effet de la loi.

B. Une remise en cause de la valeur constitutionnelle

L'importance de la loi pour pouvoir engager la responsabilité de l'Etat a poussé certains auteurs tels que le professeur Broyelle, à séparer la nature de la responsabilité de l'Etat du fait des lois complètement du principe d'égalité devant les charges publiques¹⁸⁴. Le fondement de la responsabilité n'est pas constitué par une norme extérieure, mais par la volonté du législateur directement. Il faut ainsi indemniser toutes les conséquences que le législateur n'avait pas voulu ou pas prévu lors de l'adoption de la loi.

Cette conception poserait un vrai problème et viendrait mettre à mal toutes les conclusions précédentes concernant l'action du législateur dans le cadre de la transition énergétique. Dans la décision du Conseil constitutionnel de 2015 sur la loi sur la transition énergétique, il analyse les motivations du législateur en se référant aux débats parlementaires. Il conclut qu'une indemnisation sur le fondement de la responsabilité sans faute pour rupture de l'égalité devant les charges publiques n'était pas exclue par l'Etat-législateur. En ce sens, cette question n'avait aucune influence sur l'indemnisation pour la fermeture de la centrale nucléaire de Fessenheim.

¹⁸³ CE 14.1.1938, SA des produits laitiers « La Fleurette ».

¹⁸⁴ Broyelle, *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, p. 14.

Cependant, elle pourrait avoir une grande influence à travers son principe. Il est intéressant de noter qu'en France comme en Allemagne, le traitement des questions d'indemnisations dans le cadre de la transition énergétique ne se fera au final peut-être pas par la voie juridique, mais par des négociations et des accords de nature beaucoup plus politique.

Que cela semble être la voie empruntée en France n'est pas étonnant, étant donné que le Conseil constitutionnel a déjà eu à statuer sur le principe d'une indemnisation et que gouvernement et EDF sont d'accord sur ce principe même. Le désaccord portait par la suite uniquement sur la hauteur de cette indemnisation et non sur sa nécessité¹⁸⁵. Mais que cela puisse être le chemin allemand paraît plus intrigant, à l'heure où les principaux fournisseurs ont porté plainte devant le BVerfG et se battent juridiquement pour faire reconnaître la nullité des lois de transition énergétique en absence d'indemnisation. C'est pourtant la prédiction d'un certain nombre d'auteurs qui vont même jusqu'à relever l'absurde de la situation : le même PDG qui fait part devant la presse de son indignation devant une loi qui ne respecterait pas les droits les plus fondamentaux de son entreprise, va ensuite rencontrer le gouvernement pour discuter d'une indemnisation pendant que leurs avocats respectifs préparent leurs arguments en vue du jugement¹⁸⁶.

Outre l'aspect peut être insatisfaisant pour le juriste devant ce mode de règlement des conflits, se pose la question de la force du législateur sur la question de l'indemnisation. Que les parties veuillent trouver un accord amiable est louable. Mais si l'une des deux parties est le gouvernement et que celui-ci peut menacer d'exclure toute forme d'indemnisation par une nouvelle loi est plus problématique et du moins change grandement l'appréciation globale de la marge de manœuvre de l'Etat.

Une telle hypothèse ne constitue pas qu'un cas d'école et ne relève pas de la fiction juridique. Outre les pertes de gains et les investissements inutiles de la part des exploitants d'électricité dont nous avons parlé ici en rapport avec le droit de propriété, la principale charge financière qui pèse sur les exploitants consiste en le traitement des déchets nucléaires, qui reste manifestement à leur charge. Pour réagir au montage juridique de E.ON qui voulait scinder son groupe de société en deux, ce qui lui permettait de réduire sa responsabilité selon les règles de droit des sociétés, le législateur allemand est déjà allé très loin. Il a annoncé l'adoption d'un *Nachhaftungsgesetz*, d'une loi de responsabilité prolongée, spécialement dédiée aux charges financières liés au stockage des déchets nucléaires, pour empêcher les exploitants allemands de réduire leur participation¹⁸⁷.

¹⁸⁵ http://www.lemonde.fr/energies/article/2016/05/20/fessenheim-l-etat-propose-moins-de-100-millions-d-euros-d-indemnisation-a-edf_4922904_1653054.html

¹⁸⁶ <http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bverfg-verhandlungen-atomausstieg-schadensersatz-konzerne-akw-stillegung/>

¹⁸⁷ <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/atomausstieg-finanzierung-101.html>

Il n'est ainsi nullement exclu que la même situation puisse se produire en France. Si réellement, l'obligation d'indemniser était soumise à la pleine disposition du législateur, il ne serait pas exclu, que le législateur français crée une loi *ad hoc* en cas de désaccord entre EDF et le gouvernement.

§2. La réponse du Conseil constitutionnel

Mais cette interprétation du droit ne correspond que difficilement à l'application qu'en a fait le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence postérieure. Celui-ci a en effet accepté de contrôler la constitutionnalité d'une loi sous l'aspect du respect du principe d'égalité devant les charges publiques dans sa décision du 25.7.1989¹⁸⁸. Il décidera qu'une atteinte au principe d'égalité n'a pas lieu, tant qu'il est possible pour le particulier qui subirait un dommage de demander une réparation devant les juridictions administratives en application. Agissant ainsi, il confirme bien que le principe d'égalité qu'applique le juge administratif sur le terrain de la responsabilité de l'Etat est le même que le principe d'égalité que le juge constitutionnel applique dans le cadre de son contrôle des lois.

Cependant, cette décision ne suffit pas à régler le problème théorique qui s'y cache. Le Conseil constitutionnel ne peut pas d'un côté déclarer qu'une loi est constitutionnelle, parce que le juge administratif va pouvoir mettre en œuvre le principe d'égalité devant les charges publiques, et d'un autre côté maintenir la position selon laquelle une indemnisation dépend de la volonté (hypothétique) du législateur.

On pourrait songer à faire une comparaison avec l'évolution du Conseil d'Etat en tant que juridiction : à l'origine, il n'agissait qu'en tant qu'organe de conseil de l'administration, puis exerçait une forme de justice retenue, ses avis rendus étant à l'origine non-conforme. Mais au fil du temps, et à force de toujours suivre les avis du Conseil d'Etat, celui-ci a été reconnu comme véritable juridiction statuant directement au nom du peuple français dont les décisions s'imposent à l'administration. On aurait pu imaginer que le Conseil d'Etat suivrait un tel chemin pour le principe selon lequel le législateur peut exclure toute forme d'indemnisation : à force de régler de plus en plus à la place du législateur si une indemnisation est dûe, et le cas échéant à quelle hauteur, le législateur céderait sa compétence au profit du Conseil d'Etat.

Mais cette solution ne pourra jamais conduire le Conseil d'Etat à appliquer un régime juridique différent de celui qui est prévu par la loi : faire prévaloir le principe d'égalité devant les charges publiques sur des dispositions législatives qui iraient dans un sens contraire signifieraient exercer un contrôle de constitutionnalité, qui est de la compétence exclusive du conseil constitutionnel.

¹⁸⁸ DC 89-254.

Le Conseil d'Etat se retrouve ainsi devant le même problème que le juge allemand. Nous l'avons vu, en Allemagne, ce problème est réglé par l'effet de la question préjudicielle, l'Art. 100 I GG. Cette procédure n'existait pas pendant bien longtemps en France et les juridictions françaises ont dû trouver d'autres solutions, notamment une application du principe d'égalité devant les charges publiques qui varie selon que la loi prévoit elle-même une indemnisation ou non.

Herrmann propose à cette question une solution qui permet à la fois de justifier l'application du Conseil d'Etat de la responsabilité d'Etat pour rupture d'égalité devant les charges publiques d'une loi et la compétence exclusive du Conseil constitutionnel¹⁸⁹. Il se base pour cela sur l'effet de la jurisprudence constitutionnelle sur la jurisprudence du Conseil d'Etat. Lorsque le Conseil constitutionnel statue sur la constitutionnalité d'une loi, il n'est pas rare qu'il le fasse à l'aide d'une réserve d'interprétation : la loi est alors constitutionnelle si et seulement si elle est interprétée et appliquée conformément à l'interprétation qu'en a fait le Conseil constitutionnel. Cette réserve d'interprétation s'impose alors à tous les autres juridictions, car elle prend part au mécanisme de l'art. 62 de la Constitution¹⁹⁰.

Si la loi prévoyait expressément une disposition selon laquelle, une indemnisation ne peut pas être accordée, il reviendrait, comme en Allemagne, au Conseil constitutionnel de sanctionner cette loi pour non-conformité au principe constitutionnel d'égalité. La difficulté de la doctrine française résidait en ce que le juge administratif recherchait dans les débats parlementaires et textes préparatoires de la loi l'intention du législateur, avant de pouvoir indemniser le particulier. Cette étape était nécessaire si celui-ci voulait effectivement appliquer la loi comme elle était prévue, sans mettre en œuvre indirectement de contrôle de constitutionnalité.

Si l'on considère que la référence du Conseil constitutionnel au mécanisme de responsabilité d'Etat est une réserve d'interprétation, alors le Conseil d'Etat est effectivement libéré d'une éventuelle volonté contraire du législateur. La réserve d'interprétation n'est pas directement nommée, mais la réflexion à laquelle se livre le Conseil constitutionnel en est tout de même très proche : il part du principe que le législateur a voulu respecter le principe d'égalité devant les charges publiques. En absence de disposition contraire dans le texte de la loi, c'est de bon droit qu'on peut en déduire que l'interprétation du Conseil constitutionnel s'impose.

L'application de cette interprétation signifierait que lorsque le Conseil d'Etat est confronté à une loi pour laquelle il aimerait prononcer une indemnisation pour rupture d'égalité devant les charges publiques, mais que les débats parlementaires

¹⁸⁹ Herrmann, *Das französische Staatshaftungsrecht*, S. 274.

¹⁹⁰ DC 89-258 du 8.7.1989, Loi d'amnistie.

Comparaison. – Au final, les mécanismes français et allemand de la responsabilité du fait des lois deviennent ainsi beaucoup plus proche qu'ils ne le semblaient au départ. Une indemnisation est possible en France comme en Allemagne sur un fondement véritablement constitutionnel : le droit de propriété pour l'Allemagne et le principe d'égalité devant les charges publiques pour la France.

Alors que les situations peuvent être identiques et les intérêts semblables, le juge qui statuera sur cette indemnisation ne sera pas le même selon le pays. S'agissant de la protection du droit de propriété, c'est la juridiction civile qui sera compétente en Allemagne. La France connaît et applique le même principe selon lequel le juge compétent pour protéger les atteintes aux libertés fondamentales et en particulier au droit de propriété est le juge issu de la juridiction civile. Cela se traduit particulièrement par la procédure d'expropriation française. Pourtant, c'est le juge administratif qui sera compétent en France, car il est compétent en matière de responsabilité d'Etat et de l'application du principe d'égalité.

Une fois la compétence du juge établie, des différences vont également exister concernant leurs prérogatives. Depuis le revirement de sa jurisprudence, le BGH se limite strictement à faire application des lois, qu'elle prévoit ou non une indemnisation. Si une indemnisation, la compétence du juge se limite à vérifier que les conditions requises par la loi soient bien réunies et que la hauteur de l'indemnisation soit bien couverte par la volonté du législateur. Le juge français va également appliquer l'indemnisation prévue par la loi lorsqu'elle existe. Mais en son absence, il va directement apprécier la rupture d'égalité devant les charges publiques en fonction du préjudice et ordonner une indemnisation.

La solution allemande se justifie par le principe selon lequel seul le BVerfG peut rejeter une loi et le principe selon lequel le BGH ne peut pas indemniser un particulier sans base légale. La solution française ne reprend que l'un de ces deux éléments. Lorsque la loi prévoit une indemnisation trop basse ou exclut l'indemnisation, seul le Conseil constitutionnel peut l'écartier, s'il le faut par voie de QPC. Cependant, en absence de disposition légale, le juge administratif peut indemniser librement.

A la comparaison avec l'Allemagne, cette solution française est un peu étrange : la différence entre une loi où le législateur a prévu/exclu une indemnisation et une loi où le législateur n'a rien dit ne semble pas être une différence de nature. Autrement dit : il s'agit là presque d'une question de hasard. Pourtant, dans un cas, le Conseil constitutionnel est compétent, dans l'autre ça sera le Conseil d'Etat, qui vont tous les deux se poser les mêmes questions et appliquer le même principe constitutionnel.

Une telle situation existait déjà auparavant : le Conseil d'Etat est compétent pour connaître de la constitutionnalité des actes administratifs et le Conseil constitutionnel de la constitutionnalité des lois. Les deux juridictions appliquaient ainsi

déjà les mêmes principes, mais cette différence se justifiait par leur application à des actes différents. S'agissant d'une loi où le législateur a fait usage de sa compétence pour régler la question de l'indemnisation et d'une loi où il ne l'a pas fait, une telle différence n'est pas visible. Le fait même que le Conseil d'Etat ait à rechercher la volonté du législateur dans le silence de la loi indique au contraire, que même lorsque le législateur ne décide pas de régler directement la question de l'indemnisation, il a tout de même fait usage de sa compétence.

La différence n'en est ainsi pas une : qu'il le prévoit expressément ou pas, le législateur prend toujours une décision concernant l'indemnisation. Cette décision consiste à choisir entre deux alternatives : soit de laisser le juge administratif appliquer par défaut le régime de la responsabilité sans faute pour rupture devant l'égalité des charges publiques, soit de remplacer l'application de cette jurisprudence par une disposition législative différente. Cette disposition législative différente sera alors contrôlée par le Conseil constitutionnel qui appliquera le même principe d'égalité devant les charges publiques. Ce choix du législateur est un choix de juridiction plus qu'il n'est un choix de règle de droit.

CONCLUSION GENERALE

Certains auteurs français regrettent que la protection du droit de propriété soit si peu développée en France tandis que des auteurs allemands critiquent la conception trop large de propriété. Sur cette question, comme sur plein d'autres, il ne sera pas possible de trouver la solution parfaite qui conviendrait à tout le monde. Pourtant, une comparaison des régimes juridiques peut participer à parfaire le régime national. Ici, il était question de la restriction de l'action du législateur en matière de transition énergétique par l'effet du droit de propriété.

Ce mémoire a finalement traité une triple question en deux temps. Il s'agissait d'une triple question, parce que l'étude portait avant tout sur la comparaison de deux décisions des juridictions constitutionnelles à l'occasion d'une fermeture d'une centrale nucléaire. Mais au-delà des circonstances de fait qui ont pu (ou vont) motiver les décisions du Conseil constitutionnel et du BVerfG, il a fallu tirer des conclusions plus générales et applicables à l'action de l'Etat en matière de transition énergétique de manière générale, constituant ainsi un deuxième niveau. Le troisième aspect était le plus large : le dispositif constitutionnel n'était pas compréhensible sans son prolongement sur le terrain de la responsabilité de l'Etat, et les comparer signifiait comparer les régimes de responsabilité de l'Etat, en s'interrogeant sur leur efficacité et leur cohérence.

Cette troisième question-là faisait appel à une réflexion globale et transversale sur le droit constitutionnel et administratif des deux pays. Elle ne pouvait ainsi être traitée dans toute sa globalité dans le cadre de ce mémoire. Les analyses sur ce sujet ne peuvent ainsi que constituer des pistes de réflexion et non de conclusions abouties.

La problématique s'est analysée sur deux temps, parce que c'est ainsi que les juges traitent les lois susceptibles de porter atteinte au droit de propriété. Au niveau de la garantie constitutionnelle du droit de propriété qui limite les privations et au niveau de la responsabilité de l'Etat qui impose une indemnisation dans les cas qui ne constituent pas de privations.

La comparaison constitutionnelle du droit de propriété a produit un résultat aussi étonnant qu'intéressant : la France et l'Allemagne ne retiennent pas la même conception du droit de propriété, alors qu'ils lui reconnaissent tous deux une fonction primordiale pour l'existence même de l'Etat. Au niveau du droit de la responsabilité de l'Etat, se posait donc la question de savoir si les dispositifs de protection de la France et de l'Allemagne pouvaient avoir la même efficacité tout en restant cohérents avec leur conception constitutionnelle de la propriété.

Le résultat est très satisfaisant : l'Allemagne qui protège très largement la propriété au niveau constitutionnel, la traduit très fortement en droit de la responsabilité de l'Etat, tandis que la France, qui n'accorde que peu d'importance

au même principe constitutionnel, applique un système de la responsabilité plus général, mais qui a su défendre même plus largement les atteintes à la propriété.

Le développement de la jurisprudence française s'est pourtant fait de manière un peu forcée, à une époque où le juge administratif ne pouvait pas saisir directement le Conseil constitutionnel. Ceci a été mis en avant par beaucoup d'auteurs avant l'arrivée de la QPC. Du coup, on aurait pu s'attendre à une révolution du droit de la responsabilité après la révision constitutionnelle de 2008. Pourtant, même si la QPC reste peut-être encore trop récente pour tirer des conclusions, le droit de la responsabilité n'a quasiment pas changé et du moins l'importance du droit de propriété ne s'en est pas retrouvée bouleversée. Ce résultat est plutôt bon signe pour la France : cela signifie que la jurisprudence en place produisait déjà des solutions cohérentes et globalement satisfaisantes, de sorte qu'il n'y a pas eu besoin de la modifier radicalement.

Est-ce que le droit administratif français est plus uni et cohérent que le droit administratif allemand ? Il semblerait que oui. Même si la doctrine française a du mal à justifier de manière cohérente l'ensemble de la responsabilité administrative, son ensemble semble bien plus simple. Il s'agit peut-être de la force de l'esprit de synthèse et de la dichotomie française, qui montre ici son efficacité sur des terrains complexes, face à une approche allemande qui tente vainement d'incorporer chaque exception dans son système. Mais il n'y a pas qu'une différence de mentalité, le droit français n'a pas réellement connu la difficulté allemande de devoir appliquer différentes normes issues de différentes époques. Le droit administratif français n'est pourtant pas beaucoup plus jeune que le droit administratif allemand. La force du droit français pourrait être son origine jurisprudentielle : la plupart des principes de responsabilité se sont fondés uniquement sur des décisions du CE ou du TC, sans ressentir le besoin de se référer à des textes plus anciens et par conséquent, sans avoir besoin de réactualiser des instruments désuets et inadaptés.

Le lien entre les deux aspects de garantie constitutionnelle et de responsabilité de l'Etat est le même dans les deux pays : globalement le droit constitutionnel permet tout, mais exige un dédommagement selon les principes de la responsabilité de l'Etat. Ce dédommagement est-il efficace ? S'il ne l'est pas assez, on va regretter que le particulier se retrouve sans protection face à l'Etat, qui dispose alors de droit de vie et de mort sur son activité. Si le dédommagement est trop efficace au point de dissuader le législateur, on dénoncera une contradiction du mécanisme : ce que le droit constitutionnel permet, la responsabilité administrative ne devrait pas le rendre impossible dans les faits. L'enjeu est donc de trouver un compromis efficace au cas par cas.

Au-delà des solutions d'espèces que nous avons discutées, la marge d'appréciation du juge, qu'il s'agisse du juge constitutionnel ou du juge administratif, ainsi que l'utilisation de critères qui restent très larges (principe de

proportionnalité et rupture d'égalité) semblent pouvoir garantir au mieux une solution équitable, qui pourra prendre en compte les spécificités propres à la culture de chaque pays.

Tables des matières

INTRODUCTION	1
A. La transition énergétique : définition et présentation du concept	1
B. Aspect privé et aspect public de la transition.....	5
C. Présentation des décisions	6
D. Méthodologie, droit de propriété et intérêt du sujet.....	7
PARTIE I - UNE LIMITATION DE LA PRIVATION DU DROIT DE PROPRIETE JAMAIS APPLICABLE.....	9
Chapitre 1. Une garantie du droit de propriété élevée.....	9
Section 1. Une garantie de niveau constitutionnel	9
§1. Fondements théoriques en philosophie du droit.....	9
§2. Reconnaissance juridique : une source constitutionnelle.....	10
Section 2. Un dispositif de mise en œuvre efficace	13
§1. Le contrôle de constitutionnalité	13
A. Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs.	14
B. Le contrôle de constitutionnalité des lois	14
1) Contrôle a priori et contrôle a posteriori en France.....	14
2) Contrôle abstrait et contrôle concret en Allemagne.....	16
3) Incidence sur le droit de propriété	17
4) Verfassungsbeschwerde.....	18
§2. L'indemnisation juste et préalable.....	19
A. L'exigence de l'indemnisation comme condition de validité de la loi.....	19
B. Le régime de la propriété comme fondement d'indemnisation.....	20
1) L'ancienne jurisprudence du BGH	20
2) La critique du BVerfG.....	22
Chapitre 2. Des conditions d'application trop restreintes	24
Section 1. Une notion de droit de propriété différente	24
§1. Conception classique de propriété	24
§2. Remise en cause et conception moderne	25

A.	Extension aux biens incorporels	25
B.	Le problème des situations juridiques de droit public.....	27
1)	La problématique	27
2)	Reconnaissance par le BVerfG	28
3)	Évolution de la justification.....	29
C.	Le cas particulier des autorisations d'exploitation	30
1)	Importance de la question.....	30
2)	La propriété portant sur un droit d'exploitation.....	31
3)	La propriété portant sur les quantités d'électricité accordées par la loi	32
Section 2.	La notion de privation du droit de propriété.....	35
§1.	Le concept de Inhaltsbestimmung.....	35
A.	La difficulté d'un droit de propriété « absolu »	35
B.	La délimitation du domaine « absolu »	36
1)	La doctrine allemande de la Inhaltsbestimmung.....	36
2)	L'existence d'un équivalent français.....	38
§2.	Distinction entre Enteignung et Expropriation	40
§3.	Qualification de la privation de la propriété	41

PARTIE 2. LA RESPONSABILITÉ DE L'ETAT COMME MÉCANISME COMPLÉMENTAIRE EFFICACE..... 44

Chapitre 1.	Des systèmes de responsabilité différents.....	44
Section 1.	Les principes fondateurs de la responsabilité de l'Etat.....	44
§1.	Nature de la responsabilité de l'Etat	44
A.	Source unique ou plurielle	44
B.	L'autonomie de la responsabilité administrative.....	47
§2.	Domaine de la responsabilité de l'Etat.....	50
A.	Le rejet de la notion de droit subjectif en France	50
B.	Séparation entre légalité d'une acte et responsabilité de l'Etat	51
Section 2.	La structure de la responsabilité de l'Etat.....	52
§1.	L'absence de système du Staatshaftungsrecht.....	52
§2.	L'organisation dichotomique de la responsabilité de l'Etat.....	53
A.	La continuité des principes fondateurs.....	53
B.	Particularité en matière de compétences.....	54

C.	Les fondements de responsabilité.....	55
Section 3.	La responsabilité administrative ou responsabilité de l'Etat.....	56
Chapitre 2.	Prolongation du droit de propriété sur la responsabilité.....	58
Section 1.	Fondements de la responsabilité de l'Etat et protection de la propriété	58
§1.	Un fondement général de la responsabilité	58
A.	Une conséquence de la doctrine française	58
B.	Le rejet de la doctrine allemande	59
§2.	Le régime spécial de la protection de la propriété	60
Section 2.	L'existence d'une obligation d'indemnisation.....	62
§1.	L'existence d'un préjudice indemnisable	62
A.	La prise en compte de l'ensemble du préjudice	62
B.	La restriction au préjudice du droit de propriété.....	64
§2.	La rupture d'égalité devant les charges publiques.....	65
A.	Dans le cadre de la responsabilité sans faute.....	66
B.	Dans le cadre du principe de proportionnalité.	67
Chapitre 3.	Disponibilité du législateur	70
Section 1.	La loi comme cas de responsabilité sans faute.....	70
Section 2.	La réserve du législateur.....	72
§1.	Une question française.....	72
A.	La jurisprudence La Fleurette.....	72
B.	Une remise en cause de la valeur constitutionnelle.....	73
§2.	La réponse du Conseil constitutionnel.....	75
CONCLUSION GENERALE.....		79

Bibliographie

Auby/Ducos-Ader. (1986). *Droit Administratif*. Broché.

Auby/Bon/Auby/Terneyre. (2016). *Droit administratif des biens*. Dalloz.

Autexier. (1997). *Introduction au droit public allemand*. PUF.

Baumgartner. (1976). *Sozialbindung des Eigentums und Enteignung in Frankreich : ein Beitrag zur Rechtsvergleichung*. Dissertation Bonn.

Broyelle. (2003). *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*. L.G.D.J.

Bundesrechtsanwaltskammer. (2012). *Stellungnahme Nr. 58*. BRAK.

Deutscher Bundestag (2011). *Amtliche Begründung zum Entwurf eines Dreizehnten Gesetzes zur Änderung des Atomgesetzes, 17/6246*. Deutscher Bundestag.

Camgüihem. (2014). *Recherche sur les fondements de la responsabilité sans faute en droit administratif, Volume 132, Préface*. Dalloz.

Carcassonne. (2011). *La constitution - Introduite et commentée*. Points.

Chapus. (1954). *Responsabilité publique et responsabilité privée*. La Mémoire du droit.

Chapus. (2011). *Droit administratif général. Tome 2*. Montchrestien.

Chevallier. (1988). *L'Etat de droit*. Broché.

Commission of the EU (2016). *Communication From The Commission, Nuclear Illustrative Programme, Brussels. COM(2016) 177 final*.

Creifelds. (20. Aufl.). *Rechtswörterbuch*. C. H. Beck.

Debard. (1987). *L'égalité des citoyens devant les charges publiques: fondement incertain de la responsabilité administrative. Dalloz Jurisprudence Générale, 175 et suivants*.

- Foulquier. (2003). *Les droits publics subjectifs des administrés*. Dalloz.
- Gaudemet. (2015). *Traité de droit administratif*. L.G.D.J.
- Georges. (1992). *Droit Public*. Sirey.
- Hammon/Troper. (2016). *Droit constitutionnel*. L.G.D.J.
- Herbert. (1998). *Der Enteignungsbegriff und das Enteignungsverfahren in Deutschland und Frankreich*. Peter Lang.
- Hufen. (2011). *Staatsrecht II Grundrechte*. C. H. Beck.
- Intergovernmental Panel on Climate Change. (2007). *Changements Climatiques 2007. Rapport de Synthèse*.
- Kloepfer. (2011). 13. Atomgesetznovelle und Grundrechte. *Deutsches Verwaltungsblatt, Heft 23/2011*, p. 1437.
- Kutschera. (1990). *Bestandsschutz im öffentlichen Recht : zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 14 GG*. Müller.
- Laubadere/Venezia/Gaudemet. (1992). *Traité de droit administratif*. L.G.D.J.
- Lege (2016). Das System des Staatshaftungsrecht. *Juristische Ausbildungszeitschrift*, 2/2016 p.81
- Leisner. (1972). *Sozialbindung des Eigentums*. Duncker & Humblot.
- Lenze. (1959). *Staatsbürgerversicherung und Verfassung : Rentenreform zwischen Eigentumsschutz, Gleichheitssatz und europäischer Integration*. Mohr Siebeck.
- Libchaber. (2016). *Libertés et droits fondamentaux*. Hors collection Dalloz.
- Long/Weil/Braibant/Delvolvé/Genevois. (2011). *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Dalloz.
- Lubberger, S. (1991). *Aufopferung – Enteignung und Staatshaftung, 1991*. Nomos.

- Ludwigs. (2016). Der Atomausstieg und die Folgen: Fordert der Paradigmenwechsel in der Energiepolitik einen Paradigmenwechsel beim Eigentumsschutz? . *NVwZ*, p. 1.
- Maurer. (2011). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. C. H. Beck.
- Mayer, O. (1924). *Deutsches Verwaltungsrecht II*. Duncker & Humblot.
- Ossenbühl. (2012). Eigentumsschutz von Reststrommengen beim Atomausstieg. *Die öffentliche Verwaltung*, p. 697.
- Paillet. (1980). *La faute du service public en droit administratif français*. Bibliothèque de droit public.
- Papier, in: Maydell/Ruland/Becker (2008,). *Sozialrechtshandbuch*, S. 100. Nomos.
- Papier, in: Maunz/Dürig. (2015). *Grundgesetz-Kommentar, Art. 14 GG*. C. H. Beck.
- Piquemal. (1968). *Droit des servitudes administratives* . Berger-Levrault.
- Priet. (2011). Expropriation et mécanismes voisins. *JCP Adm.*, p. n°2071.
- Sénat. (28 janvier 2015). *rapport n°263 du Sénat, tome I*.
- Sourdat. (1876). *Traité de la responsabilité, tome 2*.
- Stober. (1986). *Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen : Art. 14 GG: Renten, § 116 AFG: Arbeitslosengeld*. Heymann.
- Subra de Bieusse. (1992). Le statut des aisanes et servitudes. *Actualité juridique. Droit administratif.*, p. 397
- Tifine. (2013). *Droit administratif français*. Editions juridiques franco-allemandes.
- Wallrabenstein. (2011). Die Verfassungsmäßigkeit des jüngsten Atomausstiegs - Zur 13. Novelle des Atomgesetzes. *Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung (HFR)*, p. 109.
- Witt, d. (2012). Ist der Atomausstieg mit Art. 14 GG vereinbar? *Umwelt- und Planungsrecht*, p. 281.
- Wüstenbecker. (2015). *Verwaltungsrecht AT 2 mit Staatshaftungsrecht*. Alpmann Schmidt.

Zenati. (1993). Pour une rénovation de la théorie de la propriété. *RTD civ.* , p. 305.

Sites internet

http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/08/24/fessenheim-accord-trouve-entre-edf-et-l-etat_4987356_3234.html

<https://www.edf.fr/groupe-edf/espaces-dedies/medias/tous-les-communiqués-de-presse/indemnisation-liee-a-la-fermeture-de-la-centrale-de-fessenheim-information-du-conseil-d-administration-et-precisions-sur-le-calendrier-social>.

<http://www.developpement-durable.gouv.fr/Les-enjeux,39744.html>

http://www.lemonde.fr/economie/article/2016/06/15/edf-refuse-d-enclencher-la-fermeture-de-fessenheim_4950741_3234.html

http://www.lemonde.fr/energies/article/2016/05/20/fessenheim-l-etat-propose-moins-de-100-millions-d-euros-d-indemnisation-a-edf_4922904_1653054.html

<http://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bverfg-verhandlungen-atomausstieg-schadensersatz-konzerne-akw-stillegung/>

<http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/atomkraft-eu-kommission-will-kernenergie-in-europa-staerken-a-1092584.html>

<https://www.edf.fr/groupe-edf/espaces-dedies/medias/tous-les-communiqués-de-presse/indemnisation-liee-a-la-fermeture-de-la-centrale-de-fessenheim-information-du-conseil-d-administration-et-precisions-sur-le-calendrier-social>

https://www.edf.fr/sites/default/files/contrib/groupe-edf/espaces-dedies/espace-medias/cp/2016/cp_edf_20160728_fessenheim_vf.pdf

Traductions

Toutes les traductions des normes du *Grundgesetz* proviennent du site internet Bijus, tenu par le centre juridique franco-allemand : <http://www.bijus.eu/?p=9663>