

Université Montesquieu-Bordeaux IV

Master 1 Droit et Science Politique
Année universitaire 2012-2013
Premier semestre

Droit des propriétés publiques

Monsieur le Professeur Jean-François Brisson
Jules David, Jean-Baptiste Vila, Sébastien Ellie.

Séance n°7 : Expropriation et CEDH

Dossier de préparation au devoir sur table du samedi 1^{er} décembre

Document 1 : Article R.13-7 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique

Document 2 : CEDH, 24 avril 2003, *Monsieur Louis Yvon*, n° 44962/98 (extraits)

Document 23: R. Hostiou, « Indemnités d'expropriation et droit au respect des biens : quel contrôle pour la CEDH ? », commentaire de la décision CEDH, 4 novembre 2010, *Dervaux c. France*, n° 40975/07, AJDA 2010 p. 2493 (extraits)

Document 4 : R. Hostiou, Le droit de l'expropriation et les exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, note sous CE, 3 septembre 2007, *Association de sauvegarde du droit de propriété et autres*, n° 282488, 282385, RFDA 2007 p. 1175

Document 5 : Y. Jégouzo, P. Bon, D. Musso, G. Ganez-Lopez, « Réforme de la procédure judiciaire d'expropriation - A propos du décret du 13 mai 2005 », AJDI 2005 p. 537

Document 1 : Article R.13-7 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique

Le directeur des services fiscaux (domaine) du département dans lequel la juridiction de l'expropriation a son siège exerce les fonctions de commissaire du Gouvernement auprès de cette juridiction.

Le directeur des services fiscaux (domaine) peut désigner des fonctionnaires de son service aux fins de le suppléer dans les fonctions de commissaire du Gouvernement auprès de la juridiction mentionnée à l'article **R. 13-1. Cette désignation ne peut porter sur des agents ayant, pour le compte de l'autorité expropriante, donné l'avis d'estimation préalable aux offres d'indemnité.

Devant la chambre statuant en appel, il peut être suppléé soit par des directeurs des services fiscaux (domaine) des autres départements situés dans le ressort de la cour d'appel, soit par des fonctionnaires des services fiscaux (domaine) qu'il désigne spécialement à cet effet.

Le commissaire du Gouvernement exerce ses missions dans le respect du principe de la contradiction guidant le procès civil.

Document 2 : CEDH, 24 avril 2003, *Monsieur Louis Yvon*, n° 44962/98 (extraits)

(...)

I. Sur la violation alléguée de l'article 6 § 1 de la Convention

22. Le requérant se plaint d'une violation de son droit à un procès équitable dans le cadre de la procédure en fixation des indemnités devant les juridictions de l'expropriation ; il dénonce une rupture de l'égalité des armes entre les parties, résultant de la position privilégiée dont jouirait le commissaire du gouvernement, ainsi qu'une méconnaissance du principe du contradictoire. Il invoque l'article 6 § 1 de la Convention, aux termes duquel :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement [...] par un tribunal [...], qui décidera [...] des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil [...] »

A. Arguments des parties

1. Le requérant

23. Le requérant soutient que le commissaire du gouvernement est une véritable partie à l'instance devant les juridictions de l'expropriation, jouissant de prérogatives exorbitantes par rapport aux autres parties et se trouvant, en fait et en droit, dans une « position dominante ».

Le commissaire du gouvernement serait ainsi la seule partie à ne pas être astreinte à la notification de ses écritures, le dépôt au greffe de ses conclusions étant suffisant. Par ailleurs, si l'interdiction faite à l'exproprié d'intervenir après le commissaire a disparu, l'ordonnancement des débats n'aurait pas été modifié ; la réponse éventuelle de l'exproprié serait ainsi, d'expérience, assez rare, les débats étant clos après les conclusions orales du commissaire. Au surplus, il résulterait de l'article R. 13-52 du code de l'expropriation que, devant la cour d'appel, les parties ne peuvent que développer brièvement les éléments de leurs mémoires.

24. Le requérant ajoute que les fonctions de commissaire du gouvernement sont exercées par le directeur départemental des services fiscaux (domaines). Or, d'une part, dans la phase non contentieuse de la procédure, ce fonctionnaire établit une estimation des biens expropriés, laquelle constitue ensuite l'offre d'indemnisation de l'expropriant à l'exproprié (l'expropriant ne pourrait en principe s'écarter de cette évaluation). D'autre part, dans la phase contentieuse de la procédure, il jouit, par rapport à l'exproprié, d'un avantage considérable sur le plan de la connaissance du marché immobilier, puisqu'il a accès au fichier de la conservation des hypothèques, lequel ne peut être consulté librement par les particuliers.

Quant à la « position dominante » du commissaire du gouvernement devant les juridictions de l'expropriation, elle résulterait des circonstances suivantes : en vertu de l'article R. 13-36 du code de l'expropriation, le juge serait tenu de motiver spécialement le rejet de conclusions aboutissant à une évaluation inférieure à celle retenue par l'expropriant ; le commissaire du gouvernement serait une sorte d'expert qui ne serait pas neutre, auquel, en vertu de l'article R. 13-28 du

code de l'expropriation, aucune contre-expertise ne pourrait être opposée ; il interviendrait de surcroît en dernier à l'audience, et l'exproprié n'aurait qu'une possibilité restreinte de répliquer.

25. Selon le requérant, ce déséquilibre est accentué dans les départements dans lesquels l'expropriant est représenté devant les juridictions par un agent de la même administration que celle dont relève le commissaire du gouvernement, l'exproprié ayant en face de lui une même partie - l'Etat - doublement représentée.

En l'espèce, la situation aurait frisé la caricature, le même fonctionnaire étant en réalité intervenu en qualité de représentant de l'expropriant et de commissaire du gouvernement. Le requérant expose à cet égard que l'Etat était représenté par un inspecteur des services fiscaux de la Charente-Maritime, et que les fonctions de commissaire du gouvernement étaient remplies par le directeur adjoint des services fiscaux du même département, supérieur hiérarchique du précédent, de sorte qu'il y aurait eu dans la présente affaire une véritable confusion de fonctions. Ainsi, lorsque le requérant requit la communication des pièces citées dans le mémoire produit devant la cour d'appel par le représentant de l'expropriant (ledit mémoire comportait, pour justifier le prix offert, un feuillet intitulé « étude du marché immobilier local » énumérant treize actes de vente et un jugement), il lui fut répondu, non par l'inspecteur chargé de la procédure, mais par le directeur adjoint des services fiscaux, commissaire du gouvernement, que le secret professionnel s'opposait à ce que ces documents lui soient transmis. Par la suite, devant la cour d'appel, le directeur adjoint des services fiscaux de la Charente-Maritime aurait usé d'un subterfuge, destiné à lui donner l'apparence de la neutralité : reprenant sa « casquette » de commissaire de gouvernement, il se serait fait suppléer par le directeur des services fiscaux de la Vienne, avant de se faire mandater par lui. Ainsi, aux yeux de la cour d'appel, l'expropriant était représenté par un inspecteur des services fiscaux de la Charente-Maritime, et les fonctions de commissaire du gouvernement étaient assumées par le directeur des services fiscaux de la Vienne, alors qu'en réalité, ces deux fonctionnaires étaient issus du même service administratif départemental, le second étant de surcroît le supérieur hiérarchique du premier.

Enfin, le refus opposé à la demande du requérant tendant à la communication des pièces mentionnées dans le mémoire de l'expropriant devant la cour d'appel caractériserait à lui seul une violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

2. Le Gouvernement

26. Le Gouvernement souligne que le commissaire du gouvernement a avant tout une mission d'« expertise », consistant à éclairer le juge sur la valeur des biens expropriés. Ce serait la raison pour laquelle les fonctions de commissaire sont confiées au directeur des services fiscaux du département dans lequel la juridiction concernée a son siège : de par ses attributions administratives, fiscales et domaniales, ledit directeur serait rompu aux techniques de l'évaluation et de l'expertise immobilières. De ce point de vue, le commissaire ne serait ni demandeur ni défendeur à l'instance en fixation des indemnités.

Le commissaire du gouvernement aurait en outre pour mission de garantir le bon emploi des deniers publics et, à ce titre, de veiller notamment à ce que l'indemnité allouée n'excède pas la valeur réelle des biens expropriés. Même s'il n'a pas la qualité de partie principale, il serait ainsi « partie » à l'instance et pourrait, en cette qualité, interjeter appel de la décision rendue par le juge de l'expropriation, lorsque les montants alloués par celui-ci ne lui paraissent pas conformes à l'intérêt des finances publiques.

Le Gouvernement ajoute que le commissaire du gouvernement n'est pas le représentant de la collectivité expropriante, et n'a pas de pouvoir de décision dans la fixation des indemnités, cette décision relevant de la compétence souveraine des juridictions. Son intervention serait circonscrite aux débats publics devant celles-ci. Il serait extérieur non seulement à la formation de jugement - le fait qu'il ne participe pas au délibéré en témoignerait -, mais aussi à la juridiction elle-même, son rôle n'étant pas celui d'un ministère public.

27. Selon le Gouvernement, la circonstance que le commissaire du gouvernement appartient parfois, comme c'était le cas en l'espèce, à la même administration que le représentant de la collectivité expropriante ne serait pas déterminante. Le Gouvernement précise à cet égard que la représentation de la collectivité expropriante n'est assurée par un membre de l'administration fiscale que dans quarante-cinq départements (dont la Charente-Maritime) ; l'article R. 179 du code du domaine de l'Etat prévoirait cependant que les agents désignés à ce titre ne peuvent exercer parallèlement la fonction de commissaire du gouvernement. Ainsi, en l'espèce, devant la cour d'appel les fonctions de commissaire étaient exercées par le directeur adjoint des services fiscaux de la Charente-Maritime, lequel suppléait le directeur des services fiscaux de la Vienne ; quant à la représentation de l'Etat dans la procédure contentieuse, elle était assurée par un autre agent de la direction départementale des services fiscaux de la Charente-Maritime. Les fonctions de commissaire du gouvernement et de représentant de l'expropriant n'auraient donc pas été cumulées. A elle seule, la circonstance que ces deux fonctionnaires appartenaient à la même administration ne révélerait aucun déséquilibre pour deux raisons : le

commissaire n'était pas le représentant de la collectivité expropriante dans la procédure et ne défendait donc pas les mêmes intérêts que ceux dont le représentant de l'Etat avait la charge ; l'article 6 § 1 n'interdirait pas qu'une partie principale et une partie jointe défendent une cause commune dès lors qu'un débat contradictoire a lieu.

28. Le Gouvernement ajoute que les conclusions du commissaire du gouvernement, tant écrites qu'orales, sont soumises à la contradiction. La jurisprudence ferait ainsi obligation au commissaire, à peine d'irrecevabilité de celles-ci, de déposer ses conclusions au secrétariat-greffe de la juridiction d'expropriation, dans un délai suffisant pour permettre aux parties d'en prendre connaissance avant l'audience. Les parties seraient donc mises à même de connaître l'avis du commissaire du gouvernement et, le cas échéant, de demander un report d'audience en cas de moyen nouveau. En outre, les articles R. 13-31 et R. 13-52 du code de l'expropriation prévoiraient que les parties et le commissaire ne peuvent développer au cours de l'audience que les moyens exposés dans leurs mémoires ; la substance des conclusions que le commissaire du gouvernement présente à l'audience ne pourraient donc différer des écritures déposées. Par ailleurs, contrairement à ce que soutient le requérant, les parties auraient toujours la possibilité de discuter, en reprenant la parole après lui à l'audience, les conclusions orales du commissaire du gouvernement. En effet, l'article 37 du décret n° 66-776 du 11 octobre 1966 pris en application de la loi n° 62-848 du 26 juillet 1962 (rétablissant l'institution du commissaire du gouvernement), qui excluait cette possibilité, aurait été annulé par le Conseil d'Etat. Les parties auraient en outre la faculté de répliquer auxdites conclusions au moyen d'une note en délibéré.

En l'espèce, les conclusions du commissaire du gouvernement devant la cour d'appel - déposées au greffe les 4 septembre 1995 et 9 mai 1996 -auraient été notifiées au requérant, lequel y aurait d'ailleurs répondu dans son dernier mémoire, daté du 22 mai 1996 ; il ne pourrait donc soutenir qu'à la date de l'audience, il ignorait la substance des conclusions orales du commissaire du gouvernement, dont il ne serait pas contesté par lui qu'elles furent identiques en substance à celles, écrites, déposées au greffe de la cour. Le requérant aurait en outre disposé de la faculté de répliquer oralement aux conclusions du commissaire lors de l'audience et y aurait renoncé.

B. Appréciation de la Cour

1. Sur le respect du principe de l'égalité des armes

29. Le requérant dénonce en premier lieu une rupture de l'égalité des armes entre les parties dans la procédure en fixation des indemnités d'expropriation, résultant de la position privilégiée dont jouirait le commissaire du gouvernement.

30. La Cour relève que le commissaire du gouvernement prend part à toutes les instances en fixation des indemnités devant les juridictions de l'expropriation. Il n'est pas membre de ces juridictions et ne participe pas au délibéré de la formation de jugement. Il est par ailleurs distinct du ministère public (articles R. 13-8 et R. 13-9 du code de l'expropriation) et de l'expropriant (il ne représente pas ce dernier et dépose des conclusions séparées).

Le commissaire du gouvernement participe cependant entièrement à l'instance en fixation des indemnités devant ces juridictions : il prend part à la visite des lieux, à l'instar de l'exproprié et de l'expropriant (article R. 13-27 du code de l'expropriation), il « est entendu en ses observations et dépose ses conclusions », et il se prononce sur l'évaluation des indemnités d'expropriation (article R. 13-32 du code de l'expropriation) ; il reçoit notification du jugement de première instance (article R. 13-36 du code de l'expropriation) et peut interjeter appel contre ce jugement (articles R. 13-47 et R. 13-49 du code de l'expropriation).

La Cour en déduit que le commissaire du gouvernement est « partie » à l'instance en fixation des indemnités, qualité que la haute juridiction administrative française lui reconnaît d'ailleurs (paragraphe 16 ci-dessus) et que, au demeurant, le Gouvernement ne lui dénie pas. Les modalités de sa participation à l'instance sont en conséquence susceptibles de poser une question sous l'angle du principe de l'égalité des armes.

31. La Cour rappelle que ce principe est l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. Il exige un « juste équilibre entre les parties » : chacune doit se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires (voir, parmi d'autres, les arrêts Ankerl c. Suisse, du 23 octobre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V, § 38, Nideröst-Huber c. Suisse, du 18 février 1997, Recueil n° 1997-I, § 23, et Kress c. France [GC], n° 39594/98, § 72, du 7 juin 2001).

32. La Cour constate que le commissaire du gouvernement a essentiellement pour mission de garantir le bon emploi des deniers publics et, à ce titre, de veiller notamment à ce que l'indemnité de dépossession allouée n'excède pas la valeur réelle des biens expropriés. Il défend donc des intérêts similaires à ceux défendus par l'expropriant, tendant vers une

évaluation modérée des indemnités. Il est en outre parfois, comme en l'espèce, issu de la même administration, voire du même service départemental que le représentant de l'expropriant. Les fonctions de commissaire du gouvernement sont en effet confiées au directeur des services fiscaux (domaine) du département dans lequel la juridiction de l'expropriation a son siège ou, par suppléance, à un autre fonctionnaire de cette administration (article R. 13-7 du code de l'expropriation). L'Etat expropriant est quant à lui, dans certains départements - dont la Charente-Maritime -, représenté par des fonctionnaires de la même direction départementale des services fiscaux (domaines) (articles R. 178 et R. 179 du code du domaine de l'Etat). Il peut ainsi se produire des situations où, comme cela semble avoir été le cas en l'espèce, le commissaire du gouvernement est le supérieur hiérarchique du représentant de l'Etat expropriant, et où s'installe une certaine confusion entre ces deux parties.

Ces circonstances - que l'on y voie un dédoublement de la représentation des intérêts de la collectivité dans la procédure en fixation des indemnités ou le renforcement de la position d'une partie par l'intervention d'une autre - affaiblissent sans doute la position de l'exproprié. Elles ne suffisent cependant pas à elles seules à caractériser une méconnaissance du principe de l'égalité des armes. Il s'agit en effet d'une situation qui se produit couramment devant les juridictions des Etats membres du Conseil de l'Europe, soit que l'une des parties ait en face d'elle plusieurs parties principales défendant des intérêts similaires ou concomitants, soit que la partie adverse principale et une partie jointe défendent la même cause.

En d'autres termes, le fait qu'un point de vue semblable est défendu par plusieurs parties à une instance juridictionnelle ne met pas nécessairement la partie adverse dans une situation de « net désavantage » pour la présentation de sa cause.

33. Il reste à vérifier si, en l'espèce, au vu des modalités de la participation du commissaire du gouvernement à l'instance, le « juste équilibre » qui doit régner entre les parties a été respecté.

34. Au cours de la procédure, les parties présentent chacune une évaluation du bien exproprié - c'est là le coeur des débats -, laquelle est fonction du marché immobilier. Pour ce faire, elles doivent soumettre au juge des termes de comparaison tirés de mutations immobilières effectives ; le juge retient, parmi les éléments soumis par les parties, ceux qui lui paraissent les plus représentatifs du marché immobilier.

Or, comme cela a été relevé plus haut, les fonctions de commissaire du gouvernement sont confiées au directeur des services fiscaux (domaine) du département dans lequel la juridiction de l'expropriation a son siège ou, par suppléance, à un autre fonctionnaire de cette administration. A ce titre - comme d'ailleurs l'expropriant -, il a accès au fichier immobilier, sur lequel sont répertoriées toutes les mutations. L'exproprié, quant à lui, ne dispose que d'un accès restreint au fichier, celui-ci n'étant pas ouvert à la libre consultation des particuliers : ils ne peuvent recevoir d'informations et d'extraits qu'à la condition de bien circonscrire les références recherchées (article 39 du décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955). Ainsi, déjà à ce stade, l'exproprié se trouve désavantagé par rapport à ses adversaires.

35. Par ailleurs, en première instance, aucun texte n'oblige le commissaire du gouvernement, contrairement aux autres parties (articles R. 13-22 et R. 13-23 du code de l'expropriation), à notifier ses écritures ; il lui suffit de les déposer au greffe, et il n'est pas même tenu d'informer les autres parties de ce dépôt. Il prend en outre la parole en dernier, en appel comme en première instance (articles R. 13-31 et R. 13-32 du code de l'expropriation).

36. Enfin et surtout, en appel comme en première instance (article R. 15-53 du code de l'expropriation), les conclusions du commissaire du gouvernement prennent un poids particulier lorsqu'elles tendent à une évaluation inférieure à celle proposée par l'expropriant.

Il résulte en effet de l'article R. 13-35 du code de l'expropriation que « le juge statue dans la limite des conclusions des parties [...] et de celles du commissaire du gouvernement si celui-ci propose une évaluation inférieure à celle de l'expropriant » ; l'article R. 13-36 du même code ajoute que, dans un tel cas de figure, « si le jugement écarte les conclusions du commissaire du gouvernement [...], il doit indiquer spécialement les motifs de ce rejet ».

La Cour comprend l'esprit de cette règle et la logique sur laquelle elle repose : les fonctions de commissaire de gouvernement sont confiées au directeur des services fiscaux (domaine), lequel, par ses attributions administratives, fiscales et domaniales, est rompu aux techniques de l'évaluation et de l'expertise immobilières, et a accès aux informations les plus pertinentes en la matière ; il apparaît ainsi comme le mieux placé pour éclairer le juge sur la valeur des biens expropriés, et intervient auprès de lui dans le cadre d'une sorte de mission d'« expertise ».

Il n'en reste pas moins que cette règle a pour effet de lier dans une grande mesure le juge, qui n'a pas nécessairement la même pratique de l'évaluation domaniale que le directeur des services fiscaux, qui ne peut désigner un autre expert en première instance (article R. 13-28 du code de l'expropriation) et qui ne peut faire procéder à une expertise en appel qu'« exceptionnellement [...] sur arrêt motivé » (article R. 13-52 du code de l'expropriation). L'exproprié a certes la

possibilité de produire, à ses frais, sa propre expertise, mais le juge n'est pas tenu d'en tenir compte de la même manière que des conclusions du commissaire du gouvernement.

A cela il faut ajouter que cette règle joue nécessairement en défaveur de l'exproprié, le juge n'étant pas obligé de motiver spécialement le rejet de conclusions du commissaire du gouvernement contenant une évaluation supérieure à celle retenue par l'expropriant.

37. En résumé, dans la procédure en fixation des indemnités, l'exproprié se trouve confronté non seulement à l'autorité expropriante mais aussi au commissaire du gouvernement ; le commissaire du gouvernement et l'expropriant - lequel est dans certains cas représenté par un fonctionnaire issu des mêmes services que le premier - bénéficient d'avantages notables dans l'accès aux informations pertinentes ; en outre, le commissaire du gouvernement, à la fois expert et partie, occupe une position dominante dans la procédure et exerce une influence importante sur l'appréciation du juge (voir, mutatis mutandis, *Bönisch c. Autriche*, arrêt du 6 mai 1985, Série A n° 92). Selon la Cour, tout cela crée, au détriment de l'exproprié, un déséquilibre incompatible avec le principe de l'égalité des armes. Elle conclut en conséquence à une méconnaissance en l'espèce de ce principe et à une violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

2. Sur le respect du contradictoire

38. Le requérant se plaint tout d'abord du fait que, dans le cadre de la procédure devant la cour d'appel, la direction des services fiscaux de la Charente-Maritime refusa de lui communiquer les documents énumérés dans l'« étude du marché immobilier local » annexée à son mémoire du 13 avril 1995.

La Cour rappelle que la notion de procès équitable implique en principe le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge et de la discuter (voir, par exemple, les arrêts *Lobo Machado c. Portugal* et *Vermeulen c. Belgique* du 20 février 1996, Recueil 1996-I, respectivement § 31, et § 33, et les arrêts *Nideröst-Huber* et *Kress* précités, respectivement § 24 et § 74). Selon elle, ainsi défini, le principe du contradictoire n'exige pas, en matière « civile », que chaque partie communique à son adversaire des documents qui, comme en l'espèce, n'ont pas davantage été présentés au juge.

39. Le requérant expose ensuite qu'aucun texte n'oblige le commissaire du gouvernement, en première instance, à communiquer ses conclusions écrites aux parties ou à les déposer au greffe dans un délai leur permettant d'en prendre connaissance et de préparer une réplique ; il n'est pas même tenu de les aviser du dépôt.

La Cour juge cette lacune incompatible avec le principe du contradictoire, même si la jurisprudence (paragraphe 18 ci-dessus) et la pratique l'ont quelque peu comblée. Force est cependant de constater qu'en l'espèce, même si aucune disposition légale n'imposait une telle procédure, le requérant a reçu communication des conclusions la veille de la date prévue pour l'audience et a obtenu ensuite un renvoi, ce qui lui a permis de préparer une réplique dans des conditions satisfaisantes. Il ne saurait donc se plaindre d'une méconnaissance du principe du contradictoire de ce chef.

40. Enfin, le requérant se plaint de ce que, lors de l'audience devant les juridictions de l'expropriation, le commissaire du gouvernement a la parole en dernier.














Or, comme il vient d'être dit, le requérant a reçu communication des conclusions écrites du commissaire du gouvernement avant l'audience, en appel comme en première instance, dans des conditions lui permettant de préparer une réplique écrite. Il pouvait en outre - ce qu'il fit d'ailleurs devant la juridiction d'appel - déposer une note en délibéré. La Cour en déduit que le requérant a eu la possibilité de répliquer au commissaire du gouvernement dans des conditions satisfaisantes (voir par exemple, mutatis mutandis, l'arrêt *Kress* précité, § 76), de sorte que le principe du contradictoire n'a pas davantage été méconnu de ce chef.






Document 3 : René Hostiou, « Indemnités d'expropriation et droit au respect des biens : quel contrôle pour la CEDH ? », commentaire de la décision CEDH, 4 novembre 2010, *Dervaux c. France*, n° 40975/07, AJDA 2010 p. 2493 (extraits)




Sur la procédure de fixation judiciaire de l'indemnité d'expropriation et le principe de l'égalité des armes

Après les décisions rendues en 2001 par la Cour de cassation, le dossier avait été renvoyé à la cour d'appel d'Amiens, qui avait statué le 12 mars 2003. Saisie d'un nouveau pourvoi, la Cour de cassation avait annulé cet arrêt sur le fondement des dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne, l'arrêt attaqué ayant été rendu au vu des conclusions du commissaire du gouvernement, « alors que celui-ci, expert et partie à cette procédure, occupe une

position dominante et bénéficiaire, par rapport à l'exproprié, d'avantages dans l'accès aux informations pertinentes publiées au fichier immobilier », générant de ce fait « un déséquilibre incompatible avec le principe de l'égalité des armes ».




On aura reconnu dans la formulation utilisée par la Cour de cassation l'écho direct de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Yvon c/ France* (CEDH 24 avr. 2003, req. n° 44962/98, D. 2003. 2456 , note R. Hostiou  ; AJDI 2003. 361  et 330, obs. D. Musso  ; RDI 2003. 425, obs. J.-F. Struillou  ; JCP Adm. 2003, n° 1523, obs. R. Noguellou) et *Roux c/ France* (CEDH 25 avr. 2006, req. n° 16022/02, AJDA 2006. 1441 , note R. Hostiou ). On sait au demeurant qu'après la condamnation de la France, la Cour de cassation s'était immédiatement rangée à l'analyse des juges de Strasbourg (Civ. 3^e, 2 juill. 2003, *Consorts Monzerian c/ Département de la Drôme*, n° 02-70.047, Bull. civ. III, n° 140 ; D. 2003. 1879  ; AJDI 2003. 600 , obs. R. Hostiou , et 553, étude D. Musso  ; RDI 2003. 425, obs. J.-F. Struillou , censurant en conséquence, chaque fois que le moyen avait été invoqué devant les juges du fond (2), toutes les décisions rendues « au vu » des conclusions du commissaire du gouvernement, dès lors que la procédure de fixation judiciaire des indemnités d'expropriation était de ce seul fait susceptible de générer un déséquilibre, générateur d'une violation du principe de l'égalité des armes, au détriment des expropriés (v., sur cette jurisprudence, *Code de l'expropriation*, 12^e éd., Litec, 2010, p. 243 et s.).

Afin de mettre un terme à cette situation, à vrai dire intenable, les pouvoirs publics ont été amenés à procéder, avec le décret du 13 mai 2005, à un important toilettage du code de l'expropriation (v. R. Hostiou, Une tentative de « conventionnalisation » du code de l'expropriation, AJDA 2005. 1382 ). Insuffisantes au regard des exigences de l'arrêt *Yvon c/ France*, encore que le Conseil d'Etat en ait jugé différemment (CE 3 sept. 2007, *SCI Le Gambetta et Association de sauvegarde du droit de propriété*, req. n° 282385 , AJDA 2007. 1676  ; JCP G 2007, n° 2794 ; RFDA 2007. 1175, note R. Hostiou  ; JCP Adm. 2007, n° 2274, concl. D. Chauvaux ; AJDI 2007. 849, note D. Musso  ; Procédures janv. 2008, n° 24, note S. Deygas ; Gaz. Pal. 17-19 févr. 2008, p. 20 ; Juris Data n° 2007-072339), les dispositions de ce décret ont été ultérieurement complétées par la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 (art. 21) qui étend le bénéfice des dispositions du premier alinéa de l'article L. 135 B du Livre des procédures fiscales aux propriétaires faisant l'objet d'une procédure d'expropriation, et ce dans le but de permettre à ces derniers de bénéficier d'une égalité d'accès aux « termes de référence » utilisés pour évaluer le bien exproprié.

La Cour de cassation considère en conséquence désormais que « les avantages dont bénéficie le commissaire du gouvernement par rapport à l'exproprié dans l'accès aux informations pertinentes publiées au fichier immobilier ne sont pas de nature, à eux seuls, à créer un déséquilibre incompatible avec le principe d'égalité des armes, dès lors que [...] le commissaire du gouvernement, qui exerce ses missions dans le respect de la contradiction guidant le procès civil, doit, sous le contrôle du juge de l'expropriation, déposer des conclusions constituant les éléments nécessaires à l'information de la juridiction et comportant notamment les références de tous les termes de comparaison issus des actes de mutation sélectionnés sur lesquels il s'est fondé pour retenir l'évaluation qu'il propose ainsi que toute indication sur les raisons pour lesquelles les éléments non pertinents ont été écartés, l'exproprié peut user de la faculté offerte par l'article L. 135 B, alinéa 1^{er} du Livre des procédures fiscales, tel que modifié par la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006, de demander à l'administration fiscale de lui transmettre gratuitement les éléments d'information qu'elle détient au sujet des valeurs foncières déclarées à l'occasion des mutations intervenues dans les cinq dernières années et la juridiction peut, si elle s'estime insuffisamment éclairée, ordonner une expertise ou se faire assister par un notaire lors de la visite des lieux » (Civ. 3^e, 9 avr. 2008, *SCI Saint Martin-de-Seignanx c/ Commune de Bayonne*, n° 07-14.411, Bull. civ. III, n° 65 ; D. 2008. 1210  ; Dr. adm. 2008, n° 110, note R. Noguellou ; Gaz. Pal. 25-27 mai 2008, p. 16 ; Juris Data n° 2008-043515 ; Civ. 3^e, 22 oct. 2008, *GFA du Château de Mézières c/ Commune de Mézières-Lez-Cléry*, n° 07-18.090, Bull. civ. III, n° 158 ; D. 2008. 2795, obs. G. Forest  ; RDI 2009. 164, obs. C. Morel  ; Juris Data n° 2008-045542 ; Civ. 3^e, 19 nov. 2008, *SCI Les Thuyas c/ SEMDO*, Juris Data n° 2008-040013 ; Civ. 3^e, 19 nov. 2008, *Harvaux c/ Société SEMDO*, Juris Data n° 2008-045891).

Dans le même sens, il est désormais considéré comme acquis que « le commissaire du gouvernement, qui ne doit pas être l'agent ayant pour le compte de l'autorité expropriante donné l'avis d'estimation préalable aux offres d'indemnité pour le compte de l'autorité expropriante et qui est soumis au principe de la contradiction, ne dispose plus d'une position dominante. Il ne bénéficie pas, par rapport à l'exproprié, d'avantages dans l'accès aux informations permanentes publiées au fichier immobilier puisque, d'une part, la juridiction de l'expropriation, tant en première instance qu'en cause d'appel, peut recourir à une mesure d'expertise en cas de difficulté d'évaluation et que, d'autre part, l'exproprié peut répondre jusqu'au jour de l'audience aux conclusions du commissaire du gouvernement, qui est tenu d'indiquer les références des éléments de comparaison qu'il retient. En outre, le conservateur des hypothèques est tenu de délivrer à tous ceux qui le requièrent une copie des extraits des documents déposés à leur bureau, le commissaire du gouvernement ne bénéficiant pas d'une procédure particulière ou simplifiée pour obtenir ces documents ». En conséquence, les termes de référence proposés par le commissaire du gouvernement ne sauraient être écartés au motif que les dispositions des articles R. 13-32, R. 13-35 et R. 13-47 du code de l'expropriation seraient génératrices d'un déséquilibre incompatible avec le principe de l'égalité des armes et contraires à l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CA Douai 21 sept. 2009, *SARL Immo MDB c/ Ville des Lillas*, Juris Data n° 2009-022889).


Ces deux questions apparaissant désormais comme réglées, la Cour européenne des droits de l'homme n'a eu, en conséquence, à se pencher que sur le problème de fond soulevé par le requérant, à savoir celui du montant de l'indemnité allouée.

(2) Après avoir en effet, dans un premier temps, considéré qu'il s'agissait là d'un moyen « de pur droit », susceptible d'être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation, celle-ci s'est ravisée, faisant valoir que si l'exproprié n'avait pas déjà invoqué ce moyen, celui-ci, « mélangé de droit et de fait », était irrecevable s'il était formulé pour la première fois devant la Cour de cassation (Civ. 3^e, 13 avr. 2005, *SCI Saint Martin c/ Commune d'Aime*, n° 04-70.091, Bull. civ. III, n° 93 ; AJDI 2005. 918 , obs. A. Lévy  ; RDI 2005. 270, obs. C. Morel ).


Document 4 : René Hostiou, Le droit de l'expropriation et les exigences de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, note sous CE, 3 septembre 2007, Association de sauvegarde du droit de propriété et autres, n° 282488, 282385, RFDA 2007 p. 1175

L'arrêt ci-dessous publié, dont ce qu'il faut retenir avant tout, c'est qu'il témoigne du *satisfecit* exprimé par le Conseil d'Etat quant à la régularité des mesures prises récemment par l'autorité réglementaire en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, s'inscrit dans un contexte tout à fait particulier, celui des relations quelque peu orageuses entretenues depuis quelques années par le droit français et le droit européen, plusieurs décisions récentes de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ayant, on le sait, contribué à déstabiliser notre système juridictionnel, aussi bien administratif que judiciaire, sur le fondement de l'article 6 § 1^{er} de la Convention, avec pour cible privilégiée, dans un cas comme dans l'autre, le « commissaire du gouvernement ».

Nul n'ignore toutefois que ce terme, s'il est familier aux juristes français, est en réalité polysémique, qu'il est susceptible de s'appliquer à l'exercice de fonctions les plus diverses, y compris lorsque celles-ci s'inscrivent dans un cadre juridictionnel, cette particularité sémantique justifiant que des appréciations divergentes puissent très légitimement être portées quant au bien-fondé des décisions rendues par les instances européennes à l'encontre de celui-ci, tout comme sur la pertinence des mesures mises en place par les autorités nationales en vue de répondre aux exigences manifestées à cette occasion par la Cour.


S'agissant du *commissaire du gouvernement devant les juridictions administratives*, ce dernier, comme on le sait, n'est pas « partie » au procès. Il a pour mission « d'exposer les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître son appréciation, qui doit être impartiale, ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction » (CE 10 juill. 1957, *Gervaise*, Lebon 466). « Il participe », comme l'avait au demeurant très explicitement rappelé le Conseil d'Etat, « à la fonction de juger dévolue à la juridiction dont il est membre », « l'exercice de cette fonction n'étant pas », en avait-il inféré, « soumis au principe du contradictoire » (CE 29 juill. 1998, *M^{me} Esclatine*, Lebon 320, concl. D. Chauvaux  ; GACA 2007, n° 60, p. 969).

La CEDH a, on le sait, remis en cause ce raisonnement. Tout en se refusant à mettre en doute l'indépendance tout comme l'impartialité du commissaire du gouvernement, elle a, se fondant sur la théorie dite « des apparences » et évoquant « le sentiment d'inégalité » qu'un plaideur peut éprouver lorsqu'après avoir entendu les conclusions du commissaire du gouvernement dans un sens défavorable à sa thèse, il voit ce dernier se retirer avec les juges de la formation de jugement, réfuté cette analyse, l'avantage pour la formation de jugement de cette assistance « purement technique » devant, selon celle-ci, être mis en balance avec « l'intérêt supérieur du justiciable », qui doit avoir la garantie que le commissaire du gouvernement n'est pas en mesure, par sa seule présence, « d'exercer une certaine influence sur l'issue du délibéré » (CEDH, 7 juin 2001, *Kress c/ France*, GAJA 2005, n° 112; CEDH, 12 avr. 2006, *Martinie c/ France*, n° 57675/00).



Rarement décision de la Cour fut aussi mal reçue par la doctrine, par les juges et par les plus hautes instances de l'Etat. Quant à la réponse apportée à la suite de cette condamnation, la formulation très « travaillée » de l'article R. 733-3 du code de Justice administrative, en date du 1^{er} août 2006  (2), traduit le sentiment d'agacement et reflète parfaitement la défiance des autorités à l'égard d'une jurisprudence suspectée d'avoir, au nom de *l'article 6 § 1^{er} de la Convention*, commis un grave contresens.

S'agissant du *commissaire du gouvernement appelé à intervenir dans le cadre de la procédure d'expropriation*, et dont la création (par une loi du 26 juillet 1962 et un décret en date du 11 octobre 1966) est beaucoup plus récente, le problème est, en réalité, tout autre, dans la mesure où ce dernier, directeur des services fiscaux du département dans lequel la juridiction a son siège, n'est pas un magistrat mais un fonctionnaire de l'Etat, soumis au pouvoir hiérarchique de son ministre, les fonctions qu'il exerce devant le juge de l'expropriation n'étant aucunement comparables à celles de son « homonyme » devant les juridictions administratives.

Le service qu'il dirige est appelé à remplir une fonction de conseil en matière d'estimation de la valeur des biens que l'Administration envisage d'acquérir tandis que lui-même est appelé à intervenir auprès du juge, vis-à-vis duquel il se trouve, au surplus, en situation de monopole, le juge de l'expropriation n'étant pas autorisé à désigner d'expert. Ledit service peut être habilité à agir « pour le compte » de l'Etat et d'un certain nombre d'institutions publiques ou parapubliques et amené à se retrouver de la sorte « en position » d'expropriant (code du domaine, art. R. 176 et R. 177), et en tout état de cause, de par les attributions qui sont les siennes en matière fiscale, il fait figure d'observatoire privilégié de l'ensemble des transactions immobilières, son directeur bénéficiant, en conséquence, de toutes les facilités pour établir les « termes de comparaison » appelés à servir de base à la fixation de l'indemnité par le juge.


On relira à ce sujet avec beaucoup d'intérêt l'analyse très sévère de Marcel Waline sous la décision aux termes de laquelle avaient été censurées les dispositions du décret du 11 octobre 1966 en ce que celles-ci ne prévoyaient aucunement la communication aux parties, tant avant que pendant l'audience, des conclusions du commissaire du gouvernement, la procédure instituée n'étant pas, avait estimé le Conseil d'Etat, « contradictoire dans les rapports de ce dernier avec les autres parties » (CE, Ass., 13 déc. 1968, *Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne*, RD publ. 1969. 512 ; Lebon 645 ). Il s'agit, avait noté l'éminent auteur, d'une « sorte de tuteur imposé aux juges pour les prémunir contre une générosité excessive, la même présomption de prodigalité frappant également l'expropriant ». « Tout cela dépasse vraiment toute raison ». Il s'agit là d'un « monstre juridique », avait-il conclu, sans nuances.

Il est vrai que la nature exacte de cette institution atypique avait, depuis sa création, fait l'objet de controverses. Si les juridictions de l'ordre administratif avaient estimé que celui-ci assumait « le rôle d'une partie à l'instance », motif pour lequel elles avaient considéré précisément qu'il était soumis au contradictoire (CE 13 déc. 1968, préc.), les juridictions judiciaires, quant à elles, s'étaient toujours refusé à lui reconnaître une pareille qualité, au motif, était-il dit, que le commissaire du gouvernement ne fait pas partie de la juridiction de l'expropriation, qu'il n'assiste pas au délibéré, qu'il ne participe aucunement à la décision rendue par celle-ci, se contentant par conséquent de voir en ce dernier un simple « conseiller technique du juge », chargé de donner à celui-ci « tous les éléments d'information permettant de fixer l'indemnité » (Civ. 3^e, 21 oct. 1992, *S^{te} RIVOM c/ Dpt de la Côte d'Or*, Bull. Civ. III, n° 157, p. 105).

Cet argumentaire a toutefois été mis à mal par la CEDH avec l'arrêt *Yvon c/ France* (CEDH 24 avr. 2003, D. 2004, AJ. 2456, note R. Hostiou ; JCP A 2003. 1523, obs. R. Noguellou ; AJDI 2003. 361, note D. Musso ) , confirmé quelques temps plus tard par une nouvelle décision, en tous points identique à la précédente (CEDH 25 avr. 2006, *Roux c/ France*, AJDA 2006. 1441, note R. Hostiou 

La Cour confirme ainsi pleinement l'analyse formulée en son temps par Marcel Waline. Le commissaire du gouvernement est un agent de l'Administration « rompu aux techniques de l'évaluation et de l'expertise immobilières », qui a essentiellement pour mission de veiller à ce que le montant de l'indemnité allouée par le juge à l'exproprié ne soit pas excessif. Il défend de la sorte des intérêts similaires à ceux de l'expropriant. Il participe à l'instance en fixation des indemnités, il prend part, tout comme l'expropriant et l'exproprié, à la visite des lieux, il se prononce sur l'évaluation des biens, il reçoit notification du jugement en première instance, il peut interjeter appel contre ce jugement.

Il est en conséquence « partie à l'instance » et sa participation au procès doit, dans ces conditions, être appréciée au regard du droit à un procès équitable au sens de l'article 6 § 1^{er} de la Convention, ce qui suppose en particulier que soient pleinement assurés tout au long de l'instance non seulement le principe de la contradiction, principe aux termes duquel toute partie à un procès doit avoir le droit de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge et disposer de la possibilité effective de la discuter, mais encore le principe de « l'égalité des armes », principe qui veut que dans tout procès soit assuré un juste équilibre entre les parties, chacune de celles-ci devant se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou à ses adversaires. Et c'est au demeurant sur ce seul terrain, celui de la méconnaissance du principe de l'égalité des armes, qu'avait été condamnée la France en l'espèce.

La Cour de cassation s'étant immédiatement rangée à cette analyse (Civ. 3^e, 2 juill. 2003, *Cne de Monzerian c/ Dpt de la Drôme*, Bull. civ. III, n° 140, p. 125 ; AJDI 2003. 600, note R. Hostiou ) , il s'en est suivi une longue période de flottement pour les juridictions de l'expropriation, ponctuée par de multiples décisions rendues par la juridiction suprême en des termes chaque fois désespérément identiques, le déroulement de la phase indemnitaire de toute procédure judiciaire d'expropriation apparaissant *a priori* comme entaché à tout coup d'illégalité, même si, face au retard de réactivité des pouvoirs publics, la Cour de cassation semble avoir cherché progressivement à circonscrire quelque peu l'étendue du désastre.

Il avait été, dans un premier temps, jugé que le moyen tiré de la violation de l'article 6 § 1^{er} était un moyen « de pur droit », susceptible en conséquence d'être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation (Civ. 3^e, 25 janv. 2005, *M. Maurice Leblay*, Juris Data n° 2005-026670).

Par la suite, la Cour avait estimé qu'au cas où l'exproprié n'avait formé antérieurement aucune contestation à ce sujet, le moyen, s'il était formulé pour la première fois devant la Cour de cassation, était irrecevable comme « mélangé de droit et de fait » (Civ. 3^e, 13 avr. 2005, *SCI St Martin c/ Cne d'Aime*, Bull. Civ. III, n° 93, p. 87 ; Civ. 3^e, 20 juin 2007, *M^{me} Quiroga V^{ve} Micropoulos c/ Cne de Clichy-la-Garenne*, Juris Data n° 039641). Parallèlement, la Cour de cassation avait également été conduite à refuser que l'annulation puisse être en pareil cas « automatique », notamment en rejetant le

moyen s'il était invoqué par l'expropriant (Civ. 3^e, 28 sept. 2005, *Chambre de commerce et d'industrie de Lille-Métropole c/ EURL Sofa*, Juris Data n° 030158), ou encore en exigeant que le moyen soit assorti de précisions permettant d'établir que le commissaire du gouvernement avait effectivement bénéficié d'une position « dominante », la Cour de cassation considérant que dans l'hypothèse contraire, au cas où, par exemple, la Cour d'appel avait écarté les conclusions du commissaire du gouvernement, ou encore au cas où les éléments de référence utilisés par le commissaire du gouvernement étaient « librement accessibles sur Internet », il n'y avait pas lieu de procéder à l'annulation de l'arrêt attaqué, le principe de l'égalité des armes ayant « pour seule finalité, avait-elle tenu à préciser, non pas d'éliminer le commissaire du gouvernement de la procédure d'expropriation mais de le placer dans la même situation qu'une partie à l'instance » (Civ. 3^e, 28 sept. 2005, *Epoux Bollon et autre c/ Cne de Cognin*, Bull. Civ. III, n° 182, p. 167 ; Civ. 3^e, 7 déc. 2005, *S^{te} Chaussures Cendry c/ Cne de Calais*, Bull. Civ. III, n° 240, p. 220 ; Civ. 3^e, 31 janv. 2006, *Sarton du Jonchay c/ Cne d'Anse*, Juris Data n° 031984 ; Civ. 3^e, 15 févr. 2006, *SRMTP c/ SEMAG de Gennevilliers*, Bull. Civ. III, n° 38, p. 31 ; Civ. 3^e, 29 mars 2006, *Olivier c/ Cne de Pomy*, Bull. Civ. III, n° 89, p. 74 ; Civ. 3^e, 10 mai 2007, *Pujoulet Lafourcade c/ Dir. des services fiscaux des Hautes Pyrénées*, AJDA 2007. 1428 ☞).

C'est à cette situation - intenable à terme - que les auteurs du décret attaqué, en date du 13 mai 2005, soit par conséquent plus de deux ans après l'arrêt de la CEDH, ont entendu remédier (cf. R. Hostiou, Une tentative de « conventionnalisation » du Code de l'expropriation. Commentaire du décret n° 2005-467 du 13 mai 2005 portant modification du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, AJDA 2005. 1382 ☞).

A cette occasion ont été prises également, plus de dix ans après l'entrée en vigueur de ce texte, les mesures d'application de l'article 4 -1 (codifié à l'art. L. 12-5 alinéa 2) de la loi Barnier, en date du 2 février 1995 (art. 24, créant les art. R. 12-5-1 s. du code de l'expropriation).

Parmi les différentes questions évoquées dans la décision ci-dessus publiée, aux termes de laquelle a été rejeté le recours qui avait été formé contre ce décret par l'Association de sauvegarde du droit de propriété et la SCI Le Gambetta, deux méritent, selon nous, une attention particulière, dans la mesure où l'une comme l'autre, elles intéressent très directement les rapports, non dénués de tensions, entre le droit de l'expropriation et, plus généralement le droit administratif des biens, et la Convention européenne des droits de l'homme (Cf. « Droit administratif des biens et droits de l'homme », Cahiers du Gridauh n° 14 - 2005).

Dans le climat d'affrontement qui semble caractériser ces relations, il n'est pas inintéressant de jeter un oeil sur la jurisprudence du Conseil d'Etat quand on sait que celui-ci se retrouve ici tout naturellement « en première ligne » et que c'est à lui tout d'abord qu'il incombe de se prononcer par conséquent sur la conventionnalité des dispositions adoptées par les autorités nationales et qui ne sont parfois que des « contre-feux » visant à satisfaire des prétentions jugées déraisonnables. On examinera, en conséquence, l'appréciation portée par le Conseil d'Etat tout d'abord sur les dispositions de ce texte en ce qu'elles complètent l'article L. 12-5 alinéa 2, relatives à la constatation par le juge de l'expropriation de l'absence de base légale de l'ordonnance en cas d'annulation de la déclaration d'utilité publique (ou de l'arrêté de cessibilité), et ensuite sur celles, plus directement liées à l'arrêt *Yvon*, touchant aux modifications apportées à la contribution du commissaire du gouvernement au déroulement de la phase judiciaire de la procédure d'expropriation.

Les incidences de l'annulation de la déclaration d'utilité publique sur la validité du transfert de propriété

La procédure d'expropriation présente cette particularité qu'elle est, pour partie, administrative et, pour partie, judiciaire, et que le contentieux des opérations d'expropriation est, en conséquence, partagé entre chacun des deux ordres de juridiction, avec tous les risques de dysfonctionnement qu'implique une pareille situation.

Parmi les nombreuses « discordances » consécutives à cette mixité, la question des incidences des décisions de la juridiction administrative sur la juridiction judiciaire occupe à cet égard, et ce depuis longtemps, une place de choix (cf. J. Lemaurier, « La cacophonie juridique du contentieux de l'expropriation », in *L'unité de droit. Mélanges en hommage à R. Drago*, Economica 1996. 427). En cas d'annulation de la déclaration d'utilité publique (ou de l'arrêté de cessibilité) par la juridiction administrative, on déplorait traditionnellement en effet que cette décision de justice, fût-elle définitive, pût être dépourvue d'effets sur la validité du transfert de propriété prononcé par voie d'ordonnance, dès lors que, n'ayant pas fait l'objet d'un pourvoi en cassation dans le délai très court, dérogatoire au droit commun, de quinze jours, cette ordonnance apparaissait comme investie de l'autorité de la chose jugée, le transfert de propriété demeurant, dans ces conditions, irrévocablement acquis au bénéfice de l'expropriant.


Qualifié par certains comme relevant du « déni de justice », ce cas de figure faisait l'objet d'une condamnation unanime de la doctrine (en ce sens : A. Homont, « L'illégalité des déclarations d'utilité publique et les garanties du droit de propriété », JCP G 1971. I. 2393 ; J. Lemaurier, « La sanction des expropriations illégales », RD publ. 1971. 793 ; D.

Maillot, « Sur un imbroglio juridique : le problème de l'efficacité de l'annulation des actes administratifs dans le contentieux de l'expropriation », DS 1971, chron. p. 103).

La Cour de cassation, quant à elle, n'était pas restée étrangère à ce mouvement de protestation. Elle avait, pour sa part, dans son Rapport pour l'année 1991, préconisé une modification du code de l'expropriation afin de faire en sorte que la chose jugée par la juridiction administrative ne puisse pas rester ignorée par l'autorité judiciaire, suggérant soit que l'on décide de priver automatiquement l'ordonnance de tout effet à l'égard des biens concernés par l'expropriation, soit que l'on se contente de subordonner cette perte d'effets à une demande expresse des propriétaires intéressés (Doc. fr. 1992. 30).

C'est cette seconde suggestion, la moins drastique au demeurant, qui avait inspiré le législateur, et ce sans aucune discussion et à la suite d'un amendement parlementaire de dernière minute. A cet effet, l'article 4-1 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 dispose : « En cas d'annulation par une décision définitive du juge administratif de la déclaration d'utilité publique ou de l'arrêté de cessibilité, tout exproprié peut faire constater par le juge de l'expropriation que l'ordonnance portant transfert de propriété est dépourvue de base légale » (Code de l'expr., art. L. 12-5 alinéa 2).

Alors même que cette réforme était saluée avec beaucoup d'enthousiasme par la doctrine (P. Carrias, La fin d'un déni de justice, le second alinéa ajouté à l'article L. 12-5 du code de l'expropriation, D. 1995, Chron. p. 217 ; G. Deville, Une réforme commandée par le droit européen, Gaz. Pal. 1996. I, p. 255 ; J. Lemasurier, La loi Barnier du 2 février 1995 et le nouvel article L. 12-5 du Code de l'expropriation, LPA 13 mars 1996 ; Cl. Morel, Une brèche dans la séparation du pouvoir judiciaire et du pouvoir administratif, AJPI 1995. 299), de nombreux points d'interrogation étaient très vite apparus, relativement à l'applicabilité dans le temps de celle-ci, mais aussi, et plus fondamentalement, relativement aux conditions d'application de ce texte, l'absence de décret d'application n'étant pas, on s'en doute, de nature à faciliter la tâche des praticiens sur chacun de ces deux points (V. Fl. Cruz, L'article L. 12-5, alinéa 2, du code de l'expropriation : Bilan de son application, CJEG n° 585, mars 2002. 159). On retiendra simplement ici que la Cour de cassation avait rapidement fait valoir que la faculté ainsi donnée à l'exproprié de faire constater par le juge de l'expropriation le « défaut de base légale » de l'ordonnance à raison de l'annulation de la déclaration d'utilité publique n'avait aucunement pour effet de faire obstacle au maintien de la jurisprudence antérieure et de priver celui-ci du droit de former par anticipation, c'est-à-dire avant même le prononcé de cette annulation, un pourvoi contre cette ordonnance pour en demander la cassation « par voie de conséquence de l'annulation à intervenir » (Civ. 3^e, 31 mars 1999, *Parcheminier c/ Direction générale de l'aviation civile*, Bull. Civ. III, n° 84, p. 57). Combinée avec une pratique très libérale en matière de radiation du rôle et de réinscription au vu de la décision définitive (d'annulation ou, au contraire, de validation) du juge administratif, l'appréciation à porter par la Cour de cassation quant à la validité de l'ordonnance étant dès lors, dans un cas comme dans l'autre, sans surprise, cette jurisprudence avait contribué à cantonner la réforme de 1995 dans une fonction supplétive, les intéressés étant autorisés à continuer à « faire comme avant » et indirectement incités de la sorte à saisir parallèlement le juge administratif et, par précaution, la Cour de cassation afin que cette dernière soit en mesure, au cas où serait annulée la déclaration d'utilité publique, d'annuler également, « par voie de conséquence », l'ordonnance (cf. R. Hostiou, « Principe de légalité et dualisme juridictionnel. Annulation de la déclaration d'utilité publique et défaut de base légale de l'ordonnance d'expropriation », in *L'homme, ses territoires, ses cultures*, Mélanges A.H. Mesnard, LGDJ 2006, p. 133).

Il reste que finalement, plus de dix ans après l'adoption de l'article L. 12-5 alinéa 2, les autorités de l'Etat se sont intéressées à nouveau à cette question (cf. S. Traoré, Les conséquences de l'annulation de l'expropriation, Dr. adm. 2005, n° 139, p. 22 et « Les conditions de mise en oeuvre de la procédure de constatation de l'absence de base légale de l'ordonnance d'expropriation. Commentaire de l'article 24 du décret n° 2005-467 du 13 mai 2005 », Constr.-Urb. 2005, n° 13, p. 9), n'hésitant pas à prendre à cette occasion le contre-pied des analyses qui avaient été celles des autorités judiciaires dans le silence des textes. Ainsi par exemple, alors qu'il avait été jugé que la décision du juge de l'expropriation constatant ou, au contraire, refusant de constater l'absence de base légale de l'ordonnance ne pouvait être attaquée que par la voie du recours en cassation (Civ. 3^e, 12 mai 1999, *Moschenross c/ Cne d'Haguenau*, Bull. Civ. III, n° 112, p. 75 ; Civ. 3^e, 20 juill. 1999, *Doyen c/ Syndicat intercommunal d'assainissement des vallées du Cubry*, Juris Data n° 003119 ; Civ. 3^e, 4 nov. 1999, *S^{te} Locosud c/ Cne de Lardy*, AJDI 2000. 414, obs. A. Bernard ) , le texte du décret dispose que le jugement rendu par le juge de l'expropriation au titre de l'article L. 12-5 al. 2 est susceptible d'appel dans le délai d'un mois à compter de la notification de celui-ci (C. expr. art. R. 12-5-6), la Cour de cassation ayant dès lors, très logiquement, fait valoir qu'un pourvoi en cassation formé directement contre cette décision était irrecevable (Civ. 3^e, 23 mai 2007, *Département du Puy-de-Dôme c/ M. et M^{me} Randanne*, D. 2007. AJ. 1661).

Il reste que le recours engagé par l'Association de sauvegarde du droit de propriété conduit à examiner les dispositions du décret du 13 mai 2005, codifiées aux articles R. 12-5-1 à R. 12-5-6, relativement, d'une part, aux conditions d'exercice de cette action en constatation de l'absence de base légale de l'ordonnance portant transfert de propriété, dispositions qui se traduisent pour les victimes d'une expropriation illégale par des possibilités d'accès au juge

restreintes par rapport au texte de la loi, et relativement, d'autre part, aux conséquences susceptibles d'être tirées par le juge en pareil cas, qui, si elles se traduisent par de larges pouvoirs accordés à celui-ci, soulèvent de nouvelles interrogations au regard de la jurisprudence de la Cour européenne.

Les conditions d'exercice de l'action en constatation de l'absence de base légale de l'ordonnance d'expropriation

Estimant sans doute que cela serait de nature à remettre inutilement en cause la sécurité juridique d'un certain nombre d'opérations et ce sans aucune autre justification que celle d'un juridisme « pur et dur », le législateur de 1995 s'était, on l'a évoqué plus haut, refusé à instaurer une relation d'automaticité entre l'annulation de la déclaration d'utilité publique et l'annulation du transfert de propriété, préférant laisser, s'ils le souhaitaient, la possibilité pour les intéressés d'apprécier l'opportunité d'une démarche impliquant pour eux la restitution d'une indemnité parfois déjà affectée à d'autres fins.

On notera toutefois que le législateur avait entendu, avec pour objectif, on l'a vu, celui d'exorciser le risque du « déni de justice », ouvrir cette nouvelle action à « tout exproprié » et ce, à l'inverse de l'action « de droit commun » étroitement corsetée dans des délais très courts, sans aucune limitation dans le temps. Force est de constater que le texte du décret attaqué, qui enferme au contraire celle-ci dans un délai de deux mois à compter de la « notification » de la décision du juge administratif annulant la déclaration d'utilité publique ou l'arrêté de cessibilité, apparaît infiniment plus restrictif.

L'interrogation que l'on est légitimement en droit de formuler à cet égard n'est pas tant celle de la conventionnalité « en soi » dudit délai - sur laquelle se penche le Conseil d'Etat, qui relève que celui-ci n'est pas « d'une brièveté telle qu'il entraverait l'exercice du droit de recours dans des conditions incompatibles avec les stipulations de l'article 6 de la Convention » - que celle de la conformité à la loi d'un texte qui semble réserver désormais cette action aux seuls auteurs du recours, les seuls auxquels est notifiée la décision de la juridiction administrative, interdisant par là même à tout exproprié qui n'aurait pas personnellement saisi le juge administratif, au motif, par exemple, qu'un recours aurait été engagé par une association de protection de l'environnement, de demander au juge de l'expropriation de tirer, pour ce qui le concerne, les conséquences de la décision d'annulation intervenue.

Très largement ouverte en 1995, la porte de l'accès au juge de l'expropriation en cas d'expropriation illégale se referme ainsi quelque peu. Il n'y a pas là motif à retenir une violation de l'article 6 § 1^{er} de la Convention, nous dit très expressément le Conseil d'Etat. Qu'en est-il en revanche, pour ce qui est des nouveaux pouvoirs dévolus en pareil cas au juge de l'expropriation?

Les conséquences de l'absence de base légale de l'ordonnance d'expropriation

On sait que l'annulation de l'ordonnance d'expropriation est de nature à susciter des difficultés d'exécution particulières chaque fois que les acquisitions réalisées par l'expropriant ont conduit à la réalisation de travaux, qu'ils soient publics ou privés, dont la démolition est toujours difficilement envisageable, que ce soit pour des raisons d'ordre juridique, technique, économique, financier ou social. C'est une chose que d'affirmer « sur le papier » que le transfert de propriété illégalement effectué dans le cadre d'une procédure d'expropriation - et annulé en conséquence et ce *ab initio* - doit être considéré comme n'étant jamais intervenu et c'est indubitablement une autre que de donner une traduction concrète à cette affirmation, de manière à ce que l'exproprié illégalement privé de son bien soit en mesure de recouvrer non seulement la propriété « théorique » mais encore l'usage de son bien. Confrontés à cette difficulté « cardinale », les auteurs du décret attaqué ont élaboré un très long article (art. R. 12-5-4), aux termes duquel sont définis les pouvoirs qui sont ceux du juge de l'expropriation, à qui il incombe de préciser « les conséquences de droit » de l'absence de base légale du transfert de propriété (V., sur ce point, S. Traoré, art. préc.).

Ce sont ces dispositions que l'association requérante avait, jugeant ces pouvoirs « excessifs », entendu contester, « sans développer toutefois une argumentation très claire, précise le commissaire du gouvernement, Didier Chauvaux, et sans caractériser une incompétence du pouvoir réglementaire », raison pour laquelle le moyen soulevé, tel qu'il était formulé, a été rejeté par le Conseil et ce de manière particulièrement lapidaire. Il nous semble toutefois que l'argumentaire des requérants aurait gagné à se situer, plutôt que sur le terrain de la compétence de l'autorité réglementaire au regard du droit interne, sur celui du droit au respect des biens au regard de la jurisprudence européenne, qui proscriit fermement toute forme d'expropriation « indirecte » (cf. R. Hostiou, La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de l'expropriation indirecte, RTDH 2007, n° 70, p. 385). Le Conseil d'Etat se refusant à voir dans une incompatibilité éventuelle entre le droit interne et le droit européen la source d'une « méconnaissance du champ d'application de la loi », moyen traditionnellement considéré comme « d'ordre public » (cf. R. Chapus, Droit du contentieux administratif, 12^e ed. 2006. 804), on ne saura donc pas, et c'est fort regrettable, si lesdites mesures sont de nature à répondre aux exigences de la Cour en la matière.

Or le moins que l'on puisse dire, c'est qu'il y a là matière à interrogation. Il n'est pas du tout évident que le décret attaqué soit sur ce point inattaquable (V. la démonstration de Rozen Noguellou, L'expropriation indirecte, Dr. Adm. n° 4, avril 2007, Focus 10, p. 3). Car tout en se refusant en effet à faire état de l'intangibilité de l'ouvrage public, ce qui serait aujourd'hui à tout coup « juridiquement incorrect », le texte dont s'agit - qui s'inspire des principes de la jurisprudence *Commune de Clans* qui autorise le juge administratif à justifier le maintien de l'ouvrage public « mal planté » dès lors que « l'intérêt général » le justifie (CE 29 janv. 2003, Lebon 21, concl. C. Maugué) - conduit à un résultat quasiment identique. Il attribue au juge de l'expropriation un pouvoir d'appréciation discrétionnaire afin d'établir si le bien est ou n'est pas « en état d'être restitué à son propriétaire » et lorsqu'un ouvrage a été réalisé, il l'autorise à prévoir le maintien de celui-ci et son remboursement par l'exproprié « par le versement d'une somme égale au montant de la plus-value dégagée par le bien ».

Ainsi que le souligne R. Noguellou, en faisant état du libre choix de l'exproprié de demander la suppression de l'ouvrage et en se référant, parallèlement, à la double « réserve » des exigences de l'intérêt général » et de « l'impossibilité tenant à la nature de l'ouvrage », le texte dont s'agit n'est pas très clair. En cas de refus qui lui serait opposé consécutivement à l'un ou l'autre de ces motifs, faut-il considérer que l'exproprié - qui, par définition, aura recouvré la propriété du terrain servant d'assiette à l'ouvrage dont s'agit - sera tenu de rembourser l'expropriant de la valeur d'une construction illégalement implantée sur son terrain et dont le maintien lui est imposé contre son gré ? Devra-t-il, dans ce cas, verser comme le prévoit le texte du décret, une somme égale au montant de la plus-value dégagée par ce bien, alors que tout récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'en cas de « dépossession illicite » seule la restitution du terrain litigieux, couplée de l'attribution des bâtiments existants, était susceptible de placer les requérants dans une situation équivalente à celle où ils se trouveraient s'il n'y avait pas eu de manquement aux exigences de l'art. 1^{er} du protocole n° 1 ? (CEDH 6 mars 2007, *Scordino c/ Italie*, Req. n° 43662/98, Etudes Foncières, mars-avril 2007, n° 128, p. 43, chron. F. Haumont et P. Steichen ; Dr. Adm. 2007, note préc. R. Noguellou).

Le principe de la « prééminence du droit », qui implique, selon la Cour, non seulement que toute « ingérence » se traduisant par une privation de propriété au sens de l'art. 1^{er} du premier Protocole additionnel se fonde sur une base légale mais encore que cette base légale réponde à un certain nombre d'exigences en termes d'accessibilité, de précision et de prévisibilité, la Cour se considérant comme autorisée non seulement à vérifier « l'existence » mais encore à porter une appréciation sur la « qualité » des normes de droit interne invoquées par les autorités nationales », est-il, dans ces conditions, ici pleinement assuré ? Il faut rappeler au surplus à quel point les objectifs dont fait état la Cour européenne en la matière - « décourager les pratiques non conformes aux règles des expropriations en bonne et due forme », « adopter des dispositions dissuasives », « rechercher les responsabilités des auteurs de telles pratiques », « supprimer les obstacles juridiques empêchant la restitution des terrains » - s'inscrivent dans une perspective qui ne paraît pas être exactement celle des auteurs du décret contesté, plus attachés, semble-t-il, à chercher à refonder juridiquement la situation de l'occupant illégalement en place qu'à répondre au droit pour le propriétaire au respect du bien dont il a été illégalement dépossédé.

On est, dans ces conditions, en droit de regretter que l'abcès n'ait pas été vidé, dans la mesure où, ainsi que le souligne R. Noguellou, « le droit français n'en a peut-être pas tout à fait fini avec la théorie de l'expropriation indirecte » (art. préc.).

La conventionnalité des dispositions relatives aux attributions du commissaire du gouvernement dans la procédure d'expropriation

L'objectif qui avait prioritairement été évoqué par les auteurs du décret attaqué - répondre aux exigences manifestées par la Cour européenne dans l'arrêt *Yvon* - a-t-il été pleinement rempli ? Telle est l'autre question soulevée. On notera qu'aux termes d'une démonstration sans surprise, le Conseil d'Etat relève que les dispositions introduites par ce texte relativement à l'exercice de la fonction de commissaire du gouvernement auprès de la juridiction de l'expropriation ne créent « aucun déséquilibre incompatible avec les principes de l'égalité des armes et du contradictoire rappelés par l'article 6 § 1^{er} de la Convention ». Cette formulation « syncrétiste », qui conduit à gommer l'originalité de deux principes qui, s'ils participent à la même cause - celle du droit à un procès équitable -, sont en réalité bien distincts et dont surtout la mise en oeuvre suscite à l'évidence des difficultés qui ne sont pas du même ordre, pose problème. Aussi convient-il d'examiner le bien-fondé de cette affirmation en distinguant très nettement ces deux aspects du droit à un procès équitable.

Le commissaire du gouvernement et le principe du contradictoire

« Le commissaire du gouvernement exerce ses missions dans le respect de la contradiction guidant le procès civil » (art. 27 du décret du 13 mai 2005, codifié à l'art. R. 12-7 alinéa 4 du C. expr.). Il aura fallu attendre par conséquent près de quarante ans pour que soit, pour la première fois et officiellement, formalisée la soumission du commissaire du gouvernement au contradictoire, en tant que partie au procès en fixation du montant des indemnités allouées aux expropriés.

La vérité oblige toutefois à constater qu'avant même cette date « historique », la soumission du droit de l'expropriation à ce principe basique - qui n'est, à l'évidence, aucunement étranger à notre culture juridique - est une question qui n'a jamais été totalement ignorée des juridictions nationales, administratives comme judiciaires. En annulant certaines des dispositions du décret de 1966, le Conseil d'Etat s'y était référé très directement et force est de constater que les juridictions de l'expropriation avaient également su montrer, tout au moins lorsqu'elles y étaient acculées par la défense, qu'elles n'étaient pas insensibles à un argumentaire en ce sens, et ce alors même qu'aucun texte n'obligeait le commissaire du gouvernement à communiquer ses conclusions écrites aux parties ou à les déposer au greffe dans un délai leur permettant d'en prendre connaissance et de préparer une réplique, ni même à les aviser de leur dépôt.


C'est ainsi, par exemple, qu'à la lecture des faits de l'affaire *Yvon*, on apprend que le requérant ayant reçu communication des conclusions du commissaire du gouvernement seulement la veille de la date prévue pour l'audience, celui-ci avait pu demander et obtenir un renvoi, ce qui lui avait permis, souligne la Cour, de préparer une réplique dans des conditions satisfaisantes, permettant de la sorte à celle-ci de conclure qu'« il ne saurait donc se plaindre d'une méconnaissance du principe du contradictoire de ce chef ».

Autrement dit, l'essentiel du problème n'est pas là. En imposant au commissaire du gouvernement de notifier aux parties à l'instance par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, au moins huit jours avant la visite des lieux, ses conclusions et en disposant que les parties peuvent répondre auxdites conclusions par note écrite dans les mêmes formes, jusqu'au jour de l'audience, le texte attaqué va sans nul doute - encore que de manière parcimonieuse au regard de la brièveté des délais laissés à l'exproprié - dans le sens des exigences de la Cour. Il est clair cependant que ces exigences se situent bien au-delà et qu'elles soulèvent des difficultés d'un autre ordre, dans la mesure notamment où le principe de l'égalité des armes fait référence plus au « qualitatif » qu'au simple « quantitatif ».

Le commissaire du gouvernement et le principe de l'égalité des armes

C'est incontestablement, au regard de la jurisprudence de la Cour, la grande faiblesse de la réforme introduite par le décret attaqué et l'on regrettera qu'en dressant un rideau de fumée autour de deux principes - le contradictoire et l'égalité des armes - qui sont en vérité étroitement complémentaires mais qui emportent des exigences distinctes, l'arrêt ci-dessous publié ne contribue à entretenir la confusion sur la portée des contraintes de la Convention européenne sur le droit du contentieux, en général, et à laisser perdurer le doute quant à la conventionnalité du droit de l'expropriation, en particulier.

Le décret de 2005 a entendu supprimer - et il convient d'en prendre acte - un certain nombre de dispositions dont le maintien, dès lors qu'on les analyse sous l'angle du principe d'égalité qui doit régner entre les différentes parties dans un procès, principe auquel est assujéti désormais le commissaire du gouvernement, serait effectivement apparu comme difficile à justifier dans ce contexte nouveau.



C'est ainsi que la suppression des dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article R. 13-36, qui imposaient antérieurement au juge, au cas où il entendait écarter les conclusions du commissaire du gouvernement alors que l'évaluation proposée par ce dernier était inférieure aux offres de l'expropriant, d'« indiquer spécialement les motifs de ce rejet », s'inscrit indubitablement, dans la mesure où elles témoignaient par trop nettement, de l'avis même de la Cour (3), de la capacité d'influence de cet agent de l'administration sur le juge, dans cette perspective de rééquilibrage exigé par la Cour européenne.

De même, lorsque le Conseil d'Etat relève que le commissaire du gouvernement ne dispose plus du monopole dont il bénéficiait antérieurement, le juge de l'expropriation étant désormais autorisé, « en cas de difficultés particulières d'évaluation », à désigner un expert (C. expr. art. R. 13-28), non pas « aux lieux et places du commissaire du gouvernement » comme il est dit dans l'arrêt, mais simplement à titre complémentaire, il est clair que la modification dont fait état la Haute juridiction, qui vise à « contre balancer » les informations dispensées par le commissaire du gouvernement et à rééquilibrer de la sorte le débat contentieux, va également dans le sens des prescriptions de la Cour.

Il y a lieu de se montrer, en revanche, beaucoup plus circonspect s'agissant de certaines des modifications introduites et que le Conseil d'Etat semble prendre « pour argent comptant », alors que celles-ci mériteraient, à notre sens, une analyse


plus approfondie. Ainsi en est-il de la modification apportée à l'article R. 13-7. Conscientes des dangers, dans ce nouveau contexte, du dédoublement « fonctionnel » auquel est assujéti le commissaire du gouvernement, les autorités ont décidé d'ajouter à la disposition antérieure, prévoyant que « le directeur des services fiscaux (domaine) peut désigner des fonctionnaires de son service aux fins de le suppléer dans les fonctions de commissaire du gouvernement », un additif ainsi libellé : « Cette désignation ne peut porter sur des agents ayant pour le compte de l'autorité expropriante donné l'avis d'estimation préalable aux offres d'indemnité ».


Cette précaution - qui vise à faire en sorte que ce ne soit pas la même personne qui puisse conseiller l'expropriant et *a fortiori* le représenter, avant d'avoir à exercer, et cette fois au titre de commissaire du gouvernement, une mission de conseil auprès du juge - est-elle, à elle seule, de nature à prémunir la procédure de tout risque, ne serait-ce qu'au titre de la théorie « des apparences », quand on sait qu'il s'agira d'agents relevant d'un même service, travaillant parfois dans le même bureau, et relevant d'un même pouvoir hiérarchique ? Le Conseil d'Etat se refuse à l'admettre, se satisfaisant de relever que ce n'est pas la même « personne physique » qui assurera ces fonctions, sans que l'argumentaire soit, à notre sens, déterminant.

Reste enfin que le décret attaqué ne répond aucunement à l'objection soulevée par la Cour européenne relativement aux conditions d'accès aux termes de comparaison tirés de mutations immobilières effectives, ces conditions étant, selon cette dernière, très clairement entachées d'inégalité, dans la mesure où de par ses fonctions de directeur des services fiscaux du département, le commissaire du gouvernement bénéficie d'un libre accès au fichier immobilier alors que tel n'est pas le cas pour l'exproprié, nettement désavantagé de ce fait  (4). Et, contrairement aux propos quelque peu optimistes du commissaire du gouvernement qui y voit un certain « rééquilibrage », tout laisse à penser que la formulation maladroite de l'article R. 13-32, exigeant du commissaire du gouvernement qu'il donne « toute indication » sur les raisons du choix des actes de mutation qu'il a « sélectionnés » ou, au contraire, « écartés », serait tenue pour notoirement insuffisante par la Cour  (5).

On l'aura compris. Pas plus que le décret attaqué, l'arrêt dont s'agit n'est en mesure de mettre un terme aux interrogations suscitées par la jurisprudence - luxuriante et parfois désordonnée - de la Cour européenne. Le contraire eût été étonnant. Il est toutefois dommage que la démarche qui inspire cette dernière - qu'on l'approuve ou qu'on la récuse - et qui est souvent, et c'est un euphémisme, assez éloignée de celle, hexagonale, à laquelle nous sommes accoutumés, n'ait pas été davantage explorée.

(1) Dans son n° 6/2007, la RFDA a publié un dossier consacré aux nouveaux aspects du régime des biens publics qui, outre la présente contribution, comprend les articles suivants :

Biens meubles culturels et culturels. Considérations sur une appartenance exclusive au domaine public mobilier, par Stéphane Duroy, p. 1155 .

Les servitudes conventionnelles sur le domaine public, par Fabrice Hourquebie, p. 1165 .

(2) « Sauf demande contraire d'une partie, le commissaire du gouvernement assiste au délibéré. Il n'y prend pas part ».

(3) « Cette règle a pour effet de lier dans une grande mesure le juge, qui n'a pas nécessairement la même pratique de l'évaluation domaniale que le directeur des services fiscaux » (CEDH, 24 avr. 2003, préc. n° 35).

(4) Point expressément relevé par la Cour européenne (cf. CEDH, 24 avr. 2003, préc., n° 34).

(5) On fera remarquer, en revanche, que ne sont aucunement évoquées ici, en tant qu'elles sont intervenues postérieurement au décret attaqué, les dispositions issues de la loi ENL n° 2006-872 du 13 juillet 2006 (art. 21) modifiant l'art. L. 135 B du livre des procédures fiscales, qui, imposant à l'administration fiscale de transmettre aux propriétaires faisant l'objet d'une procédure d'expropriation « les éléments qu'elle détient au sujet des valeurs foncières déclarées à l'occasion des mutations intervenues dans les cinq dernières années », paraissent de nature à répondre infiniment mieux sur ce point aux exigences de la Cour (cf. R. Hostiou et J.-F. Struillou, Expropriation et préemption. Aménagement. Urbanisme. Environnement, Litec 2007, spéc. p. 401 et s.).

Présentation de la réforme

Par Yves Jégouzo, Professeur à l'université Paris I, Conseiller d'Etat en service extraordinaire

Le décret n° 2005-467 du 13 mai 2005 portant modification du code de l'expropriation constitue la première phase d'une réforme plus générale du droit de l'expropriation. L'article 85 de la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit habilite effectivement le gouvernement à procéder par voie d'ordonnance aux modifications nécessaires du code de l'expropriation. Cette ordonnance devrait être publiée au plus tard le 8 juin 2006 et elle sera sans doute accompagnée de diverses mesures réglementaires.

Sans attendre cette refonte plus fondamentale, le décret du 13 mai 2005 répond à plusieurs objectifs. Tout d'abord, il constitue une certaine remise en ordre du code en remplaçant dans la partie réglementaire une douzaine de dispositions législatives dont le déclassement avait été autorisé par deux décisions du Conseil constitutionnel du 3 novembre 1977 et du 10 mai 1988. Ce toilettage comporte également la suppression de certaines dispositions obsolètes et la codification de dispositions réglementaires qui restaient encore éparses. Par ailleurs, le décret met en oeuvre un certain nombre de modifications techniques proposées par la Cour de cassation dans ses rapports publics de 1995 et de 2000 en vue, notamment, de renforcer le principe du contradictoire.

Mais, l'objet principal du décret est bien d'apporter une réponse aux reproches faits au droit français de l'expropriation par la CEDH, reproches qu'analyse longuement Pierre Bon dans ce dossier. Dans deux arrêts importants du 21 décembre 1997, *Guillemin*, et du 24 avril 2003, *Yvon*, la cour de Strasbourg a effectivement mis en cause certaines des procédures issues du code de l'expropriation en considérant qu'elles étaient incompatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme. Deux reproches étaient faits principalement : le dépassement des délais raisonnables de jugement résultant du dualisme du contentieux de l'expropriation et la méconnaissance du principe d'égalité des armes du fait du rôle accordé au commissaire du gouvernement dans la procédure d'indemnisation. Faisant immédiatement écho à ce second grief, la Cour de cassation a, depuis, cassé plusieurs arrêts de cour d'appel sur ce fondement du non-respect du principe de l'égalité des armes.

Il y avait donc urgence à réformer et l'objet principal du décret du 13 mai 2005 est de « reconventionnaliser » la procédure judiciaire de l'expropriation en réduisant le rôle accordé au commissaire-enquêteur, en le plaçant dans une situation de plus grande impartialité et, enfin, en renforçant par divers moyens le respect du principe du contradictoire.

Y réussit-il pleinement ? Dominique Musso, dans l'analyse résolument critique qu'il fait du décret, pense qu'il n'en est rien. Gilbert Ganez-Lopez considère par contre que la réforme répond à bien des questions qui se posent sur le terrain même si certains problèmes demeurent sans solution.

Il appartiendra maintenant au juge national, dans un premier temps, au juge de Strasbourg plus tard de répondre aux interrogations qui demeurent.

Sans se prononcer plus avant sur les vertus et les défauts du décret du 13 mai 2005, on voudrait simplement ici souligner les difficultés du problème que pose ici une réforme plus fondamentale du droit de l'expropriation.

La première est qu'il est difficile, dans l'état actuel de l'organisation de la juridiction judiciaire, de se passer du commissaire du gouvernement dans la procédure d'indemnisation. Pour qu'il en soit autrement, il serait nécessaire de procéder à une spécialisation des juges de l'expropriation qui leur permette d'acquérir l'expertise qu'ont professionnellement les services des domaines. Or, cette spécialisation nécessiterait une stabilité dans cette fonction et la garantie d'un volume d'affaires à traiter qui justifie qu'un magistrat devienne à part entière un juge foncier. Ces deux conditions ne sont qu'exceptionnellement remplies et on ne voit pas, à horizon proche, comment elles le seraient.

La seconde difficulté concerne l'accès au fichier immobilier qui devrait être ouvert à toutes les parties dans des conditions égales. Cela ne semble pas impossible et l'exemple de l'Alsace-Moselle, où cette difficulté semble réglée de manière satisfaisante, montre semble-t-il la voie. Mais la généralisation de cette solution à l'ensemble du territoire paraît poser des problèmes beaucoup plus sérieux tenant notamment à la gestion des informations sur les aliénations immobilières recueillies par les services, à la réorganisation de ceux-ci et au rôle des conservations des hypothèques.

La question enfin, de la répartition du contentieux de l'expropriation entre le juge administratif et le juge judiciaire, paraît conditionner l'accélération et la simplification de l'intervention du juge en ce domaine. En particulier, il faut se demander - comme le fait Pierre Bon - si se justifie encore l'intervention du juge de l'expropriation dans le transfert de

propriété avec toutes les difficultés contentieuses qui en résultent, sans que l'on voie en quoi la propriété privée serait mieux garantie que par l'intervention du juge administratif.

Les questions posées par la Cour européenne des droits de l'homme

Par Pierre Bon, Professeur à l'université de Pau et des Pays de l'Adour

Guillemin c/ France (1), *Lallement c/ France* (2), *Motais de Narbonne c/ France* (3), *Yvon c/ France* (4), voilà quatre arrêts de la CEDH rendus en à peine un peu plus de six ans qui condamnent la France pour des procédures d'expropriation dont la cour de Strasbourg a jugé qu'elles violaient, soit le droit à un procès équitable proclamé par l'article 6 de la Conv. EDH, soit le droit au respect de ses biens garanti par l'article premier de son premier protocole additionnel. Mais ce n'est là, pourrait-on dire, que la face immergée de l'iceberg dans la mesure où, à l'occasion de contentieux impliquant d'autres Etats que la France, la Cour a pris des positions qui pourraient remettre en cause tel ou tel aspect du droit français de l'expropriation (5), dans la mesure également où, alors même que la Cour n'a pas encore eu l'occasion de prendre position, tel ou tel autre aspect de notre droit peut être suspecté d'inconventionnalité. Une réforme de notre droit de l'expropriation s'impose donc pour le rendre plus conforme aux exigences conventionnelles.

Dans ces conditions, il est logique qu'à l'occasion de ce séminaire, consacré justement à la réforme du droit de l'expropriation, débute par un inventaire sommaire des points de frictions avérés ou possibles entre notre droit de l'expropriation et la Conv. EDH, inventaire déjà dressé par René Hostiou aux écrits duquel on se reportera pour plus de détails (6). Cet inventaire pourrait être effectué en deux temps, d'abord en confrontant le droit français de l'expropriation au droit conventionnel à un procès équitable, ce qui pose essentiellement des questions de procédure, ensuite en le confrontant au droit conventionnel au respect des biens (même si, parfois, cette distinction est plus artificielle qu'il n'y paraît), ce qui pose principalement des questions de fond. Toutefois, dans la mesure où la réforme dont nous discutons aujourd'hui (le décret n° 2005-467 du 13 mai 2005 portant modification du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique) porte pour l'essentiel sur des questions de procédure, on s'en tiendra à ce seul aspect des choses, c'est-à-dire aux exigences qui découlent du droit à un procès équitable, quitte à aborder brièvement en conclusion celles qui découlent du droit au respect des biens.

Si l'on s'intéresse donc avant tout au respect du droit conventionnel à un procès équitable, il soulève des problèmes d'importance largement inégale selon que l'on envisage son application à la phase administrative, à la phase judiciaire ou à l'articulation des deux phases entre elles.

Droit à un procès équitable et phase administrative

A ce niveau, la seule question à évoquer concerne les modalités de publicité de la DUP et encore n'est-elle guère épineuse.

Comme on le sait, les DUP sont des actes non réglementaires (7), appelés également décisions d'espèce ou actes particuliers. Pourtant, elles ne sont soumises qu'à publication (8). Or, s'agissant d'une autre décision d'espèce, la décision de classement d'un site comme pittoresque qui n'est également soumise qu'à publication et qui doit donc être attaquée dans un délai de deux mois à compter de cette publication, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour violation de l'article 6, compte tenu notamment de « l'insuffisante cohérence des modalités de recours qui ne permettaient pas l'exercice clair, concret et effectif d'une contestation de l'acte » (9). Un tel raisonnement est-il susceptible d'être appliqué à la DUP ?

La CEDH n'en a pas eu l'occasion. En revanche, le Conseil d'Etat a été plusieurs fois saisi du grief selon lequel le fait que les DUP n'aient pas à être notifiées méconnaissait les stipulations de l'article 6.

Dans un premier temps, il l'a rejeté au motif que les DUP ne portaient pas par elles-mêmes atteinte au droit de propriété des requérants qui disposent, en outre, de la faculté d'invoquer leur illégalité à l'appui d'un recours dirigé contre les arrêtés de cessibilité de leurs parcelles qui, eux, sont soumis à notification (10). On peut penser que la CEDH ne serait pas sensible au premier des arguments invoqués - les DUP ne portent pas par elles-mêmes atteinte au droit de propriété - dans la mesure où elle a considéré que la phase administrative était une phase préalable au transfert de propriété proprement dit, de telle sorte que son déroulement avait des incidences sur un droit à caractère civil et était donc soumise à l'article 6 de la Convention (11). En revanche, le second argument est plus convaincant - les DUP sont suivies d'arrêtés de cessibilité qui doivent être notifiés.

Il a d'ailleurs été développé par la jurisprudence postérieure, qui précise que le fait que les DUP n'aient pas à être notifiées ne méconnaît pas l'article 6 car, après l'intervention d'une DUP, la procédure est poursuivie par un arrêté de cessibilité ayant pour but d'identifier précisément les parcelles concernées et devant être notifié individuellement à chaque propriétaire de telle sorte que ces derniers, qui peuvent invoquer, par voie d'exception, à l'occasion d'un pourvoi dirigé contre l'arrêté de cessibilité, l'illégalité de la DUP, disposent d'une possibilité claire, concrète et effective de contester l'ensemble de la procédure administrative préalable à l'expropriation (12). Ce raisonnement, qui reprend mot pour mot les termes de l'arrêt de la Cour européenne relatif à l'affaire du classement d'un site comme pittoresque (13) est, à n'en pas douter, convaincant en ce qui concerne les personnes expropriées puisqu'elles se verront notifier un arrêté de cessibilité. En revanche, il laisse de côté la situation des tiers qui, par hypothèse, ne seront l'objet d'aucune notification alors qu'ils peuvent avoir intérêt à attaquer la DUP, mais on ne voit pas comment il pourrait en aller autrement.

Droit à un procès équitable et phase judiciaire

Au niveau de la phase judiciaire, les questions de conformité au droit à un recours effectif sont autrement plus aiguës, qu'il s'agisse du fait que l'ordonnance d'expropriation est rendue sans respect du contradictoire ou du rôle du commissaire du gouvernement lors de la procédure de fixation du montant des indemnités dues (14).

L'ordonnance d'expropriation est rendue sans respect du contradictoire

Une fois le dossier évoqué par l'article R. 12-1 du code de l'expropriation transmis par le préfet au juge de l'expropriation, ce dernier rend l'ordonnance portant transfert de propriété dans son cabinet sans avoir à organiser une procédure contradictoire.

Jusqu'ici, statuant au contentieux, la Cour de cassation a toujours estimé qu'il n'y avait pas là une violation de l'article 6 pour deux raisons (15). La première est tirée du rôle largement formel du juge de l'expropriation : il rend son ordonnance au vu d'un état parcellaire qu'il n'a pas le pouvoir de modifier et au visa d'une DUP et d'un arrêté de cessibilité pouvant faire l'objet de recours contradictoires devant la juridiction administrative (et il conviendrait d'ajouter qu'il n'a pas, par conséquent, le pouvoir d'en apprécier la légalité) et il se borne à constater que le dossier qui lui est transmis par le préfet est constitué conformément à l'article R. 12-1. La seconde vient du fait que son ordonnance est soumise à un contrôle ultérieur de la Cour de cassation, contrôle qui, lui, est soumis au principe du contradictoire. C'est l'idée que, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, la procédure ne devient judiciairement contradictoire qu'au moment de la notification de l'ordonnance rendue par le juge de l'expropriation, de telle sorte que le propriétaire menacé d'éviction ne doit ni être appelé à comparaître, ni être invité à présenter ses observations devant ce magistrat (16). On pourrait presque soutenir que, lorsqu'il procède au transfert de propriété en exerçant d'ailleurs une compétence totalement liée (17), le juge de l'expropriation ne fait pas oeuvre juridictionnelle mais simplement oeuvre administrative, à l'instar de ce que l'on trouve parfois en droit comparé où le transfert de propriété n'est pas le fait d'un juge mais le fait de l'administration elle-même (18) et se trouve dès lors hors du champ d'application de l'article 6 de la Convention.

On peut craindre que la CEDH admette difficilement qu'un juge puisse rendre une décision sans respect du principe du contradictoire.

Il reste que cette analyse peut ne pas emporter l'adhésion. Ainsi, si la Cour de cassation, statuant au contentieux, ne voit, comme on l'a déjà indiqué, aucun problème dans l'absence de caractère contradictoire de la procédure au terme de laquelle est rendue l'ordonnance d'expropriation, la même Cour, dans l'un de ses rapports annuels, n'a pas eu les mêmes certitudes puisque, écrit-elle (19), « on peut se demander si le caractère non contradictoire, à ce stade de la procédure, du transfert de propriété est conforme aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme ». Quant à la Cour européenne, elle n'a pas eu jusqu'à maintenant l'occasion de statuer en la matière mais on peut craindre qu'elle ait une certaine difficulté à admettre qu'un juge, même si sa compétence est purement liée, puisse prendre une décision sans respect du principe du contradictoire. En revanche, la Cour a condamné la France pour l'autre problème que pose la phase judiciaire, le rôle du commissaire du gouvernement dans la fixation des indemnités.

Rôle du commissaire du gouvernement dans la fixation des indemnités

Aux termes de l'article R. 13-7, le directeur des services fiscaux (domaine) du département dans lequel la juridiction de l'expropriation a son siège exerce les fonctions de commissaire du gouvernement auprès de cette juridiction. Il est entendu dans ses observations et dépose ses conclusions, conclusions qui contiennent les éléments nécessaires à

l'information de la juridiction et comportent notamment une évaluation motivée des indemnités principales et, le cas échéant, des indemnités accessoires revenant à chaque titulaire de droits (art. R. 13-32). Lorsque le juge fixe le montant des indemnités, il statue dans la limite des conclusions des parties et de celles du commissaire du gouvernement si celui-ci propose une évaluation inférieure à celle de l'expropriant (art. R. 13-35). Si le jugement écarte les conclusions du commissaire du gouvernement proposant une évaluation inférieure à celle de l'expropriant, il doit indiquer spécialement les motifs de ce rejet (art. R. 13-36). L'appel est interjeté par les parties ou par le commissaire du gouvernement (art. R. 13-47).

Déjà, lorsque le Conseil d'Etat avait été saisi d'un recours contre l'article 37 du décret du 20 novembre 1959 dont est issu l'article R. 13-32 et qui disposait alors que, le commissaire du gouvernement une fois entendu, aucune partie ne peut obtenir la parole mais seulement remettre de simples notes énonciatives des faits sur lesquels elles prétendraient que des inexactitudes ont été avancées au cours des débats, il avait annulé cette disposition en considérant que, « compte tenu du rôle de partie à l'instance qu'assume le commissaire du gouvernement, la procédure instituée par le décret attaqué n'est pas contradictoire dans les rapports du commissaire du gouvernement et des autres parties » (20). La doctrine avait d'ailleurs, à cette occasion, qualifié le commissaire du gouvernement de « monstre juridique » (21).

Pourtant, par la suite, les juridictions de l'ordre judiciaire, Cour de cassation en tête, s'étaient dans leur ensemble refusées à voir dans le commissaire du gouvernement une partie. Il était pour elles un simple conseiller technique de la juridiction de l'expropriation se bornant à lui apporter un certain nombre d'informations sans que ce rôle ne viole les principes posés par la Conv. EDH, car il ne participe pas à sa décision (22).

C'était toutefois là donner du rôle du commissaire du gouvernement une vision minimaliste qui ne correspondait guère à la réalité puisque, par exemple, le juge devait statuer dans la limite de ses conclusions lorsque le commissaire proposait une évaluation inférieure à celle de l'expropriant et, dans l'hypothèse où il écarterait ces conclusions, indiquer spécialement les motifs de ce rejet. D'ailleurs, dans son rapport précité (23), la Cour de cassation avait estimé qu'il serait opportun de redéfinir les fonctions du commissaire du gouvernement en les limitant à celles d'un technicien ayant pour mission de mettre à la disposition du juge et des parties à la procédure d'indemnisation les éléments d'information détenus par les services fiscaux sur l'état du marché immobilier, ce qui, implicitement, revenait à avouer que, pour le moment, il était beaucoup plus que cela, ce qui était de nature à mettre en cause la conventionnalité de l'institution.

Telle a été, on le sait, l'analyse de la CEDH dans son arrêt précité *Yvon c/ France*. Elle relève en premier lieu que le commissaire du gouvernement a un accès général au fichier immobilier sur lequel sont répertoriées toutes les mutations alors que l'exproprié ne dispose que d'un accès restreint à ce fichier. Elle relève en deuxième lieu qu'aucun texte n'oblige le commissaire du gouvernement, contrairement aux autres parties, à notifier ses écritures ; il a seulement à déposer ses écritures au greffe et n'est même pas tenu d'informer les autres parties de ce dépôt (même si la jurisprudence et la pratique ont quelque peu comblé ces lacunes). En troisième lieu et surtout, ses conclusions prennent un poids particulier lorsqu'elles tendent à une évaluation inférieure à celle proposée par l'expropriant. Elles lient en effet dans une grande mesure le juge qui n'a pas nécessairement la même pratique de l'évaluation domaniale que le directeur des services fiscaux et qui, d'ailleurs, ne peut désigner un autre expert en première instance (art. R. 13-28) ou ne peut le faire en appel qu'exceptionnellement et sur arrêt motivé (art. R. 13-52). En résumé, conclut la Cour, « dans la procédure de fixation des indemnités, l'exproprié se trouve confronté non seulement à l'autorité expropriante mais aussi au commissaire du gouvernement ; le commissaire du gouvernement et l'expropriant - lequel est dans certains cas représenté par un fonctionnaire issu des mêmes services que le premier - bénéficient d'avantages notables dans l'accès aux informations pertinentes ; en outre, le commissaire du gouvernement, à la fois expert et partie, occupe une position dominante dans la procédure et exerce une influence importante sur l'appréciation du juge. Selon la Cour, tout cela crée, au détriment de l'exproprié, un déséquilibre incompatible avec le principe de l'égalité des armes. Elle conclut en conséquence à une méconnaissance en l'espèce de ce principe et à une violation de l'article 6-1 de la Convention » (§ 37). Par ailleurs, la Cour juge incompatible avec le principe du contradictoire le fait qu'aucun texte n'oblige le commissaire du gouvernement, en première instance, à communiquer ses conclusions écrites aux parties ou à les déposer dans un délai leur permettant d'en prendre connaissance et de préparer une réplique (§ 39).


La Cour de cassation s'est immédiatement inclinée devant l'analyse de la CEDH. Dès un arrêt du 2 juillet 2003 (24), elle a considéré que viole l'article 6-1 de la Conv. EDH la cour d'appel qui applique les dispositions des articles R. 13-32, R. 13-35, R. 13-36 et R. 13-47 du code de l'expropriation relatives au rôle tenu par le commissaire du gouvernement dans la procédure en fixation des indemnités d'expropriation dès lors que leur application entraîne un déséquilibre incompatible avec le principe de l'égalité des armes, le commissaire du gouvernement, expert et partie à cette procédure, occupant une position dominante et bénéficiant, par rapport à l'exproprié, d'avantages dans l'accès aux informations pertinentes publiées au fichier immobilier.

Il convient donc de réécrire les articles en question, d'où l'un des objets de la réforme du droit de l'expropriation dont nous discutons aujourd'hui.


Droit à un procès équitable et articulation entre la phase administrative et la phase judiciaire


Particularité remarquable du droit de l'expropriation français, la coexistence d'une phase administrative et d'une phase judiciaire est susceptible de poser deux problèmes principaux au regard notamment des exigences de la Convention, d'une part la durée parfois excessive des procédures d'expropriation, d'autre part les risques éventuels de dénis de justice.

La Cour européenne a eu, on le sait, l'occasion d'être confrontée au premier problème (durée parfois excessive des procédures d'expropriation) dans l'affaire *Guillemin c/ France*. Alors que la DUP était en date du 7 octobre 1982, la propriétaire expropriée était encore dans l'attente d'une indemnisation lorsque la Cour européenne rend sa décision le 21 février 1997. Il est vrai que l'affaire était particulière : la DUP avait en effet été annulée par le juge administratif de telle sorte que la Cour de cassation avait annulé l'ordonnance d'expropriation et le jugement portant fixation des indemnités alors que, entre-temps, l'expropriant avait pris possession des lieux et procédé à la destruction des immeubles qui y étaient implantés. En conséquence, l'indemnisation qu'attendait toujours la requérante à la date de l'arrêt de la CEDH était une indemnité pour emprise irrégulière dont demande avait d'abord été faite devant le juge administratif avant d'être portée devant le juge compétent en la matière, le juge judiciaire, qui avait sursis à statuer dans l'attente des résultats d'une expertise. Dans son arrêt, la Cour européenne condamne l'Etat français pour violation du caractère raisonnable de la durée d'une procédure juridictionnelle et souligne que, parmi les retards notés, certains sont dus aux difficultés structurelles qui viennent du fait que la procédure d'expropriation relève de la compétence de deux ordres de juridiction : « la juridiction administrative quant à la régularité des opérations d'expropriation et la juridiction judiciaire quant au transfert des biens concernés, à la fixation de l'indemnisation et, en général, aux atteintes à la propriété privée. En outre, les deux juridictions peuvent, comme en l'occurrence, être simultanément chargées, l'une de statuer sur la régularité de la phase initiale de la procédure et l'autre de régler les conséquences d'une décision d'expropriation dont la légalité est l'objet d'une contestation devant l'autre juridiction » (§ 42).

En revanche, la Cour européenne n'a pas eu l'occasion d'être confrontée encore à l'autre problème que pose l'articulation entre la phase administrative et la phase judiciaire, celui des risques de dénis de justice susceptibles de venir de l'annulation par le juge administratif de la phase administrative de l'expropriation, alors que les actes de la phase judiciaire sont devenus définitifs (ce qui n'était pas le cas de l'affaire *Guillemin* de telle sorte que la Cour de cassation avait pu annuler l'ordonnance d'expropriation et le jugement de fixation des indemnités). Certes, on le sait, l'article L. 12-5 du code de l'expropriation, issu de l'article 4-I de la loi n° 95-101 du 2 février 1995, a sensiblement réduit ces risques en disposant que, « en cas d'annulation par une décision définitive du juge administratif de la DUP ou de l'arrêt de cessibilité, tout exproprié peut faire constater par le juge de l'expropriation que l'ordonnance portant transfert de propriété est dépourvue de base légale ». Mais ils ne disparaissent pas totalement dans deux cas : d'une part lorsqu'un ouvrage public a été construit sur les parcelles indûment expropriées car, si le principe d'intangibilité des ouvrages publics a été sérieusement écorné par l'arrêt du Conseil d'Etat *Syndicat départemental pour l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans* (25), il n'a pas totalement disparu puisque le juge (administratif) n'ordonnera la destruction d'un ouvrage public que si les inconvénients qui en résultent ne sont pas excessifs par rapport à ses avantages ; d'autre part lorsque les parcelles indûment expropriées ont été cédées par l'expropriant à des tiers puisque le propriétaire lésé ne dispose à leur égard d'aucun droit de suite. Il nous semble que, dans de telles hypothèses, la Cour européenne n'aurait guère de doutes à relever une violation de la Convention.

Faire disparaître ou atténuer les inconvénients liés à la durée excessive des procédures ou aux risques de dénis de justice n'est pas chose facile.

La remise en cause de la distinction entre la phase administrative et la phase judiciaire se heurte au principe fondamental reconnu par les lois de la République dégagé par le Conseil constitutionnel dans sa décision *TGV nord* de 1989 (26) et relatif à « l'importance des attributions conférées à l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière ». Il reste que ce principe peut, éventuellement, être interprété de façon restrictive : s'il implique forcément que ce soit le juge judiciaire qui procède à l'évaluation de l'indemnité d'expropriation, il n'impose pas peut-être obligatoirement que ce soit lui qui procède au transfert de propriété d'autant plus que, comme on l'a déjà indiqué, il a un rôle largement formel en la matière, de telle sorte que cette mission pourrait être confiée à l'administration sous le contrôle du juge administratif comme c'est le cas dans un certain nombre de pays étrangers.

Une autre solution, qui heurterait moins des habitudes ancestrales qui remontent à 1810, consiste à prévoir, comme le faisait un projet de décret élaboré en 1996 (27), non seulement que l'ordonnance d'expropriation est soumise au contradictoire afin d'offrir à l'exproprié la possibilité de faire savoir notamment au juge de l'expropriation que la DUP ou l'arrêté de cessibilité a fait l'objet d'un recours assorti le cas échéant d'une demande de suspension, mais que, dans cette occurrence, le juge de l'expropriation est tenu de surseoir à statuer au prononcé de l'ordonnance d'expropriation. Il reste

que c'est sans doute aller très loin dans la défense des droits des expropriés mais le respect du droit à un procès équitable est peut-être à ce prix.

On soulignera pour terminer qu'il n'y a pas d'ailleurs que le droit à un procès équitable qui impose une réforme de l'expropriation. Il y a également le droit au respect des biens.

Ainsi, l'arrêt *Lallement c/ France* a montré que les conditions de la réquisition d'emprise totale prévue par les articles L. 13-10 et L. 13-11 du code de l'expropriation étaient peut-être trop restrictives (28).

Le droit au respect des biens impose, lui aussi, une réforme de l'expropriation.

De même, l'arrêt *Motais de Narbonne c/ France* a souligné la suspicion qui risque de peser le plus souvent sur les expropriations destinées à la constitution de réserves foncières (29).

Au surplus, en dehors même de ces deux affaires où la France a été condamnée pour violation du droit au respect des biens en matière d'expropriation, d'autres aspects du droit français de l'expropriation sont susceptibles de porter atteinte audit droit, alors même que la CEDH n'a pas eu l'occasion de se prononcer à leur propos. On pense en particulier aux articles L. 13-13 et suivants du code de l'expropriation qui posent un certain nombre de règles de fond que doit respecter le juge de l'expropriation lorsqu'il procède à l'évaluation de l'indemnité d'expropriation. C'est dire que, dans l'exercice de sa tâche, il est loin d'avoir une totale liberté d'appréciation. La question est donc de savoir si certaines de ces règles ne sont pas susceptibles de violer le droit au respect des biens (voire le droit à un recours effectif car elles se traduisent par une *capitis diminutio* de l'office du juge).

Par exemple, l'article L. 13-13 impose aux indemnités d'expropriation de couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain causé par l'expropriation, ce qui, *a contrario*, exclut le préjudice moral (30). Bien que le Conseil constitutionnel n'ait rien trouvé à redire à cette exclusion du point de vue du droit constitutionnel de propriété (31), il n'est pas certain qu'elle soit considérée par la CEDH comme conforme au droit conventionnel au respect des biens.

Par exemple encore, l'article L. 13-15-I impose d'estimer les biens à la date de la décision de première instance en prenant en principe en considération leur usage effectif un an avant l'ouverture de l'enquête préalable. Cette règle n'est-elle pas de nature, dans certains cas comme celui de la *grotte Chauvet*, à conduire à des situations particulièrement inéquitable puisque, un an avant l'ouverture de l'enquête, la grotte n'avait pas été découverte ?

La réforme du droit de l'expropriation sous l'influence de la Conv. EDH est donc bien à l'ordre du jour. Reste à savoir si le décret qui vient d'être publié prend toute la mesure de cette influence pour ce qui concerne les dispositions du code de l'expropriation à valeur réglementaire.

Expropriation : une réforme en « trompe-l'oeil »

Par Dominique Musso, Avocat à la Cour

Le régime actuel de l'expropriation pour cause d'utilité publique a son siège dans l'ordonnance législative du 23 août 1958 élaborée en fonction de la loi de pleins pouvoirs économiques du 15 juin 1958, mais qui trouvera son assise juridique dans l'article 92 de la Constitution du 23 octobre 1958.

Par rapport aux différents régimes qui s'étaient jusqu'alors succédé depuis le début du XIX^e siècle, cette ordonnance comporte une double particularité.

- En premier lieu, elle efface tous les régimes spéciaux d'expropriation qui avaient été élaborés au fil des temps, à telle enseigne qu'il existait une quarantaine de régimes différents. L'ordonnance du 23 octobre 1958 a procédé à une unification totale de façon qu'il n'y ait qu'un seul régime pour toutes les opérations quelles qu'elles soient. Ce principe subira néanmoins des altérations, d'une part, par la loi de 1970 sur les îlots insalubres instituant un régime expéditif sans enquête d'utilité publique pour lutter contre les marchands de sommeil, et, d'autre part, par la loi « Bouchardeau » du 11 juillet 1983 qui a créé une procédure supplémentaire d'enquête pour les opérations se rattachant à l'environnement, et qui s'applique dans une série importante d'opérations et projets. Ainsi existe-t-il fâcheusement deux régimes d'enquête.

- En second lieu, la plus importante innovation concerne la déclaration d'utilité publique qui jusqu'alors, suivant les objets poursuivis, pouvait être prise par la loi ou le règlement, ce second cas devenant plus fréquent depuis le milieu du XIX^e siècle. Depuis l'ordonnance de 1958, il n'y a plus d'utilité publique dérivant de la loi. Quelle que soit l'opération, la déclaration d'utilité publique est un acte réglementaire. Cette innovation, sur le plan du droit des gens, est importante en

ce sens que l'acte peut toujours être contesté devant le juge administratif dont la jurisprudence *Ville Nouvelle Est*, depuis lors, a permis de circonscrire la règle essentielle de l'utilité publique par la théorie du bilan.

Les décrets pris les 6 juin et 28 novembre 1959 viendront réglementer la partie administrative et la partie judiciaire du régime. L'ensemble a fait l'objet d'une codification formelle édictée par deux décrets du 28 mars 1977 concernant respectivement les textes de nature législative et réglementaire. Depuis lors, des modifications sont intervenues, soit sur le plan procédural, soit sur le plan des règles de fond. Certaines dispositions d'ordre législatif ont été délégalisées après avis du Conseil constitutionnel et sont entrées dans le domaine réglementaire.

C'est le premier texte en matière d'expropriation qui est établi sous l'égide de la Chancellerie.

En 1995, la Chancellerie a pensé devoir intervenir pour modifier la partie réglementaire afférente à la phase judiciaire de l'expropriation. Mais le projet n'a pas été mené à son terme.

L'essentiel de son contenu a été repris pour déboucher sur le récent décret du 13 mai 2005 qui entrera en vigueur le premier jour du troisième mois suivant sa publication au Journal officiel, soit le 1^{er} août 2005, et est applicable aux instances en cours. Entre temps était d'ailleurs intervenu l'important arrêt *Yvon* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 24 avril 2003 et appliqué sans faille par la Cour de cassation, largement ignoré hélas par le nouveau décret.

C'est le premier texte en matière d'expropriation qui est établi sous l'égide de la Chancellerie.

En effet, l'ordonnance du 23 octobre 1958 a été élaborée par le ministre de l'Équipement. Elle remplaçait l'article 38 d'une loi-cadre sur la construction du 8 août 1957 ; de même, les dispositions de la loi subséquente du 2 juillet 1962 qui a entendu modifier la juridiction de l'expropriation était une loi d'aménagement. Et ce n'est pas pour rien que le ministre de l'Équipement est le premier signataire des deux décrets de codification du 28 mars 1977.

Le nouveau décret opère une juridiciation du régime de l'expropriation quant à la fixation des indemnités et s'écarte ainsi notablement de la nature même et de l'objet de l'expropriation pour « cause d'utilité publique ».

L'expropriation, qui existe depuis les temps les plus reculés, ne constitue qu'un moyen permettant aux collectivités publiques de mettre en oeuvre des opérations d'intérêt général. Ce n'est pas pour rien que le premier ouvrage paru dans l'après-guerre s'intitule *Travaux publics, Expropriation* (Pierre L. Josse) ; ce n'est pas pour rien non plus que la matière est présentement traitée dans l'ouvrage de Jean-Marie Auby et Pierre Bon, *Droit administratif des biens* concernant également le domaine, les travaux et ouvrages publics. Et le code de l'expropriation, dans la collection des codes formels Dalloz, va trouver sa place dans le code administratif.

Dans l'ouvrage *Le droit de l'expropriation* de Jeanne Lemasurier (Economica), l'auteur déclare se situer « dans le cadre des derniers développements de l'actualité concernant l'aménagement du territoire, l'équipement et l'urbanisme » et met l'accent sur « la notion économique d'utilité publique, la rentabilité du projet qui prime toute autre considération et devient parfois nécessité publique, voire raison d'État, tant il est vrai qu'à notre époque c'est l'économie qui décide de tout ou presque ».

Le décret du 13 mai 2005 se situe, en dépit de son apparente densité, à des années-lumière de ces réalités. Pour autant, le droit n'est pas au rendez-vous.

On suivra, pour un examen du décret, l'ordre du code de l'expropriation qui, dans ses parties législative et réglementaire comporte trois divisions concernant essentiellement la déclaration d'utilité publique, le transfert de propriété et la fixation des indemnités.

Plusieurs dispositions ont été délégalisées pour entrer dans le domaine réglementaire, délégalisations qualifiées curieusement de « déclassements » dans la présentation du décret.

Déclaration d'utilité publique

La matière n'est guère traitée. Elle n'est qu'effleurée. On peut le regretter. Notamment l'occasion était donnée de supprimer la dualité d'enquête.

Le décret substitue seulement les expressions « avis du ministre chargé de la Culture et avis du ministre chargé des Sites

» à celles de « avis du ministre chargé des Beaux-Arts » (art. R. 11-15) et dispose que ces avis sont réputés favorables à défaut de réponse dans les deux mois. Il consacre un développement important aux opérations de la défense nationale dont on sait que la DUP peut intervenir par exception sans enquête préalable (art. L. 11-3) : les articles R. 11-17 et suivants du code de l'expropriation traitent de la composition et du fonctionnement de la commission d'examen des opérations immobilières présentant un caractère secret, dont l'avis conforme est requis pour le prononcé de la DUP.

Transfert de propriété

La matière est traitée dans la partie réglementaire du code de l'expropriation par les articles R. 12 et suivants.

Le décret introduit dans la Section 1 du chapitre II du titre 1, deux sous-sections :

- « Prononcé de l'ordonnance d'expropriation » (R. 12-1 à R. 12-5),
- « Perte de base légale de l'ordonnance d'expropriation » comportant les nouveaux articles (R. 12-5-1 à R. 12-5-6).

Prononcé de l'ordonnance d'expropriation

Comme on le sait, le juge de l'expropriation prononce l'ordonnance d'expropriation emportant transfert de propriété au vu d'un dossier qui lui est transmis par le préfet. On rappelle que l'expropriation n'a pas été décentralisée et reste une prérogative de l'Etat. Le juge ne peut donc être saisi par toute autre personne que le préfet, notamment par le bénéficiaire de l'expropriation. La jurisprudence est constante sur ce point.

- Le décret comporte tout d'abord des modifications mineures.

Il supprime parmi les pièces transmises par le préfet les copies « certifiées conformes », ce qui ne fait que confirmer la jurisprudence de la Cour de cassation, ainsi que l'avis de la commission des opérations immobilières qui a été elle-même supprimée depuis 1986 ; il dispose que si le dossier est incomplet, le juge demande au préfet de le compléter dans un délai d'un mois (art. R. 12-1).

Le délai de huit jours imparti précédemment au juge pour prononcer l'ordonnance d'expropriation - pratiquement indicatif - est porté à quinze jours. Il est précisé que celle-ci est rendue « au vu des pièces » transmises par le préfet (art. R. 12-2). Le mot « secrétariat » qui figurait dans les dispositions législatives de l'article L. 13-4 délégalisé est remplacé désormais par le mot « greffe », ce qui correspond au demeurant à la pratique (art. R. 12-1).

La disposition relative - art R. 12-4 - aux ordonnances rectificatives est supprimée puisque, depuis lors, la matière est régie de façon générale par le nouveau code de procédure civile. Aussi bien, la Cour de cassation précisait-elle les limites d'une ordonnance rectificative, jurisprudence qui n'est pas remise en cause.

- Mais le texte comporte une disposition importante, à savoir l'article nouveau R. 12-2-1 ainsi rédigé : « Si l'acte déclarant l'utilité publique, l'arrêté de cessibilité ou l'acte en tenant lieu fait l'objet de suspension dans le cadre d'une procédure de référé, le préfet doit, dès qu'il a reçu notification de la suspension, en informer le juge de l'expropriation.

Celui-ci doit surseoir au prononcé de l'ordonnance d'expropriation dans l'attente de la décision de la juridiction administrative sur le fond de la demande ».

Comme on le verra, la loi du 2 février 1995 a inséré dans l'article L. 12-5 du code de l'expropriation un alinéa qui permet à terme de réduire les effets dévastateurs de la dualité du contentieux (administratif pour la DUP, judiciaire pour l'ordonnance emportant transfert de propriété). Les articles R. 12-5-1 et suivants nouveaux tentent de mettre en oeuvre cette disposition.

Reste la question de l'efficacité, dans la mesure où l'acte administratif - DUP ou arrêté de cessibilité - est exécutoire, alors que le contentieux ne trouvera sa solution qu'une fois la prise de possession intervenue. C'est pourquoi le projet de décret élaboré en 1996 prévoyait la convocation de chaque exproprié devant le juge appelé à prononcer l'ordonnance d'expropriation et la suspension de l'ordonnance dans l'hypothèse où la DUP ou l'arrêté de cessibilité aurait fait l'objet d'une décision de sursis à exécution par le juge administratif. Mais, outre la complication et la paralysie de la juridiction de l'expropriation qu'aurait entraînée une telle disposition, celle-ci n'aurait guère été efficace dans la mesure où le sursis à exécution n'était que rarement ordonné en matière d'expropriation (il n'était d'ailleurs pas rare que la demande de sursis soit jointe à la requête au fond).


Une disposition analogue a été reprise dans la première mouture du présent décret, lorsque ensuite ses auteurs se sont avisés qu'entre-temps était intervenue la loi du 20 juin 2000 instituant le référé suspension (qui remplace le sursis à exécution) en ces termes : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision. » Aussi les auteurs du décret ont-ils substitué au projet initial l'article R. 12-2-1 ci-dessus, qui appelle deux observations.

En premier lieu, c'est au préfet qu'incombe le soin d'informer le juge de l'expropriation de l'ordonnance de suspension dès qu'il en a reçu notification. Or le préfet peut parfaitement ignorer l'existence d'un recours, dès lors que la DUP provient d'un arrêté ministériel ou d'un décret en Conseil d'Etat. Il y a là une lacune.

En second lieu, le juge administratif admet de façon restrictive la demande de suspension de la DUP en raison de l'exigence de la condition d'urgence (CE 26 décembre 2002, *Association pour la protection des intérêts de Cazaubon-Barbotan*, AJDA 2003, 674, note R. Hostiou). Il est vrai que la jurisprudence tend à s'assouplir (notamment CE 25 mai 2005, *Sté Resimmo*, req. n° 275864, annulant une ordonnance refusant la suspension). On ne peut en l'état qu'espérer une accentuation de cette tendance.

Dans une première version, le décret prévoyait par ailleurs que le greffe notifiât à chaque exproprié copie de l'intégralité du dossier d'enquête parcellaire transmis au juge, ce qui était surréaliste. Dans une version plus récente, le greffe informait tous les propriétaires figurant dans la liste de l'arrêté de cessibilité, lorsque le juge de l'expropriation s'apprêtait à prononcer dans les quinze jours le transfert de propriété.

Cette disposition, au demeurant inopérante dans la mesure où le juge ne pouvait examiner les observations relatives à la régularité de la procédure administrative, ne pouvait qu'alourdir la procédure. Aussi a-t-elle fort justement disparu lors du passage du projet devant le Conseil d'Etat.

En réalité, il semble que les auteurs du décret aient été sensibles au rapport de la Cour de cassation pour l'an 2000 qui s'interrogeait sur le point de savoir si le caractère non contradictoire du transfert de propriété, à ce stade de la procédure, était conforme aux exigences de l'article 6 § 1^{er} de la Convention européenne. Mais la Cour de cassation après réflexion est revenue sur cette première appréciation en faisant valoir fort justement qu'en définitive, s'agissant de la vérification de l'identité des propriétaires et des propriétés, une enquête parcellaire contradictoire s'était déroulée et que surtout le pouvoir du juge prononçant le transfert de propriété était limité puisqu'il excluait tout contrôle de la régularité des formalités administratives (Cass. 3^e civ. 12 décembre 2001, AJDI 2002, p. 144, obs. R. Hostiou .

Dans cette appréciation se trouve un élément de remise en cause de la compétence même du juge judiciaire pour prononcer le transfert de propriété.

Les aménagements apportés ou que l'on tente ainsi d'apporter posent en effet la question du fondement et de la justification du rôle du juge judiciaire. Ce fondement remonte à près de deux siècles, à savoir la note de Schönbrunn de Napoléon du 29 septembre 1809 qui s'exprime ainsi : « Aucun citoyen ne peut être exproprié que par un acte judiciaire. On transfère la propriété par testament, par donation et par achat ; tous ces actes sont des actes judiciaires. On ne doit la perdre que par une vente ou par une sentence qui soit également des actes judiciaires ».

En réalité le juge judiciaire, comme le rappelle, on l'a vu, la Cour de cassation, a en la matière un rôle des plus limités : il se borne à constater l'accomplissement d'un certain nombre d'actes de l'enquête parcellaire sans pouvoir en apprécier leur validité. Bien mieux, ces actes sont eux-mêmes contrôlés par le juge administratif. Et depuis que la Cour de cassation a abandonné son formalisme, il n'y a plus guère de différence entre le contrôle de l'arrêté de cessibilité et celui de l'ordonnance d'expropriation. Aussi, comme l'indique René Chapus (*Droit administratif général*, t. 2, 12^e éd., Montchrestien, p. 861), l'intervention des tribunaux judiciaires est parfaitement anachronique en la matière.

Inutile d'invoquer le pseudo-principe selon lequel le juge judiciaire serait le gardien de la propriété, puisqu'en l'espèce le juge est dans l'impossibilité de remplir ce rôle. Au demeurant, ce principe n'a guère de fondement. C'était l'intervention d'un juge, alors qu'il n'existait pas de juge administratif, qui protégeait les droits individuels et la propriété.

Inutile de se référer à la Constitution et notamment à son article 66, qui ne concerne que la liberté individuelle et non le droit de propriété, comme l'a rappelé le Conseil d'Etat. Inutile également d'invoquer la « tradition républicaine » alors

que le principe a été posé par Napoléon (Pierre Bon, RFDA 1989, p. 1009).

On fait porter au juge judiciaire la responsabilité d'un acte qu'il ne peut contrôler !

En réalité, on fait porter au juge judiciaire la responsabilité d'un acte qu'il ne peut contrôler. On ne peut qu'être frappé par la faiblesse de son pouvoir au regard de l'importance de sa décision.

Ces observations dépassent certes le cadre de dispositions réglementaires. Mais le problème est récurrent et a maintes fois été évoqué.

On ne peut que regretter que les auteurs du décret qui ont focalisé leur attention sur des questions de procédure, voire souvent de mise à jour, n'aient pas pris plus de recul pour aborder un problème de fond d'un intérêt général évident, voire déterminant, et n'aient pas pensé à élaborer un projet de loi que le gouvernement aurait pu aisément soumettre au parlement.

En matière de pourvoi en cassation, les deuxième et troisième alinéas de l'article R. 12-5 renvoyaient pratiquement aux pourvois dispensés du ministère d'avocat aux conseils.

Le décret fait silence sur ce texte. Et pour cause : un décret de procédure pris le 22 août 2004 (dans une période où la lecture du Journal officiel est monnaie courante !), entré en application le 1^{er} janvier 2005, a supprimé ces deux alinéas. Depuis lors, « il semble donc que la constitution d'un avocat aux conseils est maintenant requise », d'après l'exposé des motifs.

Cette formule dubitative ne permet pas de considérer, tant qu'une décision n'est pas intervenue, que le recours d'un avocat aux conseils est obligatoire dans les pourvois contre l'ordonnance d'expropriation.


En vain invoquerait-on le rapport de la Cour de cassation pour l'an 2000, qui énonce « paraît [...] souhaitable de généraliser la représentation obligatoire dans les matières dispensées » et de citer : les prud'hommes, l'assistance éducative, le surendettement et dans la liste, l'expropriation. Mais ce qui compte, c'est l'intérêt du justiciable. Et aussi bien le rapport dispose-t-il que : « dans l'hypothèse d'une telle réforme, le système d'aide juridictionnelle devrait parallèlement être modifié » ce qui n'est pas le cas.

Force est donc de considérer qu'en l'état rien ne rend obligatoire le concours d'un avocat aux conseils.

Ce n'est pas attenter à l'honorabilité et à la compétence de cette profession que de considérer qu'une telle obligation ne peut qu'entraîner un surcoût totalement contraire à la tradition. (un problème voisin se pose pour les pourvois contre les arrêts fixant indemnité comme on le verra.)

Perte de base légale de l'ordonnance d'expropriation (art. R. 12-5-1 à R. 12-5-6 nouveaux)

Il s'agit de l'application, de l'article L. 12-5, dernier alinéa, précité édicté par la loi du 2 février 1995 ainsi rédigé : « *En cas d'annulation par une décision définitive du juge administratif de la déclaration d'utilité publique ou de l'arrêté de cessibilité, tout exproprié peut faire constater par le juge de l'expropriation que l'ordonnance portant transfert de propriété est dépourvue de base légale* ».

Cette disposition a pour but d'éviter les expropriations illégales dans la mesure où le transfert de propriété est définitif, alors que la DUP est ultérieurement annulée. D'après la Cour de cassation, le texte ne peut s'appliquer que lorsque l'annulation de la DUP ou de l'arrêté de cessibilité est postérieure à l'entrée en vigueur à la loi du 2 février 1995 (Cass. 3^e civ. 3 décembre 1997, Bull. civ III, n° 215, p 145, AJDI 1998, p. 362, obs. Cl. Morel .

Cette position (contraire d'ailleurs aux conclusions de l'avocat général) ne correspond ni à l'esprit du texte ni à sa finalité, qui a été d'éviter les « expropriations illégales ». On a le droit d'espérer un revirement de jurisprudence.

Le décret, dix ans plus tard, tente de mettre en oeuvre la loi.

Il prévoit d'abord (article R. 12-5-1) que l'exproprié ne peut saisir le juge que dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision du juge administratif annulant la déclaration d'utilité publique ou l'arrêté de cessibilité. On ne sait sur quelle base repose le délai ainsi prescrit qui paraît contraire à la loi elle-même, laquelle précise bien que « tout exproprié » peut saisir le juge, ce qui d'ailleurs se comprend parfaitement en ce qui concerne la déclaration d'utilité publique puisqu'il s'agit d'un acte qui, quoique non réglementaire, n'en est pas moins un acte de portée collective. Aussi

bien la DUP fait-elle l'objet d'une publicité collective et non de notifications individuelles.

L'article R. 12-5-2 prévoit que le greffier convoque à l'audience non seulement l'expropriant et l'exproprié, mais également le commissaire du gouvernement. On ne voit pas ce que ce dernier, dont au surplus l'intervention est entachée d'illégalité, vient faire dans une procédure relative à l'ordonnance d'expropriation et à la déclaration d'utilité publique ou l'arrêté de cessibilité.

L'article R. 12-5-4 dispose que, si le bien exproprié n'est pas en état d'être restitué, l'action se résout en dommages et intérêts et le juge détermine les indemnités à restituer à l'expropriant et statue sur les demandes de l'exproprié en réparation du préjudice causé.

On ne sait qui va apprécier si le bien est ou non en l'état d'être restitué ; on s'écarte ainsi de la règle traditionnelle selon laquelle le prix de rétrocession ne peut avoir aucun rapport avec l'indemnité d'expropriation. De même, le juge peut prévoir « au choix de l'exproprié » soit la suppression de l'ouvrage « sous réserve de l'intérêt général », soit son maintien et le remboursement de l'indemnité par l'exproprié. Pour apprécier les exigences de l'intérêt général, le renvoi devant le juge administratif sera inéluctable.

Tout ceci avoisine l'extravagance et, s'il n'est pas douteux que l'article L. 12-5, dernier alinéa, méritait un texte d'application, celui-ci devait se limiter aux modalités procédurales de la saisine et de l'intervention du juge.

La loi méritait d'être éclaircie et non pas d'être obscurcie.

Fixation des indemnités

La juridiction

Aux termes de l'ordonnance du 23 octobre 1958 (article L. 13-1 du code) les indemnités sont fixées, à défaut d'accord amiable, par un juge de l'expropriation désigné pour chaque département parmi les magistrats du siège appartenant au tribunal de grande instance (en cas d'empêchement ils sont remplacés par un magistrat du siège désigné par le premier président ; il n'est plus nécessaire, d'après le décret, qu'ils aient accompli deux années de service judiciaire effectif.)

L'ordonnance prévoyait qu'après de ce juge, un notaire ou un notaire honoraire et le directeur des services fiscaux participaient aux opérations de visite des lieux, assistaient à l'audience, pouvaient éventuellement déposer des notes mais en aucune façon des conclusions, n'intervenant pas dans le cadre de la procédure (ils seront remplacés en 1966 par un commissaire du gouvernement, comme on le verra.)

Ces juges de l'expropriation (dont la décision peut être déférée à la Chambre spécialisée de la Cour comportant des juges de première instance) constituent un ordre de juridiction spécialisé au titre de l'article 34 de la Constitution.

Pendant une quinzaine d'années, le système a fonctionné de façon satisfaisante. La spécialisation des juges de l'expropriation a été mise en exergue par le rapporteur de la loi du 10 juillet 1965 en ces termes : « *Parallèlement à la spécialisation des magistrats habilités à connaître des affaires d'expropriation, la Chancellerie s'est également attachée à parfaire leur formation en ce domaine. Plusieurs cycles de formation ont permis aux magistrats de prendre conscience des problèmes qui se posent, non seulement aux expropriés, mais également à la puissance publique, et de l'intérêt qu'il y a à rechercher un juste équilibre entre les exigences également légitimes mais souvent contradictoires de la défense du droit de propriété et de l'intérêt supérieur des collectivités publiques* ».

Depuis lors hélas, la politique de la Chancellerie a banalisé cette institution, alors que ses titulaires ont une lourde responsabilité.

Plus aucune formation, plus aucun recyclage ne sont organisés (techniquement la Chancellerie ne serait plus à même d'y procéder) ; les juges sont choisis sans préoccupation du rôle qu'ils ont à accomplir.

On a pu dire que, si l'organisation des tribunaux distingue les juges par leur poste (juge d'instruction, juge des enfants, juge d'application des peines) le juge de l'expropriation « apparaît comme marginal prélevé sur l'effectif banalisé du tribunal de grande instance » (J. Lemasurier, préc.).

Il n'en a que plus de mérite d'autant qu'après avoir assimilé et pratiqué la matière, les juges sont ensuite changé d'affectation, à l'exception de quelques-uns d'entre eux qui ont la chance de bénéficier d'une certaine permanence dans leurs fonctions.

La carence de la Chancellerie, alors qu'il s'agit de l'aménagement des villes et du cadre de vie, est plus que regrettable. D'autant que les problèmes sont devenus plus complexes : on est loin des années soixante, du fait notamment de la prolifération des règles en matière d'urbanisme que déjà le juge administratif a parfois quelque peine à suivre et à laquelle le juge judiciaire n'est pas toujours préparé. Et ce ne sont pas les appréciations du directeur des domaines, commissaire du gouvernement, qui sont susceptibles de l'éclairer (il n'est que de lire les interprétations des règles d'urbanisme faites par l'ouvrage officiel de cette administration).

Il convient de rompre cet isolement car, si le juge judiciaire a une fonction éminente, ainsi que le rappelle le Conseil constitutionnel, pour autant comme le souligne Pierre Bon (préc.), rien ne dit qu'il doit s'agir obligatoirement d'un juge unique et qu'une collégialité ne puisse intervenir. Aussi bien, tous les régimes de l'expropriation ont prévu des formations collégiales, et l'intervention d'un juge unique ne se justifiait que dans la mesure où celui-ci acquérait une formation particulière (René Chapus envisage une juridiction mixte, judiciaire et administrative).

Au surplus, le régime de l'ordonnance du 23 octobre 1958, comme tous les régimes antérieurs d'ailleurs, est caractérisé par la rapidité des procédures. L'article R. 13-21 dispose « *si à l'expiration d'un délai de huit jours ou à compter du transport sur les lieux, l'expropriant et l'exproprié sont toujours en désaccord sur les conditions de l'indemnisation, le juge, à la demande de la partie la plus diligente, se prononce par un jugement motivé* ».

Il est plaisant de voir que ce texte a été maintenu par le décret, alors que plus aucun juge n'est en mesure de se prononcer huit jours après le transport sur les lieux, puisqu'il est pris par d'autres tâches, l'expropriation étant parfois considérée comme une matière mineure ; la procédure s'allonge, au détriment tant des collectivités que des expropriés.

Les délais sont allongés : le délai de huit jours imparti aux ayants droit du propriétaire après la publicité collective est porté à un mois (art. R. 13-15), le délai de réponse aux offres pré-contentieuses passe de quinze jours à un mois (art. R. 13-17), le délai de production du mémoire en réponse est porté d'un mois à six semaines (art. R. 13-23), la visite des lieux est faite non plus un mois, mais deux mois après la production du mémoire en défense.

Une expertise

Dans la même optique se trouve l'institution d'une expertise. Celle-ci avait toujours été exclue en première instance de façon à ne pas retarder la décision de la juridiction.

L'ordonnance du 23 octobre 1958 qui maintenait cette interdiction disposait que le juge pouvait faire appel à titre exceptionnel, à un ou plusieurs techniciens en cas de difficulté technique, afin de l'éclairer.

Le décret de 1966 qui, on le verra, a fixé illégalement le statut d'un commissaire du gouvernement découlant d'une loi de 1962, a restreint cette libre possibilité, en permettant seulement au juge, en cas de difficulté particulière d'évaluation des immeubles et des éléments immobiliers, de se faire assister d'un notaire ou d'un notaire honoraire, ce qui est assez curieux puisque dans le régime de l'ordonnance de 1958 le notaire participait de droit aux opérations du juge : cela n'empêchait pas la survenance de difficultés techniques générant l'appel à un technicien.

Le nouveau texte dispose, que pour l'évaluation des valeurs d'immeubles ou éléments immobiliers, le juge peut désigner un expert par décision motivée (art. R. 13-26).

Là encore on banalise la procédure sans tenir compte de la spécificité de l'expropriation qui nécessite des décisions rapides, spécificité totalement exclue dès lors qu'on a recours à une expertise.

En permettant la désignation d'un expert, le nouveau texte ne tient pas compte de la spécificité de l'expropriation, qui nécessite des décisions rapides.

D'autant que l'expert, dont la mission est limitée à l'examen des seules valeurs immobilières, sera inéluctablement amené à interpréter les règles et documents d'urbanisme qui exercent une influence souvent déterminante, et l'expérience prouve qu'un expert immobilier versé par nature dans les problèmes d'ordre privé n'est guère familier des questions relatives à l'aménagement et à l'urbanisme.

Devant la cour d'appel, le délai d'appel passe de quinze jours à un mois (art. R. 13-35)

Le texte maintient la déchéance qu'entraîne la non-production du mémoire d'appel dans le délai de deux mois. Mais il ajoute au surplus, que le délai de réponse d'un mois imparti à l'intimé est désormais prévu à peine d'irrecevabilité. Cette

précipitation est paradoxale puisque l'affaire ne viendra dans la plupart des cas devant la cour qu'un ou deux ans plus tard.

Est supprimé le premier alinéa de l'article L. 15-2, selon lequel l'appel n'est pas suspensif. Cette règle est traditionnelle et remonte à 1935. Toujours dans le cadre de la juridiction du régime, le commentaire de la Chancellerie indique que le juge peut ordonner l'exécution provisoire dans les conditions de l'article 515 du NCPC.

On reste confondu : le juge de l'expropriation est un juge évaluateur. Il ne procède pas par voie de condamnation. Au surplus, en contradiction avec le premier alinéa, est conservé le deuxième alinéa, selon lequel l'expropriant peut prendre possession moyennant le versement de l'offre et la consignation du surplus alloué par le juge. De même est maintenu l'article L. 15-1 qui permet la prise de possession dans le délai d'un mois du paiement ou de la consignation de l'indemnité, délai qui ne peut être en aucun cas modifié, même par autorité de justice. On est en pleine incohérence.

Devant la Cour de cassation, le pourvoi en cassation était dispensé d'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation par l'article L. 13-25 (depuis lors délégalisé).

Le décret du 22 août 2004, déjà évoqué à propos de l'ordonnance d'expropriation, supprime cette disposition de sorte qu'apparemment les pourvois contre les arrêts fixant indemnités relèvent du droit commun avec représentation obligatoire.

On se référera aux observations déjà formulées quant à l'inopportunité d'une telle obligation, d'autant moins compréhensible que depuis l'origine a été prévue une procédure simple devant le juge de l'expropriation où les parties peuvent se faire assister ou représenter par un parent ou allié jusqu'au sixième degré.

Le commissaire du gouvernement, directeur des services fiscaux (domaines)

Un amendement inséré dans la loi du 2 juillet 1962 relative aux zones d'aménagement différé reprenait les dispositions de l'ancienne loi-cadre du 8 août 1957, et instituait une commission arbitrale auprès de laquelle siégeait un commissaire du gouvernement, directeur des services fiscaux.


La loi du 10 juillet 1965 a rétabli le juge de l'expropriation créé par l'ordonnance du 23 octobre 1958 ; mais le statut du commissaire du gouvernement a fait l'objet d'un décret du 11 octobre 1966 lui donnant des pouvoirs exorbitants, et qualifié de « monstruosité juridique » par le professeur Waline.

Ce texte comportait notamment une disposition selon laquelle le commissaire du gouvernement prenait la parole en dernier. Cette dernière disposition était annulée par un arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat du 13 décembre 1968 prise sur les conclusions de M^{me} Questiaux (CE Ass. 13 décembre 1968, *Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne, Comité de défense des intérêts menacés par l'autoroute D. 6 et sieur Musso*, AJPI 1969 II, p. 226 ; RDP 1969, p. 162, note Waline ; JCP 1969 II, 15, 793, obs. Seignolles).

M^{me} Questiaux a démontré l'inanité des prétentions de l'administration, qui voulait assimiler ce commissaire du gouvernement au commissaire du gouvernement près les juridictions administratives lequel « est appelé à formuler une opinion indépendante qui doit être impartiale » : tel n'est pas le cas du directeur des domaines qui « se voit reconnaître expressément lorsqu'il formule de véritables prétentions propres devant le juge, le rôle de partie ».

Elle soulignait le « privilège anormal » donné à cette partie qu'est le commissaire du gouvernement, accentué au surplus par le silence des textes, et elle demandait que le décret soit modifié et estimait que la « seule manière d'obtenir ce résultat » était d'annuler la disposition terminale sur laquelle le directeur des domaines prenait la parole en dernier.

Dans son arrêt d'assemblée du 13 décembre 1968, le Conseil d'Etat a souligné « le rôle de partie à l'instance qu'assume le commissaire du gouvernement » en suivant les conclusions de M^{me} Questiaux.

Cet arrêt a été suivi d'un second arrêt qui souligne le rôle de partie du commissaire du gouvernement, directeur des domaines (CE 26 février 1969, *sieur Galante*, Lebon p. 118). De même, la Cour de cassation a considéré que le commissaire du gouvernement, comme les autres parties, pouvait être condamné aux dépens (Cass. 3^e civ. 8 janvier 1992, Bull. civ. III n° 2, AJPI 1992, p. 600, obs. C. Morel .

Il faut à cet égard relever que, si le commissaire du gouvernement n'est ni demandeur ni défendeur, ce sur quoi insiste l'administration, cela signifie qu'il n'est pas partie principale et ne peut d'ailleurs, comme tel, former un pourvoi en

cassation. Mais il est partie jointe. Il peut donc former un pourvoi s'il justifie d'un intérêt suffisant notamment lorsqu'il est condamné aux dépens (Seignolles préc.).

On chercherait en vain dans l'ouvrage officieux, pour ne pas dire officiel de l'administration, dont les auteurs sont d'anciens fonctionnaires des domaines près les juridictions de l'expropriation, la moindre allusion à ces arrêts du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation.

Bien au contraire, les auteurs, reprenant les écrits de leur administration (Rép. min. JO Sénat Q 17 septembre 1992) se permettent d'aller à l'encontre même de ces décisions juridictionnelles qu'ils font mine d'ignorer et d'énoncer : « le commissaire du gouvernement ne peut pas être considéré comme partie au procès », il « est le conseiller technique du juge », et reproduisant naturellement les réponses ministérielles de l'administration « ni juge, ni partie, il oeuvre dans le souci de maintenir un difficile équilibre entre l'intérêt social et les droits individuels » (A. Bernard et J. Ferbos, *Expropriation des biens*, Editions du Moniteur).

La désinvolture, pour ne pas dire plus, du service des domaines à l'égard des plus hautes juridictions est tout à fait inadmissible et plus qu'inconvenante.


C'est ainsi qu'aucune notification des conclusions du commissaire du gouvernement n'a été prévue par aucun texte malgré les demandes du Conseil d'Etat. En fait, le commissaire du gouvernement, spécialement dans les petites localités, arrive à l'audience, qui se tient souvent en mairie, à la suite de la visite des lieux, avec trois pages de conclusions comportant toute une série de références nouvelles. Et l'exproprié a même la surprise de constater que c'est le même fonctionnaire qu'il a rencontré pour l'évaluation des offres de l'expropriant.

Cette situation a été à plusieurs reprises dénoncée. Notamment le médiateur de la République, au terme d'une étude approfondie, a demandé dans un rapport circonstancié au gouvernement du 24 janvier 1992 « une révision du code de l'expropriation retirant au directeur du service des domaines le rôle de commissaire du gouvernement et faisant de son estimation du bien exproprié une pièce du dossier parmi d'autres », estimant que cette révision est « nécessaire pour rendre plus équitable la procédure d'indemnisation ».

Ce rapport, malgré plusieurs relances, est resté sans suite, si ce n'est que, dans le projet de décret de 1996 étaient ajoutés à l'article R. 13-32, qui dispose que le commissaire du gouvernement dépose ses conclusions, les mots « en toute indépendance », ce que naturellement le médiateur n'a pas considéré comme satisfaisant.

- La Cour européenne des droits de l'homme

Il a fallu arriver devant la CEDH pour que le gouvernement, trouvant probablement curieuse l'attitude de ses agents, contraire aux arrêts du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, les désavoue dès son premier mémoire en défense en admettant enfin et à deux reprises que le commissaire du gouvernement est « partie à l'instance devant le juge de l'expropriation ».

La Cour européenne dans l'arrêt *Yvon* du 24 avril 2003 rendu à l'unanimité (s'inspirant du droit anglo-saxon, les décisions de la Cour européenne sont prises à la majorité et l'opinion des minoritaires peut être annexée à la décision prise) énonce : « *Les fonctions de commissaire du gouvernement sont confiées au directeur des services fiscaux (domaines) du département dans lequel la juridiction de l'expropriation a son siège [...] il a accès au fichier immobilier, sur lequel sont répertoriées toutes les mutations. L'exproprié, quant à lui, ne dispose que d'un accès restreint au fichier, celui-ci n'étant pas ouvert à la libre consultation des particuliers : ils ne peuvent recevoir d'informations et d'extraits qu'à la condition de bien circonscrire les références recherchées (art. 39 du décret du 14 octobre 1955). Ainsi, déjà à ce stade l'exproprié se trouve désavantagé par rapport à ses adversaires. Par ailleurs, aucun texte n'oblige le commissaire du gouvernement, contrairement aux autres parties, à notifier ses écritures [...] Il prend en outre la parole en dernier, en appel comme en première instance. En résumé, dans la procédure en fixation des indemnités, l'exproprié se trouve confronté non seulement à l'autorité expropriante mais aussi au commissaire du gouvernement ; le commissaire du gouvernement et l'expropriant - lequel est dans certains cas représenté par un fonctionnaire issu des mêmes services que le premier - bénéficient d'avantages notables dans l'accès aux informations pertinentes ; en outre le commissaire du gouvernement, à la fois expert et partie, occupe une position dominante dans la procédure et exerce une influence importante sur l'appréciation du juge [...] tout cela crée, au détriment de l'exproprié, un déséquilibre incompatible avec le principe de l'égalité des armes [...] Elle [la Cour] conclut en conséquence à une méconnaissance en l'espèce de ce principe et à une violation de l'article 6 § 1 de la Convention » (D. Musso, AJDI 2003, p. 330 )*.

La Cour de cassation a fait une application ferme de cet arrêt. La troisième chambre civile en formation plénière a, par arrêt du 2 juillet 2003 (*Monzerian*), cassé un arrêt d'une cour d'appel qui avait statué « au vu des conclusions de l'expropriant et de l'exproprié, ainsi que de celles du commissaire du gouvernement » (Bull. civ. III, n° 140 ; AJDI 2003,

La Cour se réfère, comme l'avait fait la Cour européenne, au décret du 14 octobre 1955 sur la publicité foncière et précise à son tour que ce commissaire du gouvernement occupe une position dominante et « *bénéficie par rapport à l'exproprié d'avantages dans l'accès aux informations pertinentes publiées au fichier immobilier* » ; s'appliquent ainsi des « *dispositions génératrices d'un déséquilibre incompatible avec le principe de l'égalité des armes* ».

L'avocat général invoquait la théorie des apparences, retenue par la CEDH dans l'arrêt *Kress* : « La justice doit non seulement être rendue mais elle doit encore donner manifestement et sans aucun doute l'apparence de l'avoir été ».

Plusieurs arrêts sont intervenus dans le même sens de sorte que le sort du commissaire du gouvernement, qui avait déjà été largement mis à mal par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation, le médiateur de la République, est réglé ... sauf pour les auteurs du décret, manifestement frappés d'autisme puisque rien n'est changé dans leur texte.

On constate en effet avec stupéfaction qu'est maintenue la disposition antérieure « Le directeur des services fiscaux (domaines) du département dans lequel la juridiction de l'expropriation a son siège, exerce les fonctions de commissaire du gouvernement auprès de cette juridiction » (art. R. 13-7) et ce, toujours sous le titre « Juridiction de l'expropriation » comme si le directeur des services fiscaux faisait partie de la juridiction.

Il est ajouté : « cette désignation ne peut porter sur des agents ayant pour le compte de l'autorité expropriante, donné l'avis de l'estimation préalable aux offres d'indemnités », ce qui ne constitue que l'aveu d'une pratique jusqu'alors constante.

Enfin, et on ne sait s'il faut en sourire ou s'en affliger, on trouve un nouvel alinéa ainsi rédigé : « Le commissaire du gouvernement exerce ses missions dans le principe du respect de la contradiction suivant le procès civil ». Voici donc une grande découverte pour le service des domaines que ce principe dont il s'est allègrement affranchi pendant des années.

Mais c'est au stade de la procédure qu'il est fait preuve d'imagination par une rédaction alambiquée.

L'article R. 13-32 initial dispose que le commissaire du gouvernement à l'audience est entendu en ses observations et dépose ses conclusions. Il est remplacé par le texte suivant : « *A peine d'irrecevabilité, le commissaire du gouvernement notifie ses conclusions aux parties à l'instance par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au moins huit jours avant la visite des lieux.* » On fait mine ainsi d'appliquer l'arrêt *Yvon*, alors que la notification nécessaire était préconisée depuis 1968 par le Conseil d'Etat. Rien n'est prévu quant au libre accès au fichier immobilier.

Loin de tirer les leçons de l'arrêt *Yvon*, le nouveau texte donne plus de pouvoirs au commissaire du gouvernement.

Derrière ce rideau de fumée, il est donné en réalité plus encore de pouvoirs au commissaire du gouvernement. Non seulement celui-ci intervient deux fois comme on le verra, mais encore on relève la phrase suivante qui vaut son pesant d'or : « *Elles [ses conclusions] comportent notamment les références de tous les termes de comparaison issus des actes de mutations sélectionnées sur lesquels il s'est fondé pour retenir l'évaluation qu'il propose ainsi que toutes indications sur les raisons pour lesquelles les éléments non pertinents ont été écartés* ».

On ne sait ou on n'ignore quels sont les « éléments non pertinents » écartés arbitrairement par le commissaire du gouvernement. Et l'on ne peut trouver plus affligeante et inadmissible violation de l'arrêt de la Cour européenne et des arrêts de la Cour de cassation qui invoquent inmanquablement les règles de la publicité foncière et la circonstance que les particuliers n'ont pas accès au fichier immobilier. Cet accès, non seulement, leur est toujours refusé, mais continue d'être ouvert au seul commissaire du gouvernement qui peut sélectionner les mutations sur lesquelles il s'est fondé.

Le texte ajoute : « les parties peuvent répondre aux conclusions du commissaire du gouvernement par note écrite dans les formes prévues au premier alinéa jusqu'au jour de l'audience ». Après quoi, « A l'audience le commissaire du gouvernement est entendu, à sa demande, en ses observations. »

On continue de distinguer le commissaire du gouvernement ET les parties, ce qui est intolérable. Ainsi le commissaire du gouvernement intervient deux fois : au début de la procédure et en fin d'audience où il a la parole en dernier. Dans l'intervalle, l'expropriant et l'exproprié vont avoir le privilège de répondre par « notes écrites », par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, aux premières conclusions du commissaire du gouvernement, « jusqu'au jour de l'audience » (et non pas jusqu'à la clôture des débats).

Cette disposition, outre son caractère choquant, est d'autant plus extravagante que la procédure devant les juridictions

administratives qui a toujours été écrite, a connu une évolution considérable avec le référé suspension qui ouvre largement le débat oral.

Mais si les auteurs du décret croient mettre ainsi à l'abri le service des domaines, très présent dans la rédaction, ils commettent une lourde erreur.

Les juridictions ont déjà commencé à réagir. De plus en plus elles font injonction aux services fiscaux de transmettre toutes les informations résultant du fichier immobilier (TGI expro. Toulouse 9 septembre 2003 ; TGI expro. Versailles 17 décembre 2004 et CA Montpellier 18 mai 2004) qui confirment un jugement ordonnant la désignation d'un expert pour recueillir tout renseignement auprès des services fiscaux, arrêt signalé dans le bulletin d'information de la Cour de cassation (et reproduit p. 585).

Rien ne sert en définitive d'édicter des textes qui tournent le dos à la jurisprudence des plus hautes instances juridictionnelles, puisque celles-ci prévalent toujours et que ces textes, laborieusement établis en la circonstance dans le sens voulu par le service des domaines en violation d'un droit que ces services s'obstinent à méconnaître, ne peuvent qu'être inopérants.

Le statut du commissaire du gouvernement peut-il être régi par une disposition réglementaire ?

- Compétence législative

Au demeurant, les auteurs du décret ne se sont guère posés la question de savoir si le statut du commissaire du gouvernement pouvait être régi par une disposition réglementaire. Comme on l'a vu, l'institution découle de la loi du 2 juillet 1962 qui, reprenant un texte ancien, à savoir la loi-cadre sur la construction du 7 août 1957, a institué au lieu et place du juge de l'expropriation, un organisme collégial auprès duquel siégeait le directeur des domaines, commissaire du gouvernement (personnage qu'avaient volontairement exclu les auteurs de l'ordonnance du 23 octobre 1958, tant avaient été outrageantes les prétentions des services fiscaux lors de l'élaboration du projet de texte d'application : le commissaire du gouvernement pouvait assister au délibéré et prenait la parole en dernier [comme dans le nouveau décret] ; s'il interjetait appel, l'appel incident était exclu !). Le gouvernement, désirant retourner au système de l'ordonnance de 1958, qui d'ailleurs n'avait cessé de fonctionner, a consulté le Conseil constitutionnel. Ce dernier, par décision du 9 février 1965, a considéré que les dispositions affectant la juridiction elle-même (retour au juge unique) relevaient du domaine de la loi, alors que celles concernant le commissaire du gouvernement avaient « uniquement pour objet de désigner l'autorité qui doit siéger auprès desdites juridictions pour représenter l'Etat », ne pouvaient être regardées comme une règle de création d'une juridiction de l'expropriation et avaient donc un caractère réglementaire. Cependant, les délégalisations ont toujours un caractère provisoire.

C'est ce que rappelait le professeur Hamon au bas de la décision précitée : si un changement de procédure « aboutit en fait à altérer la réalité de la garantie d'un droit [...] on sort du domaine réglementaire pour entrer dans celui de la loi parce que la forme touche au fond » (D. 1967, jur. p. 405).

Aussi bien devant le Conseil d'Etat, le Conseil de l'ordre des avocats avait-il soulevé le moyen d'incompétence considérant que le décret de 1966 touchait aux dispositions de l'ordonnance du 23 octobre 1958 et que la matière était du domaine législatif. Il n'est pas inutile de reproduire à cet égard les conclusions de M^{me} Questiaux : « *Le débat sur ce point est partiellement tranché par les décisions du Conseil constitutionnel du 9 février 1965 puisque, consulté par le gouvernement, il reconnaît, bien que la juridiction de l'expropriation constitue elle-même un ordre de juridiction, un caractère réglementaire aux dispositions de l'ordonnance du 23 octobre 1958 qui confiait au directeur des domaines les fonctions de commissaire du gouvernement. Le Conseil constitutionnel dans ses motifs parlait de représentant de l'Etat.*

« *Il y a lieu cependant de veiller à ce que les dispositions introduites dans le droit positif par le décret attaqué n'aient pas organisé l'intervention de ce commissaire du gouvernement de manière à affecter si profondément l'organisation et le fonctionnement de la juridiction que soit en cause une règle de sa constitution en vertu de la jurisprudence concordante du Conseil constitutionnel et aussi en vertu de la jurisprudence du Conseil d'Etat relève du domaine de la loi les transformations quantitatives affectant la nature même de l'institution réformée* ».

On se trouve bien dans ce cas de figure. Personne ne peut nier que l'utilisation faite par le directeur des services fiscaux, commissaire du gouvernement, des dispositions ayant fixé son statut, a affecté profondément le fonctionnement de la juridiction et n'est pas compatible, tant s'en faut, avec le fondement de la décision du Conseil constitutionnel.

L'administration a dénié que le commissaire du gouvernement était partie à l'instance en tenant pour nul l'arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat, et cette position irrégulière a été désavouée de façon flagrante par le gouvernement

lorsqu'il s'est présenté devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Cette attitude constante exprimée dans les écrits mêmes de l'administration et de ses représentants, a naturellement affecté l'institution elle-même en présentant le commissaire du gouvernement comme un conseiller du juge non soumis aux obligations des autres parties. Il en est de même de surcroît (second motif de la décision de la CEDH) du refus permanent des représentants de cette institution de procéder comme les autres parties à la notification de ses écritures.

On ne peut que blâmer la désinvolture ainsi affichée à l'égard de la juridiction administrative qui, dès 1968, signalait que les autres parties ont à leur charge l'obligation de communiquer leurs prétentions à l'adversaire et il était demandé que le décret soit modifié d'une façon ou d'une autre, ce qui n'a jamais été fait, véritable dénaturation de la décision du Conseil constitutionnel.

Ce sont les termes du récent décret qui, après trente ans de refus obstiné, finissent par reconnaître implicitement l'irrégularité de cette position en édictant enfin la nécessité de notifier les conclusions du commissaire du gouvernement.

Autre aveu éclatant : le décret énonce, comme on l'a vu, que le commissaire du gouvernement « exerce ses missions dans le respect du principe de la contradiction suivant le procès civil ». Si ce respect avait été assuré, cette disposition eût été inutile ; il paraissait tout à fait naturel au commissaire du gouvernement de ne pas respecter ce principe élémentaire.

Toute cette attitude a affecté incontestablement l'organisation et le fonctionnement de la juridiction. De la sorte, conformément au commentaire de M. Hamon et à la mise en garde de M^{me} Questiaux, la matière n'est plus du domaine réglementaire et ne pouvait être traitée que par la loi.

Conclusion

En définitive le décret du 13 mai 2005 « portant modification du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique » pourrait s'intituler : « Une mesure pour rien », s'il n'accentuait la banalisation d'une institution que l'on voulait à l'origine spécialisée, et s'il ne se traduisait par une méconnaissance flagrante tant de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui s'est prononcé en assemblée le 13 décembre 1968 que de l'arrêt rendu à l'unanimité par la Cour européenne du 24 avril 2003 et de la jurisprudence constante et ferme de la cour de cassation depuis son arrêt de principe du 3 juillet 2003.

Tout cela est tout à fait inadmissible, et de surcroît désolant dès lors que le décret porte l'estampille du ministre de la Justice.

Le décret du 13 mai 2005 et la pratique

Par Gilbert Ganez-Lopez, Magistrat honoraire, ancien juge de l'expropriation

Depuis l'arrêt *Yvon c/ France* du 24 avril 2003 de la CEDH, et les conséquences qu'en a tirées immédiatement la Cour de cassation en cassant de nombreux arrêts de cours d'appel au motif tiré de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en raison de l'intervention devant les juridictions de l'expropriation du commissaire du gouvernement, une réforme du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique était attendue. C'est chose faite avec le décret n° 2005-467 du 13 mai 2005 paru au Journal officiel du 15 mai dernier, qui entrera en vigueur le 1^{er} août prochain et s'appliquera aux instances en cours à cette date. D'ici là, il est très possible, sinon probable, que les rôles des cours d'appel seront modifiés et que le jugement des affaires pendantes sera repoussé après la période allégée de juillet-août, ce qui n'aura finalement quasiment aucune conséquence notable sur le fonctionnement des juridictions du second degré.

Avec ce décret, le pouvoir réglementaire n'a pas seulement eu le souci d'adapter les règles de procédure à la jurisprudence de la CEDH, et il a saisi l'occasion pour procéder à des ajustements et combler certains vides. Au total, à s'en tenir aux articles 1^{er} à 56 du décret qui ont retenu plus spécialement notre attention, plus de quarante articles du code de l'expropriation sont modifiés, quatorze nouveaux articles sont créés et huit sont abrogés. La réforme n'apparaît pas devoir entraîner de grands bouleversements, même si certaines modifications peuvent sembler réellement novatrices.

Il n'est pas question ici de procéder à une analyse savante du décret, un tel exercice n'étant pas de ceux qu'on attend d'un (ancien) praticien dont la réflexion, nourrie par l'expérience et l'étude nécessaire de la jurisprudence, a avant tout été dirigée, au-delà d'une certaine curiosité personnelle, par le besoin de s'adapter aux exigences de sa fonction. Faire la synthèse des nouvelles dispositions n'est pas forcément aisé, certaines d'entre elles obéissant à plusieurs objectifs. Le

réflexe d'un ancien juge de l'expropriation l'incite naturellement à procéder à une « visite des lieux », avant d'examiner la question du rééquilibrage du procès et du rôle du commissaire du gouvernement.

Dispositions tendant à une remise en ordre du code de l'expropriation

Des articles abrogés et des délais allongés

S'agissant en premier lieu de l'abrogation de sept articles de nature réglementaire, aux termes de l'article 56 du décret, les deux premiers - R. 13-8 et R. 13-9 - sont relatifs à l'intervention du ministère public aux audiences de première instance et d'appel. Désormais la procédure sera alignée sur le droit commun (art. 426 et suivants et 431 du NCPC et R. 213-22 du COJ, notamment), ce qui ne paraît pas devoir entraîner de modification notable par rapport à la situation antérieure. Il n'y a pas non plus de conséquence à attendre de l'abrogation des articles R. 13-12 et R. 13-13, simple mesure d'ordre destinée à simplifier l'organisation du greffe aujourd'hui entièrement informatisé et supprimer quelques singularités sans intérêt véritable, semble-t-il, le passage des termes de « secrétariat » et de « secrétaire » à ceux de « greffe » et « greffier » dans diverses dispositions allant dans le même sens (art. 55 du décret, notamment). Simple mesure d'ordre aussi, la suppression de l'article R. 13-73 relatif à l'exigence d'une caution en cas de pourvoi en cassation, en référence à un décret de 1973, lui-même abrogé en 1980 (ce qui motive également la modification de l'article R. 13-65 du code de l'expropriation par l'article 46 du décret), et, vraisemblablement aussi pour des motifs semblables, celle des articles R. 13-70 et R. 16-4.

En ce qui concerne l'abrogation de l'article L. 13-23 par l'article 8 du décret, il conviendra d'en parler plus spécialement à propos du rôle du commissaire du gouvernement.

Au rang des simples mesures de toilettage, signalons encore la suppression dans le code des références à la commission des opérations immobilières, supprimée depuis 1986 (art. R. 12-1 et R. 12-21, R. 13-43 et R. 13-44 - art 19, 40 et 41 du décret), la modification de l'article R. 11-15 (art. 28 du décret), et quelques mesures d'adaptation au niveau de l'organisation des juridictions de première instance et d'appel (art. 25 à 27 du décret relatifs aux art. R. 13-2, R. 13-5 et R. 13-7). Notons toutefois la suppression de la dernière phrase de l'article R. 13-2 du code qui obligeait à désigner en qualité de juge de l'expropriation des magistrats ayant plus de deux années de services judiciaires effectifs, de sorte qu'un auditeur sortant de l'Ecole nationale de la magistrature pouvait exercer des fonctions réputées difficiles, comme celles de juge d'instruction, placer des personnes en détention provisoire (avant l'apparition du juge des libertés), ou statuer à juge unique sur des préjudices parfois très conséquents, comme par exemple en matière d'accidents de la circulation, mais il lui était interdit d'intervenir dans les affaires d'expropriation.

En deuxième lieu, parmi les mesures dont on ne devrait pas attendre de modification, figurent aussi celles ayant pour but de séparer ce qui est du domaine de la loi, d'une part, et du règlement d'autre part, diverses dispositions purement procédurales étant retirées de la première partie du code de l'expropriation et passées dans la deuxième. A cette occasion, toutefois, divers délais ont été allongés, ce qui va dans le sens d'une amélioration de la contradiction et, dans l'ensemble, devrait profiter à la défense des expropriés.

Relevons principalement à ce sujet les modifications énumérées ci-après.

- Le délai purement indicatif, selon la jurisprudence, dans lequel le juge doit rendre l'ordonnance d'expropriation est désormais prévu par l'article R. 12-2 au lieu de l'article L. 12-1 (art. 2 et 20 du décret du 13 mai 2005), et passe de 8 à 15 jours. De même, en matière de fixation des indemnités, le délai de réponse du défendeur au mémoire du demandeur, prévu par l'article R. 13-23 et dépourvu de sanction, passe symboliquement d'un mois à six semaines (art. 31 du décret), ce qui entraîne comme conséquence que la visite des lieux ne peut plus intervenir avant l'expiration de ce délai de six semaines, selon l'article R. 13-26 du code de l'expropriation (art. 32 du décret, qui supprime en outre le délai de huit jours, tout aussi indicatif, antérieurement prévu au premier alinéa dudit article R. 13-26) ;

L'allongement des délais devrait profiter aux expropriés.

- Le délai dans lequel, d'une part le propriétaire ou l'usufruitier doivent appeler et faire connaître à l'expropriant « les fermiers, locataires, ceux qui ont des droits d'emphytéose, d'habitation ou d'usage et ceux qui peuvent réclamer des servitudes », et d'autre part « les autres intéressés » avisés au moyen de la publicité collective sont tenus de se faire connaître à l'expropriant, est renvoyé de l'article L. 13-2 à l'article R. 13-15 et passe de huit jours à un mois (art. 3 et 28 du décret). La jurisprudence ayant étendu aux titulaires de droits visés au deuxième alinéa de l'article L. 13-2, non dénoncés par le propriétaire ou l'usufruitier, la déchéance de tout droit à indemnité qui n'est expressément prévue que pour « les autres intéressés » visés au troisième alinéa du même article, l'allongement du délai a son importance. La modification de pure forme de l'avertissement prévue par le premier alinéa de l'article R. 13-15 obéit sans doute à un simple souci de clarté ;

- La forme - sans changement - dans laquelle le juge doit être saisi aux fins de fixation des indemnités (LR-AR) sera maintenant celle de l'article R. 13-21 au lieu de l'article L. 13-4 du code de l'expropriation (art. 4 et 30 du décret) ;
- Le délai dans lequel le propriétaire peut requérir l'emprise totale ou, l'exploitant agricole, l'éviction totale, aux termes des articles L. 13-10 et L. 13-11 est désormais prévu par les articles R. 13-17 et surtout R. 13-40-1 (nouveau) et passe de quinze jours à un mois, le délai de réponse à l'offre préalable de l'expropriant étant allongé de même (art. 5,6, 29 et 38 du décret). Les formalités tendant à ces modes de délaissement étant considérées comme impératives par la jurisprudence, l'allongement du délai constitue une amélioration pour les expropriés ;
- Les modalités des voies de recours contre le jugement de première instance seront désormais prévues par l'article R. 13-47 au lieu de l'article L. 13-21 (art. 7 et 42 du décret), le délai d'appel passant de quinze jours à un mois, ce qui correspond au délai de droit commun en matière contentieuse (art. 538 NCPC) ;
- Certaines modalités prévues en matière de procédure d'urgence par l'article L. 15-5 sont renvoyées à l'article R. 15-8 (art. 11 et 51 du décret), sans changement, sauf pour ce qui concerne les modalités d'un pourvoi en cassation contre le jugement en fixation des indemnités provisionnelles ;
- D'autres modalités antérieurement prévues par les articles L. 21-3 (action en nullité) et L. 22-1 (Avis du conseil général des Ponts et Chaussées) sont renvoyées respectivement aux articles R. 21-2 et R. 22-1 (nouveaux) c. expro. (art. 12, 13, 53 et 54 du décret).

Une procédure alignée sur le droit commun

En troisième lieu, plusieurs modifications apportées par le décret du 13 mai 2005 apparaissent témoigner du souci d'aligner la procédure sur les règles de droit commun, comme la règle générale posée par l'article R. 16-3 dans sa nouvelle rédaction (art. 52 du décret), qui renvoie aux dispositions du livre 1^{er} du NCPC et aux règles de droit commun de la cour d'appel et de la Cour de cassation (procédure avec représentation obligatoire), à défaut de dispositions particulières prévues par le code de l'expropriation, ce qui évidemment allait de soi (encore que la précision n'apparaît pas inutile lorsqu'on se souvient de la très forte réticence des juridictions de l'expropriation à appliquer pendant longtemps les dispositions de l'article 700 du NCPC), ou encore l'article R. 13-42 qui renvoie aux dispositions des articles 675 et s. du NCPC en matière de notification des jugements et arrêts (art. 39 du décret), et l'article R. 13-48 qui renvoie à celles de l'article 936 du NCPC en cause d'appel (art. 43 du décret).

La modification qui touche le premier alinéa de l'article L. 15-2 renvoie aussi implicitement au droit commun (art. 539 NCPC, effet suspensif de l'appel), mais reste sans incidence sur la possibilité offerte à l'expropriant de prendre immédiatement possession des biens expropriés sous certaines conditions demeurées inchangées, ce qui lui ôte en pratique quasiment tout intérêt.

Deux articles nouveaux semblent encore résulter d'une volonté de simplification, les articles R. 14-11 et R. 15-1 créés respectivement par les articles 49 et 50 du décret. Ils sont les conséquences logiques des articles L. 13-20 et R. 14-10, en ce qui concerne l'attribution d'un local de remplacement, et de l'article L. 15-2 précité applicable en matière de prise de possession. En ce qui concerne plus précisément les affaires ayant pour objet l'expulsion des occupants, elles étaient jugées jusqu'à présent par application de l'article R. 13-39 prévu en matière de difficultés d'exécution des jugements, ce qui a parfois occasionné des conflits de compétence avec le juge de l'exécution.

Par ailleurs, la modification qui touche le deuxième alinéa de l'article R. 13-49 est intéressante en ce sens que le délai d'un mois dans lequel l'intimé doit produire ou adresser son mémoire en réponse est maintenant assorti d'une irrecevabilité, alors qu'auparavant il était dépourvu de sanction, ce qui devrait contribuer à rendre plus dynamique la procédure en appel.

Cet inventaire à la Prévert montre qu'il n'y a pas lieu d'attendre des bouleversements de ces modifications dont la portée reste limitée. A quelques exceptions près, elles ne portent que sur la procédure en fixation des indemnités. Le décret ne contient que très peu de dispositions en matière de transfert de propriété, mais celles-ci ne sont pas dépourvues d'intérêt. Il avait semblé à un moment qu'il était envisagé d'introduire une dose de contradictoire au stade judiciaire du transfert de propriété, mais cette idée a été abandonnée, au moins pour l'instant. Les formes qui avaient pu être entrevues entraînaient des contraintes assez disproportionnées par rapport au bénéfice qu'on pouvait en attendre, eu égard au rôle très limité du juge de l'expropriation en matière de transfert de propriété. A vrai dire, on ne voit pas très bien par quelle méthode la contradiction pourrait être introduite à ce stade de la procédure, ni surtout à quoi cela pourrait bien servir.

Une position intermédiaire a prévalu, par la création d'un nouvel article R. 12-2-1 (art. 21 du décret), qui oblige le juge

de l'expropriation, saisi d'une demande d'expropriation, à surseoir à statuer lorsqu'il est informé par le préfet de l'intervention d'une décision de suspension de la déclaration d'utilité publique ou de l'arrêté de cessibilité, un tel dispositif étant destiné à prévenir les difficultés et complications en cas d'annulation de l'un de ces actes administratifs et l'annulation par voie de conséquence de l'ordonnance d'expropriation.

Les nouvelles dispositions résultant de la création des articles R. 12-5-1 à R. 12-5-6 du code de l'expropriation par l'article 24 du décret du 13 mai 2005 viennent combler le vide qu'avait créé la modification de l'article L. 12-5 par la loi du 2 février 1995, en ce sens qu'elle n'avait été accompagnée ou suivie d'aucune mesure particulière d'ordre procédural, et que des questions se posaient à ce sujet, notamment à propos de la nécessité d'un débat contradictoire et des conséquences résultant de la décision du juge de l'expropriation. Les nouveaux articles prévoient désormais, non seulement, les modalités de saisine du juge, du débat contradictoire, auquel est associé le commissaire du gouvernement, de rétrocession du bien et de publicité foncière, mais aussi d'indemnisation de l'entier préjudice du propriétaire et son rétablissement dans la situation antérieure à l'expropriation, si possible, le tout confié au juge de l'expropriation qui disposera d'un très large pouvoir d'appréciation dans des domaines habituellement réservés aux juridictions administratives ou, à tout le moins, à la juridiction judiciaire de droit commun, à charge d'appel. Il s'agit donc de dispositions particulièrement innovantes qui témoignent d'une réelle confiance dans les juridictions spécialisées de l'expropriation et sont de nature à simplifier considérablement les choses pour les expropriés.

Pour terminer ce tour du propriétaire, encore incomplet, mentionnons les deux autres modifications en matière de transfert de propriété. La première procède de la suppression des deux derniers alinéas de l'article R. 12-4 par l'article 22 du décret du 13 mai 2005, qui portaient sur la rectification de l'ordonnance d'expropriation en cas d'erreur matérielle ou d'omission, ce qui renvoie désormais au droit commun des articles 462 et 463 du NCPC. Il nous semble que dans ce domaine la jurisprudence de la Cour de cassation, autrefois plutôt restrictive, avait été notablement assouplie au cours de la période récente, et il est possible que l'application des règles de droit commun soit de nature à faciliter encore plus la rectification des ordonnances. La deuxième, qui résulte du chassé-croisé entre les derniers alinéas des articles R. 12-1 et R. 12-2 (art. 19 et 20 du décret), s'accompagne d'une légère modification qui précise le délai de réponse du préfet à la demande de production de pièces faite par le juge de l'expropriation lors de la procédure de transfert de propriété, et interdit par conséquent au juge de statuer - et plus précisément de rejeter la demande d'expropriation - dans ce même délai. Il convient de noter que la nouvelle rédaction semble faire obligation au juge, avant toute décision de rejet basée sur le caractère incomplet du dossier, de demander au préfet les pièces manquantes, alors que dans l'ancienne rédaction de l'article R. 12-2 il ne s'agissait que d'une simple faculté offerte au juge.

Dispositions tendant au rééquilibrage de l'instance et situation du commissaire du gouvernement

Le plus attendu dans ce décret était bien sûr la partie consacrée au rôle du commissaire du gouvernement et aux dispositions destinées à assurer le respect du principe de l'égalité des armes. Il nous semble que sur ces points les modifications ont été opérées *a minima*, mais cela ne veut pas dire qu'elles sont insuffisantes pour répondre aux objections soulevées par l'arrêt *Yvon c/ France* du 24 avril 2003 de la CEDH.

L'adaptation du rôle du commissaire du gouvernement est traitée en neuf articles, dont deux seulement lui sont spécifiques, les cinq autres, à savoir les articles 35, 36, 37, 39, 43, 44 et 45 du décret ayant modifié respectivement les articles R. 13-33, R. 13-35, R. 13-36, R. 13-42, R. 13-48, R. 13-49 et R. 13-52 du code, ne témoignant que de la volonté de changer le statut du commissaire du gouvernement et le traiter comme une partie au procès, et à égalité avec toutes les autres.

Le principe du contradictoire s'applique au commissaire du gouvernement (art. R. 13-7, dernier alinéa), lequel doit établir ses conclusions par écrit et les notifier aux parties huit jours au moins avant la visite des lieux (art. R. 13-32), ce qui permet aux parties de répliquer (même article), et pour le reste les règles auxquelles sont soumises les parties s'appliquent de la même façon au commissaire du gouvernement, y compris en appel. Celui-ci n'intervient oralement à l'audience que s'il le souhaite (art. R. 13-32, préc.).

En ce qui concerne la contradiction, s'il n'est pas du tout indifférent qu'elle soit nettement affirmée dans les textes, il convient de relever que les juridictions du fond avaient entrepris depuis plusieurs années déjà de corriger les dispositions alors existantes et veillaient le plus souvent à ce que le principe du contradictoire soit respecté au bénéfice de toutes les parties, au besoin en autorisant les notes en délibéré, ou mieux en procédant à la réouverture des débats, pour permettre de répliquer au commissaire du gouvernement, ce que constate d'ailleurs l'arrêt *Yvon* précité de la CEDH.

Le rôle du commissaire n'est plus souligné comme auparavant et on s'est efforcé de gommer sa particularité :

- en appel le président de la chambre n'est plus tenu de lui réclamer « tous renseignements propres à l'éclairer » (abrogation de l'article L. 13-23 par l'article 8 du décret du 13 mai 2005) ;

- s'il conserve la possibilité de proposer une évaluation inférieure à l'offre de l'expropriant (art. R. 13-35), le code de l'expropriation n'insiste plus lourdement sur ce point en attirant spécialement l'attention des juges par le biais de « l'annexion » des conclusions du commissaire du gouvernement au dossier (dont on ne distingue pas l'intérêt), et par l'exigence d'une motivation spéciale en cas de rejet de telles conclusions, ce qui évidemment allait de soi, n'était-ce qu'en application de l'article 455 du NCPC (même art. et art. R. 13-36, c. expro. modifiés par les art. 36 et 37 du décret).

Ces modifications nous semblent purement symboliques. Tout aussi symboliques nous paraissent les modifications apportées aux articles R. 13-7 et R. 13-32.

Dorénavant le commissaire du gouvernement ne pourra plus être l'agent ayant établi pour le compte de la collectivité expropriante l'estimation des biens expropriés. Cette mesure, qui répond à une critique de la CEDH dans son arrêt *Yvon* du 24 avril 2003, apparaît plutôt propre à compliquer la tâche de l'administration fiscale à une époque où les effectifs des inspecteurs du domaine sont en diminution constante, et on peut s'interroger sur le moyen donné aux parties et aux juges de vérifier le respect de ce principe : l'administration fiscale ou l'expropriant seront-ils tenus de produire la fiche d'estimation domaniale, par exemple ?

Dans ses conclusions le commissaire du gouvernement devra indiquer « les références de tous les termes de comparaison issus des actes de mutation sélectionnés sur lesquels il s'est fondé pour retenir l'évaluation qu'il propose, ainsi que toute indication sur les raisons pour lesquelles les éléments non pertinents ont été écartés ». Autrement dit il devra désormais faire ce que tout commissaire du gouvernement digne de ce nom faisait déjà jusqu'à maintenant s'il voulait convaincre la juridiction de son sérieux et du bien-fondé de l'estimation qu'il proposait.

Peut-on compter, grâce à ces modifications, rééquilibrer le procès au bénéfice de l'exproprié ? On pourrait en douter, mais là n'est sans doute pas le noeud du problème posé par la jurisprudence de la CEDH. Pour mieux appréhender la question peut-être est-il utile de quitter un moment le domaine pur du droit et de la procédure et de parler un peu de la pratique.

Que peut dire le praticien, le plus objectivement possible, à propos du commissaire du gouvernement, tantôt montré comme un technicien impartial au service exclusif du juge de l'expropriation et de la justice, tantôt comme un fonctionnaire zélé dont le rôle consiste exclusivement à faire économiser les deniers des collectivités publiques, et comment ou pourquoi le commissaire du gouvernement peut-il occuper « une position dominante dans la procédure » et exercer « une influence importante sur l'appréciation du juge », entraînant un « déséquilibre incompatible avec le principe de l'égalité des armes » (arrêt du 24 avril 2003 de la CEDH, *Yvon c/ France*) ?

D'abord, et c'est loin d'être négligeable pour comprendre l'influence qu'il est susceptible d'exercer dans le procès, le commissaire du gouvernement parvient sans effort particulier à se rendre quasiment indispensable, et il est certain que sans lui les choses seraient nettement plus compliquées pour l'expropriant et pour le juge de l'expropriation, et même aussi parfois pour l'exproprié. Originellement recruté en qualité d'inspecteur des impôts et spécialisé ensuite dans le service du domaine, c'est avant tout un homme de terrain. Il connaît généralement très bien son secteur et il n'aura sans doute pas de grandes difficultés à se repérer dans d'autres secteurs où il n'aura pas été évaluateur : il lui suffira de demander à son collègue de service, qui pourra aussi sans doute le guider lors d'une visite préalable en même temps qu'il lui communiquera tous les éléments d'évaluation qu'il aura besoin de connaître, lui évitant ainsi une recherche fastidieuse et une perte de temps. Il sait parfaitement lire les cartes et les plans cadastraux, a repéré et visité au préalable non seulement les biens expropriés mais aussi les termes de comparaison, et est capable de guider l'ensemble des participants au procès lors de la visite des lieux. Ce n'est pas toujours le cas, loin s'en faut, des autres intervenants au procès.

Un juge de l'expropriation privé de l'appui du commissaire du gouvernement aurait une capacité de juger inférieure.

Le commissaire du gouvernement fournit souvent aussi les renseignements pratiques qui permettent au juge d'organiser les transports et audiences en fonction notamment de leur durée prévisible, du temps de déplacement (et même éventuellement de savoir où il est possible de prendre son repas à un coût abordable). Cet homme (ou cette femme), se révèle ainsi extrêmement précieux pour un juge qui, fréquemment, connaît mal ou insuffisamment son ressort géographique dont il n'est pas souvent originaire et dans lequel il ne passe généralement qu'assez peu de temps pour des raisons tenant à la mobilité géographique ou fonctionnelle des magistrats, outre que ce ressort s'étend le plus souvent à l'ensemble du département et est donc plus vaste que celui du tribunal. On peut dire sans crainte de se tromper qu'un juge de l'expropriation privé de l'appui matériel du commissaire du gouvernement serait un juge handicapé qui perdrait énormément de temps et aurait par suite une capacité de juger sensiblement inférieure, sauf à ce qu'on supprime le caractère obligatoire de la visite des lieux en première instance, ce qui serait une erreur à notre avis.

Au-delà de l'anecdote, l'agent du domaine qu'est le commissaire du gouvernement, « technicien » spécialiste de l'évaluation immobilière, laquelle constitue l'essentiel de son travail, a de façon certaine des facilités importantes pour accéder au marché immobilier, quelles qu'en soient les modalités exactes, et il a généralement une parfaite connaissance des mutations immobilières (mais aussi des fonds de commerce), à l'intérieur de son secteur, sinon il ne serait pas en mesure d'exercer son métier. Il ne pourrait pas, en tant qu'agent de l'administration, à l'instar des géomètres et autres experts fonciers et immobiliers, tisser un réseau de relations privilégiées avec certaines professions ou organismes qui alimentent le fichier personnel de ces experts, lequel constitue leur outil de travail.

Face à l'expropriant et au commissaire du gouvernement quelle est la situation d'un exproprié ? Même assisté d'un avocat s'il n'est lui-même apte à établir un mémoire, il sera désarmé si lui ou son conseil ne connaissent pas précisément le marché immobilier représentatif de la valeur du bien exproprié, et sera réduit à discuter les termes de comparaison fournis par l'administration et le commissaire du gouvernement, ce qui limite considérablement ses possibilités de défense. La seule façon pour lui d'assurer convenablement cette défense sera de faire appel à l'assistance d'un expert foncier ou immobilier, ce qui, pour lui, augmente considérablement le coût du procès et le rend dans de nombreux cas hors de proportion avec l'intérêt du litige si l'enjeu économique n'est pas très élevé, ce qui représente une bonne proportion des cas.

Il ne serait pas toutefois exact de donner de l'expropriation une vision catastrophique, car cela serait très exagéré et ne correspondrait pas à la réalité dans la majorité des cas. Mais considérer le commissaire du gouvernement comme un acteur indépendant et impartial est, d'un point de vue purement objectif, une erreur ou un abus de langage, et on constate dans la réalité que les propositions du commissaire du gouvernement ne s'éloignent que très rarement des offres de l'expropriant, sauf circonstances particulières. L'expropriant aurait d'ailleurs du mal à comprendre que le service du domaine, dont l'une des tâches consiste à assister les collectivités publiques lors de leurs acquisitions immobilières et à « garantir le bon emploi des deniers publics » (arrêt *Yvon c/ France*, préc.), et dont « l'intérêt » rejoint ainsi celui de l'expropriant (et des contribuables en général), tiennent un double langage et viennent ensuite contester sa position devant la juridiction de l'expropriation. L'agent de l'administration qui se risquerait dans une telle voie se verrait sans doute demander des explications par sa hiérarchie.

La levée de l'interdiction de l'expertise est de nature à contribuer à rétablir un certain équilibre.


















Et ce n'est probablement pas la modification apportée au deuxième alinéa de l'article R. 13-7 qui y changera quelque chose. L'administration des impôts est sûrement encore plus « indivisible » que le parquet, et il serait vain, à notre avis, de croire que sa main gauche ignore ce que fait sa main droite. Mais on sait que la Cour européenne a estimé que « le fait qu'un point de vue semblable est défendu par plusieurs parties [...] ne met pas nécessairement la partie adverse dans une situation de net désavantage », de sorte que le point d'achoppement est plus vraisemblablement le déséquilibre entre les parties dans l'accès aux moyens de preuve.

Aussi, la modification de l'article R. 13-28 du code de l'expropriation (art. 33 du décret) nous semble-t-elle essentielle, au regard de la jurisprudence de la CEDH, le recours à l'expertise n'étant plus désormais interdit au juge de l'expropriation. Certes, il y a un risque sérieux que la mesure d'instruction soit fréquemment sollicitée, alors que dans la plupart des cas elle ne se justifierait pas, d'autant qu'en première instance la charge financière en incombera au seul expropriant (art. L. 13-5), et il est à craindre qu'elle entraîne un ralentissement et un enchérissement des procès si son usage se répand, et que surgissent à nouveau les critiques anciennes et abondantes ayant précédé pendant un siècle et demi l'ordonnance de 1958 : « trop long, trop cher ».

Mais la levée de l'interdiction de l'expertise nous paraît de nature à contribuer au rétablissement d'un certain équilibre dans le procès. Elle nous semble en tout cas une réponse au moins partielle à la critique de la CEDH et l'avenir dira si elle est suffisante. En effet, le juge aura désormais la possibilité, au moins dans les cas difficiles, de s'appuyer sur l'avis d'un expert judiciaire, dont l'indépendance et l'impartialité ne peuvent *a priori* être mises en doute. Ce technicien pourra faire une étude du marché sans être tenu par les seuls termes de comparaison cités par les parties (dont le commissaire du gouvernement), se fonder sur d'autres références qui seront soumises à la critique des parties, et proposer éventuellement d'autres méthodes d'évaluation. Dans une telle situation, l'influence du commissaire du gouvernement est seulement fonction de la pertinence de ses conclusions, à égalité avec n'importe quelle partie.

Il est donc possible que le procès en expropriation, contenu depuis de nombreuses années dans un cadre assez simple et bien huilé, malgré quelques complications dues à l'intrusion du droit de l'urbanisme depuis la loi n° 85-729 du 18 juillet 1985, évolue quelque peu dans l'avenir en raison du décret du 13 mai 2005.




1) CEDH 21 février 1997, AJDA 1997, p. 399, note R. Hostiou .

- (2) CEDH 22 avril 2002, AJDA 2002, p. 686, note R. Hostiou .
- (3) CEDH 2 juillet 2002, AJDA 2002, p. 1226, note R. Hostiou  ; Etudes foncières 2003, n° 104, p. 8, note R. Hostiou ; JCP A 2003, n° 1027, note F. Bouyssou ; BJD 6/2002, p. 410, note E. Carpentier ; Droit et ville 2002, n° 54, p. 137, article D. BLanchard.
- (4) CEDH 24 avril 2003, D. 2003, p. 2456, note R. Hostiou  ; AJDI 2003, p. 361, note D. Musso  ; RDI 2003, p. 425, note J.-F. Struillou .
- (5) Par exemple, la déduction de l'indemnité d'expropriation des plus-values générées par les travaux publics effectués sur le bien exproprié (CEDH 9 octobre 2003, *Biozokat A.E. c/ Grèce* : JCP A 2004, n° 1031, note C. Gauthier ; AJDA 2003, p. 865, obs. Y. Jégouzo ) même s'il est possible que la décision de la Cour européenne en la matière soit une décision d'espèce. Elle vise en effet le droit grec qui, en substance, considère que l'indemnité d'expropriation est en principe annulée par la plus value provoquée par les travaux publics sauf action en justice diligentée par le propriétaire exproprié pour faire constater qu'il n'en est rien, ce qui correspond à une « présomption d'auto-indemnisation » qui n'a pas grand-chose à voir avec le droit français.
- (6) R. Hostiou, AJDA 2000, p. 290  ; R. Hostiou, RDI 2002, p. 175  ; R. Hostiou, AJDA 2003, p. 2123  ; R. Hostiou et J.-F. Struillou, *Expropriation et préemption*, Litec, 2° édition, 2004, p. 351 et ss. Voir également E. Dubois, JCP A 2003, n° 1721 ; M. Guyomar, AJDA 2003, p. 2142  ; P. Olive et E. Bon-Julien, Gaz. Pal. 8-10 février 2004, p. 227 ; S. Papi, AJDI 2005, p. 12  ; J.-F. Struillou, *Protection de la propriété privée immobilière et prérogatives de puissance publique*, L'Harmattan, 1996.
- (7) CE 20 décembre 1963, *Dlle du Halgouet* : AJDA 1964, p. 383, note P. Laporte.
- (8) CE 29 juin 1951, *Lavandier*, Lebon, p. 380.
- (9) CEDH 28 décembre 1992, *de Geouffre de la Pradelle*, D. 1993, Jur. p. 561, note F. Benoit-Rohmer  ; Petites Affiches 25 juin 1993, p. 26, note G. Gonzalez.
- (10) CE 6 octobre 1999, *Epoux Demonteix* : Lebon, tables, p. 835.
- (11) CEDH 28 mars 2000, *Aldo et Jean-Baptiste Zanatta c/ France*, req. n° 38042/97.
- (12) CE 9 février 2000, *Chevallier et autres*, Lebon, p. 45 ; AJDI 2000, p. 714, obs. R. Hostiou .
- (13) Arrêt *de Geouffre de la Pradelle*, préc.
- (14) En revanche, ne semble pas soulever de difficultés le fait que le juge de l'expropriation puisse prendre l'ordonnance portant transfert de propriété avant que l'exproprié ait présenté ses offres et que l'indemnité ait été fixée et versée car, comme le relève la Cour de cassation (Cass. 3^e civ. 29 mai 2002, Bull. civ. III, n° 117 ; AJDA 2002, p. 702, note R. Hostiou  ; RDI 2002, p. 375, obs. C. M. ) , si l'expropriant ne notifie pas de telles offres, tout intéressé peut, sur le fondement de l'article R. 13-20, à partir de l'arrêté de cessibilité, le mettre en demeure d'avoir à y procéder car il résulte des dispositions des articles L. 12-1 et L. 15-1 que l'expropriant ne peut prendre possession des biens expropriés qu'un mois après le paiement ou la consignation de l'indemnité d'expropriation, le retard dans le paiement ou la consignation de cette indemnité donnant d'ailleurs droit au paiement d'intérêts et à une nouvelle fixation dans les conditions prévues par les articles R. 13-78 et L. 13-9.
- (15) Cass. 3^e civ. 12 décembre 2001, Bull. civ. III, n° 152 ; BICC n° 146 ; AJDI 2002, p. 144, obs. R. Hostiou  ; Cass. 3^e civ. 29 mai 2002, préc.
- (16) Cass. 3^e civ. 26 novembre 1980, Bull. civ. III, n° 185 ; Cass. 3^e civ. 29 juin 1992, Bull. civ. III, n° 225 ; AJDI 1993, p. 180, obs. C. M. .
- (17) Le juge de l'expropriation a l'obligation de refuser de prendre une ordonnance d'expropriation si l'on se trouve dans l'une des trois hypothèses suivantes : le dossier qui lui est transmis par le préfet n'est pas constitué conformément aux prescriptions de l'article R. 12-1 préc. ; la DUP est caduque et n'a pas été prorogée ; l'arrêté de cessibilité a plus de six mois de date. En revanche, si l'on est dans aucune de ces trois hypothèses, il a l'obligation de prendre l'ordonnance d'expropriation.
- (18) R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 2, Montchrestien, 15^e éd., 2001, p. 703, qui cite à ce propos le cas du Royaume-Uni ou de la RFA.
- (19) Rapport public pour l'année 2000, La documentation française 2001, p. 12.
- (20) CE 13 décembre 1968, *Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne, Comité de défense des intérêts menacés par l'autoroute D 6 et sieur Musso*, Lebon p. 645 ; RDP 1969, p. 512, concl. N. Questiaux et note M. Waline ; AJPI 1969, p. 226, concl. N. Questiaux ; JCP 1969, II, 15793, note P. Seignolle ; AJDA 1969, p. 179, note A. Homont.

(21) M. Waline, note préc., p. 520.

(22) Cass. 3^e civ. 7 juin 2001, JCP 2001, II, 10629, note A. Bernard.

(23) Rapport public pour l'année 2000, préc., p. 15.

(24) Cass. 3^e civ. 2 juillet 2003, Bull. civ. III, n° 140 ; AJDI 2003, p. 553, chron. D. Musso  ; AJDI 2003, p. 600, note R. Hostiou  ; RDI 2003, p. 425, note J.-F. Struillou .

(25) CE 29 janvier 2003, Lebon, p. 21, concl. C. Maugué ; AJDA 2004, p. 784, note P. Sablière  ; AJDA 2003, p. 761, obs. S. Brondel  ; JCP A 2003, n° 1342, note J. Dufau.

(26) Cons. constit. 25 juillet 1989, déc. n° 89-256 DC : Rec. CC, p. 53 ; RFDA 1989, p. 1009, note P. Bon ; CJEG 1990, p. 1, note B. Genevois.

(27) R. Hostiou, préc., p. 178, v. note 6.

(28) L'affaire *Lallement* concernait, on le sait, l'expropriation partielle d'une propriété agricole. Dans un tel cas, le propriétaire exproprié a le droit de demander, sous certaines conditions, ce que l'on appelle la réquisition d'emprise totale : en application de l'article L. 13-10, alinéa 3, lorsque l'emprise partielle d'une parcelle empêche l'exploitation agricole dans des conditions normales de la ou des parties restantes de ladite parcelle en raison soit de leur dimension, soit de leur configuration, soit de leurs conditions d'accès, il peut demander l'emprise totale soit de la parcelle soit de la ou des parties restantes devenues inexploitable de fait ; en application de l'article L. 13-11, lorsqu'une emprise partielle résultant d'une expropriation compromet gravement la structure d'une exploitation agricole en lui occasionnant un grave déséquilibre au sens de l'article L. 23-1, il peut demander l'emprise totale de sa propriété. En l'espèce, M. Lallement, propriétaire de 13 hectares situés à proximité immédiate de sa ferme et de 12 hectares situés à une dizaine de kilomètres de là et servant à l'élevage avait été exproprié de 60 % environ de terres jouxtant la ferme mais non des autres. Il n'avait pas demandé la réquisition d'emprise totale pour des raisons personnelles et sentimentales mais sans doute aussi parce qu'il n'y avait pas droit (les conditions de l'article L. 13-10 n'étaient pas remplies parce que n'était pas en cause une seule parcelle ; celles de l'article L. 13-13 ne l'étaient pas non plus parce qu'il n'y avait pas grave déséquilibre au sens de l'article L. 23-1 car les terrains expropriés ne représentaient pas plus de 35 % de la valeur de productivité de l'ensemble de l'exploitation). Il avait donc obtenu une indemnité principale correspondant à la valeur des terrains expropriés, une indemnité de remploi, une indemnité pour éviction agricole et une indemnité de « défiguration de la parcelle » destinée à compenser le déséquilibre causé à la structure de l'exploitation. Considérant que les parcelles restantes ne permettait pas le maintien sur son exploitation d'un cheptel suffisant pour assurer sa subsistance, il estimait avoir perdu, du fait de l'expropriation, son outil de travail et la possibilité de poursuivre son activité et affirmait que les indemnités qui lui avaient été versées ne suffisaient manifestement pas à réparer ce préjudice. La Cour européenne va lui donner raison. Elle va en effet considérer que, « vu la spécificité de la situation du requérant (en particulier le morcellement de son exploitation et le type d'activité qui était la sienne), d'une part, l'indemnité versée n'est pas raisonnablement en rapport avec la valeur du bien exproprié puisqu'elle ne couvre pas spécifiquement la perte de l'outil de travail du requérant et, d'autre part, les articles L. 13-10, alinéa 3, et L. 13-11 du code de l'expropriation n'offraient pas une possibilité effective de remédier à la situation critiquée », d'où la violation de l'article premier du premier protocole additionnel. Cela revient à dire notamment que, dans des affaires comme celle-là, les conditions de la réquisition d'emprise totale prévue par les textes sont trop restrictives.

(29) Dans l'affaire *Motais de Narbonne*, un terrain avait été exproprié en vue de la constitution d'une réserve foncière destinée à l'habitat très social. Plus de dix-neuf ans après, aucune construction n'avait été effectuée alors que, pendant cette période, la valeur marchande du terrain avait sensiblement augmentée. Les requérants en déduisaient qu'ils se trouvaient indûment privés d'une partie de la valeur qu'ils auraient été en droit de retirer dudit bien. La Cour européenne va leur donner raison. Certes, elle ne condamne pas *de plano* la technique des réserves foncières qui existe dans le droit de plusieurs Etats contractants et qui relève de la marge d'appréciation qui leur est reconnue en la matière, notamment dans le cadre de la mise en oeuvre de politiques sociales ou d'urbanisme. Elle ne condamne pas non plus par principe le maintien en réserve foncière d'un bien exproprié durant une longue période. Mais, un problème se pose sous l'angle de l'article premier du premier protocole additionnel « lorsque, comme en l'espèce, le maintien du bien en réserve durant une longue période ne repose pas lui-même sur des raisons tenant de l'utilité publique et où, durant cette période, ledit bien engendre une plus-value appréciable dont les anciens propriétaires se voient privés ». En d'autres termes, le maintien d'un bien en réserve foncière durant une longue période n'est conforme au droit au respect des biens que si cela est justifié par l'utilité publique, ce qui se comprend, et n'engendre pas une plus-value appréciable de ce bien dont les anciens propriétaires seraient privés, exigence qui sera sans doute de nature à faire considérer la plupart des contentieux de ce type comme violant l'article premier du premier protocole additionnel.

(30) Cass. 3^e civ. 3 décembre 1970, Bull. civ. III, n° 487, (départ d'un immeuble de luxe) ; Cass. 3^e civ. 30 mai 1972, Bull. civ. III, n° 355 (départ d'un logement occupé depuis 50 ans) ; Cass. 3^e civ. 17 octobre 1972, Bull. civ. III, n° 524 (situation particulière d'un grand invalide de guerre).

(31) Cons. constit. 25 juillet 1989, préc. : « pour être juste, l'indemnisation doit couvrir l'intégralité du préjudice direct, matériel et certain causé par l'expropriation ».