

N° 356675

Société TP Ferro Concesionaria

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies

Séance du 9 septembre 2013

Lecture du 7 octobre 2013

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée est doublement originale. D'une part, elle est à notre connaissance la première requête dirigée contre une ordonnance du président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat fixant les honoraires dus à un expert au titre d'une expertise ordonnée par le Conseil d'Etat. D'autre part, elle concerne une expertise demandée en dehors de tout litige. Elle vous conduira donc à répondre à plusieurs questions relatives tant au régime contentieux particulier des ordonnances du président de la section du contentieux qu'à celui des expertises ne se rattachant pas à un litige dont est saisi la juridiction.

Le projet de construction de la ligne à grande vitesse Perpignan-Barcelone-Madrid prévoyait le percement de deux tunnels ferroviaires parallèles sur le territoire de la commune du Perthus. Ces travaux ont été déclarés d'utilité publique par décret du 8 octobre 2001 et concédés à la société espagnole TP Ferro Concesionaria SA, qui en a elle-même confié la réalisation à la société Tunnel del Perthus AEIE. S'inquiétant des risques de nuisances que ces travaux pourraient causer, la commune a saisi le juge des référés du TA de Montpellier, sur le fondement de l'article R. 532-1 du code de justice administrative¹, d'une demande tendant à ce que soient expertisés les impacts visuels et sonores éventuels des travaux ainsi que leurs possibles conséquences sur la solidité des constructions existantes. Cette expertise a été ordonnée en avril 2006 et l'expert a notamment recommandé la réalisation de mesures approfondies des nuisances sonores et vibratoires que pourraient provoquer le passage des trains. La commune a donc saisi le juge des référés du même tribunal d'une nouvelle demande d'expertise sur ces points, qui a été rejetée par une ordonnance du 5 mars 2007, confirmée par le juge des référés de la cour administrative d'appel de Marseille le 25 août 2008. Vous avez cependant, sur pourvoi de la commune du Perthus, annulé cette ordonnance par une décision du 24 juillet 2009 (n° 321392) et ordonné l'expertise demandée par la commune, que vous avez confiée à M. A..., expert près la cour d'appel de Montpellier. Le 6 juin 2011, l'expert a transmis au président de la 2^{ème} sous-section son rapport, accompagné d'un état des honoraires et frais engagés, pour un montant de 59 245, 29 euros. Ce rapport a été communiqué à la société TP Ferro, qui a produit des observations, auxquelles a répondu l'expert. Par une ordonnance du 11 janvier 2012, le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat a fixé le montant des frais

1 « Le juge des référés peut, sur simple requête et même en l'absence de décision administrative préalable, prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction. / Il peut notamment charger un expert de procéder, lors de l'exécution de travaux publics, à toutes constatations relatives à l'état des immeubles susceptibles d'être affectés par des dommages ainsi qu'aux causes et à l'étendue des dommages qui surviendraient effectivement pendant la durée de sa mission. / Les demandes présentées en application du présent chapitre sont dispensées du ministère d'avocat si elles se rattachent à des litiges dispensés de ce ministère. »

et honoraires à la somme demandée par l'expert et en a mis le versement à la charge de la société TP Ferro concessionaria, qui vous a saisis de la présente requête en vous demandant à titre principal d'annuler cette ordonnance et de mettre les frais et honoraires de l'expertise à la charge de la commune et, à titre subsidiaire, de réduire le montant des frais et honoraires de l'expert.

L'expertise dont les frais sont fixés par l'ordonnance litigieuse a été décidée au terme d'une procédure de référé de l'article R. 532-1, en dehors de tout litige. Les règles relatives à la fixation des frais et honoraires sont donc celles de l'article R. 621-13 du code de justice administrative, aux termes duquel : « *Lorsque l'expertise a été ordonnée sur le fondement du titre III du livre V, le président du tribunal ou de la cour, après consultation, le cas échéant, du magistrat délégué, ou, au Conseil d'Etat, le président de la section du contentieux en fixe les frais et honoraires par une ordonnance prise conformément aux dispositions des articles R. 621-11 et R. 761-4. Cette ordonnance désigne la ou les parties qui assumeront la charge de ces frais et honoraires. (...) Elle peut faire l'objet, dans le délai d'un mois à compter de sa notification, du recours prévu à l'article R. 761-5.* »

Vous jugez depuis une décision de Section L... du 17 juin 1983 (p. 260; voir aussi 4 mars 1998, L..., n° 169942) que l'ordonnance de taxation des frais et honoraires d'expertise, décrite à l'article R. 761-4, quelle que soit la procédure au cours de laquelle elle a été ordonnée, est un acte administratif. Cet acte est susceptible de recours, comme le prévoient tant la dernière phrase de l'article R. 621-13 que nous venons de citer que l'article R. 761-5 qui fixe les règles qui lui sont applicables.

En revanche, ni ces dispositions ni votre jurisprudence n'ont expressément qualifié la nature de ce recours. La décision L... emploie une terminologie propre au plein contentieux - « il résulte de l'instruction » -, que l'on retrouve dans d'autres décisions ultérieures (24 oct 1984, *SARL La coccinelle*, n° 38799, inédite), mais pas dans toutes (30 mai 1986, *M. B...*, n° 58783, inédite). La question n'est pas purement théorique ni rédactionnelle, puisque vous savez qu'un certain nombre de règles de recevabilité dépendent de cette qualification, notamment l'obligation pour les parties de se faire représenter par un avocat, ainsi que les réponses que vous apporterez aux conclusions de la requête.

Le plein contentieux est une branche du contentieux administratif particulièrement hétérogène, qui regroupe les recours pour la résolution desquels le juge dispose de pouvoirs ne se limitant pas à l'annulation d'une décision administrative. A côté des contentieux en responsabilité, qui ont pour objet la réparation de droits lésés par une action de l'administration, figurent des contentieux dits objectifs en cela qu'ils sont dirigés contre une décision administrative, mais que le juge peut non seulement annuler, comme il peut le faire en excès de pouvoir, mais aussi réformer, en déterminant lui-même l'étendue des droits et obligations des parties qui en résulteront. Le recours qui peut être formé contre une ordonnance de taxation des frais d'expertise nous semble entrer dans cette dernière catégorie, car il ne saurait avoir pour seul objet d'obtenir l'annulation de la décision, mais aussi et surtout qu'une instance juridictionnelle se prononce sur le droit de l'expert à rémunération, le montant de cette rémunération et la partie qui doit en supporter la charge. Ainsi, par exemple, votre décision L... n'annule pas l'ordonnance de taxation qui a inclus une somme qui n'était pas due à l'expert, mais la réforme en fixant elle-même le montant des frais et honoraires.

Cette qualification découlant des pouvoirs du juge saisi d'une contestation de l'ordonnance de taxation, elle est indépendante de la nature du contentieux au cours duquel l'expertise a été ordonnée. Elle vaut par conséquent pour tous les recours dirigés contre une ordonnance de taxation, y compris lorsqu'ils ne se rattachent, comme en l'espèce, à aucun litige.

Le cadre juridique du litige étant ainsi posé, nous en venons à l'examen des différents moyens de la requête.

Les trois premiers ressortissent de la légalité externe de la décision, à laquelle il est reproché de n'être pas motivée et de n'avoir pas été prise après consultation du président de la formation de jugement ayant ordonnée l'expertise ni après communication aux parties de la note de frais et d'honoraires de l'expert.

Au regard de la qualification de recours de plein contentieux que nous vous proposons de donner à ce recours, la question du caractère opérant de tels moyens se pose. En effet, l'hétérogénéité des recours de plein contentieux se traduit également, à l'intérieur de la catégorie très diverse du plein contentieux dit objectif, par la coexistence de conceptions différentes de l'office du juge². Dans certaines matières, le juge de plein contentieux contrôle la légalité de la décision contestée, dans toutes ses composantes, externes comme internes, et ne la réforme que s'il entend, après l'avoir annulée, y substituer sa propre décision. Tel est par exemple le cas en matière fiscale, en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement, de sanctions administratives (18 février 2011, *M. G.....*, n° 316854, aux T), d'aide sociale (23 avril 2007, *M. T.....*, n° 284024), ou encore de pensions (Sect, 23 février 2003, *M. N.....*, n° 220227, p. 53), décisions à l'encontre desquelles les moyens de légalité externe sont opérants. Dans d'autres matières, en revanche, le juge de plein contentieux s'attache avant tout à statuer sur les droits invoqués par le demandeur : les moyens de légalité externe ont ainsi été jugés inopérants à l'encontre de décisions concernant la reconnaissance d'une qualité, telle que celle de travailleur handicapé (4 nov 1994, *A...*, n° 144345) ou de réfugié (15 février 1984, *A..... E...*, n° 42964, p. 74, concl. B. Genevois), ou, plus récemment, de décisions de la commission nationale des comptes de campagne (27 juin 2005, *M. G...*, n° 272551 ; 10 août 2005, *M. Le D...*) ou d'autorisation de plaider (15 mai 2012, *M. H...*, n° 351416, aux T). Dans ces derniers cas, la contestation d'éléments formels de la décision apparaît inutile dès lors que l'objet même du recours conduit le juge à se prononcer sur la demande faite à l'administration.

Nous pensons qu'il en va de même de la contestation de l'ordonnance de taxation, pour la raison que nous avons déjà évoquée pour qualifier ce recours. Bien que l'article R. 761-5 ne l'impose pas, il nous paraît peu concevable que le juge saisi de la contestation de l'ordonnance de taxation ait le choix de l'annuler ou de la réformer. Il doit évaluer les droits des parties et les rétablir s'il constate qu'ils ont mal été fixés ou répartis, non vérifier la légalité de la décision attaquée.

Cette solution nous paraît d'autant plus facile à admettre que les règles de forme et de procédure qui s'imposent à l'auteur de l'ordonnance sont peu nombreuses et ne constituent pas des garanties des droits des intéressés qui justifieraient que l'auteur de l'ordonnance soit ressaisi pour décider de nouveau régulièrement.

Le point le plus délicat concerne certainement la question de l'obligation de motiver ces ordonnances de taxation. Le code de justice ne l'impose pas mais, dès lors qu'elles constituent des décisions administratives, il convient de se demander si elles n'entrent pas dans le champ de l'article 1^{er} de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs, qui vise « *les décisions administratives individuelles défavorables qui (...) imposent des sujétions* ». La CAA de Nantes y a répondu par la négative, par un arrêt mentionné aux Tables du recueil Lebon (CAA Nantes, 10 janvier 1996, *M...*, aux T). Mais cette solution ne nous paraît pas évidente.

La décision qui fixe les frais et honoraires de l'expert et les met à la charge d'une personne est une décision individuelle qui constitue une sujétion pour cette personne, comme vous l'avez souligné à propos d'une décision mettant une imposition à la charge d'une personne (Avis, 4 novembre 1992, *SA Lorenzy-Palanca*, n° 138380, p. 391). Vous avez finalement estimé que, du fait de l'obligation dans laquelle l'administration se trouvait d'établir les impôts, cette décision n'était pas défavorable au sens de l'article 1^{er} de la loi de 1979. Mais cette analyse ne nous paraît pas transposable à la décision attribuant à une personne la charge des frais d'expertise puisque, comme nous allons le voir, l'auteur de l'ordonnance dispose d'un pouvoir de décision discrétionnaire. Nous serions donc assez enclins à vous proposer de juger que les ordonnances de taxation doivent être

2 Damien Botteghi et Alexandre Lallet, « Le plein contentieux et ses faux-semblants », AJDA 2011 p 156

motivées non sur le montant des frais et honoraires mais sur la détermination de la personne qui en supportera la charge. Or, en l'espèce, l'ordonnance ne comporte aucune explication sur ce point.

Si l'article R. 621-11 du CJA, auquel renvoie l'article R. 621-13 pour la détermination des règles applicables à la fixation des frais et honoraires, dispose que « *le président de la juridiction, après consultation du président de la formation de jugement, ou, au Conseil d'Etat, le président de la section du contentieux, fixe par ordonnance ... les honoraires...* », cette consultation d'une part n'est pas applicable aux ordonnances prises par le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat, d'autre part ne représente pas, devant les juridictions du fond, une garantie dont le juge de la contestation de l'ordonnance devrait impérativement assurer le respect.

Enfin, aucune disposition du CJA ne prévoit la communication aux parties aux opérations d'expertise de la note de frais et honoraires de l'expert, qui en tout état de cause fera partie des pièces du dossier contentieux auxquelles elles auront nécessairement accès.

La requérante soutient ensuite que l'expert a manqué à son obligation d'impartialité en exprimant des opinions critiques à l'égard de son comportement durant les opérations d'expertise, ce qui compromettrait l'utilité de cette dernière.

Si vous considérez, comme nous vous le proposons dans l'affaire *P...* également à votre rôle de ce jour (n° 361355), que le juge de la taxation des frais et honoraires d'expertise ne peut tenir compte, dans l'appréciation qu'il doit faire, sur le fondement de l'article R. 621-11 du CJA, de l'utilité du travail de l'expert, de l'absence d'impartialité de l'expert qu'à la condition qu'elle ait été constatée par le juge statuant sur une action en récusation ou sur le fond, vous écarterez ce moyen comme inopérant dès lors que la prétendue partialité de l'expert n'a pas, en l'espèce, conduit la société requérante à en demander la récusation, comme elle pouvait le faire dès qu'elle a eu connaissance des faits qu'elle lui reproche.

La société TP Ferro affirme que le montant des frais et honoraires d'expertise retenu par l'ordonnance attaqué serait excessif, mais sans apporter le moindre commencement de preuve au soutien de cette allégation. Elle reconnaît d'ailleurs ne pouvoir le faire en l'absence de justificatifs joints au rapport d'expertise.

Le dernier moyen est dirigé contre la mise à la charge de la requérante des frais et honoraires de l'expertise. Elle soutient qu'elle ne devrait pas supporter cette charge dès lors qu'elle n'a pas demandé la réalisation de l'expertise et qu'elle n'est pas partie perdante, en l'absence de litige au fond.

Aucune disposition du CJA ni aucune règle générale de procédure ne comportent de critère d'attribution de la charge des frais d'une expertise demandée en référé, en dehors de tout litige. L'article L. 761-1, qui prévoit que les dépens sont « *mis à la charge de toute partie perdante sauf si les circonstances particulières de l'affaire justifient qu'ils soient mis à la charge d'une autre partie ou partagés entre les parties* » n'est pas applicable à une expertise réalisée indépendamment de tout litige, aucune des parties ne pouvant être regardée comme perdante. La circonstance qu'une partie se soit opposée à la demande d'expertise n'en fait pas une partie perdante, l'action en référé expertise n'étant pas un litige dont une partie sortirait victorieuse contre une autre.

L'article R. 621-13 indique simplement que l'ordonnance de taxation « *désigne la ou les parties qui assumeront la charge de ces frais et honoraires* », sans préciser de critère de répartition. La liberté de choix que ces dispositions donnent au président de la juridiction ou au président de la section du contentieux du Conseil d'Etat fait même échec à l'application de la règle générale de procédure selon laquelle « *c'est aux demandeurs qu'il appartient d'avancer les frais des mesures d'instruction réclamées par eux ou données d'office par le juge* », comme vous l'avez jugé à propos de l'allocation provisionnelle des frais d'expertise, régie par une disposition similaire (20 janv 1984, *Min de l'urbanisme et du logement c/ Sté S... et fils*, n° 50561, p. 11).

L'absence de tout critère de répartition s'imposant à l'auteur de l'ordonnance ne saurait cependant lui conférer un pouvoir de choix absolument discrétionnaire qui échapperait au contrôle du juge. A notre sens, elle lui permet de tenir compte des circonstances de chaque espèce pour répartir le plus équitablement une charge que doivent supporter la ou les personnes pour lesquelles l'expertise est utile. Or, a priori, la personne qui a demandé l'expertise, parce qu'elle l'a sollicitée, est celle pour laquelle cette expertise présente une utilité. Mais ce n'est là qu'un a priori, qui permet de désigner la personne qui prendra en charge les frais d'expertise en l'absence de circonstances particulières. Dans la décision précitée *Sté S... et fils*, vous mettez à la charge de l'Etat les frais d'expertise « dans les circonstances de l'espèce et alors même que l'expertise dont il s'agit a été réclamée par la société S... et fils ». Ces circonstances particulières sont diverses, mais elles ne doivent en aucun cas être fondées sur un préjugement d'un hypothétique litige que les conclusions du rapport d'expertise pourraient conduire à trancher dans un sens ou dans un autre. Elles ne peuvent donc découler que de la situation existant entre les parties lors de la demande d'expertise et indépendamment des responsabilités susceptibles de naître des constatations qu'elle comporte.

En l'espèce, il ressort des observations produites par le président de la section du contentieux que les frais et honoraires ont été mis à la charge de la société requérante car elle était la partie perdante dans l'instance en référé au terme de laquelle vous aviez, faisant droit aux conclusions de la commune du Perthus auxquelles cette société s'opposait, ordonné l'expertise. Nous pensons toutefois, comme nous vous l'avons dit, que cette circonstance est sans incidence sur la répartition des frais d'expertise car la partie perdante, au sens de l'article R. 761-1 du CJA, est la partie perdante sur le fond et non dans l'instance de référé expertise.

L'expertise doit être regardée comme utile pour la commune, puisqu'elle l'a demandée. Mais elle est également utile à la société TP Ferro concessionaria. L'étude de nuisances susceptibles d'être provoquées par des travaux publics sur les propriétés riveraines présente en effet une utilité pour celui qui les réalise, qui a les moyens de les limiter et qui en supportera la charge s'ils sont avérés. Nous vous proposons par conséquent de répartir également les frais de l'expertise entre la commune et la société requérante et de modifier en ce sens la décision du président de la section du contentieux du Conseil d'Etat.

Dans les circonstances de l'espèce, vous rejetterez les conclusions des deux parties au titre des frais exposés dans cette instance. Vous pourrez en revanche mettre à la charge de chacune d'elles le versement à M. A... d'une somme de 1500 euros à ce titre.

Tel est le sens de nos conclusions.