

Les nouvelles frontières de l'expropriation : vers une expropriation pour cause d'utilité privée ?

*Yaëll EMERICH**

New Frontiers in Expropriation : Toward Expropriation for Private Use?

**Las nuevas fronteras de la expropiación :
hacia una expropiación por causa de utilidad privada?**

**As novas fronteiras da expropriação :
rumo à expropriação por utilidade privada?**

征用的新界限：向出于私用目的的征用迈进？

Résumé

Cet article cherche à cerner les contours actuels de la notion d'expropriation, qui a beaucoup évolué dans le droit contemporain. Il met en lumière la coexistence de définitions plus ou moins larges de l'expropriation, qui contribuent à dessiner les contours de la propriété privée et de ses limites. À côté d'une conception traditionnellement notionnelle de l'expropriation, il existe une

Abstract

This article aims to trace the current contours of the notion of expropriation, which has undergone significant evolution in contemporary law. It seeks to illuminate the coexistence of differing definitions of expropriation, which in turn help to clarify the scope of private property and its limits. Alongside the traditional notional conception of expropriation, there is a functional conception, focusing

* Professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université McGill. L'auteure tient à remercier M. Étienne Cossette-Lefebvre pour sa contribution avisée à cet article à titre d'assistant de recherche. L'auteur tient également à souligner que cette recherche n'aurait pu être accomplie sans le soutien financier du Conseil de recherches en Sciences humaines du Canada (CRSH/SSHRC).

conception fonctionnelle de l'expropriation, qui s'intéresse moins à la nature juridique de l'opération qu'à ses effets. Cet article tente en outre de mieux cerner ce que recouvre l'expression « expropriation pour cause d'utilité privée », aujourd'hui couramment utilisée en droit privé. Nous soutenons que ce phénomène ne peut être compris que par référence à la conception fonctionnelle de l'expropriation. De plus, il convient de dresser une typologie des expropriations pour cause d'utilité privée, afin de départager les hypothèses qui peuvent constituer une expropriation au sens fonctionnel, de celles qui ne peuvent être qualifiées d'expropriation. Du point de vue méthodologique, cette étude s'intéresse à ce qu'il peut y avoir de commun dans la notion d'expropriation et son évolution, tant en droit civil québécois ou français, qu'en common law canadienne ou anglaise. Sans entrer dans les détails du régime juridique de l'expropriation, cette étude cherche à étudier les tendances transsystémiques, ou au-delà des traditions juridiques, de l'expropriation.

Resumen

Este artículo busca determinar los contornos actuales de la noción de expropiación, que ha evolucionado mucho en el derecho contemporáneo. En él se resalta la coexistencia de definiciones más o menos amplias de la expropiación, que contribuyen a dibujar los contornos de la propiedad privada y sus límites. Al lado de una concepción tradicionalmente teórica de expropiación, existe una concepción funcional de la expropiación, que se interesa menos en la naturaleza jurídica de la operación que en sus efectos. Este

on expropriation's effects rather than its juridical nature. This article also seeks to delineate the ambit of the expression "expropriation required for private purposes," which is now commonly used in private law. I argue that the phrase can only be properly understood through the functional conception of expropriation. It is helpful to establish a classification of forms of expropriation required for private purposes in order to distinguish between situations that can be described as expropriation in the functional sense from those that are not expropriation at all. From a methodological perspective, this study inquires into that which is common to expropriation throughout its evolution, whether in the civil law of Quebec or France, or the common law of Canada or England. Instead of tangling with the details of expropriation's legal framework, the article seeks to examine the transsystemic currents that lie beyond and behind of expropriation in specific legal traditions.

Resumo

Este artigo tem por objetivo traçar os contornos atuais da noção de expropriação, que tem passado por evolução significativa no direito contemporâneo. Procura lançar luz sobre a coexistência de diferentes definições de expropriação, o que vem ajudar a clarear os contornos e os limites da propriedade privada. Ao lado da concepção tradicional de expropriação, ha uma concepção funcional, que se interessa mais pelos efeitos da expropriação do que por sua natureza jurídica. Este artigo também busca deli-

artículo también intenta precisar mejor lo que abarca la expresión “expropiación para beneficio privado”, utilizada corrientemente en el derecho privado de hoy. Se plantea aquí que este fenómeno no puede ser comprendido sino por referencia a la concepción funcional de la expropiación. Además, es conveniente establecer una tipología de las expropiaciones por causa de utilidad privada, a fin de distinguir las hipótesis que pueden constituir una expropiación en el sentido funcional, de aquellas que no pueden ser calificadas de expropiación. Desde un punto de vista metodológico, este estudio se interesa en lo que puede haber en común en la noción de expropiación y su evolución, tanto en el derecho civil quebequense o francés, como en el common law canadiense o inglés. Sin entrar en los detalles del régimen jurídico de la expropiación, el presente estudio tiene por objeto examinar las tendencias transistémicas, o más allá de las tradiciones jurídicas, de la expropiación.

near o âmbito da expressão “expropriação por utilidade particular,” atualmente usada de forma corrente em direito privado. Eu postulo que este fenômeno somente pode ser propriamente compreendido por meio da concepção funcional de expropriação. Além disso, convém estabelecer uma tipologia das formas de expropriação para fins de utilidade privada a fim de fazer uma distinção entre as hipóteses que podem constituir expropriação no sentido funcional daquelas que não podem ser qualificadas como expropriação. Do ponto de vista metodológico, este estudo investiga aquilo que pode haver de comum na noção de expropriação e sua evolução, tanto no direito civil do Québec ou da França, quanto na *common law* do Canadá ou da Inglaterra. Sem entrar nos detalhes do regime jurídico da expropriação, este artigo busca estudar as tendências transistémicas da expropriação, ou mesmo para lá das tradições jurídicas.

摘要

征用的概念在当代法律制度中经历了重大演变，本文的宗旨是对当前的征用概念进行界定。对当前并存的多种关于征用定义的考察，将有助于进一步澄清私人财产的范围及其限制。与传统的抽象性概念相并行的，还存在一种关于征用的功能性概念，比起对征用的法律性质的关注，后者更关心征用的效果。此外，本文还尝试对私法上常见的“出于私人目的征用”这一概念进行界定。我们认为，要想正确理解这一现象，即必须参考征用的功能性概念。此外，还应当对出于私人目的征用进行分类，以区分功能意义上构成和不构成征用的条件。就方法论而言，本文关注魁北克或法国法与加拿大或英国法就征用概念及其演变可能存在的共性。本文不对具体的征用法律制度进行深究，而是考察超越法律制度或法律传统的有关征用制度的趋势。

Plan de l'article

Introduction	699
I. La conception notionnelle de l'expropriation	704
A. L'expropriation au sens strict	704
1. L'expropriation comme aliénation forcée par l'État d'un immeuble pour cause d'utilité publique	704
2. Un cadre constitutionnel et législatif à contenu variable ...	706
a) La question de la garantie constitutionnelle de l'expropriation	706
b) Les régimes législatifs et jurisprudentiels.....	708
B. L'extension de la notion d'expropriation : au cœur de l'expropriation notionnelle	711
1. Les extensions de l'expropriation notionnelle	712
a) Extension du pouvoir d'exproprier.....	712
b) Extension de l'expropriation à de nouveaux biens.....	714
c) Extension des justifications de l'expropriation	718
2. L'expropriation comme aliénation forcée : le cœur de l'expropriation notionnelle?	721
II. La conception fonctionnelle de l'expropriation	724
A. La présence d'une conception fonctionnelle de l'expropriation.....	724
B. Vers une expropriation pour cause d'utilité privée?	727
1. La reconnaissance doctrinale d'une expropriation pour cause d'utilité privée.....	727
2. Typologie des expropriations pour cause d'utilité privée ..	728
Conclusion.....	733

L'expropriation pour cause d'utilité publique n'est pas une réalité récente. On en trouve déjà la trace – et même celle de ses dérives potentielles – dans la Bible¹ ainsi que dans la Grèce antique² et en droit romain³. D'un point de vue historique, l'expropriation est née de la nécessité d'opérer de grands travaux publics⁴. Il semble en effet légitime que l'intérêt privé s'incline, lorsque l'utilité publique ou générale le requiert⁵. Ainsi, dans l'ancien droit français, l'expropriation, qui était alors connue sous le nom de « retrait d'utilité publique », a permis la construction des principales routes de France⁶. S'il n'y avait pas à l'époque de règles détaillées prévoyant les droits et garanties du sujet exproprié⁷, le droit de l'État d'exproprier dans l'intérêt public, mais sous certaines conditions, a été expressément reconnu par la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen*⁸ de 1789. Ce principe sera ensuite repris en droit français par l'article 545 du *Code Napoléon* et en droit québécois par l'article 407 du *Code civil du Bas Canada*⁹ et par l'article 952 du *Code civil du Québec*.

¹ Achab et la vigne de Naboth (1 Rois 21.1-29).

² En ce sens : Georges S. CHALLIES, *The Law of Expropriation*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1963, p. 1 et 2.

³ Voir notamment : Raymond MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6^e éd., Paris, Éditions Domat Montchrétien, 1947, n° 260, p. 36; Paul OURLIAC et Jehan DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 2, Paris, Presses universitaires de France, 1957, p. 92.

⁴ G.S. CHALLIES, préc., note 2, p. 2. Voir aussi : Jean-Marie AUBY, Pierre BON et Philippe TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2011, n° 600 et suiv.; Charles-Stéphane MARCHIANI, *Le monopole de l'État sur l'expropriation*, Paris, LGDJ, 2008, n° 35 et suiv.

⁵ Voir : Joseph-Marie PORTALIS, « Motifs, rapport, opinions des orateurs qui ont coopéré à la rédaction du Code civil et discussion de ce Code au Conseil d'État (séance du 4 Ventôse an XI) », dans *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, Paris, Éditions Didot, 1838, p. 24, à la page 29.

⁶ Philippe-Antoine MERLIN, *Répertoire de Jurisprudence*, v° « Retrait d'utilité publique », cité dans G.S. CHALLIES, préc., note 2, p. 2. Dans l'Angleterre des 18^e et 19^e siècles, d'importantes constructions – telles que des canaux, des chemins de fer ou des ports – ont aussi été réalisées sous l'autorité de lois du Parlement qui, en plus d'autoriser les travaux, prévoyaient les pouvoirs d'acquérir les terres nécessaires. Voir : Guy ROOTS, James PEREIRA, Michael HUMPHRIES et Robert FOOKES, *The Law of Compulsory Purchase*, 2^e éd., Haywards Heath, Bloomsbury Professional, 2011, p. 9.

⁷ G.S. CHALLIES, préc., note 2, p. 2.

⁸ *Déclaration du 26 août 1789 des Droits de l'Homme et du Citoyen*, en ligne : <<http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-fondamentaux-10086/droits-de-lhomme-et-libertes-fondamentales-10087/declaration-des-droits-de-lhomme-et-du-citoyen-de-1789-10116.html>> (consulté le 4 février 2015).

⁹ Voir : G.S. CHALLIES, préc., note 2, p. 2.

En droit canadien contemporain, les articles 91 et 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique 1867*¹⁰ prévoient le partage des pouvoirs d'expropriation de la Couronne entre le pouvoir fédéral et le pouvoir provincial. C'est le Parlement du Canada qui a compétence pour légiférer en matière d'expropriation au niveau fédéral. S'agissant de la législation applicable, l'*Expropriation Act* de 1952¹¹ est resté en vigueur jusqu'en 1970, en dépit du fait qu'il ne contenait aucun critère pour fixer une compensation¹². Aujourd'hui, c'est la loi de 1985¹³ qui s'applique en matière fédérale. Elle apporte une forme de réponse aux critiques adressées à l'ancienne législation, qui avait pu être décrite par le juge Thorson dans l'affaire *Grayson v. Canada* comme «le système d'expropriation de la terre le plus arbitraire du monde civilisé»¹⁴.

Le contexte de l'expropriation constitue un terrain fertile pour observer la propriété et ses limites. En effet, l'expropriation est traditionnellement décrite comme la principale restriction à la propriété privée dans l'intérêt public¹⁵. L'importance de cette limite à la propriété privée s'impose d'elle-même, lorsqu'on observe les réactions sociales qu'elle peut engendrer¹⁶ ou les atteintes aux libertés qu'elle peut receler¹⁷. L'étude de l'expropriation

¹⁰ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

¹¹ Cette loi reprenait largement l'ancien *Expropriation Act* de 1886. Voir : Eric C.E. TODD, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1992, p. 12.

¹² *Id.*, p. 12.

¹³ *Expropriation Act*, L.R.C. 1985, c. E-21. La *Loi sur l'expropriation* de 1985 ne s'applique toutefois pas aux compagnies ferroviaires relevant de la compétence fédérale (qui sont régies par le *Railway Act*, L.C. 2007, c. 8), ni aux compagnies de pipeline canadienne (qui sont régies par le *National Energy Board Act*, L.R.C. 1985, c. N-7).

¹⁴ E.C.E. TODD, préc., note 11, p. 12 : «the most arbitrary system of expropriation of land in the whole of the civilized world» (*Grayson v. Canada*, [1956-60] Ex. C.R. 331).

¹⁵ Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien basé sur les Répétitions écrites sur le Code civil de Frédéric Mourlon*, t. 2, Montréal, Éditions C. Théoret, 1896, p. 468. Pour une étude globale de l'expropriation en droit québécois et canadien, voir : G.S. CHALLIES, préc., note 2.

¹⁶ Par ex., en Chine où des expropriations ont donné lieu à des immolations : AGENCE FRANCE-PRESSE, «Chine – Des propriétaires expropriés vont jusqu'à s'immoler», *Le Devoir*, 19 décembre 2009.

¹⁷ Les exemples ne manquent pas dans le monde où des populations ont pu être déplacées sans indemnité, suite à des expropriations qui ne disaient pas leur nom. Voir par ex. récemment, en lien avec les Jeux olympiques de Sotchi, le cas de la famille de Sergei Khlistov, comptant de jeunes enfants, menacée d'expulsion sans aucune forme de compensation sous prétexte que la maison a été construite illégalement (bien qu'elle

appelle donc d'emblée une réflexion sur le lien entre le droit privé et le droit public ainsi que sur la force de la propriété privée.

L'expropriation est une institution particulièrement sensible du point de vue du droit public, car elle peut s'analyser en une transmission de bien forcée par l'État, constituant une atteinte au principe de la libre disposition des biens par les particuliers. Le risque d'abus que cela entraîne est parfois encadré par des textes fondateurs, tel que la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, qui interdit l'expropriation en dehors des cas de nécessité publique évidente et l'assortit au paiement par l'État d'une indemnité¹⁸. Contrairement aux signataires de la *Convention Européenne des Droits de l'Homme* (CEDH) – incluant la France et le Royaume-Uni – et contrairement aux États-Unis¹⁹, le système juridique canadien ne connaît pas de protection constitutionnelle du droit de propriété. On peut s'interroger sur l'impact de la présence ou de l'absence d'une telle protection constitutionnelle.

L'expropriation constitue également un sujet d'intérêt pour le privatiste. En effet, l'expropriation donne forme voire déforme la notion de propriété et contribue à en fixer les contours. Le contexte de l'expropriation montre notamment à quel point la volonté du propriétaire et le pouvoir de disposer constituent un élément essentiel de la notion de propriété. Inversement la notion de propriété privée et plus précisément l'extension

ait reçu à deux reprises un agrément technique de la part des autorités locales et que des recettes fiscales aient été perçues sur le bâti pendant des années) : HUMAN RIGHTS WATCH, « Ouverture des JO de Londres sur fond d'abus à Sotchi », *Human Rights Watch*, 17 juillet 2012.

¹⁸ L'article 17 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, préc., note 8, dispose que : « La propriété est inviolable et sacrée ; nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

¹⁹ Voir notamment : Carol M. ROSE, « Property and Expropriation: Themes and Variations in American Law », (2000) 1 *Faculty Scholarship Series* 1, 1 :

« Most of us think that as a nation, the United States is and always has been very conscious of property. The most legendary of our revolutionary slogans was “no taxation without representation”, which is fundamentally about taking property without consent. Almost from its inception, our Constitution has included a clause protecting property against takings for public purposes without compensation, whereas some other countries' constitutions hedge their property clauses with flexible language to take into account the “public interest”, or – as in the case of our Canadian neighbors – dispense with constitutional property protection altogether. »

de la propriété à de nouveaux biens y compris incorporels, contribue à fixer le domaine de l'expropriation. Ainsi, non seulement l'expropriation fixe-t-elle des limites à la propriété privée, mais la propriété privée a aussi vocation à définir les contours de l'expropriation.

Une étude récente sur la notion d'expropriation est d'autant plus nécessaire qu'il s'agit d'une institution en transformation²⁰. L'histoire a consacré l'apparition première d'une expropriation conceptualisée comme une aliénation forcée d'un immeuble par l'État pour cause d'utilité publique²¹. Cependant, les développements historiques soulignent une extension importante de la notion d'expropriation. C'est ainsi notamment que les immeubles ne sont plus envisagés comme les seules cibles potentielles de l'expropriation. Il est aussi notable que l'État n'est plus la seule autorité expropriante depuis au moins le XIX^e siècle: ainsi délègue-t-il fréquemment à des compagnies privées le pouvoir d'exproprier. La définition élargie de l'expropriation l'a été non seulement quant au pouvoir d'exproprier, quant aux biens susceptibles d'expropriation mais aussi quant aux fondements de l'expropriation. Dans tous ces cas d'expropriation au sens large, la question se pose de la légitimité de ces extensions.

Un examen terminologique confirme la coexistence de conceptions plus ou moins larges de l'expropriation. Parmi les différentes définitions de l'expropriation, il est possible d'identifier une *conception notionnelle de l'expropriation*, qui repose sur la qualification juridique de l'opération en une aliénation forcée. Toutefois, il est aussi possible d'identifier une *approche fonctionnelle* de l'expropriation (ou expropriation *de facto*), qui repose sur une analyse des effets juridiques concrets de l'opération. Littéralement, la terminologie française et canadienne d'« expropriation » vient du latin « *ex-proprium* », qui signifie déposséder ou priver de la propriété d'un bien²².

²⁰ Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Les biens*, 3^e éd., Paris, Éditions Defrénois, 2007, n° 410.2: « Si énergique que soit le Code civil dans la définition de la propriété, il prévoit des restrictions. Des limites ont en effet toujours existé: c'est un principe constant dans l'histoire que les intérêts particuliers doivent plier devant l'intérêt général. Mais il y a aujourd'hui des cas où la loi restreint la propriété au profit d'autres intérêts particuliers, qui se fondent eux-mêmes sur un nouvel intérêt général, ce qui aboutit souvent à une sorte de démembrement feutré de la propriété ».

²¹ Jeanne LEMASURIER, *Le droit de l'expropriation*, 3^e éd., Paris, Éditions Economica, 2005, p. 11 et suiv.; C.-S. MARCHIANI, préc., note 4, n° 35 et suiv.

²² George Washington S. FRIEDRICHSEN et al., *Shorter Oxford English Dictionary*, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 708, 1^{er} expropriation.

Cette terminologie se distingue de la terminologie anglaise “*compulsory purchase*” ou « compulsory taking »²³, qui insiste sur l’aspect obligatoire de l’opération, ou encore de la terminologie américaine “*eminent domain*”, qui insiste sur l’idée d’exercice d’un pouvoir souverain de la Couronne ou de l’État²⁴. On peut se demander s’il existe une sensibilité différente en droit civil et en common law en matière d’expropriation et en quoi les deux traditions se rapprochent en la matière. Malgré un point de départ idéologique et conceptuel qui peut sembler éloigné, à savoir une propriété souvent décrite comme absolue en droit civil ou relative en common law²⁵, les deux traditions reconnaissent pourtant l’expropriation comme étant la principale limite à la propriété dans l’intérêt public.

L’objectif de cet article est double. Dans un premier temps, il s’agit de mieux cerner les contours actuels de la notion d’expropriation, qui a beaucoup évolué dans le droit contemporain. Nous montrerons qu’il existe plusieurs définitions, plus ou moins larges de l’expropriation, qui cohabitent et qui contribuent à dessiner les contours de la propriété privée et de ses limites. À côté d’une conception traditionnellement notionnelle de l’expropriation, il existe une tendance vers une conception de plus en plus fonctionnelle de l’expropriation, qui s’intéresse moins à la nature juridique de l’opération qu’à ses effets. Dans un second temps, cet article tente de mieux comprendre et de cerner ce que recouvre l’expression « expropriation pour cause d’utilité privée », aujourd’hui couramment utilisée en droit privé. Nous alléguons que ce phénomène ne peut être compris que par référence à la conception fonctionnelle de l’expropriation. De plus, il convient selon nous de dresser une typologie des expropriations pour cause d’utilité privée, afin de départager les hypothèses qui peuvent constituer une expropriation au sens fonctionnel, de celles qui ne peuvent être qualifiées d’expropriation ni au sens notionnel ni dans au sens fonctionnel et ne devraient donc pas y être assimilées.

²³ Voir : G.S. CHALLIES, préc., note 2, p. 4 : « The term “expropriation” is not used in English law, the equivalent being “compulsory taking” or “compulsory purchase” ».

²⁴ E.C.E. TODD, préc., note 11, p. 19 et 20.

²⁵ Voir, par exemple : Alison CLARKE et Paul KOHLER, *Property Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 4 ; Louise MERETT, « The importance of delivery and possession in the passing of title », (2008) 67 *C.L.J.* 376, 376 et 377. Pour une critique de l’idée selon laquelle la propriété est relative en common law : James GORDLEY et Ugo MATTEI, « Protecting Possession », (1996) 44 *Am J. Comp. L.* 293, 300.

Du point de vue méthodologique, cette étude se veut comparative et transsystemique, en ce qu'elle s'intéresse à ce qu'il peut y avoir de commun dans la notion d'expropriation et son évolution, tant en droit civil québécois ou français, qu'en common law canadienne ou anglaise. Sans entrer dans les détails du régime juridique de l'expropriation, cette étude cherche à étudier les tendances transsystemiques, ou au-delà des systèmes ou traditions juridiques, de l'expropriation.

Après avoir analysé la conception notionnelle de l'expropriation et l'extension qui la caractérise (I) on rendra compte de la présence concomitante et de l'évolution vers une approche plus fonctionnelle de l'expropriation, qui peut notamment expliquer la reconnaissance d'une expropriation pour cause d'utilité privée (II).

I. La conception notionnelle de l'expropriation

En droit civil comme en common law, il existe une notion stricte de l'expropriation, qui désigne une aliénation forcée d'un immeuble, par l'État ou la Couronne, pour cause d'utilité publique. À côté de cette définition stricte, on note aussi la présence d'une notion large de l'expropriation, qui désigne toute cession ou aliénation privant un propriétaire de son bien contre sa volonté. Ainsi, une notion stricte d'expropriation (A), coexiste aujourd'hui aux côtés d'une notion large de l'expropriation (B).

A. L'expropriation au sens strict

Dans un sens strict, l'expropriation peut être analysée comme l'aliénation forcée par l'État d'un immeuble, pour cause d'utilité publique (1). À cette notion stricte de l'expropriation est attaché un régime juridique spécifique, mais variable selon les juridictions étudiées (2).

1. L'expropriation comme aliénation forcée par l'État d'un immeuble pour cause d'utilité publique

Il existe clairement une définition stricte de l'expropriation en common law canadienne et en droit civil québécois. Le *Dictionnaire de droit québécois et canadien* retient une définition relativement stricte de l'expropriation, en la définissant comme l'«[o]pération par laquelle l'Administration publique contraint une personne à céder un bien foncier dont elle

est propriétaire, pour cause d'utilité publique et moyennant une indemnité juste et préalable»²⁶. De façon relativement proche, le *Dictionnaire de droit privé* définit l'expropriation comme l'« [o]pération par laquelle l'autorité publique, pour des motifs d'intérêt public, contraint le propriétaire d'un bien à lui en transférer la propriété »²⁷.

En droit civil français, le *Vocabulaire Juridique* Cornu définit l'expropriation en un sens générique comme « toute opération tendant à priver contre son gré de sa propriété un propriétaire foncier, plus généralement à dépouiller le titulaire d'un droit réel immobilier de son droit ». La définition précise cependant qu'elle « désigne surtout aujourd'hui l'expropriation pour cause d'utilité publique »²⁸, ce qui rejoint le sens strict de l'expropriation.

On observe également la présence d'une définition stricte de l'expropriation en common law anglaise. L'expropriation y désigne aujourd'hui principalement l'expropriation par le gouvernement dans l'exercice de son domaine éminent, lorsqu'une compensation est obtenue²⁹. Par exemple, dans l'*Oxford Dictionary of Law*, l'expropriation est définie comme l'acquisition forcée de la terre pour des motifs publics, par l'autorité légale et sur paiement d'une compensation³⁰. De même, les tribunaux considèrent que l'expropriation n'est justifiée que lorsqu'elle est nécessaire dans l'intérêt

²⁶ Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, v^o « expropriation », p. 240.

²⁷ Paul-André CRÉPEAU et al., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012, v^o « expropriation ». Voir aussi : C.E. TODD, préc., note 11, p. 1 : « In general terms “expropriation” is the compulsory (i.e. against the wishes of the owner), acquisition of property, usually real property, by the Crown or by one of its authorized agencies. »

²⁸ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire Juridique*, 8^e éd., coll. « Quadriges », Paris, PUF, 2007, v^o « expropriation », p. 392 et 393. Dans ce sens 2 d'expropriation pour cause d'utilité publique, l'auteur ajoute « sous les précisions suivantes : a / Cession forcée, pour des motifs d'utilité publique, de tout ou partie d'immeubles ou de droits réels immobiliers. V. *réquisition, nationalisation*. b / Procédure à laquelle est assujettie cette cession » (*id.*, p. 392).

²⁹ Voir : *Encyclopedia Britannica*, vol. 8, Chicago, Encyclopaedia Britannica Inc., 1965 cité dans E.C.E. TODD, préc., note 11, p. 20.

³⁰ Johnathan LAW et Elizabeth A. MARTIN, *Oxford Dictionary of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, v^o « compulsory purchase » : « The enforced acquisition of land for public purposes, by statutory authority and on payment of compensation. »

public³¹. À cette expropriation au sens strict et traditionnel correspond un régime juridique déterminé, qui repose sur un cadre législatif et constitutionnel à contenu variable.

2. Un cadre constitutionnel et législatif à contenu variable

En plus de la question des variations potentielles des règles applicables à l'expropriation d'une tradition à l'autre (b), il convient d'évoquer la question de la garantie constitutionnelle contre l'expropriation, qui ne reçoit pas de réponse univoque (a).

a) La question de la garantie constitutionnelle de l'expropriation

Dans plusieurs pays, le droit à une indemnisation dans le cadre d'une expropriation est garanti expressément par la Constitution ou par des dispositions supra-législatives. C'est ainsi qu'en droit français, l'article 17 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* interdit l'expropriation en dehors des cas de nécessité publique et la subordonne à une indemnisation juste et préalable³². De même, l'article 1 du Protocole additionnel n° 1 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*³³ dispose que : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause

³¹ *Prest v. Secretary of State for Wales*, (1982) 81 LGR 193, CA (Lord Denning MR) : « It is clear that no minister or public authority can acquire any land compulsorily except the power to do so be given by Parliament: and Parliament only grants it, or should only grant it, when it is necessary in the public interest ».

³² *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, préc., note 8, art. 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». Voir aussi la jurisprudence constitutionnelle, selon laquelle l'expropriation ne doit pas restreindre le champ de la propriété privée au point de méconnaître le but de conservation de la propriété qu'assigne l'article 2 de la *Déclaration des droits de l'homme*. Le Conseil Constitutionnel a vu dans la protection de la propriété immobilière par le juge judiciaire un principe fondamental reconnu par les lois de la République : Déc. 89-257 DC du 25 juillet 1989, RJC, I, p. 355 ; RFDA, 1989.1009, note Bon ; CJEG, 1990.1, note Genevois. Voir aussi sur ce point : François LUCHAIRE, « La constitution et la propriété », dans *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, Paris, Éditions Economica, 1987, p. 139, à la page 153 ; Fernand BOUYSSOU, « Les garanties supra législatives du droit de propriété », D. 1984, chron. 231 ; François COLLY, « Le Conseil constitutionnel et le droit de propriété », R.D.P. 1988.135.

³³ Rome 4.XI.1950.

d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international»³⁴. L'approche du droit européen est un peu plus souple que l'approche du droit civil français, car la pertinence du motif d'utilité publique est évaluée en fonction d'un contrôle de proportionnalité³⁵. De plus, le principe de l'indemnisation est également plus souple que ce qui est prévu par la Déclaration des droits de l'homme, d'une part, car elle ne doit pas couvrir l'intégralité du dommage mais doit seulement être raisonnable, et d'autre part puisqu'elle ne doit pas non plus être préalable, même si le retard peut être considéré comme une cause d'indemnisation complémentaire³⁶.

Il n'existe pas au Canada de garantie constitutionnelle à une indemnité dans le cadre d'une expropriation. L'indemnisation d'une expropriation est alors souvent considérée comme relevant davantage d'une question de politique juridique que du pouvoir législatif³⁷. Il n'en reste pas moins que les tribunaux canadiens appliquent une présomption en faveur du paiement d'une indemnisation, à moins qu'une loi particulière ne prévoie une dépossession sans indemnisation ou une confiscation³⁸. C'est ainsi que, dans l'affaire *Manitoba Fisheries Ltd v. R.*, une loi fédérale établissait une corporation de vente de poisson, avec un monopole commercial dans l'exportation de poisson du Manitoba. La compagnie appelante réclamait une compensation pour la valeur de sa clientèle/*goodwill* perdue. En

³⁴ L'alinéa 2 du même article ajoute : « Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

³⁵ Voir : Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2008, n° 213, p. 340 et 341 : « l'expropriation est justifiée s'il existe entre les exigences de l'intérêt général et la sauvegarde du droit fondamental de propriété un rapport raisonnable ». Voir aussi : George GRETTON, « Private Law and Human Rights », (2008) 12 *Edinburgh L. Rev.* 109.

³⁶ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 35, n° 213, p. 340 et 341.

³⁷ E.C.E. TODD, préc., note 11, p. 34. Voir aussi : *Sisters of Charity of Rockingham c. R.*, [1922] 2 A.C. 315, 322 : « No owner of land expropriated by statute for public purposes is entitled to compensation, either for the value of the land taken, or for damage, on the ground that his land is "injuriously affected", unless he can establish a statutory right. »

³⁸ *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotels Ltd.*, [1920] A.C. 508, p. 524 : « unless the words of a statute clearly so demand, a statute is not to be construed so as to take away the property of a subject without compensation. » Voir aussi : E.C.E. TODD, préc., note 11, p. 32.

l'espèce, il n'y avait rien dans la loi autorisant la confiscation sans compensation et en conséquence une indemnité devait être payée³⁹. Il convient aussi de noter qu'en plus de cette présomption en faveur d'une compensation, les tribunaux ont également posé une présomption en faveur d'une compensation totale, plutôt que d'une compensation partielle⁴⁰.

S'il n'y a donc pas de solution unique relativement à la protection constitutionnelle ou supra-législative contre l'expropriation, la jurisprudence canadienne a néanmoins créé un cadre juridique relativement protecteur. Si le degré de protection contre l'expropriation peut varier selon les régimes ou les traditions juridiques étudiés, on observe toutefois une similarité quant aux effets de la reconnaissance d'une expropriation, qui dans les faits s'accompagne le plus souvent d'une compensation. De plus, au-delà des variations des régimes juridiques législatifs et jurisprudentiels d'une tradition à l'autre et surtout d'un système juridique à l'autre, plusieurs constantes peuvent être identifiées.

b) Les régimes législatifs et jurisprudentiels

En droit canadien et québécois, c'est de la Constitution que l'État tient son pouvoir d'exproprier. Il peut « l'exercer lui-même ou le déléguer à des corps publics ou à des personnes sous sa compétence en vertu de lois générales ou spéciales de la compétence de l'Assemblée nationale »⁴¹. Lorsque l'expropriation a lieu en vertu d'une délégation de pouvoir, l'État conserve en principe un pouvoir de contrôler le motif d'intérêt général en requérant l'autorisation préalable du gouvernement sous forme de décret⁴². La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a résumé les règles applicables en common law en matière d'expropriation dans l'affaire *British Columbia*

³⁹ *Manitoba Fisheries Ltd. v. R.*, [1979] S.C.R. 101.

⁴⁰ *Collins v. Ottawa Water Commissioners*, (1878) 42 U.C.Q.B. 378, 385: « If the statute providing for the interference with private property and for the payment of compensation be so equivocal in its language that it may be read either as giving full compensation or only partial compensation, it is only right to read it as giving full compensation – that is, such compensation as would, but for the statute, be recoverable in an action for damages » (J. Harrison).

⁴¹ Guy DORION et Roger SAVARD, *Loi commentée de l'expropriation du Québec*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1979, p. 115.

⁴² Jacques FORGUES et Jacques PRÉMONT, *Loi sur l'expropriation annotée*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 8.

*Medical Association v. British Columbia*⁴³ de la manière suivante. En premier lieu, le bien d'un particulier ne peut être pris sans autorisation légale. En second lieu, l'autorisation légale doit être claire. En troisième lieu, même si la loi permet clairement l'expropriation, il existe une présomption, fondée sur la justice et l'équité, selon laquelle l'autorité payera une compensation au particulier.

En common law anglaise, le principe de la primauté du droit protège depuis la *Magna Carta* la propriété de la terre : l'expropriation n'est possible que lorsqu'elle est prévue par la loi⁴⁴. Toute personne expropriée a, en outre, droit à une compensation. Ce droit n'est pas expressément prévu par la loi, mais il se déduit notamment des multiples dispositions législatives régissant l'évaluation du montant de la compensation⁴⁵. Il existe aussi un principe d'interprétation législative, selon lequel on ne doit pas attribuer au législateur l'intention d'exproprier un particulier sans compensation, à moins qu'une telle intention ne soit exprimée en des termes non équivoques⁴⁶. De plus, le Royaume-Uni est également signataire de la Convention européenne des droits de l'homme et doit à ce titre respecter le droit à la jouissance paisible des biens prévu par l'article 1 du Protocole additionnel n°1 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁴⁷. Même si la Convention garantit le droit à la jouissance paisible des biens, l'article 1 du premier protocole additionnel prévoit explicitement que l'expropriation de la terre ne viole pas nécessairement la Convention, dans la mesure où l'expropriation, prévue par la loi, est faite dans l'intérêt public⁴⁸. Pour être justifiée, une expropriation doit en outre établir un « juste équilibre » entre, d'une part, les exigences de l'intérêt

⁴³ *British Columbia Medical Association v. British Columbia*, (1984) 15 D.L.R. (4th) 568, [1985] 2 W.W.R. 327 (B.C.C.A.).

⁴⁴ G. ROOTS, J. PEREIRA, M. HUMPHRIES et R. FOOKES, préc., note 6, p. 9.

⁴⁵ *Id.*, p. 358 et 359.

⁴⁶ Selon Lord Atkinson dans *Central Control Board (liquor Traffic) v. Cannon Brewery Co Ltd*, [1919] A.C. 744, p. 752.

⁴⁷ Voir *supra* sur le principe de proportionnalité applicable en la matière.

⁴⁸ G. ROOTS, J. PEREIRA, M. HUMPHRIES et R. FOOKES, préc., note 6, p. 21 : « Although the ECHR guarantees the right to peaceful enjoyment of property, it is clear from Article 1 of the First Protocol that compulsory acquisition of land does not involve an infringement of the ECHR so long as it is done in the public interest and is subject to the law laid down by statute. Similar considerations apply to Article 8. States are given a "margin of appreciation" in deciding for themselves what constitutes sufficient public interest to justify a compulsory acquisition ».

général de la collectivité et, d'autre part, celles de la protection des droits fondamentaux de l'individu. Sans le versement d'une somme en rapport raisonnable avec la valeur du bien, une privation de propriété constitue normalement une atteinte excessive qui ne saurait se justifier sur le terrain de l'article 1 du Protocole additionnel n°1. Ce dernier ne garantit pourtant pas dans tous les cas le droit à une compensation intégrale, car des objectifs légitimes « d'utilité publique » peuvent militer pour un remboursement inférieur à la pleine valeur marchande⁴⁹.

En droit civil québécois, l'article 952 C.c.Q dispose que « [l]e propriétaire ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est par voie d'expropriation faite suivant la loi pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité »⁵⁰. Cet article est complété par la *Loi sur l'expropriation*⁵¹, qui régleme l'expropriation et prévoit les règles relatives à l'indemnité d'expropriation. Aux termes de l'article 35 de la *Loi sur l'expropriation*, cette loi régit « toutes les expropriations permises par les lois du Québec et prévaut sur les dispositions inconciliables de toute loi générale ou spéciale ». Dans l'affaire *Leiriao v. Val-Bélair (Ville)*, la Cour suprême du Canada a estimé que cette loi constitue essentiellement une loi de procédure⁵². En effet, selon la haute cour, la *Loi sur l'expropriation* « ne s'applique qu'une fois que le droit à l'expropriation a été établi. Elle en régit alors les modalités d'exercice »⁵³. La *Loi sur l'expropriation* ne crée donc aucun pouvoir d'exproprier⁵⁴ mais en régit les modalités d'exercice.

⁴⁹ *J.A. Pye (Oxford) Ltd. et J.A. Pye (Oxford) Land Ltd. c. Royaume-Uni* [GC], Requête n° 44302/02, CEDH, 30 août 2007. Voir au sujet de l'interprétation du concept de proportionnalité par les tribunaux du Royaume-Uni : G. ROOTS, J. PEREIRA, M. HUMPHRIES et R. FOOKES, préc., note 6, p. 21 et suiv.

⁵⁰ Cet article reprend pour l'essentiel les termes de l'ancien art. 407 du *Code civil du Bas Canada*, lequel disposait que : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité ».

⁵¹ *Loi sur l'expropriation*, RLRQ, c. E-24. Voir notamment : Lorne GIROUX, « L'expropriation en droit québécois », (1979-80) 10 *R.D.U.S.* 629, 636. Voir aussi : Denys-Claude LAMONTAGNE et Pierre DUCHAINE, *La publicité des droits*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, n° 266 et suiv., p. 197 et suiv. Il s'agit d'une loi d'interprétation restrictive : *Leiriao c. Val-Bélair (Ville de)*, [1991] A.C.S. 84, [1991] 3 R.C.S. 349, 357; *Hydro-Québec c. Radmore*, [1991] J.Q. no. 1264, [1991] R.J.Q. 1852 (C.A.).

⁵² *Leiriao c. Val-Bélair (Ville)*, préc., note 51, 377.

⁵³ *Id.*, 378.

⁵⁴ Il faut se référer à d'autres lois québécoises pour savoir si le pouvoir d'exproprier existe.

Dans tous les cas, l'expropriation doit être réalisée aux conditions et dans les formes prévues par la loi⁵⁵, sous peine d'être considérée comme illégale⁵⁶.

L'expropriation repose en droit civil français sur trois principes fondamentaux, à savoir qu'«il ne peut y avoir d'expropriation sans utilité publique, sans la garantie d'une procédure déterminée et sans indemnisation»⁵⁷. En effet, l'article 17 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ainsi que l'article 545 du *Code civil* ont posé le principe selon lequel nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique légalement constatée et moyennant une juste et préalable indemnité⁵⁸. S'agissant de la procédure applicable, les principaux textes régissant le régime de l'expropriation sont issus des Décrets n° 77-392 et 77-393 du 28 mars 1977, aujourd'hui regroupés au sein du *Code de l'expropriation*⁵⁹.

On observe donc, au-delà des inévitables variations dans la procédure de l'expropriation, que dans toutes les juridictions étudiées, d'une part le principe de l'expropriation doit être prévu par la loi et d'autre part que l'expropriation est en principe assujettie à une compensation. Il convient toutefois de tenir compte des extensions successives du concept d'expropriation, afin de cerner ce qui constitue aujourd'hui l'essence ou le cœur de l'expropriation notionnelle.

B. L'extension de la notion d'expropriation : au cœur de l'expropriation notionnelle

La définition stricte de l'expropriation, décrite comme une aliénation forcée par l'État d'un immeuble pour cause d'utilité publique, coexiste aujourd'hui avec des définitions plus larges de l'expropriation. Par exemple, selon le *Black's Law Dictionary*, l'expropriation peut aller jusqu'à désigner

⁵⁵ *Loi sur l'expropriation*, préc., note 51, art. 35 et suiv.

⁵⁶ L. GIROUX, préc., note 51, 632.

⁵⁷ Jean-Louis BERGEL, Marc BRUSCHI et Sylvie CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens*, Paris, LGDJ, 2000, n° 120, p. 129 à 132.

⁵⁸ *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, préc., note 8, art. 17 : «La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité» ; C.c.fr., art. 545 : «Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité.»

⁵⁹ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., note 57, n° 120, p. 129 à 132.

l'opposé de l'appropriation⁶⁰. Sans doute s'agit-il ici de l'une des définitions les plus larges que l'on puisse donner de l'expropriation. On observe néanmoins l'émergence d'un sens extensif de l'expropriation dans diverses traditions juridiques. Après avoir rendu compte des extensions de l'expropriation notionnelle en évaluant leur légitimité (2), on identifiera ce qui reste au cœur de l'expropriation notionnelle en dépit de ces extensions, à savoir l'élément d'aliénation ou de cession forcée d'un bien (2).

1. Les extensions de l'expropriation notionnelle

Les extensions successives du concept d'expropriation concernent tant le pouvoir d'exproprier (a) que les biens expropriés (b) et le fondement de l'expropriation (c).

a) Extension du pouvoir d'exproprier

Tant en droit civil qu'en common law, on observe une gradation de l'extension du pouvoir d'exproprier, allant de l'Etat, aux organismes étatiques et paraétatiques, pour s'étendre jusqu'aux sociétés voire aux particuliers. C'est ainsi qu'en common law anglaise, le droit de l'expropriation moderne est étroitement lié à l'expansion de l'industrie du rail. En effet, au cours des XVIII^e et XIX^e siècles, avec le développement de l'industrie et du transport, il est devenu courant de conférer à des compagnies ou à des associations, dans leurs lois d'incorporation, le droit de prendre la propriété privée pour leur utilité, moyennant compensation⁶¹. De même en common law canadienne, plusieurs lois fédérales et provinciales confèrent des pouvoirs d'expropriation à différents ministères, agences gouvernementales et quasi gouvernementales, ainsi qu'à des compagnies de transport ferroviaire ou de pipeline et à des entreprises privées d'« utilité publique »⁶². Comme l'a souligné la *Commission de Réforme du droit du Canada*, « un ensemble varié d'expropriateurs aussi bien publics que privés [...] se sont vus attribuer des pouvoirs d'exproprier »⁶³, ce qui s'explique puisque

⁶⁰ *Black's Law Dictionary*, 5^e éd., St. Paul, West Publishing, 1979, p. 522 : « [...] the act of divesting oneself of that which was previously claimed as one's own, or renouncing it. In this sense it is the opposite of "appropriation." »

⁶¹ G.S. CHALLIES, préc., note 2, p. 4.

⁶² E.C.E. TODD, préc., note 11, p. 12 et 13.

⁶³ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *L'expropriation*, Document de travail 9, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1975, p. 5.

l'entreprise privée gère un certain nombre de services publics, incluant le téléphone ou la production énergétique.

Tel est aussi le cas en droit civil québécois et français. En droit civil québécois, le pouvoir d'exproprier est reconnu tant aux personnes morales de droit public (incluant le gouvernement, les municipalités et les commissions scolaires) qu'à certains organismes parapublics (compagnies de téléphone, d'électricité ou de chemin de fer)⁶⁴. En droit civil français également, la doctrine souligne qu'il existe de plus en plus de titulaires du pouvoir d'exproprier, «collectivités publiques territoriales, établissements publics et même particuliers ayant rejoint l'État dans l'exercice de cette prérogative pourtant tout à fait exorbitante»⁶⁵. Depuis longtemps, des textes spéciaux ont attribué à telle ou telle catégorie de personnes privées la qualité d'expropriant. Cela inclut des concessionnaires de la puissance publique, tels que des concessionnaires d'entreprises hydroélectriques ou de travaux publics, mais aussi des personnes privées, par exemple «des entreprises exerçant sur le sol national une activité d'intérêt européen en matière d'électricité»⁶⁶.

La Cour suprême du Canada adopte une conception ambiguë de l'expropriation au regard de l'autorité expropriante en common law canadienne. Dans *The Queen in Right of British Columbia v. Tener et al.*, l'autorité expropriante est définie dans un sens strict: «Il y a expropriation ou appropriation forcée si *Sa Majesté ou un organisme public* acquiert un droit que

⁶⁴ *Loi sur l'expropriation*, préc., note 51, art. 36. Voir: Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2007, n° 1175, p. 490. Les lois générales ou spéciales (*Code municipal du Québec*, RLRQ, c. C-27.1; *Loi des cités et des villes*, RLRQ, c. C-19) doivent être consultées pour savoir quelle autorité a le droit d'exproprier et à quelle fin: L. GIROUX, préc., note 51, 633.

⁶⁵ Christian ATIAS, *Droit civil: les biens*, 11^e éd., Paris, LexisNexis, 2011, n° 602, p. 406. Voir aussi: André HOMONT, *L'expropriation pour cause d'utilité publique*, Paris, Librairies techniques, 1975, p. 14. Pour certains auteurs, cependant, seul l'État est, à strictement parler, titulaire du droit d'exproprier, les collectivités publiques territoriales, établissements publics et particuliers n'étant que les « initiateurs de l'expropriation ». Voir en ce sens: C.-S. MARCHIANI, préc., note 4, n° 636; J.-M. AUBY, Pierre BON et Philippe TERNEYRE, préc., note 4, p. 520: « Seul l'État est titulaire du pouvoir d'exproprier. En revanche, les initiateurs d'une expropriation peuvent être aussi bien une personne publique qu'une personne privée. Il en va de même des bénéficiaires de l'expropriation. »

⁶⁶ J.-M. AUBY, Pierre BON et Philippe TERNEYRE, préc., note 4, n° 621.

possède le propriétaire dans un bien»⁶⁷. Au contraire, dans *Manitoba Fisheries Ltd v. Canada*, la Cour suprême affirme que «“prendre” signifie acquérir ou prendre possession, c’est-à-dire désigne un transfert ou une cession de biens *d’une personne à une autre* [...]»⁶⁸. Si dans certaines affaires, la Cour suprême paraît donc faire de l’acquisition par la Couronne ou par une autre autorité publique un élément essentiel de l’expropriation, elle semble parfois définir l’expropriation de façon générale, quelle que soit l’autorité expropriante. En dépit de cette ambiguïté, il semble que si la Cour suprême admet parfois une conception large de l’autorité expropriante, cela consacre au moins en partie cette extension.

Le développement de l’expropriation à un plus grand nombre d’autorités expropriantes peut selon nous se justifier. En effet, comme l’a souligné la *Commission de Réforme du droit du Canada* sur l’expropriation, les expropriants non gouvernementaux « agissent *dans l’intérêt public*: c’est justement pour cette raison que le Parlement leur a accordé initialement le pouvoir d’exproprier »⁶⁹. Dès lors, il n’y a pas de raison qui justifierait qu’une procédure différente leur soit appliquée, incluant les règles relatives à l’indemnisation⁷⁰.

b) Extension de l’expropriation à de nouveaux biens

Quant aux biens susceptibles d’être expropriés, le champ de l’expropriation suit logiquement celui de l’appropriation et a donc vocation à porter tant sur les biens corporels qu’incorporels⁷¹. De plus, comme l’a

⁶⁷ *The Queen in Right of British Columbia v. Tener*, [1985] 1 R.C.S. 533, (1985) 17 D.L.R. (4th) 1 (SCC) (nos italiques).

⁶⁸ *Manitoba Fisheries Ltd. v. Canada*, préc., note 39. Voir aussi dans un sens large : *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville)*, [2006] 1 R.C.S. 227, 2006 CSC 5, par. 30 : « Pour qu’une appropriation de fait impose une indemnisation en *common law*, deux conditions doivent être remplies : (1) l’acquisition d’un intérêt bénéficiaire dans le bien-fonds ou d’un droit découlant de ce bien ; (2) la suppression de toutes les utilisations raisonnables du bien-fonds : voir *Mariner Real Estate Ltd. c. Nova Scotia (Attorney General)* (1999), 177 D.L.R. (4th) 696 (C.A.N.-É.), p. 716 ; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101 ; et *La Reine du chef de la Colombie-Britannique c. Tener*, [1985] 1 R.C.S. 533. »

⁶⁹ COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 63, p. 16 et 17 (nos italiques).

⁷⁰ Voir en ce sens les commentaires de la Commission de Réforme du droit du Canada (*id.*).

⁷¹ Ugo MATTEI, *Basic Principles of Property Law: A Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport, Greenwood Press, 2000, p. 199.

souligné le professeur Mattei, les principes de l'expropriation sont loin de se limiter aux immeubles mais touchent un nombre de plus en plus important de biens meubles⁷².

La procédure d'expropriation du droit civil français n'est traditionnellement applicable qu'aux immeubles⁷³. Le législateur a en effet mis en place une procédure spécifique d'expropriation pour les immeubles sur la base tant de l'article 17 de la DDHC que de l'article 545 C.c.fr.⁷⁴. C'est ainsi qu'en vertu de l'article L. 11-1 du *Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique* seuls les immeubles et droits réels immobiliers sont susceptibles d'expropriation⁷⁵. La procédure d'expropriation est inapplicable aux meubles en principe et c'est plutôt la procédure de réquisition qui s'applique à la cession forcée des meubles⁷⁶. Certaines lois ont cependant prévu, à titre exceptionnel, la possibilité d'exproprier des biens meubles⁷⁷. Est ainsi permise l'expropriation des inventions, brevetées ou non, intéressant la Défense nationale et qui s'analyse en des meubles incorporels⁷⁸. De même, la loi du 11 août 1936 sur la nationalisation des usines de guerre a permis l'expropriation des meubles ou approvisionnements nécessaires à ces établissements⁷⁹.

Cette distinction entre l'expropriation immobilière ou la réquisition mobilière n'existe pas en droit canadien ou québécois. Au Québec comme au Canada, l'expropriation vise traditionnellement tant les immeubles que les meubles. C'est ainsi qu'en droit civil québécois, l'article 952 C.c.Q ne distingue pas entre une procédure applicable en matière immobilière ou mobilière. Certes, l'expropriation vise généralement l'acquisition forcée

⁷² *Id.*

⁷³ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., note 57, n° 120, p. 129 à 132; François TERRÉ et Philippe SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 8^e éd., Paris, Éditions Dalloz, 2010, n° 502, p. 392: « En principe, seuls les immeubles peuvent être expropriés, les meubles relevant éventuellement de la procédure de réquisition ». Voir aussi: A. HOMONT, préc., note 65, p. 11; J.-M. AUBY, P. BON et P. TERNEYRE, préc., note 4, n° 617.

⁷⁴ William DROSS, *Droit des biens*, Paris, Montchrestien, 2012, n° 39, p. 44.

⁷⁵ *Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique*, article L. 11-1.

⁷⁶ J.-M. AUBY, P. BON et P. TERNEYRE, préc., note 4, n° 617; W. DROSS, préc., note 74, n° 39, p. 44. Voir aussi: F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc. note 35, n° 213, p. 341.

⁷⁷ Antoine BERNARD et Michel HUYGHE, *Expropriation des biens*, Paris, Groupe Moniteur, 2006, p. 24.

⁷⁸ D.-L. 30 oct. 1935, L. 2 janv. 1968 et *Chron. D.S.* 1969, p. 99 par R. Plaisant.

⁷⁹ Cons. d'État 10 mars 1939, *Sté des Ets Edgar Brandt*, *Rec. Lebon*, p. 155.

d'un immeuble⁸⁰. Cependant, non seulement les meubles peuvent-ils être expropriés au titre d'accessoires d'un immeuble exproprié⁸¹, mais un nombre important de lois autorisent l'expropriation de biens meubles variés⁸². De même, en common law canadienne, c'est traditionnellement la procédure d'expropriation qui était utilisée pour les biens meubles plutôt qu'une procédure spéciale⁸³.

En plus d'une extension du champ de l'expropriation des immeubles vers les meubles, il convient de souligner une extension du champ de l'expropriation des biens corporels vers les biens incorporels. Ceci est particulièrement net dans la jurisprudence constitutionnelle française et dans la jurisprudence européenne mais on observe également un mouvement similaire dans la jurisprudence canadienne et québécoise. C'est ainsi qu'en droit civil français, il est généralement admis que l'expropriation peut porter sur des droits réels autres que le droit de propriété, voire sur des droits personnels⁸⁴. Ainsi est-il possible d'exproprier des droits réels immobiliers, tels que l'usufruit, les droits d'usage et d'habitation, les servitudes ou le droit d'emphytéose⁸⁵. De plus, le droit du concessionnaire de mines ou du titulaire d'un permis d'exploitation peut également être exproprié⁸⁶. Surtout, le Conseil constitutionnel a admis que le domaine de la propriété au sens des articles 2 et 17 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* de

⁸⁰ J. FORGUES et J. PRÉMONT, préc., note 42, p. 15.

⁸¹ *Loi sur l'expropriation*, préc., note 51, art. 38: «L'expropriation peut porter sur des biens meubles lorsqu'ils sont des accessoires de l'immeuble à exproprier».

⁸² Voir: J. FORGUES et J. PRÉMONT, préc., note 42, p. 14 et 15: «Encore aujourd'hui, plusieurs lois autorisent l'expropriation de biens meubles. [...] Mentionnons: la *Loi sur les cités et villes* (L.R.Q., c. C-19, art. 468.32 (2°)); la *Loi sur la Commission de la capitale nationale* (L.R.Q., c. C-33.1, art. 16(1°)); la *Loi sur les évêques catholiques romains* (L.R.Q., c. E-17, art. 10n)). Enfin, quelques lois élargissent les motifs justifiant d'exproprier en utilisant l'expression «tout bien de toute nature». Elles autorisent ainsi l'expropriation tant des immeubles que des meubles, appartenant à un individu ou à une entreprise selon le cas. À titre d'exemples, mentionnons: la *Loi sur la Société immobilière du Québec* (L.R.Q., c. S-17.1, art. 23); la *Loi sur la Société nationale de l'amiante* (L.R.Q., c. S-18.2, art. 20)».

⁸³ Voir notamment: COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 63, p. 109.

⁸⁴ Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil. Les biens*, 2^e éd., 1980, Paris, Éditions Sirey, n° 385.

⁸⁵ C. rur., art. L. 451-1.

⁸⁶ *Code minier*, art. 36 et 55. Voir: F. TERRE et P. SIMLER, préc., note 73, n° 502, p. 392.

1789⁸⁷ inclut désormais la propriété intellectuelle, mais aussi les actions, les marques et les titres de créances⁸⁸. De même, la jurisprudence de la *Cour européenne des droits de l'homme* a élaboré une conception de la notion de *bien*, au sens de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la *Convention Européenne des Droits de l'Homme*, qui ne se limite pas à la propriété des biens corporels, mais inclut les clientèles, les droits sociaux, les propriétés intellectuelles ou les créances⁸⁹.

Dans le même sens, les droits canadien et québécois ont aussi admis l'expropriation de biens incorporels. C'est ainsi qu'au Canada, la Cour suprême a analysé l'achalandage (*'goodwill'*) comme un bien incorporel dans le contexte de l'expropriation⁹⁰. Dans l'affaire *Manitoba Fisheries Ltd. v. Canada*, la compagnie appelante avait l'habitude d'acheter du poisson aux pêcheurs des lacs du Manitoba, pour le traiter et le vendre à des clients d'autres provinces canadiennes et des États-Unis. Une loi fédérale fut adoptée, qui conférait à l'Office de commercialisation d'eau douce, mandataire de la Couronne, le droit exclusif d'exporter du poisson d'eau douce hors du Manitoba, ce qui obligeait la compagnie à cesser ses activités. La Cour suprême conclut que la loi avait eu pour résultat de priver la compagnie Manitoba Fisheries Ltd., qui s'était constitué sa propre clientèle dans un secteur devenu très compétitif, de l'achalandage attaché à son entreprise. Rien dans la loi n'autorisant le gouvernement à prendre possession d'un tel bien sans indemnité – et l'achalandage constituant un bien (incorporel)

⁸⁷ *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, art. 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression » ; *id.*, art. 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

⁸⁸ Voir sur ce point : F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc. note 35, n° 9, p. 39 ; Yaëll EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, t. 469, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, LGDJ, 2007, n° 194 et suiv.

⁸⁹ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc. note 35, n° 9, p. 38 et 39. Voir aussi : Anne-Françoise DEBRUCHE, « La protection de la propriété par la *Charte des droits et libertés de la personne* : diable dans la bouteille ou simple peau de chagrin ? », dans Alain-Robert NADEAU (dir.), *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives — Revue du Barreau/Numéro thématique hors série*, 2006, p. 175.

⁹⁰ *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, préc., note 39, 108 : « [...] l'achalandage, même s'il est par sa nature un bien incorporel, fait autant partie des biens de l'entreprise que les locaux, les installations et le matériel utilisés pour fabriquer le produit dont la qualité engendre l'achalandage ».

pour la perte duquel la compagnie demanderesse n'avait jamais été indemnisée –, la Cour conclut qu'une expropriation a eu lieu et que la compagnie avait en conséquence droit à une indemnité⁹¹. Au Québec aussi, le Tribunal de l'expropriation a déjà eu à fixer des indemnités dans des cas de biens expropriés incorporels⁹².

En dépit du principe de l'interprétation restrictive des lois sur l'expropriation en droit canadien⁹³, cette extension aux biens meubles et aux biens incorporels se justifie sur le plan des principes, puisqu'il est logique que le domaine de l'expropriation suive le domaine de l'appropriation et de la propriété⁹⁴.

c) Extension des justifications de l'expropriation

La doctrine française a déjà souligné que « l'utilité publique a, en tant que fondement de l'expropriation, fait l'objet d'une évolution qui a pu aller jusqu'à une véritable transformation »⁹⁵. Comme le note André Homont, cet élargissement se traduit jusque dans la terminologie: ce que les révolutionnaires appelaient « nécessité publique » et qui constituait à l'origine le fondement de l'expropriation, ne va pas tarder à devenir l'« utilité publique »⁹⁶. C'est ainsi que l'article 17 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 prévoyait qu'une expropriation ne pouvait être prononcée que si la « nécessité publique » l'exigeait évidemment, alors que le *Code civil* de 1804 et toute la législation postérieure utilisent la notion d'utilité publique, apparemment plus large⁹⁷.

⁹¹ *Id.*, p. 118.

⁹² Voir sur ce point: J. FORGUES et J. PRÉMONT, préc., note 42, p. 14, à propos de biens tels que du capital-actions ou des permis d'exploitation de réseaux d'autobus.

⁹³ *Leiria c. Val-Bélair (Ville de)*, préc., note 51, 357: « Parce que la propriété constitue une garantie juridique fondamentale et que l'expropriation constitue un pouvoir tellement exorbitant, le droit canadien a constamment favorisé une interprétation restrictive des lois autorisant l'expropriation ». Pour une application de ce principe à une loi provinciale (*l'Expropriation Act*, R.S.O. 1980, c. 148), voir: *Régie des Transports en commun de la région de Toronto c. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 R.C.S. 32, par. 20.

⁹⁴ Sur l'extension possible de l'objet de la propriété aux biens incorporels en droit civil voir notamment: Yaëll EMERICH, « Faut-il condamner la propriété des biens incorporels? Réflexions autour de la propriété des créances », (2005) 46 *C. de D.* 905.

⁹⁵ A. HOMONT, préc., note 65, p. 18.

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ J.-M. AUBY, P. BON et P. TERNEYRE, préc., note 4, p. 517. Voir aussi: W. DROSS, préc., note 74, n° 39, p. 44 (note en bas de page 74).

À l'origine, la notion d'utilité publique était entendue dans un sens strict et recouvrait uniquement la constitution du domaine public ainsi que la construction d'ouvrages publics⁹⁸. On assiste toutefois à une extension de la notion classique d'utilité publique vers la fin du 19^e-début du 20^e siècle. Comme le souligne Jean-Marie Auby, à cette époque, l'idée de service public prend de l'ampleur, ce qui suppose « un premier élargissement de la notion d'utilité publique puisqu'une expropriation est légale dès lors qu'elle est décidée pour les besoins du fonctionnement des services publics »⁹⁹. Puis, dans un second mouvement, la notion de service public est remplacée par la notion d'intérêt général¹⁰⁰. On admet alors qu'une expropriation est légale dès lors qu'elle est justifiée par un intérêt général quelconque. Cet élargissement sera encore amplifié par une conception de plus en plus étendue de la notion d'intérêt général¹⁰¹. De fait, une multitude de lois vont permettre le recours à l'expropriation dans des domaines variés, sanctionnant une conception élargie de l'utilité publique¹⁰².

Cette extension de la notion d'utilité publique s'explique en partie par la diversification des prérogatives de l'État et par la volonté de faciliter ses fonctions¹⁰³. Pour opérer une telle modification, la jurisprudence a sanctionné certaines théories favorables à une interprétation extensive de la notion d'utilité publique¹⁰⁴. Par exemple, selon la théorie jurisprudentielle du motif déterminant, est légale une expropriation ayant pour résultat de satisfaire un intérêt privé ou un intérêt financier, dès lors que cet intérêt ne constitue pas le motif déterminant de l'opération¹⁰⁵. Ainsi a-t-on pu estimer

⁹⁸ J.-M. AUBY, P. BON et P. TERNEYRE, préc., note 4, p. 517 : « Aux alentours de 1850, les solutions sont claires : il n'y a nécessité publique ou utilité publique et dès lors possibilité d'exproprier que lorsque la cession forcée a pour but soit la constitution du domaine public soit la construction d'ouvrages publics. Les notions de nécessité publique ou d'utilité publique sont donc entendues à l'époque dans un sens nettement restrictif ». Voir aussi : C.-S. MARCHIANI, préc., note 4, n° 171.

⁹⁹ J.-M. AUBY, P. BON et P. TERNEYRE, préc., note 4, p. 517.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., note 57, n° 120, p. 129 et 130.

¹⁰³ A. HOMONT, préc., note 65, p. 19 et 20.

¹⁰⁴ *Id.*, p. 19.

¹⁰⁵ *Id.*, p. 20 et 21 :

« Elle [la théorie jurisprudentielle du motif déterminant] signifie que, en cas de pluralité de motifs, il convient d'apprécier le caractère d'utilité publique de l'opération en fonction de son motif déterminant et non pas des autres. Ce qui permet

qu'« il y a aujourd'hui des cas où la loi restreint la propriété au profit d'autres intérêts particuliers, qui se fondent eux-mêmes sur un nouvel intérêt général, ce qui aboutit souvent à une sorte de démembrement feutré de la propriété »¹⁰⁶.

La notion d'utilité publique a également connu un élargissement au Québec¹⁰⁷. La Cour suprême du Canada a ainsi décidé dans l'affaire *Leiriao c. Val-Bélair* que la « constitution d'une réserve foncière » est un motif suffisant d'utilité publique¹⁰⁸. De même, il a été jugé qu'un projet municipal visant à protéger et à mettre en valeur un pont couvert, monument historique, constitue un motif d'utilité publique même si ni la santé ni le bien-être des citoyens ni les services publics ne sont concernés¹⁰⁹. Dans un tel cas, le motif d'utilité publique tend à se confondre avec celui d'intérêt public¹¹⁰. La jurisprudence a aussi déjà reconnu que la construction d'un centre commercial peut être d'utilité publique, puisque ses effets rejailissent positivement sur la ville et ses citoyens¹¹¹. En outre, s'inspirant sans doute de la théorie jurisprudentielle française du motif déterminant, la

à la jurisprudence de considérer comme légales des expropriations qui ont néanmoins pour résultat, par exemple, de satisfaire un intérêt privé ou un intérêt financier, dès lors que ces intérêts ne constituent pas le motif déterminant de l'opération. Ce qui entraîne que le détournement de pouvoir ne soit admis qu'à titre subsidiaire par le juge saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre une déclaration d'utilité publique ».

¹⁰⁶ P. MALAURIE et L. AYNÈS, préc., note 20, n° 410.2.

¹⁰⁷ Voir: J. FORGUES et J. PRÉMONT, préc., note 42, p. 13.

¹⁰⁸ *Leiriao c. Val-Bélair (Ville de)*, préc., note 51.

¹⁰⁹ *Desrochers c. Warwick (Ville de)*, J.E. 2001-1606 (appel rejeté sur requête, C.A. Québec, n° 200-09-003739-015, 2001-12-10, j. Pierre A. Michaud), par. 22 (C.S.).

¹¹⁰ *Id.*, par. 22 à 28 (j. Jules Allard):

« Ni la santé ni la sécurité ni le bien-être des citoyens ni les services publics ne sont concernés. C'est probablement pour cette raison que dans l'avis d'expropriation on utilise l'expression « nécessaire pour cause d'intérêt public. Depuis une quinzaine d'années, le droit municipal a connu une évolution importante. Ses délégations de pouvoir sont de plus en plus à caractère social. C'est pourquoi le pouvoir municipal de réglementer est élargi par des textes nouveaux et par l'interprétation d'anciens textes. [...] Le pouvoir réglementaire exercé de bonne foi [...] serait une base légale suffisante [...]. Le motif d'utilité publique se confond alors avec celui d'intérêt public ».

¹¹¹ *Amqui (Ville d') c. Lévesque*, 2009 QCCS 1262, citant *L'Oiseau c. Sainte-Agathe-Sude (Corporation municipale de)*, [1989] R.D.I. 491 (C.S.); *Arthur Trottier & Fils c. Corporation municipale de la Ville de Dolbeau*, [1987] n° AZ-87021328 (C.S.), par. 79: « La jurisprudence a également reconnu que la construction d'un centre commercial peut

jurisprudence québécoise a précisé que le fait que certains particuliers puissent profiter d'une expropriation n'est pas nécessairement incompatible avec l'intérêt public. Ainsi, un projet lancé par une entreprise privée peut satisfaire à l'exigence de l'utilité publique dans la mesure où il est utile et d'intérêt public¹¹². On signalera finalement qu'une expropriation ayant pour objectif la revente de la propriété expropriée à une compagnie privée est qualifiée d'expropriation pour cause d'utilité publique, lorsque l'intérêt public de l'opération peut être démontré¹¹³.

On peut s'interroger sur la légitimité de cette dernière extension du concept d'expropriation suite à l'évolution de la notion d'utilité publique, susceptible de conférer un pouvoir excessif à l'autorité publique. En effet, plus le concept d'utilité publique est lâche, moins la propriété privée est protégée. De plus, il semble que l'utilité ne devrait pas être réduite à un simple intérêt. Il faut finalement se demander ce qu'il reste, suite à ces différentes extensions, du concept d'expropriation notionnelle.

2. L'expropriation comme aliénation forcée: le cœur de l'expropriation notionnelle?

Comme la notion d'expropriation s'est étendue à l'égard de l'autorité expropriante, des biens expropriés et de son fondement, il semble que c'est désormais l'élément d'aliénation ou de cession forcée qui constitue le cœur de la conception notionnelle de l'expropriation. En effet, si l'expropriation peut être vue comme un mode d'acquisition de la propriété du point de vue de l'expropriant¹¹⁴, elle est aussi et surtout, du point de vue de l'exproprié, une atteinte au droit de propriété. Plus précisément, elle porte atteinte à la libre disposition des biens, en ce qu'elle s'analyse en une aliénation ou une cession forcée.

être "d'utilité publique" puisque ses effets rejaillissent positivement sur la Ville et ses citoyens».

¹¹² *Apôtres de l'amour infini c. Brébeuf (Municipalité de)*, 2008 QCCA 554, par. 90 (J. Paul-Arthur Gendreau, André Brossard et Jacques Dufresne): «Enfin, et comme le plaide l'intimée, le fait qu'un projet soit initié par une entreprise privée est sans pertinence, dans la mesure où il est à la fois utile pour la municipalité et qu'il est dans l'intérêt public qu'il soit réalisé, surtout lorsque ceci s'effectue dans le cadre de la mise en application d'un programme particulier d'urbanisme». Voir aussi le commentaire à ce sujet dans J. FORGUES et J. PRÉMONT, préc., note 42, p. 45.

¹¹³ *Re Buttery Construction Ltd. c. Windsor (City)*, (1979) 17 L.C.R. 33 (Ont. H.C.J.).

¹¹⁴ G. MARTY et P. RAYNAUD, préc., note 84, n° 39.

Le contexte de l'expropriation souligne le rôle fondamental de la volonté dans la propriété¹¹⁵, ce qui explique l'importance du droit de disposer de ses biens¹¹⁶. En droit civil, les professeurs Zenati et Revet notent que le pouvoir de disposer est « l'expression de la volonté souveraine du propriétaire »¹¹⁷. Or, « il n'y a pas de véritable pouvoir de disposition sans liberté de disposer. C'est la raison pour laquelle la loi et le droit supra-législatif garantissent la libre disposition des biens, sans laquelle il ne peut exister de garantie de la propriété »¹¹⁸. Le pouvoir de disposer librement d'un bien est donc l'expression de la volonté souveraine du propriétaire, qui mérite une protection supra-législative comme garantie de la propriété privée.

Dans ses travaux sur la propriété en common law, Larissa Katz a également mis en exergue l'importance de la volonté dans la propriété en common law. Pour cet auteur la propriété, comme la souveraineté, est une position exclusive, qui ne dépend pas du droit d'exclure les tiers de l'objet de son droit¹¹⁹. Plutôt, la propriété exclusive désignerait le fait que le propriétaire a la liberté de « fixer un agenda » pour un bien¹²⁰. Dans ces conditions, il est aisément compréhensible que les atteintes à la libre disposition des biens soient vues avec défaveur par le droit, tant en droit civil qu'en common law¹²¹.

Si le cœur de l'expropriation peut être situé dans l'atteinte au pouvoir de disposition des biens, encore convient-il de déterminer s'il s'agit de toute atteinte à la libre disposition des biens. Plus spécifiquement, l'expro-

¹¹⁵ Voir sur ce point : F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 35, n° 192, p. 313-315.

¹¹⁶ Voir notamment sur le principe de la libre disposition des biens et sur son importance : J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., note 57, n° 83, p. 86 et 87 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, préc., note 20, n° 433, p. 122 ; Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les biens – Les obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, n° 730, p. 1641 et 1642.

¹¹⁷ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 35, n° 212, p. 338-340. Voir aussi en ce sens : J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI et S. CIMAMONTI, préc., note 57, n° 83, p. 86 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, préc., note 73, n° 120, p. 126 et 127.

¹¹⁸ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 35, n° 212, p. 338 à 340.

¹¹⁹ Larissa KATZ, « Exclusion and exclusivity in property law », (2008) 58 U.T.L.J. 275, 296 : « Ownership, like sovereignty, is an exclusive position that does not necessarily entail the exclusion of others from the object of the right. »

¹²⁰ *Id.*, 289 et suiv. Concernant l'analogie de la propriété à la souveraineté, voir, par exemple : Morris R. COHEN, « Property and Sovereignty », (1927) 13 *Cornell L.Q.* 8 ; Gregory ALEXANDRE, *Comodity and Propriety: Competing Visions of Property in American Legal Thought 1776-1970*, Chicago, University of Chicago Press, 1997, p. 335-340.

¹²¹ *Id.*, p. 296.

priation doit-elle définie comme *toute* atteinte à la propriété consistant à imposer une opération juridique sur ses biens? Ou bien faut-il, pour conclure à l'expropriation, qu'il y ait extinction *totale* du droit de propriété et « constitution simultanée d'un nouveau droit de propriété en la personne d'un tiers »¹²²? Selon une première conception, l'expropriation (publique ou privée) pourrait être définie comme toute opération juridique forcée, ayant pour objet les biens du propriétaire. Dans une telle conception, serait qualifiée d'expropriation la constitution forcée de droits réels sur un bien. Une telle position est toutefois difficilement admissible lorsqu'on constate qu'en droit français, il est impossible de créer une servitude de droit privé par voie d'expropriation¹²³. De même, en droit québécois, l'imposition d'une servitude réelle sur le bien d'un particulier n'est pas qualifiée d'expropriation par la loi québécoise sur l'expropriation¹²⁴. Cette loi prévoit en effet un fondement autonome à l'indemnité versée au propriétaire qui se voit imposer sur son bien une opération juridique qu'il n'a pas voulue, en violation de son droit à la libre disposition de ses biens¹²⁵.

De façon plus restrictive, l'expropriation peut être définie comme une aliénation forcée. Cette seconde conception a vocation à s'appliquer tant en droit civil qu'en common law. En effet, alors que Mattei qualifie l'expropriation en common law de vente forcée de propriété/« *forced sale of ownership* »¹²⁶, Cornu la décrit comme une « cession forcée »¹²⁷. Dans les deux cas, cette cession ou vente forcée prive le propriétaire de son bien contre sa volonté, puisqu'il perd alors l'ensemble de ses droits sur le bien¹²⁸.

¹²² Voir sur ce point: F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 35, n° 211 et 212, p. 337-340.

¹²³ F. TERRE et P. SIMLER, préc., note 73, n° 502, p. 392: « Des servitudes ne peuvent être établies par voie d'autorité que dans la mesure où la loi établit des servitudes administratives ».

¹²⁴ Il faut toutefois distinguer la *constitution forcée d'un droit réel* à l'égard d'un bien – laquelle ne constitue pas une expropriation, puisqu'elle n'éteint pas totalement le pouvoir du propriétaire à l'égard du bien – du *transfert forcé d'un droit réel d'une personne à une autre*, qui peut s'analyser en une expropriation, puisqu'elle éteint totalement le pouvoir du précédent propriétaire à l'égard de son bien.

¹²⁵ Voir: P.-C. LAFOND, préc., note 64, n° 1179, p. 492.

¹²⁶ U. MATTEI, préc., note 71, p. 202. Voir aussi: Keith DAVIES, *Law of Compulsory Purchase and Compensation*, 2^e éd., London, Butterworths, 1975, p. 2.

¹²⁷ Gérard CORNU, *Droit civil. Introduction – Les personnes, les biens*, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2005, n° 1354, p. 561. Voir: J.-M. AUBY, P. BON et P. TERNEYRE, préc., note 4, n° 614.

¹²⁸ Voir: F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 35, n° 213, p. 340.

Il semble que cette seconde conception soit aussi la plus juste. En effet, la première conception de l'expropriation, recouvrant toute opération juridique forcée, constitue une atteinte à la libre disposition des biens. Cependant, le propriétaire n'étant pas complètement dépossédé, cette opération juridique forcée ne devrait pas être qualifiée d'expropriation. C'est d'ailleurs la seconde conception qui s'accorde le mieux avec la jurisprudence canadienne de common law, selon laquelle il n'y a pas d'expropriation, à moins que le propriétaire ne soit privé de *tous les usages raisonnables* de son bien/« *all reasonable uses of his property* »¹²⁹. Ainsi, la perte d'une prérogative du droit de propriété, même si cette prérogative est « acquise » par la Couronne, ne constitue pas une expropriation. Il n'y a expropriation que s'il y a extinction forcée du droit de propriété et création d'un nouveau droit de propriété au profit d'un tiers¹³⁰.

Les contours du concept d'expropriation dans un sens notionnel ont donc été largement modifiés, à un point tel que ce qui reste essentiellement de l'expropriation dans un sens notionnel – ou autrement dit, ce qui en constitue le cœur – peut être identifié dans la cession forcée d'un bien. Cela explique sans doute qu'une conception plus large de l'expropriation tend de plus en plus à s'imposer, sous la forme d'une conception fonctionnelle de l'expropriation, dans laquelle ce qui importe est moins l'essence de l'opération que ses effets juridiques.

II. La conception fonctionnelle de l'expropriation

Après avoir mis en lumière la présence d'une conception fonctionnelle de l'expropriation (A), on s'interrogera sur la possibilité de reconnaître une expropriation privée (B).

A. La présence d'une conception fonctionnelle de l'expropriation

Il existe une conception fonctionnelle de l'expropriation, encore parfois appelée expropriation de fait ou *de facto*, qui se fonde sur les effets concrets de l'opération plutôt que sur sa nature juridique. D'une façon

¹²⁹ *Canadian Pacific Railway v. Vancouver (City)*, préc., note 68, par. 30.

¹³⁰ En ce sens : F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 35, n° 210, p. 336.

similaire à la common law américaine¹³¹, la Cour suprême du Canada adopte une conception fonctionnelle de l'expropriation¹³². Selon cette approche, il n'est pas nécessaire, pour conclure à une expropriation, qu'il y ait transfert forcé d'un bien. Il suffit que le propriétaire soit privé en fait de toutes les utilisations raisonnables de son bien, et qu'un tiers acquière un intérêt bénéficiaire relatif à ce bien. En effet, selon le critère retenu par la Cour suprême du Canada, il convient de se poser deux questions pour savoir si une expropriation de fait a eu lieu : d'une part, y a-t-il suppression de toutes les utilisations raisonnables du bien ? et d'autre part, y a-t-il acquisition par un tiers d'un intérêt bénéficiaire relatif au bien¹³³ ?

C'est ainsi que dans l'affaire *Canadian Pacific Railway v. Vancouver (City)*, un règlement de la ville de Vancouver empêchait le Canadien Pacifique (CP) d'exploiter le potentiel de réaménagement d'une bande de terre que la Colombie-Britannique avait cédée au CP depuis plus d'un siècle, pour la construction d'une ligne de chemin de fer. Cependant, la Cour suprême conclut que la Ville n'était pas tenue d'indemniser CP, au motif que les conditions nécessaires pour qu'une expropriation de fait impose une indemnisation en common law n'avaient pas été remplies. D'abord, la Ville n'a pas acquis un intérêt bénéficiaire relatif au bien-fonds, car elle n'a gagné rien de plus qu'une certaine assurance que le terrain serait utilisé ou aménagé selon sa vision. Ensuite, le règlement ne supprimait pas toutes les utilisations raisonnables du bien-fonds, puisque CP pouvait encore utiliser son terrain pour exploiter un chemin de fer ou pour le louer conformément au règlement. Les conditions de l'expropriation n'ont donc pas été remplies en l'espèce.

L'expression « expropriation de fait » met en lumière le fait qu'en common law canadienne, la question de savoir si une mesure gouvernementale constitue une expropriation doit s'apprécier conformément à une approche fonctionnelle, afin de déterminer les effets concrets de la mesure gouvernementale, plutôt qu'à une approche notionnelle qui serait fondée sur la nature juridique de l'opération. Comme l'explique la Cour suprême

¹³¹ Laura S. UNDERKUFFLER-FREUND, « Takings and the Nature of Property », (1996) 9 *Can. JL & Jur.* 161.

¹³² *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville)*, préc., note 68, par. 30.

¹³³ *Id.*, par. 30. Voir aussi : *Mariner Real Estate Ltd. c. Nova Scotia (Attorney General)*, (1999) 177 D.L.R. (4th) 696, p. 716 (C.A. N.-É.) ; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, préc., note 39 ; *La Reine du chef de la Colombie-Britannique c. Tener*, préc., note 67.

dans *Canadian Pacific Railway v. Vancouver (City)*, il n'est pas nécessaire, pour conclure à une expropriation de fait, qu'il y ait effectivement un « transfert forcé du bien-fonds » (par. 32). Il faut plutôt s'attarder sur les effets juridiques concrets de l'opération, tant sur le propriétaire du bien-fonds que sur l'autorité gouvernementale. Il suffit ainsi, pour conclure à une expropriation de fait, que l'autorité gouvernementale acquière un intérêt bénéficiaire relatif au bien-fonds et que le propriétaire soit privé de toutes les utilisations raisonnables du bien-fonds. Pour satisfaire au premier volet du critère, « il n'est pas nécessaire d'établir le transfert forcé du bien-fonds. L'acquisition d'un intérêt bénéficiaire relatif au bien-fonds suffit » (par. 32). Quant au second volet du critère relatif à la suppression de toutes les utilisations raisonnables du bien-fonds, il doit s'apprécier « compte tenu de la nature du terrain et des diverses utilisations raisonnables dont il a effectivement fait l'objet »¹³⁴.

De même, la Cour européenne des droits de l'homme n'hésite pas non plus à utiliser la notion d'expropriation de fait. C'est ainsi que dans l'affaire *Rolim Comercial, S.A. c. Portugal* la CEDH rappelle que

« pour déterminer s'il y a eu privation de biens au sens de la deuxième "norme" de la Convention européenne¹³⁵, il faut non seulement examiner s'il y a eu dépossession ou expropriation formelle, mais encore regarder au-delà des

¹³⁴ *Canadian Pacific Railway v. Vancouver (City)*, préc., note 68, par. 34, citant *Mariner Real Estate Ltd. c. Nova Scotia (Attorney General)*, préc., note 133.

¹³⁵ Selon la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, l'article 1 du Protocole n° 1, qui garantit le droit au respect des biens, contient trois normes distinctes : la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété ; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions ; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux États le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. Voir, par exemple, à ce sujet : *J.A. Pye (Oxford) Ltd. et J.A. Pye (Oxford) Land Ltd. c. Royaume-Uni* [GC], préc., note 49, par. 52. Voir également le texte de l'article 1 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

apparences, pour analyser la réalité de la situation litigieuse. La Convention visant à protéger des droits "concrets et effectifs", il importe de rechercher si ladite situation équivaut à une expropriation de fait »¹³⁶.

On constate aussi que l'approche fonctionnelle de l'expropriation est également présente, au moins de façon indirecte, en droit civil français¹³⁷ et québécois, certains auteurs n'hésitant pas à parler d'expropriation pour cause d'utilité privée. Or, les auteurs qui évoquent l'idée d'une expropriation pour cause d'utilité privée utilisent, plus ou moins consciemment, une conception fonctionnelle de l'expropriation.

B. Vers une expropriation pour cause d'utilité privée ?

La doctrine civiliste et de common law n'hésite plus à parler aujourd'hui d'expropriation pour cause d'utilité privée. Après avoir rendu compte de cette reconnaissance doctrinale d'une expropriation pour cause d'utilité privée (1) on en proposera une typologie (2).

1. La reconnaissance doctrinale d'une expropriation pour cause d'utilité privée

En France et au Québec, plusieurs auteurs évoquent explicitement la présence d'une « expropriation privée ». C'est ainsi qu'en droit civil français, Carbonnier note qu'il existe, à côté de l'expropriation immobilière faite par la puissance publique et réglementée par l'article 545 C.c.f., des hypothèses dans lesquelles le Code civil reconnaît de « véritables expropriations immobilières pour cause de nécessité privée, d'ailleurs moyennant

¹³⁶ Voir, par exemple, *Rolim Comercial, S.A. c. Portugal*, Requête n° 16153/09, CEDH, 16 avril 2013, par. 52.

¹³⁷ Sur l'expropriation de fait en droit français, voir : Philippe GODFRIN et Michel DEGOFFE, *Droit administratif des biens*, 9^e éd., Paris, Éditions Dalloz, 2009, n° 476 :

« L'*expropriation indirecte* ou *expropriation de fait* - La Cour de cassation a profondément renouvelé la théorie classique de l'expropriation indirecte à l'occasion de la décision du 6 janvier 1994 : *Consorts Baudon de Mony c/Électricité de France*. Désormais, l'édification d'un ouvrage public sans titre régulier de propriété sur le terrain d'assiette n'entraînera plus le transfert de propriété sans intervention du juge de l'expropriation. Dorénavant, en l'absence d'accord amiable entre les parties, *c'est une procédure régulière d'expropriation qui devra être engagée*, la réalisation prématurée des travaux ne constituant pas une cause de nullité. En outre, le propriétaire évincé pourra même éventuellement récupérer son bien puisque le juge ne s'interdit plus d'ordonner la démolition d'un ouvrage public irrégulièrement édifié ».

indemnité »¹³⁸. Tel est le cas, selon Carbonnier, des exemples de l'acquisition de la mitoyenneté d'un mur (art. 661 C.c.fr.) ou de la servitude de passage en cas d'enclave (art. 682 C.c.fr.).

De même, en droit civil québécois, plusieurs auteurs retiennent une conception large de l'expropriation qui inclut une expropriation dite privée¹³⁹. Ainsi, selon M^e Lamontagne, le *Code civil du Québec* prévoit de multiples formes d'expropriation privée, notamment en matière d'accession (art. 954 et s. C.c.Q.), d'accès au fonds d'autrui (art. 988 C.c.Q.), d'enclave (art. 997 C.c.Q.), de mitoyenneté (art. 1004, 1008 C.c.Q.), de propriété superficière (art. 1116, 1118 C.c.Q.), ou encore de servitude (art. 1189 C.c.Q.)¹⁴⁰. Sans aller jusqu'à admettre tous ces exemples comme des types d'expropriation privée, on peut néanmoins se demander si un certain nombre d'entre eux peuvent être qualifiés d'expropriation ou, à tout le moins, être assimilés à des expropriations.

Du côté de la common law, certains auteurs ont aussi mentionné l'idée selon laquelle une expropriation n'implique pas nécessairement l'acquisition d'un bien par l'État dans l'intérêt public, mais qu'elle peut également survenir lorsque la loi impose à un particulier une obligation spécifique de céder son bien à un autre particulier¹⁴¹.

2. Typologie des expropriations pour cause d'utilité privée

Les hypothèses d'expropriation pour cause d'utilité privée qui ont déjà été identifiées en doctrine sont au nombre de sept. Ainsi dénombre-t-on comme hypothèses potentielles de ce type d'expropriation : l'accession, l'accès au fonds d'autrui en cas d'empiètement sur l'immeuble d'autrui, l'accès au fonds d'autrui en cas de tour d'échelle ou de déplacement fortuit de biens ou d'animaux, la servitude de passage en cas d'enclave, l'ac-

¹³⁸ J. CARBONNIER, préc., note 116, n° 791, p. 1730 à 1732. Voir aussi en droit français : F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 35, n° 213, p. 340.

¹³⁹ En droit civil québécois, voir notamment : Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, n° 208, p. 159 et 160 ; P.-C. LAFOND, préc., note 64, n° 841, p. 333 (au sujet de l'acquisition de la mitoyenneté d'un mur) : « Il s'agit d'un droit absolu et imprescriptible, assimilable à une expropriation privée. » Ne fait pas en revanche mention d'une expropriation privée : Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, coll. « Manuel de l'étudiant », Montréal, Wilson & Lafleur, 2000. D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 139, n° 208, p. 159 et 160.

¹⁴¹ Voir : Robert MEGARRY, *The law of real property*, 8^d éd., London, Sweet & Maxwell, 2012, n° 1-027, p. 17 et 18 ; C.M. ROSE, préc., note 19, 7 et 8.

quisition de la mitoyenneté d'un mur, le droit de rachat d'une servitude de passage, ainsi que la prescription acquisitive.

Aucune des hypothèses d'expropriation pour cause d'utilité privée identifiées en doctrine ne peut être qualifiée d'expropriation dans un sens notionnel, car elles ne constituent pas juridiquement une aliénation forcée. Par contre, certaines de ces hypothèses peuvent être qualifiées d'expropriation, lorsqu'on adopte une conception fonctionnelle de l'expropriation, fondée sur les effets juridiques de l'opération. Les autres cas potentiels d'expropriation pour cause d'utilité privée devraient plus justement être qualifiés de simples atteintes à la libre disposition ou à la jouissance du bien.

Il existe selon nous trois hypothèses d'expropriation dite privée susceptibles d'être qualifiées d'expropriation dans un sens fonctionnel, à savoir : l'accession, l'accès au fonds d'autrui en cas d'empiétement mineur réalisé de bonne foi, ainsi que la prescription acquisitive. Nous ne traiterons pas ici en détail de la prescription acquisitive qui fera l'objet d'une publication autonome. Disons simplement que la prescription acquisitive peut s'analyser en une expropriation privée car d'une part le propriétaire originaire ne peut recouvrer la possession du bien ce qui fait qu'il en est privé (autrement dit, il est privé dans les faits de tous les usages raisonnables de son bien) et que d'autre part un tiers acquiert un droit de propriété sur le même bien.

S'agissant de l'accession, on peut se questionner pour savoir si l'accession immobilière artificielle¹⁴², ainsi que l'accession mobilière¹⁴³, constituent des exemples d'expropriations privées¹⁴⁴. Ces types d'accessions ne constituent pas des expropriations au sens notionnel : l'accession étant un

¹⁴² Voir, en droit québécois : C.c.Q., art. 955 et suiv. Voir, au sujet de ces articles : David LAMETTI et Audrey BOCTOR, « Rewarding Ownership, Valuing Possessors : Making Sense of Articles 957-962 of the C.C.Q. », dans Sylvio NORMAND (dir.), *Mélanges François Frenette*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006, p. 151. L'accession immobilière naturelle ne nous intéresse pas ici, puisqu'elle survient en dehors de toute volonté.

¹⁴³ Voir, en droit québécois : C.c.Q., art. 971 et suiv.

¹⁴⁴ Quant à l'accession immobilière naturelle (C.c.Q., art. 965 et suiv.), elle intéresse peu la notion d'expropriation, puisqu'elle survient indépendamment de toute volonté (C.c.Q., art. 954). Voir aussi : F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 35, n° 141, p. 216.

mode originaire d'acquisition de la propriété¹⁴⁵, elle ne peut être qualifiée d'aliénation forcée¹⁴⁶. Toutefois, l'accession constitue très certainement une expropriation de fait, puisqu'elle a pour effet concret de priver un propriétaire de son bien au profit d'un autre particulier, qui conserve ou acquiert la propriété de l'ensemble. Dans sa thèse sur l'accession, le professeur William Dross souligne ainsi que :

« Le rapprochement de deux biens, dont l'un fait figure d'accessoire de l'autre, ouvre sur l'éviction du propriétaire de l'accessoire au profit du propriétaire du principal. Cette éviction le prive de manière définitive de son droit de propriété et *s'apparente ainsi à une véritable expropriation, sinon du point de vue de la technique juridique, du moins dans la rigueur de ses effets* »¹⁴⁷.

Certes, ce type d'expropriation survient dans les rapports privés et pour cause d'utilité privée, ce qui n'est pas la norme. Pourtant, on peut y voir une expropriation « imposée par la réalité qu'impose la disparition d'un bien »¹⁴⁸ ou, autrement dit, une forme d'expropriation pour cause de « nécessité privée »¹⁴⁹. En un sens, c'est le jeu des règles du droit des biens qui prive ici, de façon indirecte, un propriétaire de son bien. Ainsi, l'accession tout comme la prescription acquisitive est susceptible d'être qualifiée d'expropriation privée.

Pour ce qui est de l'empiètement, il convient de distinguer deux cas d'espèce¹⁵⁰. Une première situation ne peut, selon nous, constituer d'aucune façon une expropriation. C'est la situation où l'empiètement est considérable ou cause un préjudice sérieux, ou encore, a été réalisé de

¹⁴⁵ W. DROSS, préc., note 74, n° 406 : « [...] techniquement, l'accession est un mode originaire et non dérivé d'acquisition de la propriété. » Voir aussi : F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 35, n° 138, p. 212.

¹⁴⁶ William DROSS, *Le mécanisme de l'accession. Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, thèse de doctorat, Nancy, Faculté de droit, Université Nancy II, 2000, p. 273 : « le mécanisme [de l'accession] n'est pas juridiquement une expropriation, même d'intérêt privé, l'acquisition de l'accessoire étant originaire et non dérivée ».

¹⁴⁷ *Id.*, p. 167 (nos italiques). Voir aussi : F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 35, n° 214, p. 342 et 343, selon lesquels, si l'expropriation ne concerne pas en principe les rapports privés, exceptionnellement, « un particulier peut en exproprier un autre en unissant son bien au sien ; si les règles de l'*accession* lui attribuent le produit de l'union, il aura exproprié autrui. Bien que d'utilité privée, cette expropriation est admise parce qu'elle est imposée par la réalité qu'impose la disparition d'un bien ».

¹⁴⁸ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 35, n° 214, p. 342 et 343.

¹⁴⁹ J. CARBONNIER, préc., note 116, n° 791, p. 1730-1732.

¹⁵⁰ C.c.Q., art. 992. Voir sur ce point : P.-C. LAFOND, préc., note 64, n° 1003, p. 397.

mauvaise foi. Le propriétaire de l'immeuble qui subit l'empiètement peut alors soit forcer celui qui a empiété à acquérir la totalité de son immeuble en lui en payant la valeur, soit le contraindre à enlever les constructions et à remettre les lieux dans leur état antérieur¹⁵¹. Comme la liberté de choix du propriétaire est préservée, la loi n'impose aucune expropriation, ni même aucune atteinte à la propriété. Une seconde situation peut toutefois s'analyser en une expropriation. C'est la situation où l'empiètement est mineur et a été réalisé par un propriétaire de bonne foi, qui a construit au-delà des limites de son fonds. Le propriétaire du terrain empiété se voit alors offrir le choix soit de forcer l'empiéteur à acquérir la parcelle de terrain en question en en payant la valeur, soit de réclamer une indemnité compensant la perte temporaire de son usage. Le propriétaire de la parcelle empiétée ne peut cependant pas exiger la démolition de la construction¹⁵². Une telle situation ne peut s'analyser en une expropriation au sens notionnel, puisqu'il n'y a pas d'aliénation forcée de la parcelle de terrain empiétée. En effet, si le propriétaire choisit de se prévaloir de son option de réclamer une indemnité compensant la perte temporaire de son usage, il n'y a tout simplement pas d'aliénation de la parcelle de terrain. De plus, si le propriétaire choisit de se prévaloir de son option de forcer l'empiéteur à acquérir la parcelle de terrain, on ne peut véritablement parler d'aliénation *forcée*, puisque c'est le propriétaire de la parcelle empiétée lui-même qui choisit de forcer l'empiéteur à acquérir la parcelle de terrain. Toutefois, il y a certainement dans ce cas une expropriation au sens fonctionnel. En effet, comme le propriétaire de la parcelle de terrain empiétée est privé du droit d'exiger la destruction de la construction, il se trouve privé en fait, quelle que soit l'option qu'il choisit – la vente ou l'indemnité – de toutes les utilisations raisonnables de la parcelle empiétée, au profit d'un autre particulier, qui acquiert la propriété de la parcelle de terrain ou un droit de superficie sur celle-ci¹⁵³.

¹⁵¹ C.c.Q., art. 992 ; P.-C. LAFOND, préc., note 64, n° 1008, p. 400.

¹⁵² P.-C. LAFOND, préc., note 64, n° 1003, p. 397. Voir aussi, à ce sujet : Anne-Françoise DEBRUCHE, *Équité du juge et territoires du droit privé*, Bruxelles, Éditions Bruylant et Yvon Blais, 2008, p. 156 : « Ainsi, la victime d'un empiètement mineur effectué de bonne foi ne peut en exiger la suppression pure et simple. Mais exception faite de cette mise en échec équitable du jeu des actions réelles, l'art. 992 C.c.Q. réaffirme la primauté des droits du propriétaire du sol. Il est habilité à choisir entre la cession du tréfonds litigieux et la concession d'un droit de jouissance temporaire, le tout à titre onéreux ».

¹⁵³ P.-C. LAFOND, préc., note 64, n° 1005, p. 399 : « S'il opte pour la réclamation d'une indemnité compensant la perte de l'usage du terrain, il consent alors, expressément

Qu'en est-il des autres hypothèses potentielles d'expropriation privée? Plusieurs hypothèses qui ont déjà été qualifiées d'expropriation privée n'en méritent pas l'appellation selon nous. Il n'y a ainsi pas d'expropriation s'agissant du droit d'accès au fond d'autrui en cas de tour d'échelle¹⁵⁴ ou de déplacement fortuit de biens ou d'animaux¹⁵⁵. En effet, il n'y a dans ces situations aucune aliénation de la terre ni suppression de toutes les utilisations raisonnables du bien. Comme le souligne Pierre-Claude Lafond, ce droit d'accès n'a pas pour effet de concéder un droit de passage permanent sur le terrain voisin ni une servitude légale avec interdiction de construire: «[i]l ne fait que limiter occasionnellement l'exercice du droit de propriété par le voisin»¹⁵⁶. La servitude de passage en cas d'enclave (997 CcQ) ne peut davantage être assimilée à une expropriation, puisqu'elle ne réduit pas à néant les utilités que le propriétaire est susceptible de retirer de son bien¹⁵⁷. Quant à l'acquisition forcée de la mitoyenneté, elle s'analyse également difficilement en une expropriation, puisque le propriétaire qui se voit contraint de constituer sur son bien un droit réel de propriété au profit de son voisin, demeure pleinement propriétaire du bien, même s'il est en situation d'indivision forcée¹⁵⁸.

ou tacitement, un droit de superficie à son voisin envahissant [...]. Le professeur Vincelette va même jusqu'à prétendre qu'il s'agirait d'un exemple de propriété superficière établie par la loi. Nous continuons de croire que c'est plutôt la convention entre les parties qui donne vie à la propriété superficière, puisque le propriétaire foncier conserve le choix de la solution». Voir aussi: F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 35, n° 213, p. 341 et 342.

¹⁵⁴ C.c.Q., art. 987.

¹⁵⁵ C.c.Q., art. 989.

¹⁵⁶ P.-C. LAFOND, préc., note 64, n° 992, p. 394.

¹⁵⁷ S'agissant du droit de rachat d'une servitude de passage (C.c.Q., art 1189), elle ne constitue pas non plus une véritable expropriation puisque le propriétaire du fonds dominant demeure libre de jouir de la plus importante partie des utilités de son bien, celles du fonds dominant. Voir, au sujet du droit de rachat d'une servitude de passage: P.-C. LAFOND, préc., note 64, n° 2183, p. 956-957.

¹⁵⁸ P.-C. LAFOND, préc., note 64, n° 819, p. 326: «Différente d'une simple servitude, la nature de la mitoyenneté procède d'une forme d'indivision forcée et donc, d'une modalité de la propriété, ce qui a pour effet de conférer au titulaire un droit beaucoup plus étendu.»



Cette étude des frontières de l'expropriation et de la pluralité de ses formes actuelles en droit des biens transsystémique, aura permis de cerner ce qui reste aujourd'hui au cœur du concept traditionnel d'expropriation. Elle aura aussi mis en lumière la présence d'une conception fonctionnelle de l'expropriation, qui tend de plus en plus à se développer, parallèlement à la conception notionnelle de l'expropriation.

La conception fonctionnelle de l'expropriation peut expliquer la tendance actuelle à étendre le concept d'expropriation dans le champ du droit privé, ce qui se révèle clairement dans le recours doctrinal à l'expression d'expropriation pour cause d'utilité privée. Certes, cette expropriation privée ne présente pas le même défi d'un déséquilibre relationnel dans le rapport de force entre intérêt privé et intérêt public. Autrement dit, le pouvoir public ne désapproprie pas une personne privée pour lui permettre de disposer d'un bien lui appartenant, pour des motifs d'utilité ou d'intérêt général. Il n'en reste pas moins, qu'au moyen de règles juridiques législatives ou jurisprudentielles, l'autorité publique décide dans certaines hypothèses de faire prévaloir l'intérêt privé de l'un sur l'intérêt privé de l'autre, en privant parfois dans les faits, par le jeu des règles du droit des biens, un propriétaire de tous ses droits sur le bien. Autrement dit, l'autorité publique se fait ici, en quelque sorte, l'arbitre de conflits de droits entre particuliers, en allant parfois jusqu'à imposer à un propriétaire une privation totale de ses droits sur le bien, pour une cause d'utilité ou de « nécessité privée »¹⁵⁹. Ceci impliquait de se pencher sur une typologie des expropriations dites privées, afin de départager les hypothèses où ces expropriation privées peuvent constituer une expropriation, au moins dans un sens fonctionnel, des cas qui n'en ont que l'apparence.

C'est cette privation totale du droit de propriété d'une personne privée, contre sa volonté, qui explique le recours à l'expression d'expropriation privée et qui permet de faire le parallèle avec l'expropriation publique traditionnelle. Ce parallélisme se justifie aussi par le parallélisme des règles juridiques applicables dans la plupart des véritables cas d'expropriation dite privée, le législateur prenant alors le soin de prévoir une indemnité au

¹⁵⁹ L'expression est de Jean Carbonnier dans J. CARBONNIER, préc., note 116, n° 791, p. 1730-1732.

profit du propriétaire dépossédé contre son gré. C'est le cas en matière d'accession mobilière et d'empiètement mineur réalisé de bonne foi. Ce n'est toutefois pas le cas en matière de prescription acquisitive, qui pourtant peut aussi s'analyser en une expropriation dans un sens fonctionnel. Cela explique sans doute le sentiment souvent dénoncé d'une certaine injustice du mécanisme de la prescription acquisitive et pose la question d'une éventuelle indemnisation du propriétaire dépossédé par prescription. On peut en effet se demander si cette expropriation privée devrait, à l'instar de l'expropriation publique et des autres cas de véritable expropriation privée, entraîner l'indemnisation du propriétaire qui est totalement privé de ses droits, sous peine de constituer une cause d'enrichissement injustifié.