

Décision attaquée : 21 mars 2013 de la cour d'appel de Versailles

Syndicat intercommunal pour l'aménagement hydraulique des vallées du Croult et du Petit Rosne (SIAH)

c/

La Société du Domaine immobilier de la Muette (SADIM)

RAPPORT

FAITS ET PROCEDURE :

En 1972, le Syndicat intercommunal pour l'aménagement hydraulique des vallées du Croult et du Petit Rosne (SIAH) a établi un programme de construction de bassins de retenue des eaux pluviales sur les cours des rivières principales qu'il gère, afin de protéger les agglomérations des inondations et de limiter le débit des eaux rejetées dans les ouvrages de collecte du département de la Seine-Saint-Denis.

La Société du Domaine immobilier de la Muette (SADIM) est propriétaire d'un vaste domaine immobilier à vocation principalement agricole sur la commune de Garges les-Gonesse, parc d'Arnouville d'une superficie de 237 048 m².

Afin de réaliser le bassin de retenue du parc d'Anouville, le SIAH, après déclaration d'utilité publique, a engagé auprès du tribunal de grande instance de Pontoise une procédure d'expropriation de la SADIM, portant sur plusieurs parcelles représentant une superficie de 35 083 m², laquelle a été autorisée par une ordonnance du 21 mars 1994. La cour d'appel de Versailles a fixé l'indemnisation par arrêt du 10 mars 1998.

En amont du bassin de retenue a été également construit, sur une partie du terrain de la société, qui n'avait pas fait l'objet d'une procédure d'expropriation, un canal de dérivation en béton d'une longueur de 630 m dont 517 m sur le terrain de la SADIM pour détourner les eaux du Petit Rosne de leur cours naturel et les diriger vers le bassin.

La SADIM, après désignation d'un expert par le juge administratif, aux fins de déterminer si la construction du bassin de retenue ne présentait pas un risque pour le reste de sa propriété, a saisi le tribunal administratif de Cergy-Pontoise de demandes d'indemnisation des préjudices résultant de l'empiètement sur sa propriété du canal, de la perte de sa propriété divisée en deux par cet ouvrage et de la présence du bassin de retenue.

Par jugement du 2 juillet 2002, le tribunal administratif a constaté l'empiétement du canal sur la propriété de la SADIM qu'il scindait en deux parties inégales. Il a considéré que les travaux exécutés sans titre avaient entraîné une dépossession et constituaient, dès lors, une emprise irrégulière dont l'indemnisation ressortissait à la seule compétence du juge judiciaire. En revanche, il a condamné le SIAH à réparer le dommage anormal et spécial résultant de la construction du bassin de retenue en raison d'une part, de l'augmentation de la fréquence des inondations susceptibles d'affecter ces terrains déjà inondables, fréquence qui pourrait, en outre, être accrue en cas de mauvais fonctionnement de l'ouvrage, d'autre part, de ce qu'une partie de la superficie de ces terrains devait être regardée comme inondable en raison de l'insuffisante capacité du bassin de retenue.

La cour administrative d'appel de Versailles, par arrêt du 16 juin 2005, a confirmé le jugement, sauf sur le montant de l'indemnité qu'elle a réduit.

Par arrêt du 13 décembre 2006, le Conseil d'Etat a annulé les dispositions de l'arrêt portant sur le bassin de retenue en estimant que la cour, ayant seulement constaté l'augmentation des risques d'inondation de ces terrains, inondables avant la réalisation de l'ouvrage public, avait commis une erreur de droit et inexactement qualifié les faits en jugeant que la SADIM, qui avait la qualité de tiers par rapport à l'ouvrage, avait subi, du fait de l'existence et du fonctionnement de celui-ci, un préjudice anormal de nature à lui ouvrir droit à réparation.

La SADIM, estimant que l'emprise irrégulière résultant de l'implantation du canal constituait en réalité une voie de fait, en ce qu'elle était manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'administration, a assigné le SIAH devant le tribunal de grande instance de Pontoise aux fins d'obtenir la démolition du canal et l'indemnisation de son préjudice.

Par jugement du 9 janvier 2007, le tribunal a :

- dit que le SIAH n'avait pas commis de voie de fait,
- rejeté en conséquence la demande de destruction du canal,
- dit que la SADIM était en droit d'obtenir une juste indemnité en contrepartie de l'emprise réalisée par la construction du canal sans autorisation sur son terrain ;
- condamné le SIAH à payer à la SADIM la somme de 98 911 €, augmentée des intérêts au taux légal à compter du 18 novembre 1994 et celle de 10 000 € augmentée des intérêts au taux légal à compter du jour du jugement,
- ordonné la capitalisation des intérêts de retard,
- ordonné l'exécution provisoire à hauteur de la moitié des sommes allouées.

Par arrêt du 14 mars 2008, la cour d'appel de Versailles a confirmé le jugement, hormis sur le montant de l'indemnisation. Elle a donc admis que, s'il y avait emprise irrégulière ouvrant un droit à indemnisation, une voie de fait n'était cependant pas constituée, sa motivation étant la suivante :

“Mais considérant que la circonstance que les travaux d'édification du canal aient été réalisés sans titre juridique constitué, soit par une autorisation du propriétaire, soit par la mise en oeuvre de la procédure d'expropriation, n'autorise pas pour autant à les qualifier de voie de fait” ;

“Considérant qu'à cet égard, ainsi que le mettent en évidence le rapport d'expertise de Monsieur Seuge et l'ensemble des documents produits aux débats, la réalisation de ce canal sur la propriété de la SADIM, destinée à capter les eaux du Petit Rosne, s'est inscrite, tout comme celle du bassin de retenue, dans le contexte d'une situation géographique et hydraulique identique, les deux ouvrages étant en réalité complémentaires, voire inséparables” ;

“Considérant qu'il apparaît que ces travaux ont été entrepris accessoirement à ceux pour lesquels le SIAH bénéficie incontestablement d'un titre résultant de la procédure de déclaration d'utilité publique et d'expropriation régulièrement diligentée aux fins de réalisation du bassin de retenue” ;

“Considérant qu'il s'ensuit que l'opération litigieuse de construction du canal n'est pas irrattachable aux pouvoirs dont disposait légitimement le Syndicat Intercommunal en vue de l'aménagement hydraulique des vallées du Croult et du Petit Rosne” ;

“Considérant qu'au regard de ce qui précède, il convient, en confirmant par substitution partielle de motifs le jugement entrepris, de dire que cette opération, constitutive d'une emprise irrégulière, ne caractérise cependant pas une voie de fait, et de débouter la SADIM de sa demande de démolition du canal” ;

Les juges, pour écarter l'existence d'une voie de fait, ont donc estimé que :

- le canal et le bassin de retenue étaient des ouvrages “complémentaires voire inséparables”,
- les travaux de réalisation du canal ont été l'accessoire de ceux de construction du bassin de retenue pour lesquels le SIAH disposait d'un titre,
- la construction du canal n'est pas une opération irrattachable à un pouvoir dont disposait la personne publique en vue de l'aménagement hydraulique des vallées concernées.

Statuant sur le pourvoi formé par la SADIM, notamment contre les dispositions

de l'arrêt ayant rejeté sa demande de démolition du canal, la troisième chambre civile, de la Cour de cassation par arrêt du 5 mai 2010, n°09-66.131 (Bull.civ.III, 2010, n° 90) a censuré la décision de la cour d'appel, en ce qu'elle n'a pas retenu l'existence d'une voie de fait :

“Sur le moyen unique :

Vu les articles 544 et 545 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 14 mars 2008), que le Syndicat intercommunal pour l'aménagement hydraulique des vallées du Croult et du Petit Rosne (SIAH) a construit sur le terrain de la société anonyme du Domaine immobilier de la Muette (SADIM) un canal pour détourner l'eau du Petit Rosne de son cours naturel et la déverser dans un bassin de retenue ; que la SADIM a assigné le SIAH en démolition du canal ;

Attendu que, pour rejeter la demande, l'arrêt retient que les travaux d'édification du canal ont été réalisés sans titre mais que la réalisation de ce canal s'est inscrite, comme celle du bassin de retenue, dans le contexte d'une situation géographique et hydraulique identique, les deux ouvrages étant en réalité complémentaires, voire inséparables, que ces travaux ont été entrepris accessoirement à ceux pour lesquels le SIAH bénéficie d'un titre résultant de la procédure de déclaration d'utilité publique et d'expropriation régulièrement diligentée aux fins de réalisation du bassin de retenue et qu'il s'ensuit que l'opération de construction du canal, qui n'est pas irrattachable aux pouvoirs dont disposait légitimement le SIAH en vue de l'aménagement hydraulique des vallées du Croult et du Petit Rosne, constitutive d'une emprise irrégulière, ne caractérise cependant pas une voie de fait ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que les travaux d'édification du canal sur la propriété de la SADIM avaient été réalisés sans titre, ce canal n'ayant été édifié qu'en vertu d'autorisations successives d'occupation temporaire consenties en vue d'effectuer des dépôts de matériaux et de permettre la circulation des engins de chantiers et tous aménagements de chantier nécessaires à l'opération de construction du bassin de retenue des eaux et alors que la construction du canal sur une propriété privée ne se rattache pas au pouvoir donné à l'administration de construire ce bassin, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 14 mars 2008, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles, autrement composée” ;

La cour de renvoi, par arrêt du 21 mars 2013, retient l'existence d'une voie de fait

et ordonne la démolition du canal litigieux en adoptant la motivation suivante :

“ Pour être caractérisée, la voie de fait suppose :

- d'une part , lorsqu'il s'agit d'une atteinte à la propriété immobilière, une emprise sur cette propriété par une dépossession ou une occupation d'un bien appartenant à une personne privée ;*
- d'autre part, une irrégularité grossière, consistant en une lourde méconnaissance par l'autorité administrative de ses pouvoirs, ce qui est le cas notamment lorsqu'une décision est manifestement insusceptible de se rattacher à l'existence d'un pouvoir appartenant à l'administration.*

Ni la cour administrative d'appel ni le Conseil d'Etat (lequel n'a pas annulé l'article 1 du jugement administratif de Cergy Pontoise du 02 juillet 2002) n'ont remis en cause la décision du tribunal administratif du 2 juillet 2002 en ce qu'il a jugé, dans les termes ci-dessus rappelés, que les travaux relatifs au canal litigieux constituaient une emprise irrégulière sur la propriété privée immobilière de la SADIM. La réalité de l'emprise n'est pas remise en cause par le SIAH qui conteste en revanche l'existence d'une voie de fait, estimant que la seconde condition n'est pas remplie dans la mesure où il a agi dans l'exercice légitime de ses pouvoirs, les opérations de mise en place du canal étant liées à l'ouvrage public lui-même et à une mission de service public et où, selon le SIAH, la construction du bassin et du canal est un tout.

Mais le SIAH a effectué des travaux d'édification du canal sans titre ni mise en oeuvre de la procédure d'expropriation et a réalisé une emprise irrégulière sur la propriété immobilière de la SADIM. Le pouvoir conféré au SIAH pour réaliser le bassin de retenue ne justifiait pas la dépossession réalisée pour réaliser non pas le bassin mais le canal litigieux.

Un tel pouvoir ne peut pas résulter de la décision prise par le SIAH lui-même d'entreprendre des travaux concernant deux ouvrages différents au prétexte que ceux concernant la construction du canal seraient accessoires à ceux de construction du bassin de retenue, (seuls ces derniers étant consécutifs à une procédure d'expropriation régulièrement diligentée), sous peine d'abandonner une telle appréciation au seul SIAH et alors que, même si le SIAH a, dans sa mission d'aménagement hydraulique, compétence pour faire édifier des canalisations ou des bassins de rétention, cette mission doit s'effectuer au travers des moyens légaux à sa disposition, et non pas d'une prise de possession sans titre d'un fonds immobilier privé pour y édifier un canal bétonné, qui, au vu des constatations de l'expert judiciaire Michel Seuge, est implanté sur une longueur de 630 mètres dont non seulement 510 mètres de longueur empiètent sur la propriété non expropriée de la SADIM, mais également 6,73 mètres de largeur à laquelle il faut ajouter une bande de 1,50 m de chaque côté du passage d'eau, ce qui représente un empiètement de 9,73 mètres soit une surface de 4.962 m² et qui coupe par la moitié les parcelles de la SADIM difficilement accessibles de l'une à l'autre, notamment pour de gros engins en cas de travaux importants.

Le SIAH soutient qu'il avait l'accord du propriétaire en raison d'une autorisation verbale

et que du moins il ressort des faits une connaissance et reconnaissance de l'ouvrage.

Mais il n'établit pas que l'empiétement a été réalisé avec l'accord de la SADIM ni que cette dernière, saisie de demandes d'autorisations successives d'occupation temporaire, ait été informée du contenu précis du projet de construction du canal litigieux.

En revanche, la SADIM produit :

- un accord en date du 11 mars 1991 qu'elle a donné à titre amiable pour «une occupation temporaire des terrains » au SIAH : cette autorisation donne au SIAH le droit d'occuper temporairement à Garges-les-Gonesse une bande de terrain dont le total représente une longueur de 537 mètres et une largeur de 93 mètres et ce «en vue d'effectuer des dépôts de matériaux et de permettre la circulation des engins de chantier et tous aménagements de chantier nécessaires à l'opération n° 91/294. La terre végétale sera décapée, mise en dépôt et remise en place à l'issue des travaux».

- un courrier du 20 février 1992 que la SADIM a adressé à l'ingénieur en chef de la DDE aux termes de laquelle la SADIM refuse de donner suite à l'autorisation qui lui a été demandée pour la réalisation «de la canalisation du Petit Rosne », en indiquant qu'elle ne peut pas s'engager sur des opérations successives sans connaître l'ensemble du projet et en rappelant qu'une première opération n'a donné lieu à aucune indemnisation.

Il en résulte que la SADIM s'est bornée à autoriser l'occupation temporaire de ses parcelles à des fins de dépôt de matériel et de circulation d'engins de chantier et tous aménagements de chantier nécessaires à l'opération de construction du bassin de retenue des eaux.

En l'espèce, la prise de possession, sans titre, de terrains appartenant à la SADIM porte une atteinte grave aux droits de celle-ci et est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'administration dans la mesure où la construction du canal sur la propriété de la SADIM ne se rattache pas au pouvoir donné à l'administration de construire le bassin de retenue.

Cette emprise irrégulière est constitutive d'une voie de fait.

Si les juridictions judiciaires ne peuvent prescrire aucune mesure de nature à porter atteinte, sous quelque forme que ce soit, à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public, il en va autrement dans l'hypothèse où la réalisation de l'ouvrage procède d'un acte qui est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'autorité administrative et qu'aucune procédure de régularisation appropriée n'a été engagée.

Le SIAH met en avant les conséquences excessives d'une démolition pour l'intérêt général en l'espèce et fait valoir que sa volonté de régularisation est établie par la

délibération qu'il a prise le 22 septembre 2010, en faisant valoir qu'elle a pour objet de lancer les enquêtes préalables à la déclaration d'utilité publique des acquisitions foncières au lieudit le Parc d'Arnouville Est sur la commune de Garges-les-Gonesse.

Mais cette délibération du SIAH, prise postérieurement à l'arrêt de la cour de cassation du 05 mai 2010 et qui autorise le président du SIAH à "lancer les enquêtes publiques préalables à la déclaration d'utilité publique des acquisitions foncières, parcellaires, pour permettre au SIAH d'être propriétaire des terrains sur lesquels est édifié le canal au lieudit Le parc d'Arnouville Est sur la commune de Garges-les-Gonesse" est insuffisante à constituer l'engagement d'une procédure de régularisation appropriée .

Au surplus, il convient de rappeler que l'expert judiciaire Seuge a conclu à la capacité trop faible du bassin de retenue en cas de crues importantes, à une construction légère et à un manque d'entretien des digues susceptibles d'être emportées en cas de fortes précipitations.

Il y a lieu de faire droit à la demande principale de la SADIM et de condamner le SIAH à démolir, ou faire démolir, la totalité du canal construit sur les terrains lui appartenant, et à remettre le terrain dans son état antérieur, y compris en rétablissant le cours naturel du Petit Rosne, sous astreinte de 1.000 euros par jour de retard à l'expiration d'un délai de cinq mois à compter de la signification du présent arrêt.

Il convient d'allouer à la SADIM la somme de 50.000 euros à titre de dommages- intérêts en réparation du préjudice, distinct de celui réparé par l'indemnité de procédure, résultant tant du suivi que des tracasseries liés à une procédure engendrée par la construction sans titre d'un ouvrage public, procédure qui a, en ce qui concerne le canal litigieux, débuté à l'initiative de la SADIM par une ordonnance du 29 avril 1997 d'extension des opérations d'expertise de M.Seuge et en réparation du préjudice subi du fait des travaux de démolition ordonnés".

Le SIAH a formé un pourvoi le 14 juin 2013 et fait déposer par la SCP Tiffreau-Marlange-de la Burgade un mémoire ampliatif le 14 octobre 2013, auquel a répondu la SADIM par un mémoire en défense produit par la SCP Piwnica- Molinié le 10 juin 2014. Le SIAH, au vu du rapport déposé par le conseiller-rapporteur, a produit des observations complémentaires le 4 novembre 2014.

Par arrêt du 17 décembre 2014, la troisième chambre civile a ordonné le renvoi du pourvoi devant l'assemblée plénière.

- PRÉSENTATION DES MOYENS DE CASSATION :

Le premier moyen de cassation fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que l'emprise irrégulière commise par le SIAH constituait une voie de fait, d'avoir ordonné sous astreinte la démolition du canal litigieux et d'avoir condamné le SIAH à verser à la SADIM des dommages et intérêts ;

Selon la première branche, la cour d'appel, qui, pour retenir que la prise de possession sans titre par le SIAH d'un terrain appartenant à la SADIM était constitutive d'une voie de fait, a relevé qu'elle portait une atteinte grave à une propriété privée, sans toutefois caractériser l'extinction du droit de propriété, aurait ainsi violé l'article 545 du code civil.

Dans la deuxième branche, il est reproché à la cour d'appel une violation de l'article 545 du code civil pour avoir retenu que la prise de possession par le SIAH, sans titre, de terrains appartenant à la SADIM était manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'administration, dès lors qu'elle devait s'effectuer au travers de moyens légaux et, à défaut, ne se rattachait pas au pouvoir donné à l'administration de construire le bassin de retenue alors que le SIAH, chargé de gérer le territoire des communes adhérentes sur le plan hydraulique et de les protéger contre les inondations, disposait du pouvoir de réaliser le canal litigieux pour relier le bassin régulièrement construit au cours d'eau avoisinant et que la circonstance qu'il ait irrégulièrement construit cet ouvrage public sur la propriété de la SADIM ne faisait pas sortir cet acte du champ de ses prérogatives.

Dans la troisième branche du moyen, le demandeur, faisant valoir que l'implantation, même sans titre, d'un ouvrage public sur le terrain d'une personne privée ne procède pas d'un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'administration, reproche à la cour d'appel d'avoir jugé que la prise de possession par le SIAH, sans titre, de terrains appartenant à la SADIM était manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'administration, dans la mesure où la construction du canal sur la propriété de la SADIM devait s'effectuer au travers de moyens légaux et, à défaut, ne pouvait se rattacher au pouvoir donné à l'administration de construire le bassin de retenue, sans rechercher, ainsi que l'y invitait le SIAH (conclusions, p. 14 à 16), si le canal litigieux, aménagé depuis près de vingt ans, était un accessoire indispensable à la fonctionnalité du bassin de rétention, de sorte que sa construction, même irrégulière, se rattachait aux pouvoirs dévolus au SIAH de réaliser le bassin de retenue. La cour d'appel aurait ainsi privé sa décision de base légale au regard de l'article 545 du code civil.

Le second moyen (subsidaire) vise les dispositions de l'arrêt ayant ordonné la démolition et la remise en état des lieux dans leur état antérieur.

Dans une première branche, le demandeur, se prévalant d'un principe selon lequel les juridictions de l'ordre judiciaire ne pourraient prescrire aucune mesure de nature à porter atteinte, sous quelque forme que ce soit, à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public, hormis le cas où la réalisation de l'ouvrage procède d'un acte qui est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'autorité administrative et qu'aucune procédure de régularisation appropriée n'a été

engagée, reproche à la cour d'appel d'avoir jugé que la délibération prise le septembre 2010 par le SIAH, autorisant son président à « *lancer les enquêtes publiques préalables à la déclaration d'utilité publique des acquisitions foncières, parcellaires, pour permettre au SIAH d'être propriétaire des terrains sur lesquels est édifié le canal au lieudit Le Parc d'Arnouville Est sur la commune de Garges-les-Gonesse* » était insuffisante à constituer l'engagement d'une procédure de régularisation appropriée, alors que cet acte constituait au contraire la première étape d'engagement de la procédure d'expropriation d'utilité publique devant permettre au SIAH d'acquérir la parcelle accueillant le canal litigieux, et caractérisait donc l'engagement d'une procédure appropriée de régularisation. La cour d'appel aurait ainsi violé les articles 544 et 545 du code civil.

Dans une seconde branche, il est soutenu que la cour d'appel n'aurait pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 544 et 545 du code civil pour s'être fondée sur des motifs inopérants, tirés des prétendus faiblesse et manque d'entretien du bassin de retenue d'eau régulièrement construit, en énonçant, pour ordonner la démolition, que l'expert judiciaire Seuge avait conclu à la capacité trop faible du bassin de retenue en cas de crues importantes, à une construction légère et à un manque d'entretien des digues susceptibles d'être emportées en cas de fortes précipitations.

Dans son mémoire en défense, la SCP Piwnica- Molinié invoque l'irrecevabilité de la première branche du premier moyen de cassation en ce qu'il s'appuie sur une décision du Tribunal des conflits Bergoend c/ERDF n°3931 du 17 juin 2013, postérieure à l'arrêt querellé de la cour d'appel qui s'est conformé à l'arrêt de cassation et devant laquelle le SIAH n'a aucunement fait valoir une absence d'extinction du droit de propriété faisant obstacle à la constitution d'une voie de fait.

Il fait valoir, au demeurant, que la construction du canal litigieux a entraîné l'extinction du droit de propriété sur la parcelle litigieuse, que la prétention, selon laquelle la construction de l'ouvrage litigieux serait un accessoire du bassin de retenue et serait rattachable à un pouvoir dont disposait le SIAH en vue de l'aménagement hydraulique des vallées concernées a été écartée par la Cour de cassation, aucune procédure de régularisation n'ayant en outre été engagée.

S'agissant du second moyen de cassation, le défendeur fait valoir que la première branche du moyen revient à remettre en question l'appréciation souveraine des juges du fond sur l'opportunité d'ordonner la démolition, dès lors qu'ils ont constaté que la réalisation de l'ouvrage public litigieux sur une propriété privée était manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont disposait le SIAH et que la délibération du syndicat intercommunal, postérieure à l'arrêt de cassation, autorisant son président à lancer les enquêtes publiques préalables à la déclaration d'utilité publique des acquisitions foncières envisagées, était insuffisante à constituer l'engagement d'une procédure de régularisation appropriée. Pour le surplus, les énonciations de l'arrêt attaqué, relatives aux conclusions de l'expert, se bornaient à répondre à une argumentation du SIAH, étaient surabondantes et la critique qui les vise serait inopérante.

Postérieurement au dépôt du rapport du conseiller de la troisième chambre civile,

le demandeur au pourvoi **a fait déposer des observations complémentaires**, par lesquelles il fait valoir qu'il n'importe qu'il n'ait pas invité les juges du fond à se prononcer sur l'extinction du droit de propriété, dès lors que, depuis la décision du Tribunal des conflits et la jurisprudence consécutive de la Cour de cassation, il est à présent nécessaire, pour qualifier légalement la voie de fait, de caractériser une extinction du droit de propriété.

* * * * *

En préliminaire à l'examen des moyens de cassation et pour éclairer le débat, il y a lieu de citer, en ce qu'elle constitue en quelque sorte le fil rouge de la discussion, la décision Bergoend c/ERDF, rendue par le Tribunal des conflits le 17 juin 2013 (n° 3331, Bull. T.conflits 2013, n°11) inaugurant une nouvelle définition de la voie de fait :

“Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;

Vu la loi du 24 mai 1872 ;

Vu le décret du 26 octobre 1849 modifié et, notamment, ses articles 35 et suivants ;

Vu la Constitution, notamment son Préambule et son article 66 ;

Vu la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie et, notamment, son article 12 ;

Vu le décret n° 70-492 du 11 juin 1970 ;/

...../ Considérant que M. Bergoend est devenu propriétaire le 15 juin 1990 d'une parcelle sur laquelle Electricité de France, aux droits de laquelle vient la société ERDF Annecy Léman, avait implanté un poteau en 1983, sans se conformer à la procédure prévue par le décret du 11 juin 1970 pris pour l'application de l'article 35 modifié de la loi du 8 avril 1946, ni conclure une convention avec le propriétaire du terrain ; que, par acte du 24 août 2009, il a fait assigner la société ERDF devant le tribunal de grande instance de Bonneville, afin que soit ordonné le déplacement du poteau litigieux, sous astreinte, aux frais de la société ; que, par un jugement du 21 janvier 2011, le tribunal de grande instance a décliné sa compétence ; qu'en appel, la cour d'appel de Chambéry, par un arrêt du 6 octobre 2011, a également jugé que la juridiction judiciaire était incompétente pour connaître du litige engagé par M. Bergoend ; que, saisie par l'intéressé d'un pourvoi contre cet arrêt, la Cour de cassation a renvoyé au Tribunal des conflits, par application de l'article 35 du décret du 26 octobre 1849, le soin de décider sur la question de compétence ;

Considérant qu'il n'y a voie de fait de la part de l'administration, justifiant, par

exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour en ordonner la cessation ou la réparation, que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative ; que l'implantation, même sans titre, d'un ouvrage public sur le terrain d'une personne privée ne procède pas d'un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'administration ;

Considérant qu'un poteau électrique, qui est directement affecté au service public de la distribution d'électricité dont la société ERDF est chargée, a le caractère d'un ouvrage public ; que des conclusions tendant à ce que soit ordonné le déplacement ou la suppression d'un tel ouvrage relèvent par nature de la compétence du juge administratif, sans qu'y fassent obstacle les dispositions de l'article 12 de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie ; que l'implantation, même sans titre, d'un tel ouvrage public de distribution d'électricité, qui, ainsi qu'il a été dit, ne procède pas d'un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose la société chargée du service public, n'aboutit pas, en outre, à l'extinction d'un droit de propriété ; que, dès lors, elle ne saurait être qualifiée de voie de fait ; qu'il suit de là que les conclusions tendant à ce que soit ordonné le déplacement du poteau électrique irrégulièrement implanté sur le terrain de M. Bergoend relèvent de la juridiction administrative ;/

Le champ assigné à la voie de fait rompt, clairement dans un sens très restrictif, avec celui qui lui était précédemment imparti par le Tribunal des conflits, depuis sa décision Action française (8 avril 1935 - Rec. Lebon 1226), et encore dans sa jurisprudence de référence Boussadar n°3227 du 23 octobre 2000 (Rec Lebon.775), énonçant le principe suivant :

“Considérant qu'il n'y a voie de fait justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, que dans la mesure où l'administration, soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant une atteinte grave au droit de propriété ou à une liberté fondamentale, soit a pris une décision ayant l'un ou l'autre de ces effets à la condition toutefois que cette dernière décision soit elle-même manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative” ;

et l'application qui en avait été faite dans sa décision du 21 juin 2010, Z... c/ Commune de Nevers (n°3751 Bull. T.conflits n°14), d'où il résultait que l'implantation de canalisations d'assainissement sur une propriété privée sans titre constituait une voie de fait ;

"Considérant que la commune de Nevers a fait réaliser en 1997, sur un terrain

appartenant désormais à M. Z..., des travaux consistant, à l'occasion de l'aménagement du boulevard de la Pisserotte, à enfouir des canalisations d'assainissement sous le sol des parcelles CX 214 et 217 et à installer des regards sur ces parcelles ; qu'en 2001, elle a fait passer une portion de chemin, dit chemin du Barreau, sur les parcelles CW 19 et 25 appartenant au même propriétaire ; qu'il est constant que dans chacun des deux cas la commune, qui n'a pas allégué avoir commis une simple erreur matérielle, a dépossédé le propriétaire d'une partie de son bien sans avoir obtenu son accord et sans détenir aucun titre pour ce faire ; **que, si ces parcelles sont proches des limites du terrain en cause et si, en raison de leur caractère inconstructible, elles sont de faible valeur, cette circonstance est sans incidence sur le caractère de voie de fait des travaux ainsi réalisés sans droit ni titre sur des parcelles qui n'appartenaient pas à la commune ; que par suite, les conséquences dommageables de ces agissements ne peuvent être appréciées que par les juridictions de l'ordre judiciaire, sans que puisse y faire obstacle la circonstance que M. Z... n'est devenu propriétaire de ces parcelles qu'en 2002 ; qu'il en va de même de ses conclusions tendant au déplacement des ouvrages en cause, dès lors que, si la commune fait état de propositions de règlement amiable, il ne ressort pas du dossier qu'un acte lui permettant de devenir propriétaire des parcelles en cause serait intervenu, ni qu'une procédure administrative de régularisation aurait été engagée " ;**

Pour être complet, il convient d'évoquer également la décision A... c/ Commune de Saint-Palais n°3931 du 9 décembre 2013 (Bull. T.conflits n° 21), par laquelle le Tribunal des conflits, levant certaines interrogations auxquelles avait donné lieu sa décision Bergoend, a poursuivi sa démarche de redistribution des compétences en s'attaquant au régime de l'emprise irrégulière (entendue comme une atteinte à la propriété privée immobilière s'appliquant à tous les cas de violation de droits réels immobiliers, par exemple une servitude de passage, privant le propriétaire de la jouissance du bien par dépossession irrégulière, soit parce qu'elle est sans titre, soit sur la base d'un titre annulé ou dont les limites sont dépassées, par exemple en cas d'occupation temporaire qui se perpétue). Alors que jusque là, le contentieux de la constatation de l'irrégularité de l'emprise était réservé à la juridiction administrative, la juridiction judiciaire disposant, en revanche, d'une compétence exclusive pour en assurer l'indemnisation, le Tribunal des conflits énonce dans sa décision A... :

*"Considérant que, sauf dispositions législatives contraires, la responsabilité qui peut incomber à l'Etat ou aux autres personnes morales de droit public en raison des dommages imputés à leurs services publics administratifs est soumise à un régime de droit public et relève en conséquence de la juridiction administrative ; **que cette compétence, qui découle du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires posé par l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 et par le décret du 16 fructidor an III, ne vaut toutefois que sous réserve des matières dévolues à l'autorité judiciaire par des règles ou principes de valeur constitutionnelle ; que, dans le cas d'une décision administrative portant atteinte à la propriété privée, le juge administratif, compétent pour statuer sur le recours en annulation d'une telle décision et, le cas échéant, pour adresser des injonctions à l'administration, l'est également pour connaître de conclusions***

tendant à la réparation des conséquences dommageables de cette décision administrative, hormis le cas où elle aurait pour effet l'extinction du droit de propriété” ;

Considérant que, si l'occupation de la parcelle de terrain appartenant à M. et Mme A... par la commune de Saint-Palais-sur-Mer a porté atteinte au libre exercice de leur droit de propriété sur ce bien, elle n'a pas eu pour effet de les en déposséder définitivement ; qu'il résulte de ce qui précède que le tribunal administratif, compétent pour se prononcer sur la décision du maire refusant de libérer cette parcelle et pour enjoindre à la commune d'y procéder, l'est également pour statuer sur leurs conclusions tendant à l'indemnisation des conséquences dommageables de cette occupation irrégulière“.

Enfin, il ya lieu de souligner que, postérieurement, plusieurs décisions ont été rendues par les première et troisième chambres civiles de la Cour de cassation convergeant vers une réception des principes de la décision Bergoend, et par conséquent, l'abandon de leur jurisprudence à l'instar du Tribunal des conflits.

- Civ.1ère : 13 mai 2014 ; n° 12-28.248, Bull. civ.I n°87

“Vu la loi des 16-24 août 1790 ;

Attendu qu'il n'y a voie de fait de la part de l'administration , justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour en ordonner la cessation ou la réparation, que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative ;

Attendu que pour retenir l'existence de voies de fait fondant la compétence du juge judiciaire, l'arrêt énonce, d'une part, que les travaux d'aménagement réalisés par la commune avec l'assentiment de Mme B... ont conduit à supprimer les signes distinctifs de la limite entre sa terrasse et le domaine public, entraînant ainsi une occupation irrégulière de sa propriété privée par les automobilistes, d'autre part, que la commune, qui ne disposait que d'un point d'ancrage permettant l'accrochage d'une lanterne sur la façade de l'immeuble appartenant à Mme B..., a, sans avoir sollicité l'accord de cette dernière, créé trois points d'ancrage supplémentaires ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations qu'aucun de ces agissements n'avait abouti à l'extinction du droit de propriété de l'intéressée, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur le second moyen :

Vu l'article 624 du code de procédure civile ;

Attendu que la cassation de l'arrêt sur le premier moyen entraîne la cassation par voie de conséquence des chefs de dispositif critiqués par le second moyen, relatifs à la condamnation de la commune à procéder, sous astreinte, à des travaux de remise en état des lieux et de reprise des dégradations et au paiement de dommages-intérêts ;

Et vu l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 20 septembre 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Limoges ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Déclare les juridictions de l'ordre judiciaire incompétentes pour connaître du litige ;

Renvoie les parties à mieux se pourvoir” ;

- Civ. 1ère, 15 octobre 2014, n° 13-27.484 (à propos de l'implantation d'un poteau EDF) :

Sur le moyen unique :

Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;

Attendu qu'il n'y a voie de fait de la part de l'administration, justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour en ordonner la cessation ou la réparation, que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. C... et Mme D... ont saisi le juge des référés, sur le fondement de la voie de fait, aux fins de voir condamner la société Electricité réseau distribution France (ERDF) à procéder à l'enlèvement des coffrets, tuyaux, fourreaux et câbles souterrains selon eux irrégulièrement implantés sur une parcelle de terrain leur appartenant ; que la société ERDF a soulevé l'incompétence des juridictions de l'ordre judiciaire au profit des juridictions administratives ;

Attendu que pour rejeter cette exception d'incompétence et accueillir la demande, l'arrêt, après avoir relevé que la société ERDF ne justifiait pas d'un titre particulier pour

l'implantation de cet ouvrage public, retient qu'il a été porté atteinte à la propriété de M. C... et de Mme D... par un acte irrégulier insusceptible de se rattacher au pouvoir de l'autorité administrative, ce qui constitue une voie de fait relevant de la compétence du juge judiciaire ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'implantation, même sans titre, d'un ouvrage public sur le terrain d'une personne privée ne procède pas d'un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'administration, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et vu l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 8 octobre 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Déclare les juridictions de l'ordre judiciaire incompétentes pour connaître du litige ;

Renvoie les parties à mieux se pourvoir” ;

- Civ. 3^{ème} : 11 mars 2015, n°13-24.133 (en cours de publication au Bulletin) :

“Mais attendu qu'il n'y a voie de fait de la part de l'administration, justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour en ordonner la cessation ou la réparation, que dans la mesure où l'administration, soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative ; que l'implantation, même sans titre, d'un ouvrage public sur le terrain d'une personne privée ne procède pas d'un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'administration ;

Attendu qu'ayant relevé que le principe de la construction de la ligne à très haute tension qui devait survoler les parcelles non bâties appartenant à M. E... et Mme F... et exploitées par la société de l'Avenir avait fait l'objet d'une déclaration d'utilité publique du 25 juin 2010 et qu'un arrêté préfectoral de mise en servitude avait été pris le 27 mars 2012, la cour d'appel, qui a retenu à bon droit que les articles L. 323-3, L. 323-4 et L. 325-5 du code de l'énergie se bornaient à organiser le réseau de transport et de distribution d'électricité et prévoyaient une juste indemnisation en contrepartie de la servitude, ce dont il résultait que l'action de l'autorité administrative, en application de ces textes, dont il n'appartient pas à la Cour de cassation d'apprécier la constitutionnalité au regard des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de

1789 et qui ne sont pas contraires à l'article 1er du premier protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, n'emportait pas extinction du droit de propriété appartenant aux propriétaires des parcelles concernées et ne procédait pas d'un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'administration, en a exactement déduit, répondant aux conclusions, que la société RTE n'avait pas commis de voie de fait et que les juridictions judiciaires étaient incompétentes pour connaître du litige” ;

Bien qu'elle ne concerne pas une atteinte portée à la propriété privée mais une atteinte à une liberté, il n'est pas inintéressant de citer :

- Civ.1ère : 19 mars 2015, n° 14-14.571 (en cours de publication au Bulletin)

“*Sur le moyen unique :*

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 4 mars 2014), rendu en référé, que M. G... a été révoqué de ses fonctions d'administrateur de première classe de l'Institut national de la statistique et des études économiques par décret du Président de la République en date du 25 janvier 1999 ; que soutenant que cette sanction disciplinaire avait été prise pour un motif discriminatoire, lié à ses activités syndicales, M. G... a saisi la juridiction judiciaire, sur le fondement de la voie de fait, aux fins d'obtenir l'annulation de ce décret et la condamnation de l'Etat à le réintégrer et à reconstituer sa carrière ; que l'Agent judiciaire de l'Etat a soulevé une exception d'incompétence au profit des juridictions administratives ;

Attendu que M. G... fait grief à l'arrêt de déclarer les juridictions judiciaires incompétentes pour connaître du litige et de renvoyer les parties à mieux se pourvoir.../

*“... / Mais attendu qu'il n'y a voie de fait de la part de l'administration, justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire pour en ordonner la cessation ou la réparation, que dans la mesure où l'administration soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière, portant atteinte à la liberté individuelle ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété, soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative ; **que la liberté syndicale n'entrant pas dans le champ de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, l'atteinte qui lui est prétendument portée n'est pas susceptible de caractériser une voie de fait ; que par ce motif de pur droit suggéré par la défense, substitué à ceux critiqués, la décision déferée se trouve légalement justifiée ;***

Parmi plusieurs options qui s'offraient à lui (dont la suppression pure et simple), le Tribunal des conflits s'est orienté vers une conception très novatrice de la voie de fait qui traduit sa détermination à simplifier les règles de compétence dans des domaines

où il estime devoir mettre un terme à une complexité devenue injustifiée, source d'incertitude pour le justiciable sur la voie de recours appropriée, d'allers et retours entre les deux ordres de juridiction, et par conséquent générant inutilement un allongement institutionnel des délais de procédure, manifestement en retrait par rapport aux exigences conventionnelles.

Cette décision s'inscrit dans une démarche plus globale entreprise par cette juridiction, par le moyen d'une redistribution de compétences, là où elle lui semble souhaitable et possible, afin de rationaliser et d'optimiser le fonctionnement de la justice, sans hypothéquer pour autant les principes fondamentaux gouvernant la séparation des autorités administratives et judiciaires et en considération d'une équivalence en terme d'effectivité du recours et de niveau de protection des droits et libertés concernés assurée par les deux ordres de juridiction.

* * * * *

Avant toute réflexion sur les questions de fond que pose ce pourvoi, un examen préalable de la question de procédure sur la recevabilité, contestée par la défense, de la première branche du premier moyen de cassation s'impose.

Il n'est nullement contesté que la question de l'impossibilité de retenir une voie de fait en raison de l'absence d'extinction du droit de propriété de la SADIM, occasionnée par l'implantation de l'ouvrage litigieux sur son terrain, n'a pas été portée par le demandeur au pourvoi devant la cour d'appel de Versailles.

Mais, selon le mémoire, une sorte de fait justificatif ferait obstacle à une irrecevabilité : l'intervention, postérieurement à l'arrêt frappé de pourvoi, de la décision du Tribunal des conflits Bergoend c/ ERDF du 17 juin 2013, qui a fait évoluer très significativement la définition de la voie de fait dans un sens restrictif et qui a conduit la Cour de cassation à infléchir substantiellement sa jurisprudence en matière d'atteintes à la propriété privée immobilière causées par l'implantation sans titre d'un ouvrage public sur le terrain d'un particulier.

Toutefois, il convient d'immédiatement souligner que, dans la logique de la décision Bergoend, la question de l'extinction ou non du droit de propriété n'est que subsidiaire par rapport à celle du rattachement ou non de l'implantation sans titre d'un ouvrage public sur une propriété privée à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'Administration, laquelle fait l'objet des autres branches du moyen. Ce n'est qu'en cas de réponse négative à cette question préalable que, dans un second temps, se pose celle de l'extinction ou non du droit de propriété que cette action aurait occasionnée.

Il semble pouvoir en être déduit que c'est la recevabilité du premier moyen dans son entier qui doit être examinée car, si chaque branche est susceptible de recevoir une réponse distincte, on peut aussi concevoir que, compte tenu de la logique du raisonnement adopté dans la décision Bergoend, dont le moyen revient à revendiquer l'application, se dégage une problématique en réalité commune aux trois branches.

La première partie de ce rapport sera donc consacrée à l'examen de la question de la recevabilité du premier moyen de cassation que conditionnent les effets, notamment dans le temps, à accorder à une décision du Tribunal des conflits, qui, à l'occasion de son examen de la solution à donner à une difficulté de compétence entre juridiction administrative et judiciaire se posant dans une affaire différente, fait notablement évoluer une règle de fond conditionnant le règlement de ladite difficulté de compétence, comme en l'espèce, en modifiant les contours d'une construction jurisprudentielle dans un sens qui conduit la Cour de cassation à revoir une jurisprudence établie.

Plus spécifiquement, lorsqu'après une décision d'une cour d'appel statuant sur renvoi après cassation, qui se conformerait à la doctrine de l'arrêt de cassation, intervient une décision du Tribunal des conflits posant une règle de droit différente, un demandeur au pourvoi est-il recevable à invoquer l'application de la règle nouvelle devant la Cour de cassation, en se prévalant en outre des infléchissements apportés par la Cour de cassation à sa jurisprudence à la suite de la décision du Tribunal des conflits ?

Les deuxième et troisième parties de ce rapport seront consacrées à l'étude des questions de fond posées par le pourvoi.

Dans le cas où le premier moyen serait déclaré recevable ou qu'en toute hypothèse l'Assemblée plénière admette qu'il lui faille réexaminer l'existence ou non, en l'espèce, de la voie de fait au regard de la nouvelle définition donnée par le Tribunal des conflits, comme l'y invite le demandeur, seront examinés les nouveaux critères retenus par cette juridiction concernant la rattachabilité de l'implantation sans titre par une personne publique d'un ouvrage public sur une propriété privée immobilière à un pouvoir de l'administration et la nature de l'atteinte qui doit avoir été portée au droit de propriété afin de déterminer si, en l'espèce, la construction par le SIAH du canal sur la propriété de la SADIM est susceptible de recevoir la qualification d'une voie de fait. La solution donnée à cette question conditionne la compétence de la juridiction judiciaire dont il faut remarquer qu'elle n'a pas été expressément remise en cause par les parties dans cette affaire.

Il conviendra également d'examiner la question de la démolition de l'ouvrage ordonnée par l'arrêt attaqué, disposition qui fait l'objet du second moyen de cassation, notamment au regard du principe d'intangibilité de l'ouvrage public, des exceptions qui lui sont apportées en jurisprudence et des conditions de leur mise oeuvre pour apprécier si, en l'espèce, cette mesure pouvait être prononcée ou non par l'arrêt attaqué et, dans l'affirmative, à quelles conditions.

* * * * *

I - ELEMENTS SUR LA RECEVABILITE DU PREMIER MOYEN DE CASSATION

:

En première analyse, la question de la recevabilité ne se présenterait pas de manière identique pour les trois branches.

Elle intervient dans le contexte particulier d'un arrêt de la cour d'appel du 21 mars 2013, statuant sur renvoi après cassation, qui retient que la construction du canal sur la propriété privée, effectuée sans titre, était manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'autorité administrative et qu'elle avait porté gravement atteinte à la propriété de la SADIM. Constatant ainsi l'existence de la voie de fait, les juges en ont ordonné la réparation, exerçant ainsi la plénitude de compétence reconnue par le Tribunal des conflits à la juridiction judiciaire selon les critères de la voie de fait alors en vigueur. Mais, de manière inattendue, est intervenue quelques mois plus tard la décision Bergoend précitée par lequel le Tribunal des conflits :

- s'il maintient, comme avant juin 2013, la nécessité d'être en présence d'un acte manifestement irrattachable à un pouvoir de l'administration, (cf décision Boussadar précitée) cette caractérisation étant préalable et nécessaire à la constitution de la voie de fait,
- indique, pour la première fois que *“l'implantation, même sans titre, d'un ouvrage public sur le terrain d'une personne privée ne procède pas d'un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'administration”*
- et ajoute que l'acte doit aboutir à une extinction du droit de propriété (et non plus à une seule atteinte grave).

Le moyen pose deux difficultés :

- le caractère nouveau de sa première branche, invoquée par le mémoire en défense, aucune discussion n'ayant été portée devant la cour d'appel la conduisant à répondre sur l'extinction du droit de propriété, condition à laquelle devrait obéir l'atteinte causée par l'ouvrage pour que l'action de l'autorité publique puisse recevoir la qualification de voie de fait.
- En revanche, s'agissant des deux autres branches, l'interrogation est toute autre : la question qui porte sur le rattachement de la construction litigieuse à un pouvoir appartenant à l'autorité publique a été au coeur de l'ensemble de la procédure judiciaire et le demandeur tend à réactiver la solution adoptée par la première cour d'appel, concluant à la rattachabilité, censurée sans équivoque possible par l'arrêt de cassation, selon lequel l'occupation sans titre qui a eu lieu ne pouvait être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité publique. La cour d'appel de renvoi s'est sur ce point incontestablement conformée à la doctrine de l'arrêt de cassation.

En outre, ne peut être éludée une question fondamentale d'ordre public : la compétence de la juridiction judiciaire susceptible d'être remise en cause en fonction de la qualification qui sera donnée aux opérations de construction conduites par le SIAH sur le terrain de la SADIM.

A) S'agissant de la première branche :

Il est constant que le moyen, pris de l'absence d'extinction du droit de propriété de la SADIM, imputable à la construction du canal, faisant obstacle à l'établissement d'une voie de fait, n'a pas été proposé devant la cour d'appel. Peut-il, dès lors, être reproché à celle-ci de pas s'être expliquée sur une question qui n'a jamais été présente dans le débat devant les juges du fond, et qui, par conséquent n'a pas été contradictoirement discutée ?

La prohibition des moyens nouveaux est édictée à l'article 619 du code de procédure civile en ces termes :

“Les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation.

Peuvent néanmoins être invoqués pour la première fois, sauf disposition contraire :

1° les moyens de pur droit ;

2° les moyens nés de la décision attaquée”.

MM. Boré rappellent¹ que la prohibition des moyens nouveaux “est une conséquence naturelle de la mission institutionnelle de la Cour de cassation, Cour régulatrice du droit, chargée par la loi de juger les arrêts et non les procès : d'une part, on ne saurait normalement faire grief à la cour d'appel de ne pas avoir pris en considération, dans sa décision, un moyen qui ne lui a pas été soumis, la faculté qui lui est laissée de soulever d'office des moyens de pur droit n'étant point, sauf exception, une obligation (C. pr. civ., art. 12). D'autre part, les textes fondamentaux qui régissent la Cour de cassation lui interdisent toute incursion dans le domaine du fait (V. not. C. pr. civ., art. 604) ; or la majorité des moyens nouveaux est mélangée de fait et de droit. Ils obligeraient le juge à procéder à des constatations ou appréciations de fait étrangères à l'arrêt attaqué, pour déterminer s'ils sont ou non fondés : et ces appréciations échappent à la compétence de la Cour de cassation, dont la mission est seulement de déterminer si le juge du fond a appliqué la loi aux faits qu'il a souverainement constatés. La Cour régulatrice ne peut donc accueillir les moyens nouveaux, à moins qu'ils ne soient de pur droit”.

¹ J. et L. Boré, Rép. Dalloz, Pourvoi en cassation, n°584 -586

Le moyen nouveau peut consister en une argumentation juridique nouvelle non invoquée devant les juges du fond. Il en est ainsi de l'invocation d'une violation de l'ordre public national ou d'une norme supérieure telle la Convention européenne des droits de l'homme (Civ. 1^{ère} 18 septembre 2002, n°99-19.294 ; Civ. 2^{ème}, 5 février 2004, n°02-14.217, Bull. civ. II, n°43).

La Cour européenne des droits de l'homme tient compte de la spécificité du recours en cassation pour admettre, à ce stade, certaines restrictions au droit au procès équitable: *“ Doit être rejetée comme manifestement mal fondée, la requête se plaignant de ce que l'arrêt rendu par la Cour de cassation ne répondait pas clairement aux moyens articulés à l'appui du pourvoi dès lors qu'il ressort clairement de cet arrêt, auquel les moyens étaient annexés, qu'ils étaient rejetés au motif qu'ils soulevaient des questions de fait et de non de droit”* (CEDH, 20 juin 2000, Nisse c/France, Req. n°47592/99).

Dans sa décision du 16 février 2012, *Tourisme d'affaire c/ France* (Req. n° 17814/10), la Cour européenne admet l'irrecevabilité opposée à un moyen nouveau, après avoir rappelé qu'en pratique *“ le rapporteur indique dans son rapport, lequel est communiqué aux parties, que l'irrecevabilité en raison de la nouveauté du moyen est susceptible d'être relevé par la Cour de cassation”* permettant ainsi aux parties d'en discuter, elle indique qu'*“en jugeant que le moyen litigieux était nouveau, le Cour de cassation n'a ni commis une erreur manifeste d'appréciation ni apporté une limitation excessive au droit d'accès des requérants à un tribunal”*. Elle émet, toutefois, le souhait que le recours à un moyen nouveau soit davantage motivé afin d'éclairer le justiciable et d'aider la Cour européenne à jouer son rôle.

Dans le présent pourvoi, la recevabilité a été expressément contestée par la défenderesse au pourvoi.

Les points 29 à 31 de la décision *“Tourisme d'affaire”* paraissent présenter un intérêt particulier : *“Il reste que, dans les circonstances de l'espèce, la Cour ne saurait déduire de cette motivation laconique que la Cour de cassation aurait commis une erreur manifeste d'appréciation. En effet, il ressort de son arrêt, d'une part, que la seconde branche du moyen unique a été examinée à la lumière de la première branche, **compte tenu de la solution retenue pour celle-ci dans le cadre d'un examen global des questions juridiques posées par le moyen unique de la requérante et, d'autre part, qu'elle s'est livrée à une appréciation effective du dossier, visant expressément l'arrêt de la cour d'appel et les conclusions de la requérante”***.

Comme il a été précédemment indiqué, la discussion que tend à instaurer le demandeur dans la première branche est, certes, nouvelle mais elle est aussi difficilement dissociable de l'argumentation développée dans les branches suivantes, toutes procédant de la même idée: le litige devrait être réexaminé à la lumière de la nouvelle règle de fond posée par la décision du Tribunal des conflits.

Peut-on parler d'un moyen de pur droit ?

Selon MM. Boré “(...)devant le juge de cassation, le moyen de pur droit est celui qui ne met en jeu aucun fait qui ne soit constaté par la décision attaquée (Civ. 3e, 9 juin 2004, n° 03-70.053 , Bull. civ. III, n° 116 - Soc. 16 févr. 2005, n° 03-40.721 , Bull. civ. V, n° 56. - Com. 4 avr. 2006, n° 05-13.277 , Bull. civ. IV, n° 91. - Civ. 1^{er}, 9 avril 2013, n° 11-27.071 , D. 2013. 1100, avis Chevalier)”.

La distinction (quelquefois délicate) du moyen de pur droit de celui mélangé de fait et de droit est ancienne.

Déjà, en 1903, E. Faye écrivait : *“Le moyen n'est en effet nouveau que dans la forme où il est présenté ; au fond, il a été implicitement invoqué ; les parties, en précisant l'objet de leur demande et en exposant les faits qui lui servent de fondement, ont mis le juge en demeure de se prononcer conformément à la loi, en lui laissant le soin de rechercher lui-même, comme c'est son devoir, le texte applicable. C'est ce qu'on appelle un moyen de pur droit, parce qu'il ne peut prendre pour base aucun fait qui n'ait pas été expressément soumis à l'appréciation des juges [...]. L'aspect du débat ne peut en être modifié en quoi que ce soit ; le moyen doit forcément résulter des seuls faits relevés dans le jugement [...] ; il faut, en un mot, qu'il ait été dans la cause”² .*

Pour apprécier si elle est en présence d'un moyen de pur droit, la Cour de cassation est placée devant l'alternative suivante :

- Il s'agit d'appliquer à des faits constants la règle de droit appropriée: le moyen est de pur droit ;
- elle doit se livrer à une appréciation des faits pour déterminer la règle de droit applicable : le moyen est mélangé de fait et de droit.

De manière très générale pour l'ensemble des formations de la Cour de cassation, l'existence d'un moyen de pur droit est appréciée restrictivement. Même un moyen d'inconventionnalité, proposé pour la première fois devant celle-ci, n'est pas considéré de pur droit mais mélangé de fait et de droit.(Civ. 1^{ère} 25 mai 2004, n°01-17.805, Bull civ I n° 154 ; 12 mai 2010, n°09-10.636, Bull. civ I, n°115 ; Civ. 2^{ème} 2 fév.2012, n°10-25.071; Civ. 3^{ème} , 23 juin 2010, n°09-13.516, Bull. civ.III, n°131 ; Com. 13 avril 2010, n°09-13.712, Bull. civ IV, n°76 ; Soc. 10 janvier 2012 n°10-28.027, Bull civ V, n°3)

A, cependant, été estimé comme un moyen de pur droit celui qui invoque une atteinte à **la substance même du droit d'accès au juge** et n'appelle la prise en considération d'aucun élément de fait qui ne résulterait pas des constatations de l'arrêt : ce sera le cas des conditions de recevabilité d'un recours qui en restreindraient l'exercice au point que le droit d'accès au juge se trouverait atteint dans sa substance même, nonobstant l'absence d'absolutisme du droit à un tribunal, dont le droit d'accès concret

²E. Faye , La Cour de cassation, éd. La mémoire du droit, 1903, spéc. n° 126

et effectif constitue un aspect (Civ.1^{ère}, 9 avr. 2013, n° 11-27.071, Bull. Civ.I, n°66, pour un délai de contestation d'une décision courant à compter de son prononcé sans que soit assurée l'information des personnes admises à la contester). Mais cette décision, qui introduit une dérogation dans le cas de privation du droit à un recours, au sens conventionnel, notamment lorsque sont en cause les conditions de recevabilité d'un recours juridictionnel, remet-il en cause le principe général d'irrecevabilité du moyen nouveau, serait-il fondé sur une violation de dispositions conventionnelles ?

En l'espèce, ce n'est pas un principe conventionnel qui est invoqué par le demandeur mais une simple évolution de jurisprudence interne dans des instances distinctes.

A aucun moment de la procédure et pour des raisons évidentes, le SIAH n'a invoqué le fait que le droit de propriété n'était pas éteint. Dès lors, à partir des faits soumis à leur appréciation, à quel titre les juges auraient-ils dû rechercher un élément qui, à l'époque à laquelle ils ont statué, n'entraîne en ligne de compte ni pour la détermination de l'existence de la voie de fait ni dans l'appréciation de la réparation.

Dès lors, à partir de ce qui vient d'être exposé, peut-on conclure que le moyen "était dans la cause" ? La redéfinition par le Tribunal des conflits de la voie de fait postérieurement à la décision attaquée est-elle de nature à opérer transmutation d'un moyen, qui aurait été normalement nouveau, en moyen de pur droit, dès lors que la Cour de cassation trouverait dans les constatations des juges du fond les éléments suffisants pour se prononcer sur l'extinction ou non du droit de propriété ?

En réalité, on peut se demander si, en l'espèce, il est vraiment approprié de procéder à un examen séparé de la recevabilité de chaque branche et s'il n'est pas judicieux d'appréhender globalement le moyen, indépendamment de l'ordre dans lequel ont été présentées ses branches. Il est manifeste qu'elles ont en commun d'être fondées sur l'intervention, postérieure à l'arrêt attaqué, de la décision du Tribunal des conflits Bergoend détaillant le type d'examen auquel devrait se livrer à l'avenir le juge pour examiner si les nouvelles conditions de la voie de fait sont réunies et, partant, pour retenir ou décliner la compétence de la juridiction judiciaire. Comme il a été exposé précédemment, l'application des principes dégagés par le Tribunal des conflits conduirait dorénavant le juge judiciaire à déterminer en premier lieu si l'acte de l'autorité publique se rattache ou non à un pouvoir appartenant à celle-ci (2^{ème} et 3^{ème} branches du moyen), incluant le sort particulier accordé à l'ouvrage public, et dans une seconde étape, à examiner s'il a eu pour effet une extinction du droit de propriété (1^{ère} branche du moyen).

Dès lors, l'examen du sort à réserver, en terme de recevabilité, à la première branche pourrait raisonnablement être considéré comme indissociable de l'étude de la recevabilité des deux autres branches, étant observé qu'à tout le moins, la deuxième branche porte sur la question de la rattachabilité ou non de la construction litigieuse à un pouvoir de l'autorité publique, laquelle a été, contrairement à celle de l'extinction du droit de propriété, au coeur de toute la discussion instaurée devant les juges du fond et que l'arrêt de cassation avait tranchée. Mais alors une toute autre difficulté se pose.

B) S'agissant des deuxième et troisième branches:

A partir des énonciations de l'arrêt, selon lesquelles la prise de possession par le SIAH, sans titre, de terrains appartenant à la SADIM était manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'administration, dès lors qu'elle devait s'effectuer au travers de moyens légaux et, à défaut, ne se rattachait pas au pouvoir donné à l'administration de construire le bassin de retenue, le demandeur :

- dans la deuxième branche du moyen, invoque une violation par l'arrêt attaqué de l'article 545 du code civil, en ce que le SIAH, chargé de gérer le territoire des communes adhérentes sur le plan hydraulique et de les protéger contre les inondations, disposait du pouvoir de réaliser le canal litigieux pour relier le bassin régulièrement construit au cours d'eau avoisinant et que la circonstance qu'il ait irrégulièrement construit cet ouvrage public sur la propriété de la SADIM ne faisait pas sortir cet acte du champ de ses prérogatives.

- dans la troisième branche, se référant un principe selon lequel l'implantation, même sans titre, d'un ouvrage public sur le terrain d'une personne privée ne procède pas d'un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'administration, fait grief à l'arrêt de ne pas avoir recherché si le canal litigieux, aménagé depuis près de vingt ans, était un accessoire indispensable à la fonctionnalité du bassin de rétention, de sorte que sa construction, même irrégulière, se rattachait aux pouvoirs dévolus au SIAH de réaliser le bassin de retenue.

Le demandeur tend à réactiver, en se fondant sur la nouvelle définition de la voie de fait issue de la décision Bergoend, la solution adoptée par la première cour d'appel le 14 mars 2008 qui, en substance, avait retenu, pour écarter la voie de fait que :

- la circonstance que les travaux d'édification du canal aient été réalisés sans titre juridique constitué, soit par une autorisation du propriétaire, soit par la mise en oeuvre de la procédure d'expropriation, n'autorise pas pour autant à les qualifier de voie de fait ;

- la réalisation sur la propriété de la SADIM, de ce canal destiné à capter les eaux du Petit Rosne, s'est inscrite, tout comme celle du bassin de retenue, dans le contexte d'une situation géographique et hydraulique identique, les deux ouvrages étant en réalité complémentaires, voire inséparables ;

- les travaux avaient été entrepris accessoirement à ceux pour lesquels le SIAH bénéficiait d'un titre résultant de la procédure de déclaration d'utilité publique et d'expropriation régulièrement diligentée aux fins de réalisation du bassin de retenue ;

Elle en déduisait que l'opération litigieuse de construction du canal n'est pas irrattachable aux pouvoirs dont disposait légitimement le Syndicat Intercommunal en vue de l'aménagement hydraulique des vallées du Croult et du Petit Rosne ;

Or, l'arrêt de cassation du 5 mai 2010 censure cette décision, sans ambiguïté, pour ne pas avoir retenu la voie de fait, dès lors qu'il résultait des constatations des juges que :

- les travaux d'édification du canal sur la propriété de la SADIM avaient été réalisés sans titre, ce canal n'ayant été édifié qu'en vertu d'autorisations successives d'occupation temporaire consenties en vue d'effectuer des dépôts de matériaux et de permettre la circulation des engins de chantiers et tous aménagements de chantier nécessaires à l'opération de construction du bassin de retenue des eaux ;

- la construction du canal sur une propriété privée ne se rattachait pas au pouvoir donné à l'administration de construire ce bassin.

La cour d'appel de renvoi s'est, sans aucun doute possible, conformée à l'arrêt de cassation.

Par son premier moyen, le demandeur invite donc clairement la Cour de cassation à se déjuger et à revenir radicalement sur la solution adoptée lors du précédent pourvoi, en se fondant sur une décision du Tribunal des conflits, extérieure au procès en cause, rendue postérieurement à l'arrêt statuant sur renvoi et modifiant son interprétation d'une règle de fond qu'il avait lui-même forgée, commandant ainsi une nouvelle répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, appliquée, en l'espèce, ensuite par deux chambres de la Cour de cassation, reprenant les considérants de principe de la décision Bergoend.

Se pose donc une question préalable, portant sur la recevabilité d'un tel moyen de cassation.

Il convient d'examiner l'état de la doctrine de la Cour de cassation sur la recevabilité du moyen visant à contester les dispositions de l'arrêt de la cour d'appel de renvoi ayant statué en conformité avec l'arrêt de cassation. Cette doctrine sera appréhendée sous deux aspects: le cas général du moyen qui invite simplement la Cour de cassation à revenir sur sa doctrine, le cas particulier du moyen qui se fonde sur une modification du droit positif survenue postérieurement à l'arrêt rendu sur renvoi.

1°) L'état de la doctrine de la Cour de cassation : irrecevabilité du moyen

-Rappel des principes généraux en matière de renvoi après cassation :

L'article 638 du code de procédure civile confère une plénitude de juridiction à la cour d'appel à laquelle est renvoyée l'affaire par l'arrêt de cassation "*L'affaire est à nouveau jugée en fait et en droit par la juridiction de renvoi à l'exclusion des chefs non atteints par la cassation*". Elle n'est pas tenue de s'incliner devant la solution adoptée par l'arrêt de renvoi.

Dans le cas où la cour de renvoi diverge de cette solution et qu'à l'appui d'un nouveau pourvoi sont soulevés les mêmes moyens, l'article L.431-6 du code de l'organisation judiciaire prévoit le renvoi de l'affaire devant l'Assemblée plénière dont la décision s'impose à la nouvelle juridiction de renvoi, mettant un terme définitif à la question de droit en discussion (art. L.431-4 du même code).

Aucun texte ne règle le sort à réserver au moyen soulevé à l'occasion d'un nouveau pourvoi formé contre l'arrêt de renvoi. Très logiquement, si le pourvoi porte sur une question non précédemment soulevée devant la Cour de cassation, les moyens ne sont donc pas identiques et le pourvoi suivra l'orientation habituelle vers la chambre dont relève la question posée.

En revanche, se pose la question de la recevabilité du moyen du demandeur au second pourvoi, défendeur au premier pourvoi, qui reprend la motivation censurée par l'arrêt de cassation dans le but de voir la Cour de cassation revenir à la solution adoptée par la première cour d'appel, et, par conséquent, se déjuger.

- Principe de l'irrecevabilité d'un même moyen visant la disposition de l'arrêt de renvoi qui suit la doctrine de l'arrêt de cassation :

Par un arrêt du 17 janvier 1835 (Rec.Sirey, 1835, p. 307), la chambre criminelle a jugé que "*(...) l'arrêt attaqué a adopté, sur ce moyen, la doctrine de l'arrêt de la Cour de cassation précité, et a rejeté le moyen produit par le sieur Parmentier sur cette question ; que, dès lors, ce dernier ne peut être recevable à présenter et faire valoir le même moyen devant la Cour (...)*" »

puis le contraire, par un arrêt du 21 février suivant (Bull. crim. 1835, n° 64) « *(...) aucune disposition législative ne s'oppose à ce qu'une partie qui a figuré dans un précédent pourvoi comme défenderesse, se présente ensuite comme demanderesse en cassation contre l'arrêt intervenu par suite de l'arrêt de cassation rendu sur le pourvoi de l'autre partie ; et que cette hypothèse n'est point celle prévue par l'art. 440, Cod. Inst. Crim. ; d'où il suit que le pourvoi d'Elisabeth H... est recevable (...)* ». Dans ses conclusions , le

procureur général Dupin, cité par le professeur Molfessis³, notait : « *quelle est la chose demandée devant la Cour de cassation ? Ce n'est jamais le fond du procès, c'est la cassation de tel arrêt. Si l'arrêt attaqué n'est pas identiquement le même, la chose demandée n'est pas la même ; c'est un nouveau pourvoi, un nouveau procès en cassation, et par conséquent il n'y aucune autorité de la chose jugée* ».

Le Professeur Hebraud indique, en 1971⁴, que « *la question ne semble plus jamais avoir été remise en discussion depuis lors, et la Cour de cassation a toujours accueilli la recevabilité du pourvoi, lorsque cette situation, assez rarement d'ailleurs, s'est présentée devant elle* ».

Toutefois, par un arrêt de chambre mixte du 30 avril 1971 (n°61-11.829, Bull Ch mixte n°8), la Cour de cassation a consacré la solution initialement retenue par la première décision de janvier 1835. Se fondant sur une interprétation a contrario de l'ancien article 15, alinéa 1er, de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation aux termes duquel « *lorsque, après cassation d'un premier arrêt ou jugement rendu en dernier ressort, le deuxième arrêt ou jugement rendu dans la même affaire entre les mêmes parties procédant en la même qualité est attaqué par les mêmes moyens, le premier président saisit l'assemblée plénière par ordonnance de renvoi (...)* » elle a, en effet, jugé :

« (...) *Mais attendu que l'arrêt attaqué a été rendu sur renvoi, après annulation par la Cour de cassation d'une décision qui avait estimé que la base du calcul des cotisations ne pouvait être inférieure à ce minimum ;
Que la cour d'appel a suivi la doctrine de l'arrêt de la Cour de cassation ;
Que le moyen se borne à reprendre les motifs de la décision annulée ; or attendu que l'article 15 de la loi du 3 juillet 1967 prévoit la possibilité de saisir la Cour de cassation, laquelle doit alors statuer en Assemblée plénière, lorsque le deuxième arrêt est rendu dans la même affaire, entre les mêmes parties procédant en la même qualité, est attaqué par les mêmes moyens ;
Qu'au contraire, la Cour de cassation ne peut être appelée à revenir sur la doctrine affirmée en son premier arrêt lorsque la juridiction de renvoi s'y est conformée ;
Qu'il en résulte que n'est pas recevable le moyen par lequel il est seulement reproché à la cour de renvoi d'avoir statué en conformité de l'arrêt de cassation qui l'a saisie* ».

En l'espèce, postérieurement à l'arrêt de renvoi rendu après cassation par la 2ème chambre civile et en conformité avec cette décision, était intervenu, dans une autre

³ N. Molfessis, « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents » ; RTD civ, 2003, p. 567.

⁴ P. Hébraud, « De l'autorité de la Cour de cassation dans la formation de la jurisprudence : irrecevabilité du pourvoi formé contre l'arrêt de renvoi qui suit la doctrine de l'arrêt de cassation », RTD civ., 1971, p. 691, citant des arrêts de la chambre criminelle du 2 mai 1956 (Bull. crim. 1956, n°337) et de la 1^{ère} chambre civile du 11 mars 1968 (Bull. 1968, I, n°165).

affaire, cinq ans plus tard, un arrêt de la chambre sociale jugeant en sens contraire le même point de droit, solution dont se prévalait le demandeur dans son pourvoi contre l'arrêt de renvoi.

Les conclusions du premier avocat général Lindon⁵, préconisant la solution d'irrecevabilité, méritent d'être partiellement rappelées, en raison de la pérennité des questions qu'il mettait en lumière ;

(...) Si vous cassez, vous suivrez assurément la dernière jurisprudence et vous n'encourrez pas le reproche d'effectuer un nouveau revirement, mais, en revanche, La Rayonnante, ce justiciable qui a obtenu de votre Cour, en 1959, un arrêt favorable, qui a obtenu de la cour de renvoi un arrêt conforme, ce même justiciable, dans la même affaire, sur le même point de droit, et alors que l'absence de rébellion de la cour de renvoi exclut le recours à l'Assemblée plénière, vous lui donnerez tort en 1971.

Si vous rejetez, assurément, toutes ces complications disparaîtront, mais, après que la Deuxième Chambre civile aura jugé blanc en 1959, et que la Chambre sociale aura jugé noir en 1966, la Chambre mixte reviendrait au blanc en 1971 (...) » « (...) quelle que soit votre décision au fond vous exposerez la Cour à être, de la part de l'opinion, l'objet d'un reproche grave d'inconséquence (...) ».

« (...) Ce sont ces considérations qui m'ont incité à penser que, si l'application des principes devait conduire à de telles conséquences, c'est que les principes n'étaient, en l'espèce, d'accord ni avec le bon sens ni avec les réalités. Et, en effet, le pourvoi de l'U.R.S.A.F. est fondé tout entier sur l'espérance que, dans la même affaire entre les mêmes parties, la Cour pourrait, par rapport à un arrêt antérieur rendu dans cette affaire et entre ces parties, sans rébellion de la cour de renvoi et sans recours à l'Assemblée plénière, opérer un changement de jurisprudence.

Et c'est cela qu'il ne me paraît pas possible d'admettre. Le souci d'une bonne administration de la Justice ne doit pas permettre que la même juridiction, dans la même affaire, puisse donner raison à l'un et ensuite lui donner tort.

Que les conséquences d'un changement de jurisprudence se fassent sentir dans deux affaires différentes, cela est normal : mais qu'en dehors de l'intervention de l'Assemblée plénière, ce changement se produise dans la même affaire entre les mêmes parties, cela n'est pas normal.

Et j'ai ainsi été conduit à l'idée que, pour empêcher de telles inconséquences, il fallait admettre que le pourvoi était irrecevable, comme tendant à un objet qui prolongerait indéfiniment le procès et qui dépouillerait de toute sécurité les justiciables (...) ».

Pour conclure à l'irrecevabilité, deux arguments lui paraissaient dirimants :

⁵ JCP G, 1971, II, 16800

- la sécurité juridique : « (...) Si un tribunal ou une cour d'appel a jugé un point de droit au cours d'un procès entre Primus et Secundus, dans un certain sens, la même juridiction ne pourra, dans le même litige, juger ce même point de droit dans un sens contraire. C'est là une règle pour assurer aux justiciables la sécurité dont il ont besoin et ne pas prolonger indéfiniment les procès (...) »

- les nécessités d'une bonne administration de la Justice : « (...) si, aujourd'hui, vous admettez la recevabilité du moyen dont vous êtes saisis, si vous permettez aux avocats d'invoquer la précédent que vous aurez créé de façon explicite, ce n'est pas une porte que vous ouvrirez, mais une écluse. En effet, avec tous ces plaideurs que n'effraient ni la longueur ni le coût des procès, les compagnies d'assurances, les grandes entreprises, les collectivités, les Caisses de sécurité sociale et l'U.R.S.S.A.F., les procès prendront l'allure de ces matchs de tennis internationaux qui se jouent en cinq sets. Si l'on perd un procès en cassation, si l'on perd encore devant le juge de renvoi, on fera un nouveau pourvoi, avec l'espoir de gagner le troisième set, ce qui, automatiquement, offrira l'occasion de jouer un quatrième set devant le nouveau juge de renvoi et un cinquième devant votre Cour siégeant en Assemblée plénière.

Cette méthode cumulera tous les inconvénients ; les procès seront marqués du signe de l'incertitude jusqu'après votre décision ; ils dureront entre huit et dix ans ; et enfin, votre Cour verra augmenter de je ne sais quel pourcentage, et de façon stérile, le nombre des pourvois ; car vous vous exposerez à rejuger deux fois ou trois toutes les affaires dans lesquelles l'une des parties est un de ces organismes qu'on appelle à la Bourse établissements institutionnels, et qu'on peut appeler au Palais les plaideurs de main-morte (...) ».

Cet arrêt de 1971 a donné lieu à un certain nombre d'objections de la doctrine mettant en avant la fragilité, voire l'absence d'un véritable fondement textuel, contestant l'interprétation *a contrario* donnée à l'article 15, 1er alinéa de la loi du 3 juillet 1967,⁶ évoquant la prééminence en réalité conférée à des considérations "de politique judiciaire tenant à la sécurité juridique ainsi qu' à la bonne administration de la justice"⁷ ou "une solution portée par des arguments de cohérence"⁸.

MM. Boré⁹ notent :

⁶ F. G'Sell- Macrez, "Retour sur la portée des revirements de jurisprudence: à propos des arrêts La Briocherie et Centea rendus le 21 décembre 2006": Rev. Lamy, Droit des affaires, n°14, avril 2007, n°882, p. 35 -L. Huet et C. Ruet, Baux commerciaux, Defrénois, 15 mars 2007, n°5, p. 363 - J. Héron et T. Le Bars, droit judiciaire privé, Montchrestien, Ed.2012, n°154

⁷ R.de Gouttes, concl. sous Ass. Plénière du 21 décembre 2006 (v. Infra)

⁸P. Deumier, "La "doctrine" de la Cour de cassation: opinion ou précédent.", RTD, civ. 2006, p.73.

⁹ J. et L. Boré, La cassation en matière civile, Dalloz 2009-2010, n°133-13.

“ (...) déduite a contrario des termes de l'article 15 de la loi de 1967, par une interprétation audacieuse, cette solution se justifie moins par des raisons d'ordre juridique que par des raisons pratiques. Les procès doivent avoir une fin et il est peu satisfaisant qu'un débat de droit déjà tranché puisse être perpétuellement recommencé devant la Cour suprême, à la requête de plaideurs infatigables et obstinés, pour qui les frais ne comptent pas. Il serait également fâcheux, pour la dignité de la Cour régulatrice du droit, que celle-ci puisse dire deux fois le droit en sens contraire, dans le même procès (...) »
 « (...) il peut y avoir quelque injustice, si un revirement de jurisprudence est intervenu entre-temps, à ce que le plaideur déjà jugé ne puisse en bénéficier, en formant un pourvoi contre l'arrêt de la juridiction de renvoi. Aussi plutôt que de fulminer une irrecevabilité dont le fondement textuel est incertain, la Cour de cassation pourrait se contenter de rejeter au fond les pourvois qui l'invitent à revenir sur sa doctrine lorsqu'elle ne le désire pas (...).

La solution d'irrecevabilité a été confirmée à de multiples reprises par l'ensemble des chambres de la Cour de cassation (plus de 200 fois en vingt - cinq ans avait dénombré le professeur Molfessis en 2003 ¹⁰) :

On se bornera à citer :

- Ass. Plén. 9 juillet 1993, n°89-19. 211, Bull., Ass. Plén. n°13 : « Mais attendu que la juridiction de renvoi s'étant conformée, sur ce point, à l'arrêt de cassation, le moyen est irrecevable » ;

- Civ.1ère, 19 déc. 2012, n° 11-25.996 : « Attendu qu'en retenant, par motifs propres et adoptés, qu'en l'absence d'erreur matérielle, l'autorité de chose jugée du jugement d'adoption s'étend aux dispositions relatives au nom, la cour d'appel de renvoi a statué en conformité de l'arrêt de cassation qui l'avait saisie ; d'où il suit que le moyen, qui appelle la Cour de cassation à revenir sur la doctrine affirmée par son précédent arrêt, est irrecevable » ;

- Civ.2ème, 26 oct.2000, n° 98-19.387, Bull. Civ,II, n°145 : « Mais attendu que le grief, pris en sa première branche, dès lors qu'il invite la Cour de cassation à revenir sur la doctrine de son précédent arrêt, alors que la juridiction de renvoi s'y est conformée, est irrecevable » ;

- Civ 3ème, 3 janvier 2006, n°05-14-380 : « (...) la cour d'appel de renvoi a statué en conformité de l'arrêt de cassation qui l'avait saisie ; D'où il suit que le moyen, qui appelle la Cour de cassation à revenir sur la doctrine affirmée par son précédent arrêt, est irrecevable » ;

- Com. 9 juillet 2002, n°99-12.554, Bull. Civ IV, n° 121 : « Mais attendu que la cour

¹⁰ N. Molfessis, “ Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents” , RTD civ. 2003, p. 567.

d'appel, qui s'est bornée à appliquer la doctrine de la Cour de cassation, n'a pas encouru le grief du moyen ; que celui-ci est irrecevable » ;

- Soc. 7 avril 2004, n°02-40.725, Bull.Civ 2004,V, n°113 : *“ Mais attendu que le cour de renvoi a statué en conformité de l'arrêt de cassation qui l'a saisie, ne saurait être accueilli” ;*

- Crim. 22 juin 1993, n° 91-85.300, Bull Crim n°218 : *« Attendu que, la cour de renvoi ayant ainsi statué en conformité de l'arrêt de cassation qui l'avait saisie, le moyen, qui appelle la Cour de Cassation à revenir sur la doctrine affirmée par son précédent arrêt, n'est pas recevable » ;*

- Crim.15 oct 1997, n° 96-84.280, Bull. Crim. n°331 *“Que le moyen, irrecevable en ce qu'il reproche à la Cour de renvoi d'avoir statué en conformité de l' arrêt de cassation qui l'a saisie, ne saurait être accueilli”.*

- Interposition d'une modification du droit positif :

----> 1^{ère} hypothèse : l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi, postérieurement à l'arrêt rendu sur renvoi qui modifie la règle de droit telle qu'elle avait été appliquée par la décision frappée de pourvoi.

La loi est en principe d'application immédiate mais n'a pas d'effet rétroactif: *“l'application d'une loi nouvelle aux instances en cours ne concerne que les instances au fond, entendues de celles soumises aux premier et second degrés de juridiction. Une loi déclarée applicable aux instances en cours l'est à celles pendantes en première instance ainsi qu'à celles qui le sont en appel, quand bien même le jugement de première instance aurait été rendu sur le fondement de la loi ancienne. C'est par l'arrêt d'appel que s'achève l'instance en cours”¹¹.*

Sont, par conséquent, exclues les instances pendantes devant la Cour de cassation :

“ Aussi, l'instance devant la Cour de cassation n'est pas une instance en cours au sens des dispositions transitoires ; la loi nouvelle applicable aux "instances en cours" ne saurait être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation. L'interprétation vaut qu'il s'agisse de rétroactivité ou d'effet immédiat (...) L'explication est traditionnellement avancée suivant laquelle la Cour de cassation, n'étant pas un troisième degré de juridiction, n'a pas pour mission de juger le litige mais seulement les décisions qui lui sont déférées”¹² (ex : Ch. Soc ; 21 sept 2011, n° 10-14.320).

¹¹ S. Gaudemet: JurisClasseur Civil code, art.2, fasc 30, n°24

¹² Ibidem n°25

Cependant, le législateur peut écarter ces principes qui sont à valeur législative en matière civile (à la différence de la matière pénale où elles sont à valeur constitutionnelle), en prévoyant que la nouvelle loi sera applicable aux instances en cours mais également devant la Cour de cassation (ex : l'article 47 de la loi n°85 - du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation, (Civ 2^{ème}, 2 oct. 1985, n°84-13.469, Bull.civ.II, n°143, Ass. Plén. 25 oct. 1985, n° 84-15.140, Bull. Ass.plén. n°5).

Dès lors, dans ce cas où le législateur a expressément voulu que la loi nouvelle s'applique aux instances pendantes devant la Cour de cassation, quelle solution à adopter dans l'hypothèse d'un pourvoi formé contre un arrêt, statuant sur renvoi, qui serait conforme à la doctrine de l'arrêt de cassation rendu avant intervention de la loi nouvelle?

----> 2^{ème} hypothèse: l'interposition d'un renversement d'une jurisprudence de la Cour de cassation.

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a tranché cette question dans une décision du 21 décembre 2006 (pourvois n° 05-11.966 "Centéa" et n°05-17.690 "La Briocherie", Bull. Ass. Plénière 2006, n°14).

Ces deux affaires avaient en facteur commun que le revirement opéré par rapport à la règle appliquée par l'arrêt de cassation, à laquelle s'était conformée la cour d'appel de renvoi, l'avait été par l'Assemblée plénière.

Elles se différenciaient en ce que :

- Dans l'affaire Centéa :

-L'arrêt statuant sur renvoi de cassation le 4 octobre 2004 était intervenu antérieurement à une décision d'Assemblée plénière sur la même question de droit posée dans un autre litige (4 mars 2005, pourvoi n°03-11-725, Bull. 2005, Ass. Plén. n°2)

- Cet arrêt d'Assemblée plénière modifiait la jurisprudence en écartant des dispositions de la législation nationale en raison de leur incompatibilité avec des dispositions communautaires.

tandis que,

- dans l'affaire "La Briocherie", la décision de l'Assemblée plénière (23 janvier 2004, n°02-18.188 Bull. 2004, Ass. plén. n°1) était intervenue antérieurement à l'arrêt statuant sur renvoi (7 juin 2005) d'une cassation prononcée le 1^{er} avril 2003 par la 3^{ème} chambre civile (pourvoi n°01-18.019). L'Assemblée plénière avait décidé, dans un litige identique, d'écarter, sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de

l'homme, l'application d'une disposition législative, qui était celle- là même que la 3^{ème} chambre civile avait appliquée dans l'affaire La Briocherie.

Ces deux affaires présentaient donc des paramètres distincts, mis en relief par le Premier avocat général ¹³qui concluait à la nécessité de "*moduler le régime de l'irrecevabilité en introduisant de nouvelles distinctions de ce régime*", en apportant une dérogation :

" - si l'arrêt de revirement de jurisprudence de l'assemblée plénière a été rendu avant la décision de la cour d'appel de renvoi qui a statué en conformité avec le premier arrêt de cassation l'ayant saisie, l'autorité qui s'attache aux décisions de la plus haute formation de la Cour de cassation devrait faire obstacle à ce qu'une juridiction inférieure statue postérieurement en un sens opposé, même s'il n'y a pas « d'autorité de la chose jugée » procéduralement parlant et même s'il s'agit d'un autre litige simplement similaire.

Il conviendrait donc, dans ce cas, de mettre fin à la solution traditionnelle de l'irrecevabilité ;

- si, en revanche, l'arrêt de revirement de l'assemblée plénière intervient après l'arrêt de la cour d'appel de renvoi la solution de l'irrecevabilité du moyen, telle qu'elle a été consacrée depuis 1971, devrait être maintenue dans son principe.

Mais il y aurait lieu désormais d'apporter une exception à ce principe dans le cas où l'arrêt de revirement de l'assemblée plénière a fait application d'un traité ou d'une norme supranationale primant sur le droit interne, d'applicabilité directe et dont le respect est contrôlé par une juridiction supranationale - tels la Convention européenne des droits de l'homme ou le droit communautaire - et lorsque ce revirement ne porte pas atteinte au principe de sécurité juridique et au droit à un procès équitable, consacrés également par le droit européen. A ces conditions, l'écran de l'irrecevabilité devrait céder devant la primauté et la force de la norme supranationale, au risque, sinon, de voir la responsabilité de l'État susceptible d'être mise en cause pour violation de cette norme.

Cette exception, qui ouvrirait la porte à la recevabilité du moyen par l'effet de la primauté de la norme internationale applicable et même dans le cas d'un revirement postérieur à l'arrêt de la cour d'appel de renvoi, devrait cependant, à mon sens, ne concerner que les arrêts de revirement émanant de l'assemblée plénière, en considération de l'autorité particulière qui s'attache à l'interprétation et l'application des normes et traités internationaux par la formation suprême de la Cour de cassation (...) »

Le rapporteur¹⁴ soulignait la difficulté, au regard de l'article 5 du code civil, prohibant les arrêts de règlement, à conférer une portée obligatoire ou automatique à une solution juridique dégagée dans une autre affaire, évoquant également les pouvoirs conférés au juge de renvoi par l'article 638 du code de procédure civile. Il rappelait qu' "*aucune règle de droit positif ne semble autoriser à attacher des effets juridiques différents aux*

¹³ R.de Gouttes, concl. sous Ass. Plénière du 21 déc.2006,BICC, 1^{er} mars 2007, p.67

¹⁴ D. Loriferne, BICC, n°636, 1^{er} mars 2007, p. 58

revirements de jurisprudence, selon la formation de la Cour de cassation qui en est à l'origine. Sans parler des revirements éventuels des cours supranationales... (...) » et relevait que « (...) sur le plan de l'application du droit, la distinction avancée par le mémoire ampliatif afin de permettre, dans des situations particulières, d'écarter la fin de non-recevoir opposée au moyen, nécessite pour sa mise en œuvre la réunion de plusieurs éléments dont certains pourraient être de nature à conduire la Cour de cassation, saisie du nouveau pourvoi, à procéder à un examen approfondi du fond de l'affaire, voire des faits de l'espèce. Ainsi, pour déterminer la recevabilité du moyen, devraient notamment être appréciés :

- le caractère identique ou similaire de la question posée à la cour de renvoi et de celle tranchée par l'assemblée plénière dans une autre instance (totalement identique, identique pour partie, similaire par analogie ou selon un raisonnement a contrario...);*
- la réalité du revirement de jurisprudence allégué (le rapport du groupe de travail sur les revirements de jurisprudence présidé par le professeur Molfessis relevait à cet égard : « il n'est pas douteux que l'identification des revirements de jurisprudence soulève de considérables difficultés »);*
- la contrariété de la décision de la cour de renvoi à la solution résultant du revirement (totalement contraire, manifestement contraire, partiellement contraire...);*
- les normes retenues par l'assemblée plénière à l'appui de son revirement (une norme unique, plusieurs normes combinées, une hiérarchie de normes...).*

Etc.

Certaines recherches peuvent s'avérer complexes et la question peut se poser de savoir si elles entrent dans le champ de l'examen de la recevabilité d'un moyen développé à l'appui d'un pourvoi (...) ».

L'Assemblée plénière n'a pas suivi le sens des conclusions de l'Avocat général et, dans son arrêt du 21 décembre 2006, a apporté une réponse, commune aux deux pourvois, d'irrecevabilité du moyen :

“(...) que le moyen qui reproche à la juridiction de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt de cassation qui la saisissait, est irrecevable (...)”.

Cette solution d'irrecevabilité a été diversement appréciée par la doctrine.

Elle est approuvée par M. Guyader qui, s'appuyant sur un principe selon lequel la doctrine de la Cour de cassation ne devient incontestable que lorsqu'elle a été consacrée par la juridiction de renvoi et que l'irrecevabilité du moyen empêche le réexamen de l'affaire bien jugée, il rappelle les nombreuses décisions, par lesquelles les diverses formations de la Cour de cassation ont refusé *“l'instrumentalisation de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme pour faire rebondir sans cesse les affaires qui, en leur temps, ont été correctement jugées”*¹⁵.

Certains auteurs critiquent la solution revenant à appliquer une solution obsolète, l'irrecevabilité conduisant à valider une décision devenue contraire au droit positif en son

¹⁵ H. Guyader “ Conditions d'examen des pourvois dirigés contre des arrêts de renvoi conformes à la position déjà acquise” JCP, G, 2007, II, 10016.

dernier état, alors même qu'un revirement de jurisprudence constitue par principe une amélioration du droit et, comme tel, justifierait le réexamen d'affaires délicates¹⁶.

Pour d'autres, la solution d'irrecevabilité heurterait l'article 6 de la Convention européenne ainsi que l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole additionnel en privant le plaideur d'une espérance légitime d'obtenir le gain du procès, reviendrait à faire obstacle à tout rétablissement de la prévisibilité du droit mise en cause par une application rétroactive de la loi au procès en cours, mettant ainsi à mal la sécurité juridique sans pour autant satisfaire à un objectif de bonne administration de la justice en fermant "*au justiciable la possibilité du seul recours en droit interne permettant de corriger un effet rétroactif jugé précédemment non conforme aux exigences de l'article 6 CEDH, faute de motif impérieux d'intérêt général*"¹⁷.

La règle posée par l'Assemblée plénière, dans le prolongement de celle adoptée le 30 avril 1971 par la Chambre mixte est d'application générale par les différentes formations de la Cour de cassation, en cas de moyen visant une disposition de l'arrêt statuant sur renvoi en conformité avec la doctrine de l'arrêt de cassation que le demandeur entend remettre en cause.

- Les indications issues de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme :

La Cour européenne n'a pas été conduite à statuer dans les hypothèses précédemment évoquées. Néanmoins, il semble opportun de rappeler quelques principes qu'elle retient, s'agissant de l'incidence sur la situation des justiciables d'un changement du droit positif en cours d'instance.

La sécurité juridique constitue selon la Cour européenne "*l'un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit*" garanti par l'article 6 de la Convention.

Dans l'affaire Nedjet Sahin et Perihan Sahin contre Turquie (CEDH, gr. ch., 20 oct. 2011, req n°13279/05) portant sur la question de la compatibilité avec le principe du procès équitable d'une divergence de jurisprudence dans l'application de la même règle de droit dans des affaires similaires entre deux juridictions indépendantes et sans rapport hiérarchique entre elles, la Cour rappelle sans ambiguïté son refus de toute immixtion dans l'exercice des fonctions juridictionnelles nationales, le recours individuel « *ne saurait être utilisé comme un mécanisme de traitement ou de résorption des divergences de jurisprudence pouvant surgir en droit interne ni comme un mécanisme de contrôle visant à suppléer aux incohérences décisionnelles des juridictions nationales* ».

Se dégagent de sa jurisprudence les principes généraux suivants :

¹⁶ F. G'Sell- Macrez, "Retour sur la portée des revirements de jurisprudence: à propos des arrêts La Briocherie et Centea du 21 décembre 2006", revue Lamy des affaires, n°15, n° 882, p.35

¹⁷ L. Huet et C. Ruet, Baux commerciaux, Defrénois, 15 mars 2007, n°5, p. 363.

- La sécurité juridique, « *est implicite dans l'ensemble des articles de la Convention* » et constitue « *un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit* » qui fait partie du « *patrimoine commun* » auquel se réfère le Préambule de la Convention et à la lumière duquel doit être interprété le droit à un procès équitable. Elle a pour corollaire les principes de prévisibilité et de confiance légitime (CEDH, 24 juin 2008, *Adamsons c/ Lettonie*, req n°3669/03), à dimension plus subjective.

- l'accessibilité, la clarté et la prévisibilité des dispositions légales et de la jurisprudence assurent l'effectivité du droit d'accès à un tribunal, s'agissant notamment des règles de forme, de délais de recours et de prescription (CEDH de Geouffre de la Pradelle c/ France, 16 décembre 1992, req 12964/87, série A n° 253-B ; CEDH Bellet c/ France, 4 décembre 1995, req n°23805/94 série A n° 333-B ; CEDH Brumarescu, c/ Roumanie , 28 octobre 1999 req n°28342/95, § 61).

- Une divergence de jurisprudence entre deux juridictions « *ne saurait en soi constituer un motif autonome* » de manquement aux exigences de l'article 6, § 1. Ce sont des divergences de jurisprudence persistantes au sein d'une « *structure juridictionnelle hiérarchisée* » et *l'absence de mécanismes permettant de les résoudre [qui] sont de nature, par l'incertitude qu'elles engendrent, à porter atteinte au droit à un procès équitable* (CEDH, 24 mars 2009, *Tudor Tudor c/ Roumanie* req n° 21911/03).

- Un système juridictionnel, comportant une dualité ou une pluralité de juridictions suprêmes « *exemptes de toute soumission à une hiérarchie juridictionnelle commune* » n'est pas en soi contraire à la Convention.

- Il est de l'essence de la jurisprudence d'être évolutive : « *les exigences de la sécurité juridique et la protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas un droit acquis à une jurisprudence constante* » et un revirement de jurisprudence n'est pas en soi contraire à la Convention (CEDH, 18 déc. 2008, *Unedic c/ France*, req n° 20153/04).

- L'interprétation est inhérente à l'exercice de la fonction juridictionnelle : une divergence de solution entre deux juridictions statuant sur la même question juridique à partir de faits semblables n'est que « *le résultat inévitable de ce travail d'interprétation des normes de droit et de leur adaptation aux situations de fait auxquelles elles doivent répondre* » et seule une divergence de jurisprudence résultant d'une décision « *arbitraire* » ou « *déraisonnable* » est de nature à méconnaître l'article 6 §1¹⁸. Cependant, la Cour européenne impose aux cours suprêmes étatiques de motiver leurs revirements de jurisprudence (CEDH *Atanasovski c/ l'ancienne République Yougoslave de Macédoine*, 16 janvier 2010, req n°36815/03) en précisant toutefois, dans l'arrêt *Boumaraf c/ France* du 30 août 2011 (req. n° 32820/08) , que cette exigence de motivation des revirements jurisprudentiels ne s'applique que lorsqu'il existe une « *jurisprudence bien établie* ».

- « *Les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec*

¹⁸ F.Sudre, JCP G, 2012, chron.n°4

soin », mais « *on ne saurait (...) aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé* » (Marckx c/Belgique, 13 juin 1979, Série A, n°3).

- S'agissant de la portée de la rétroactivité d'un revirement de jurisprudence :

- Dans l'affaire Unedic c/France précitée, il s'agissait de l'application d'une nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation, antérieure à la naissance du litige en cause, élevant le plafond des sommes dues aux salariés en cas de procédure collective et la cour d'appel de Paris avait donné gain de cause à un salarié dans le litige l'opposant à l'Unedic. La Cour européenne ne critique pas la motivation retenue par la chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. soc., 26 nov. 2003 n° 01-45.486) qui avait rejeté le pourvoi de la requérante et énonce que « *les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas un droit acquis à une jurisprudence constante* » Le nouvel état du droit concernant une règle de fond introduit par le revirement du 15 décembre 1998, était parfaitement connu des deux parties. Le salarié n'a fait que saisir les juridictions, comme il en avait la possibilité, à la suite d'un arrêt qui lui était favorable et qui lui permettait de revendiquer un complément d'indemnité de licenciement. Si la requérante perçoit comme une injustice le fait que les tribunaux ont donné gain de cause à l'intéressé, cette injustice, estime la Cour, "est inhérente à tout changement de solution juridique" (§ 75). A l'unanimité, la Cour "constate que la requérante n'a subi aucune entrave à l'un des droits garantis par l'article 6, que ce soit l'accès à un tribunal, la certitude quant à l'état du droit au moment où les juridictions internes ont statué, ou le caractère équitable de la procédure. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention" (§ 78).

- Dans l'affaire Legrand c/France (5^{ème} sect., 26 mai 2011, req n°23228/08), la requérante, victime d'une infection nosocomiale qu'elle imputait au médecin qui avait pratiqué une intervention chirurgicale, s'était désistée en 2001 de sa constitution de partie civile devant le tribunal correctionnel pour adopter une autre stratégie devant le tribunal civil, fondée sur la mise en cause de la responsabilité contractuelle du praticien qui était relaxé dans l'instance pénale mais condamné, dans l'instance civile, par la cour d'appel à indemniser la demanderesse. Se fondant sur un revirement de jurisprudence, faisant suite à des divergences entre plusieurs formations de la Cour, opéré dans une autre instance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 7 juillet 2006 (n°04-10.672, Bull Ass Plén n°8) d'où il résultait que les demandeurs devaient présenter l'ensemble de leurs moyens dès leur première demande, le médecin formait un pourvoi. Appliquant la nouvelle jurisprudence, très largement postérieure à la naissance du litige (Contrairement à l'affaire Unedic c/France), la Cour de cassation frappa d'irrecevabilité l'action de la patiente au civil.

Les arguments de la requérante devant la Cour européenne ont tous été écartés :

- quant à la prévisibilité : réfutant l'argument selon lequel l'accès à un tribunal aurait été substantiellement entravé en raison de l'application immédiate d'un revirement de jurisprudence dans son affaire en cours, qui avait conduit la Cour de cassation à juger rétroactivement l'irrecevabilité de sa demande devant la juridiction civile, faisant ainsi obstacle à la réparation de son préjudice, la Cour européenne constate que le revirement

intervenue en assemblée plénière, à la suite de divergences apparues en 2004 entre plusieurs chambres de la Cour, était parfaitement connu de toutes les parties, lorsque le médecin a formé son pourvoi et juge qu'il n'existait aucune incertitude sur l'état du droit lorsque la Cour de cassation a statué. En outre, elle estime que le revirement jurisprudentiel litigieux, n'aurait pas eu pour effet de priver les requérants de leur droit d'accès à un tribunal en raison de la non remise en cause de la saisine du juge pénal.

Ces deux assertions ont suscité la perplexité d'une partie de la doctrine¹⁹, faisant valoir, d'une part, le paradoxe consistant, au nom de la sécurité juridique, à modifier en cours de partie les règles du jeu processuel, privant en conséquence la victime de toute indemnisation d'un préjudice pourtant non contesté, d'autre part, par l'appréciation qui a été faite de la prévisibilité, alors même que le désistement dans l'instance pénale, qui allait s'avérer avoir des effets dévastateurs pour la victime, était bien antérieur à l'évolution jurisprudentielle initiée en 2004.

La Cour européenne, dans sa décision *Barras c/France* du 17 mars 2015 (req. n° 12686/10), à propos de l'application qui a été également faite au requérant du revirement opéré le 7 juillet 2006 par l'Assemblée plénière, confirme les principes de la décision *Legrand* précitée.

La Cour européenne laisse aux juridictions internes le choix de l'application rétroactive d'une nouvelle règle jurisprudentielle et le soin de décider "*si les impératifs de bonne administration de la justice, de sécurité juridique et de loyauté procédurale*" commandent une application aux instances en cours.

On pourrait aussi se demander dans quelle mesure la personne dont le droit à réparation est reconnu par un arrêt de renvoi statuant, conformément à la doctrine de l'arrêt de cassation ne constituerait pas une "*espérance légitime*" de concrétisation, au sens conventionnel, alors même que le dit arrêt de cassation avait jugé en appliquant une jurisprudence bien établie, soudainement remise en cause.

La récente décision de la Cour européenne des droits de l'homme *Mottola c/Italie* du 4 févr. 2014, (req n° 29907/07) est intéressante à cet égard.

La Cour confirme qu'un revirement de jurisprudence peut « *vider de toute substance l'espérance légitime des requérants* » de se voir reconnaître une créance (§ 58). Le revirement de jurisprudence du Conseil d'État italien avait privé les requérants de la possibilité d'obtenir une décision de justice reconnaissant leur droit au versement de contributions sociales.²⁰

S'agissant du présent pourvoi, à supposer que la décision de la cour d'appel de renvoi, statuant en conformité avec l'arrêt de cassation, appliquant une jurisprudence bien établie sur l'existence d'une voie de fait commandant un droit à réparation, ait pu faire naître chez la SADIM une "*espérance légitime*", la situation est cependant très spécifique puisque l'application d'une règle nouvelle n'aurait pas pour conséquence de la priver d'un droit à réparation mais, éventuellement, d'en transférer l'appréciation à une autre juridiction.

¹⁹ O. Bachelet, " Champ temporel des revirements de jurisprudence: la sévérité de la Cour européenne", *Dalloz actualité*, 1^{er} juin 2011

²⁰ K. Blay Grabarczyk "L'espérance légitime au versement d'une pension de retraite", *JCP* 2014, G, 247

L'éclairage de la jurisprudence de la Cour européenne ne paraît pas décisif sur la réponse à donner au problème de recevabilité dans le présent pourvoi, peut-être en raison de la latitude qu'elle reconnaît aux Etats dans le choix des modalités d'application d'une jurisprudence nouvelle, du caractère polysémique du concept de sécurité juridique, lequel peut souvent d'ailleurs être invoqué tant par l'une des parties que par l'autre, selon l'endroit où elles placent à leur avantage le curseur dans le cours de l'instance, mais également en raison de la confrontation entre deux exigences à concilier : sécurité juridique et nécessaire flexibilité de l'interprétation jurisprudentielle²¹.

Certes, comme le soulignent, à propos de la rétroactivité du revirement dans le temps, MM Ghestin et Goubeaux²² : « *Les inconvénients ne peuvent cependant suffire à condamner la Cour de cassation à l'immobilisme, ni a fortiori l'empêcher de rectifier les erreurs d'interprétation qu'elle a pu commettre. Il lui appartient d'évaluer dans chaque cas, les avantages et les inconvénients de la règle nouvelle, en tenant compte des perturbations résultant de son effet rétroactif* ».

C'est d'ailleurs ainsi que la Cour de cassation refuse de conférer un droit acquis à « *une jurisprudence constante, dont l'évolution relève de l'office du juge dans l'application du droit* » (2^{ème} civ., 8 juill. 2004, n°03-14.717, Bull civ II n°361) mais elle s'est reconnue, certes de manière exceptionnelle, la possibilité de moduler dans le temps les effets d'un revirement (Civ 2^{ème} 8 juil. 2004, 01-10.428, Bull. Civ II, 2004, n°387, Ass. Plén. 21 décembre 2006, n°00-20.493, Bull. ass. plén. n°15.

“Mais attendu que les dispositions de l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881 instaurent, pour les actions fondées sur une atteinte au respect de la présomption d'innocence, un délai de prescription particulier qui déroge au droit commun de la prescription des actions en matière civile ; que ces dispositions, d'ordre public, imposent au demandeur, non seulement d'introduire l'instance dans les trois mois de la publication des propos incriminés, mais aussi d'accomplir tous les trois mois un acte de procédure manifestant à l'adversaire son intention de poursuivre l'instance ; que si c'est à tort que la cour d'appel a écarté le moyen de prescription alors qu'elle constatait que Mme QQ... n'avait accompli aucun acte interruptif de prescription dans les trois mois suivant la déclaration d'appel faite par les parties condamnées, la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge” ;

Cette solution est également consacrée par le Conseil d'Etat par un arrêt d'Assemblée du 16 juillet 2007: (Sté Tropic travaux signalisation, n°2915546 publié au Rec Lebon) :

“Considérant qu'il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours ; que toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité

²¹ Frédéric Pollaud-Dulian: “A propos de la sécurité juridique”, RTD civ. 2001. 487

²²J Ghestin et G. Goubeaux, Droit civil : introduction générale, LGDJ, 1990, n° 460

juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours et sous réserve des actions en justice ayant le même objet et déjà engagées avant la date de lecture de la présente décision, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé qu'à l'encontre des contrats dont la procédure de passation a été engagée postérieurement à cette date".

Mais ce qui distingue fondamentalement la présente affaire des hypothèses qui ont été évoquées, tant en droit interne que conventionnel, est que la modification "technique" à finalité de bonne administration de la justice proposée par le Tribunal des conflits, entérinée par des formations de la Cour de cassation, si elle constitue bien une redéfinition d'une règle de fond purement prétorienne, n'a d'incidence que sur la répartition de la compétence entre les deux ordres de juridiction. Elle est sans portée sur le droit au recours du justiciable qui n'est pas remis en cause dans sa substance et l'application immédiate d'une nouvelle clé de répartition à une instance en cours, même devant la Cour de cassation, si elle peut aboutir à l'obligation pour les parties d'abandonner la voie judiciaire et de soumettre leur litige à une juridiction administrative et, partant, générer un allongement des délais de procédure, n'hypothèque cependant pas le droit de chacune à un procès équitable.

Pour autant, ces considérations suffisent-elles à autoriser le contournement de la règle posée par l'Assemblée plénière prohibant la remise en discussion, à l'occasion d'un nouveau pourvoi, les dispositions de l'arrêt de renvoi conformes à la doctrine de cassation? Le fait que ce soit une décision du Tribunal des conflits, par la redéfinition d'une règle de fond, qui modifie les règles de compétence entre les deux ordres de juridiction - cette décision paraissant, en outre, reçue par des formations de la Cour de cassation - ferait-il échapper le moyen du pourvoi qui s'en prévaut à l'irrecevabilité constamment appliquée depuis 1971 et réaffirmée par l'Assemblée plénière en 2006 ?

2° La présente hypothèse d'un changement de jurisprudence du Tribunal des conflits:

- Le rôle du Tribunal des conflits :

Pour assurer sa mission première de règlement des difficultés de compétence entre juridictions administrative et judiciaire surgissant dans une affaire donnée, le Tribunal des conflits est souvent conduit à porter une appréciation sur les faits qui lui sont soumis, sur leur qualification, sur le fond du litige dont dépend la solution de la question de compétence qui lui est soumise. Au-delà d'un rôle de répartiteur, la liaison entre la compétence et le fond conduit fréquemment le Tribunal à donner une indication forte sur la solution du litige au fond, par exemple en déclarant illégal un décret dans la décision I... (TC 30 oct. 1947, Rec.Leb. 511), en distinguant faute de service et faute personnelle détachable des fonctions (TC 27 déc. 1987, J..., Rec. 456), en appréciant le rôle causal d'un véhicule d'un chantier de travaux publics dans un dommage (TC 17 fév. 1997, Soc. Groupe immobilier de la vallée de l'Oise, Rec. 524) etc..

L'histoire de la voie de fait en constitue un exemple particulièrement topique depuis la décision Action française du 8 avril 1935 (Leb. 1226, concl. Josse): pour déterminer la juridiction compétente, le Tribunal examinera s'il y a ou non voie de fait dans l'espèce considérée " *La mesure incriminée n'a ainsi constitué dans l'espèce qu'une voie de fait entraînant pour l'instance actuellement pendante devant le Tribunal de Versailles la*

compétence de l'autorité judiciaire .

Ainsi que le souligne le Président Odent²³, *“(…) Même quand la mission du Tribunal des conflits est limitée au respect absolu du principe de séparation, ses décisions ont une profonde influence sur le droit applicable. Le simple fait de dire que les juridictions de l'ordre administratif ou les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes entraîne dorénavant l'application à une matière des règles de droit public ou de droit privé. Le Tribunal des conflits détermine le régime juridique applicable à l'espèce et à toutes les situations assimilables. L'arrêt K... du 8 février 1873 est justement célèbre puisque cette décision soustrait la responsabilité de l'Etat aux règles établies par le code civil et affirme l'autonomie du droit administratif de la responsabilité. De même et en revanche, la décision du 22 janvier 1921 Société commerciale de l'ouest africain soumet au droit privé une partie de l'activité administrative. De même encore la décision S... a renouvelé la définition des travaux publics et a orienté cette notion dans un sens extensif. (...)”* .

Ainsi, s'agissant de la voie de fait, en considération d'une notion qui relève de la seule construction jurisprudentielle, c'est à lui qu'il reviendra d'en préciser les critères, de l'adapter à une variété de situations de fait à venir, à l'évolution des formes de l'action administrative, à celle des pouvoirs respectivement conférés à chaque ordre de juridiction, ainsi qu'il sera étudié dans la deuxième partie du rapport.

Au-delà, l'importance doctrinale du Tribunal des conflits n'est plus à démontrer ; ainsi, on se bornera à en donner quelques exemples : la dissociation entre les notions de service public et de prérogatives de puissance publique, la distinction entre personnes privées et personnes publiques , la portée de la notion de travaux publics, celle d'intangibilité de l'ouvrage public (TC 6 fév.1956, Sauvy Rec. 586 puis ses dérogations (époux L... 2002 c/ EDF du 6 mai 2002, n°3287, Rec. 544, Bull. Trib.confl. n°10). La décision M..., (25 mars 1996, Rec.535, abandonnant la jurisprudence Dame N...), par laquelle, le Tribunal, imposant un nouveau critère de l'agent public, mettant fin à des distinctions byzantines, génératrices d'incertitudes pour le justiciable, portant sur la nature du statut d'un nombre considérable et croissant d'agents non titulaires travaillant dans le cadre d'un service public administratif, a constitué une étape marquante du processus résolument engagé par le Tribunal des conflits dans le sens d'une simplification répondant à l'objectif (...) *“ de faciliter la tâche des justiciables et de leurs avocats en renonçant à des découpages trop subtils et en faisant prévaloir des solutions fondées sur la notion de bloc de compétence”* comme le souligne l'actuel Vice- président du Tribunal, M. Arrighi de Casanova²⁴, selon lequel cette démarche de rationalisation participe de l'objectif constitutionnel de bonne administration de la justice , consacré par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 décembre 2009, en tendant également à privilégier, dans la détermination des règles de compétence, les solutions n'impliquant pas des délais excessifs de procédure exposant à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme. C'est dans cette logique que le Tribunal des conflits s'est inscrit en redéfinissant la voie de fait : *“(…) En bref, le souci de bonne administration de la justice qui a animé le Tribunal des conflits lorsqu'il a rendu les décisions dont nous parlons peut se ramener à une idée simple: les justiciables doivent pouvoir trouver aisément leur juge et celui-ci doit, autant que possible, disposer d'une plénitude de*

²³ R. Odent, Contentieux administratif, Dalloz 2007, T.1, p. 291-293

²⁴ Entretien avec M. Arrighi de Casanova , JCP n°13, 31 mars 2014.

jurisdiction²⁵.

L'influence doctrinale incontestable du Tribunal des conflits, l'autorité morale exercée auprès des juridictions administratives comme judiciaires, au-delà de l'affaire à laquelle elle s'applique, de la règle de droit qu'il pose dans ses motifs, ne sauraient se confondre avec la question de l'autorité, au sens juridique du terme, de ses décisions. Le président Odent écrit " *Le Tribunal des conflits est donc plus qu'un juge des compétences mais il n'est pas, quant au fond, un juge suprême*"²⁶.

- L'autorité des décisions du Tribunal des conflits:

En matière de règlement des difficultés de compétence, le rôle du Tribunal des conflits consiste à dire, dans une affaire qui lui est soumise, quelle est la juridiction compétente. C'est à celle-ci et à elle seule qu'il appartiendra de trancher le fond.

- l'autorité de sa décision dans l'affaire qui lui est déférée :

La loi n°2015 -177 du 16 février 2015 a ajouté un article 11, entré en vigueur le 1^{er} avril suivant, dans la loi du 24 mai 1872 relative au Tribunal des conflits ainsi rédigé :

" Les décisions du Tribunal des conflits s'imposent à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif", obligation formulée auparavant dans l'article 39 du décret du 26 octobre 1849.

Sa décision a autorité de chose jugée dans l'affaire qui l'a provoquée et cette autorité s'attache tant à la désignation de la juridiction compétente qu'aux motifs qui sont le soutien nécessaire de cette désignation.

Cette règle a été consacrée par :

- S'agissant de la désignation: TC 10 juil.1954, Soc. Leheureux, Rec. 451 ; CE 24 juin 1957, Soc. L'Auxiliaire charentaise d'entreprises, Rec. 417, Soc. 7 avril 2004, n° 00-42.805, Bull. civ. V, n° 115.

- S'agissant des motifs : par la Cour de cassation par deux arrêts de la 1^{ère} chambre civile des 6 octobre 1954 (Bull. Civ I, n°270)

« Les décisions du Tribunal des conflits rendues entre les mêmes parties s'imposent à la Cour de cassation.

Il s'ensuit :

*1° que lorsqu'il a été jugé par le Tribunal des conflits que la prise de possession d'un terrain constitue une voie de fait, le moyen critiquant cette qualification retenue par la Cour d'Appel, doit être rejeté (...) »*²⁷.

et 4 janvier 1954 (Bull. civ I, n°2) : *« (...) que, d'autre part, le Tribunal des conflits a*

²⁵Ibidem

²⁶ Opus cité, p. 293

²⁷ Sommaire de l'arrêt

déclaré dans les motifs de sa décision qui sont le soutien nécessaire de son dispositif (...) que liée par cette décision, ayant l'autorité de la chose jugée, la Cour d'appel a, à bon droit, affirmé, de son côté, le caractère de réquisition de l'occupation critiquée et déterminé en conséquence, suivant les règles applicables en cette matière, l'indemnité due aux prestataires (...) ».

Commentant cette décision, M. Waline²⁸ écrit « On peut donc poser les deux règles suivantes :

1° Le Tribunal des conflits ne crée pas de jurisprudence sur les règles de fond; bien au contraire, il adopte, le cas échéant, les jurisprudences des juges du fond (les mots "juges du fond" étant pris ici comme antonymes, non de juges du droit mais de juges de la compétence).

2° Mais, dans l'affaire précise à propos de laquelle le Tribunal des conflits a statué, sa décision s'impose avec l'autorité de la chose jugée, non seulement dans son dispositif relatif à la compétence, mais même dans ceux des motifs qui, pour établir la norme de compétence applicable en l'espèce, ont dû préjuger une solution de fond".

Le Conseil d'Etat a reconnu la même autorité dans un arrêt du 6 février 1987, (O..., Rec.37) : « Considérant d'une part qu'il résulte d'un des motifs retenus par le Tribunal des conflits dans son arrêt du 5 décembre 1983 et qui est le soutien nécessaire du dispositif (...) ».

puis plus récemment le 10 janvier 2007 (n° 262964, inédit) :

« (...) Considérant (...) qu'il résulte du rapprochement de ce dispositif et du motif qui en est le soutien nécessaire, qui s'imposent à la juridiction administrative en application de l'article 39 du décret du 26 octobre 1849 (...) ».

- l'autorité dans une instance différente d'une décision du Tribunal des conflits:

Sa décision est, en revanche, "sans portée" (TC 10 juillet 1956, P... et Q..., Rec.589) :

"Considérant que, dans le dernier état des conclusions des sieurs P... et Q..., l'instance au cours de laquelle le conflit a été ainsi élevé pour la seconde fois n'avait pas le même objet que celle sur laquelle le Tribunal des conflits s'est déjà prononcé le 24 juillet 1947 ; que, dans ces conditions, la chose jugée par cette décision du tribunal est sans portée en ce qui concerne le litige actuel (...)"

Selon le Professeur Auby: "(...) : Il convient de relever cependant que cette autorité ne s'applique qu'à la question posée au Tribunal des Conflits à propos d'un litige déterminé. Elle présente donc un caractère relatif et n'interdit pas aux juridictions comme aux autorités administratives de prendre une attitude différente si la même question de compétence est soulevée au cours d'un litige n'ayant pas les mêmes parties, le même objet ou la même cause. En fait, dans la plupart des cas, la solution de compétence dégagée par la Haute juridiction sera respectée par les juridictions ou les autorités

²⁸ M. Waline, RDP 1954, 1058.

publiques (...) ».²⁹

Pour le Professeur Chapus, « (...) l'arrêt a l'autorité de la chose jugée dans l'affaire qui l'a provoqué (...) A l'égard d'une instance différente, la chose jugée est, au contraire, « sans portée » (...) Mais, normalement, les arrêts « font jurisprudence », c'est-à-dire que les solutions consacrées s'imposent moralement aux juges dans les affaires où les difficultés réglées se retrouvent (...) »³⁰.

L'affaire R... illustre l'absence d'autorité de chose jugée de l'interprétation d'une règle de fond donnée par le Tribunal des conflits dans une instance différente. Pendant quelques années, le Tribunal s'était fondé, pour qualifier voie de fait l'exécution forcée de réquisitions de logement et en déduire la compétence de la juridiction judiciaire pour connaître des actions en indemnisation, voire en expulsion formée par les prestataires de ces réquisitions, sur l'existence d'une sanction pénale du refus d'obéir auxdites réquisitions. Il avait interprété l'ordonnance du 11 octobre 1945 comme contenant des dispositions d'ordre pénal, donnant ainsi une solution de fond sur une question de droit pénal.

Or, la chambre criminelle, dans une instance autre que celle qui avait donné lieu à cette décision, ne s'estimant pas liée par l'interprétation du Tribunal des conflits, tranchait la même question dans un sens contraire. Par sa décision R... du 12 mai 1949,³¹ le Tribunal des conflits, à nouveau saisi ensuite de la même question, revenait sur sa jurisprudence pour s'aligner sur celle de la chambre criminelle.

M. Waline notait³²: « (...) Le Tribunal des conflits n'est pas un juge du fond, et que ce n'est pas à lui d'interpréter avec l'autorité d'une cour souveraine les règles de fond de droit pénal : la solution serait logiquement la même pour les règles de fond de n'importe quelle branche du droit : civil, commercial, social ou administratif, par exemple (...) »

La solution est certaine. Quelle en est la portée? Elle consiste d'abord en ceci, que le Tribunal des conflits n'est pas, et ne se reconnaît pas lui-même, en mesure de créer, sur le fond du droit, une jurisprudence s'imposant aux juridictions de l'un ou de l'autre ordre entre lesquelles son rôle est simplement d'établir un partage de compétences.

De plus, le Tribunal des conflits peut avoir dû avancer une certaine interprétation de fond afin de fonder sur elle ses jugements sur la compétence. Il a pu le faire avant même les juridictions suprêmes de l'un ou l'autre ordre : Cour de cassation ou Conseil d'Etat, par suite de la lenteur avec laquelle les pourvois auront été formés devant celles-ci ou jugées par elles. Ceci étant, la portée de l'arrêt R... est que l'interprétation donnée

²⁹ J-M Auby, « Le décret du 25 juillet 1960 portant réforme de la procédure des conflits d'attribution », AJDA, 1961, p. 1

³⁰ R. Chapus, Droit administratif général, T.1, n°1181, Montchrestien, 2006

³¹ M. Waline, note sous Cass. Crim, 11 mai 1949, Procureur général près la Cour d'appel de Colmar c/ Femme Sturb, épouse Fritsch et TC, 12 mai 1949, R... c/ Préfet de la Seine et Bonnel, RDP, 1949, p. 371.

³² M. Waline, RDP 1954, 1058

de la loi par le Tribunal des conflits ne saurait être maintenue par celui-ci lorsqu'enfin ces cours suprêmes se seront prononcées et l'auront fait en sens contraire de sa doctrine juridique.(...)"

Par conséquent, la règle de droit posée par le Tribunal dans une affaire déterminée n'aura de portée générale dans d'autres affaires qu'au travers de sa réception, de son appropriation par l'un et l'autre ordre de juridiction, Cour de cassation et Conseil d'Etat. L'harmonisation souhaitée par le Tribunal des conflits est alors, dans la mesure où cette condition est remplie, accomplie.

Est-ce le cas pour la nouvelle définition de la voie de fait donnée par le Tribunal des conflits ? Les décisions précitées de la Cour de cassation de la 1^{ère} chambre civile des 13 mai 2014, (n°12-28.248, Bull. civ.I n°87), 15 octobre 2014, (n°13-27.484), 18 février 2015, (n°14-13.359), 19 mars 2015, (n° 14-14.571, en cours de publication), de la 3^{ème} chambre civile du 11 mars 2015 (n°13-24.133, en cours de publication) ainsi que de nombreuses décisions de cours d'appel incitent à répondre par l'affirmative pour la juridiction judiciaire.

Dès lors, ces observations conduiraient à recentrer la discussion sur la recevabilité du moyen du demandeur. Dans la présente affaire, ce serait la réception opérée par deux formations de la Cour de cassation d'une nouvelle règle de droit énoncée par le Tribunal des conflits les ayant conduites à renverser leur jurisprudence dans des instances en cours devant elles qui constituerait la véritable difficulté, dès lors qu'en l'espèce, le moyen en invoque l'application, alors même que l'arrêt de renvoi sur cassation contre lequel le demandeur s'est pourvu s'est conformé à l'arrêt de cassation, ces deux dernières décisions étant antérieures audit revirement. Ce qui renverrait à la discussion étudiée au 1^o) portant sur le moyen nouveau, tiré d'un changement de jurisprudence, visant une disposition de l'arrêt statuant sur renvoi en conformité avec la doctrine de l'arrêt de cassation.

Mais, une autre approche n'est-elle pas possible, tirée du respect du principe d'ordre public de la séparation des autorités judiciaires et des autorités administratives, lequel s'impose à la Cour de cassation, tenue, dès lors, de vérifier la compétence de la juridiction judiciaire ?

3°) Le problème abordé sous l'angle de la compétence de la juridiction judiciaire

La redéfinition des critères de la voie de fait par le Tribunal des conflits a eu pour finalité une nouvelle répartition des compétences entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire.

Lorsque la cour d'appel de renvoi a statué, elle a appliqué la doctrine de l'arrêt de cassation, lequel a retenu une solution qui s'inscrivait dans la ligne d'une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation, dans la ligne des critères alors définis par le Tribunal des conflits pour caractériser la voie de fait et, ce faisant, retenir la compétence de la juridiction judiciaire. Les constatations de fait auxquelles a procédé la cour d'appel

de Versailles (l'implantation sans titre par le SIAH du canal litigieux sur la propriété privée de la SADIM), l'ont conduite à leur appliquer la règle de droit, selon laquelle cette action était insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'Administration et constituait une voie de fait : sa compétence n'était pas douteuse selon le critère de répartition en vigueur au moment où elle a statué.

Mais par suite de l'intervention d'une nouvelle définition de la voie de fait, dont il est constant qu'elle a pour effet de considérablement réduire le champ de la compétence de la juridiction judiciaire pour connaître des atteintes à la propriété privée causées par l'Administration, et, dès lors que la Cour de cassation entendrait se conformer aux principes énoncés par le Tribunal des conflits, cette dernière n'est-elle pas alors tenue de vérifier sa compétence au regard de la loi des 16 - 24 août 1790, du principe de séparation des pouvoirs et ce, au moment où elle statue ?

L'article 92 du code de procédure civile dispose qu'un moyen peut être soulevé d'office par la Cour de cassation lorsque l'affaire relève de la compétence d'une juridiction administrative. Ainsi, à titre d'exemples :

- Civ.1^{ère}, 4 juin 2007, n°06-15.259 : Bull. Civ I, n°225 ; Civ. 1^{ère}, 6 janvier 2004, n°01-12.639, Bull. civ.I, n° 7 ; Civ. 1^{ère}, 19 oct.2004, n°02.14.021, Bull civ.I, n°233³³ par exemple " *le litige étant relatif à l'application du statut de la magistrature, il y a lieu de relever d'office l'incompétence du juge judiciaire au profit de la juridiction administrative*" ³⁴

Il est à noter, à propos de l'arrêt du 13 mai 2014 (n° 12-28.248) précité, que la 1^{ère} chambre civile, statuant sur un pourvoi formé contre un arrêt d'une cour d'appel rendu le 20 septembre 2012, soit bien avant l'infléchissement de sa doctrine opéré par le Tribunal des conflits, a, au visa de la loi des 16-24 août 1790, directement appliqué la nouvelle définition de la voie de fait issue de la décision Bergoend, en déduisant des **constatations de l'arrêt attaqué qu'aucun de ces agissements de la Commune n'avait abouti à l'extinction du droit de propriété de l'intéressée**, conclu que la cour d'appel avait violé la loi susvisée, a en conséquence cassé l'arrêt attaqué, a dit n'y avoir lieu à renvoi, a déclaré les juridictions de l'ordre judiciaire incompétentes pour connaître du litige et a renvoyé les parties à mieux se pourvoir.

Dans son arrêt du 15 octobre 2014 (n°13-27.484 précité), s'agissant de l'implantation sans titre d'ouvrages EDF, elle a appliqué, au visa de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III la même grille d'analyse, en se fondant toutefois sur un autre motif du Tribunal des conflits : **l'implantation, même sans titre, d'un ouvrage public sur le terrain d'une personne privée ne procède pas d'un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'administration** et a retenu que, tel étant le cas en l'espèce, le jugement du litige sortait de la compétence de la juridiction judiciaire.

³³ V. G. Chabot, Rep. Dalloz, Procédure civile " Incompétence " n° 80-81

³⁴ Cité dans le traité " Droit et pratique de la cassation en matière civile, Lexisnexis, 2012, n° 485 et s.

La réception par la Cour de cassation de la nouvelle doctrine du Tribunal des conflits relative à la définition de la voie de fait a donc conduit, ces deux formations à tirer la conséquence qui s'en évince nécessairement sur la compétence, en vertu de la prééminence du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, au moment où elles ont statué.

Dès lors, dans le présent pourvoi, la règle prétorienne de l'impossibilité de remettre en discussion les dispositions d'un arrêt statuant sur renvoi en conformité avec la doctrine de l'arrêt de cassation et la prise en compte de la prééminence du principe de séparation des pouvoirs, consacré par la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ne doivent-elles pas être mises en balance ?

* * * * *

Dans le cas où l'Assemblée plénière examinerait l'incidence, sur l'issue du pourvoi, de la décision du Tribunal des conflits Bergoend du 17 juin 2013, redéfinissant la voie de fait et opérant, par voie de conséquence, une redistribution de la compétence entre juridiction de l'ordre judiciaire et juridiction de l'ordre administratif - le demandeur en revendiquant l'application en invoquant également celle qui en aurait été faite par la Cour de cassation -, seront donc étudiés les nouveaux critères retenus par le Tribunal des conflits concernant la rattachabilité de l'implantation sans titre par une personne publique d'un ouvrage sur une propriété privée immobilière à un pouvoir de l'administration et la nature de l'atteinte qui doit avoir été portée au droit de propriété, afin de déterminer si, en l'espèce, la construction par le SIAH du canal sur la propriété de la SADIM est encore susceptible de recevoir la qualification d'une voie de fait. La solution donnée à cette question conditionne la compétence de la juridiction judiciaire.

Pour mieux cerner le sens et la portée d'une solution très innovante, qui peut être considérée soit comme un simple recentrage soit une véritable rupture, il apparaît opportun d'analyser, au préalable, quels ont été les déterminants explicatifs d'une refondation de la théorie de la voie de fait selon les modalités que le Tribunal des conflits a décidé d'adopter.

II.- GENESE, SENS ET PORTEE DE LA DECISION DU TRIBUNAL DES CONFLITS DU 17 JUIN 2013

A- Une dérogation longtemps controversée au principe de répartition des compétences entre juridictions administrative et judiciaire.

La voie de fait est une construction jurisprudentielle caractérisée par une procédure dérogeant aux règles de répartition des compétences entre juridictions administrative et judiciaire. La compétence de la juridiction de l'ordre judiciaire pour connaître des actes de l'administration, a toujours été considérée par le Tribunal des conflits comme une " exception au principe de séparation des autorités administratives et des autorités judiciaires" (T.confli, 23 octobre 2000, n°3227, Boussadar). Par la décision Bergoend, le Tribunal des conflits, a considérablement restreint le champ de la voie de fait et par là-

même celui de cette exception souvent controversée dont les fondements théoriques ont pu apparaître fragiles, dont la mise en oeuvre n'était pas exempte d'incertitude et dont l'intérêt pratique a été remis en question avec l'institution du référé-liberté en matière administrative.

Un fondement théorique fragile :

Dès son origine, qui remonte au XIX^{ème} siècle, la théorie de la voie de fait a reposé sur l'idée d'une dénaturation de l'acte ou de l'action administrative privant la puissance publique de son juge naturel.³⁵

M. Hauriou³⁶, selon une formule devenue classique, distinguait la voie de fait par manque de droit, dans le cas où l'administration a agi en dehors des pouvoirs qui lui sont conférés et celle par manque de procédure, dans le cas où, agissant dans le cadre de ses prérogatives, elle n'a pas respecté les procédures protectrices des intérêts des tiers qui lui sont imposées.

Cette dénaturation, résultant d'une sortie de la voie de droit, était considérée comme justifiant que l'administration soit, dès lors, privée de son juge naturel, de son privilège de juridiction, de l'application des règles de droit public et qu'une atteinte grave portée à une liberté fondamentale ou à la propriété privée en résultant soit constatée et sanctionnée par la juridiction judiciaire, dans son rôle de gardienne des libertés fondamentales et de la propriété privée, mobilière ou immobilière, dès lors investie d'une plénitude de juridiction, et non pas seulement compétente pour l'indemnisation du préjudice comme en cas d'emprise irrégulière portant sur la seule propriété immobilière. Elle est alors dotée du pouvoir de la constater ainsi que de la réparer, non seulement par une indemnisation (comme en matière d'emprise irrégulière) mais également par la délivrance à l'administration d'une injonction visant à faire cesser un comportement constitutif de voie de fait (TC 17 juin 1948, Manufacture des velours et peluches, Rec.Leb. p. 513) ou à en prévenir l'imminence, (TC, 17 déc. 1962, Soc. civ. du domaine de Comteville, Rec. Leb. p. 830) voire même plus récemment, en cas d'atteinte portée par une construction à la propriété privée immobilière, par la possibilité de déroger au principe d'intangibilité de l'ouvrage public en ordonnant la démolition (TC du 6 mai 2002, n°3287, époux L... c/ EDF, Rec. 544, Bull. Trib.confl. n°10).

Cette conception, dans ses deux volets cumulés (dénaturation par commission par l'administration d'un acte gravement illégal par manque de droit ou de procédure et gravité de l'atteinte portée à une liberté fondamentale ou à la propriété privée), a traversé de manière sous-jacente toute l'histoire jurisprudentielle de la voie de fait.

Les critères traditionnellement retenus par le tribunal des conflits pour définir la voie de fait y faisaient écho :

³⁵. Le commissaire du gouvernement Aucoc, dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat, Duc d'Aumale, du 9 mai 1867 (Leb. p. 472) considérait que l'autorité administrative *"sous le couvert, sous prétexte de ses pouvoirs, fait un acte qui en excède manifestement les limites et qui porte atteinte à la propriété ou à la liberté des citoyens, cet acte n'est plus qu'une voie de fait dont les résultats (...) sont justiciables des tribunaux ordinaires"*.

³⁶ "Précis de droit administratif et de droit public, Paris, Sirey 1907

- soit, reprenant la formule de l'arrêt du Conseil d'Etat RR... (18 nov.1949, Rec. 490) ; une décision ou un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'administration (TC 8 avril 1935, Action française, D.1935.3.25, concl. Josse ; TC 14 juin 1955, S... R Lebon p. 621 ; TC 13 fév.1961, Rec Lebon 865 ; TC 15 fév. 2010, WW... Rec)

- soit l'exécution forcée d'une décision (TC 2 décembre1902, Sté immobilière Saint Just, Rec Lebon. 713, concl. Romieu), même légale, a été gravement irrégulière (TC 30 juin 1949, TT..., Leb. 602 - TC 25 novembre 1963, Commune de Saint- Just Chaleyssin, Rec Lebon; 793 - Même jour, époux T..., Leb.795 ; (exemple : prise de possession forcée d'un bien privé dont l'administration était devenue propriétaire : T.C, 19 janv.2004, société CLPK Aircraft Funding c/ Aéroports de Paris Bull. T. Confl., n°4).

et cette décision ou cet acte doit avoir eu pour résultat une atteinte grave à la propriété privée ou à une liberté fondamentale.

Dès lors, en matière d'atteinte à la propriété privée, la voie de fait se distinguait de l'emprise irrégulière en ce que cette dernière se caractérise :

- par une véritable dépossession opérée par l'administration, une mainmise sur une propriété immobilière, voire sur un droit réel immobilier (TC 18 octobre 1999 U... Rec Leb. p.468) non par la seule atteinte, même grave, à la propriété privée.

- l'absence de plénitude de juridiction du juge judiciaire : seule la juridiction administrative est compétente pour examiner la régularité de l'emprise, la juridiction judiciaire étant compétente pour assurer exclusivement l'indemnisation du préjudice occasionné par la seule emprise irrégulière et ne pouvant pas, en effet, dans ce cas adresser d'injonction à l'administration (sur l'impossibilité d'ordonner le déplacement ou la démolition de l'ouvrage : (1^{ère} civ. 1^{er} juin 2011, n°10-30.710).

La théorie de la voie de fait comme, à un degré peut -être moindre, celle de l'emprise irrégulière, n'a pas été épargnée par les critiques, émanant en particulier de la doctrine publiciste, qui ont stigmatisé la faiblesse de son assise juridique. Il en est ainsi de :

- la prééminence discutable accordée au principe qui veut que la juridiction judiciaire serait seule gardienne de la propriété privée³⁷.

- la logique qui voudrait que si le critère de répartition des compétences repose, en matière de voie de fait, sur une dénaturation de l'action de l'administration ; il n'existerait alors aucune raison de tenir compte de ses conséquences en réservant l'intervention du juge judiciaire au seul cas d'atteinte grave à la propriété privée ou à une liberté fondamentale. De même si la compétence de l'autorité judiciaire est justifiée par son rôle de gardienne privilégiée de la propriété privée, c'est l'existence d'une emprise qui

³⁷ G.Quiot, JurisClasseur administratif, fasc. n° 1050 actualisé par A. Beal, n°19 à 21.

devrait l'emporter, quel que soit son caractère régulier ou non³⁸ et, en matière de voie de fait, ladite compétence ne devrait pas être restreinte au caractère manifestement illégal de l'action administrative³⁹ ni soumise à un seuil de gravité.

- le reproche de défaut d'impartialité adressé à la juridiction administrative, qui serait plus bienveillante à l'égard de l'autorité publique et moins protectrice des intérêts privés, méfiance qui n'aurait plus cours en raison des réformes successives dont elle a été l'objet, de la consécration de l'indépendance de ses magistrats par la loi du 6 janvier 1986, de la reconnaissance constitutionnelle de l'indépendance de la juridiction elle-même (Cons. constit. décision n°80-229 DC du 22 juillet 1980), de sa réception des exigences conventionnelles en matière de garanties des droits des justiciables. L'examen de l'évolution de sa jurisprudence ne validerait pas un *a priori* défavorable au justiciable.

- des inconvénients résultant de cette répartition des compétences : la difficulté à déterminer la juridiction compétente, à discerner la différence entre voie de fait et emprise irrégulière, entre acte simplement illégal et acte manifestement illégal, alors même que la compétence de la juridiction administrative pour contrôler la légalité des actes administratifs est reconnue à valeur constitutionnelle (Cons.const décision n°86-224 DC du 23 janvier 1987), difficulté également à définir l'acte se rattachant ou non à un pouvoir de l'administration, qui plus est l'obligation de saisir les deux ordres de juridiction en matière d'emprise irrégulière, la longueur des procédures en résultant, outre des jurisprudences fluctuantes brouillant la ligne de partage.

Un intérêt pratique déterminant :

En revanche, une majorité des commentateurs s'accordait sur l'incomparable supériorité de l'arsenal juridique mis à la disposition du juge judiciaire, seul apte à répondre de manière efficace à des situations souvent d'urgence, appelant une réponse juridictionnelle immédiate et énergique. Or, jusqu'à récemment, le juge administratif apparaissait très démuné, en l'absence de procédure de référé et de pouvoir d'injonction à l'encontre de l'administration. La juridiction judiciaire était donc seule capable d'assurer une protection efficace des libertés fondamentales et du droit de propriété contre l'arbitraire de l'administration. L'examen de son abondante jurisprudence dans le domaine de la voie de fait démontre, en effet, qu'elle s'est particulièrement investie dans cet office, le justiciable, pour sa part, escomptant naturellement plus d'avantage à la saisir plutôt que son homologue administratif. La donne aurait changé avec l'apparition de nouveaux pouvoirs conférés au juge administratif, le référé en particulier, qui, selon une partie de la doctrine, priverait la théorie de voie de fait de toute utilité.

Une notion aux contours variables :

La diversité des solutions jurisprudentielles relatives à des situations de fait souvent

³⁸ R.Chapus, Droit administratif général, T.1, Montchestien, 2006, n° 1086 .

³⁹ R. Abraham, L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz 1996.

voisines illustrent la plasticité de la notion de voie de fait :

En voici quelques exemples :

- pris de la jurisprudence du Tribunal des conflits :

- TC 11 mai 1964 V... / Compagnie générale d'entreprises électriques n°1839, Rec Leb. p. 791 : La construction sur une propriété privée, pour le compte d'un syndicat intercommunal, d'une canalisation d'eau potable faisant partie d'un ensemble de travaux déclarés d'utilité publique ne comportant, par elle-même, aucune autorisation d'occupation temporaire et sans l'accord du propriétaire, a donc été effectuée sans titre et constitue une voie de fait ressortissant à la compétence de la juridiction judiciaire.

“Considérant que les travaux qui auraient causé des dommages dont le sieur V... demande répartition à la CGET ont été exécutés par celle-ci pour le compte du Syndicat intercommunal des eaux de Mexy et ont consisté à creuser une tranchée d'un mètre et d'une longueur de trente mètres environ, à y poser une section de canalisation d'eau potable puis à combler la tranchée ainsi ouverte ; que si la construction de la canalisation dont s'agit fait partie d'un ensemble de travaux qui ont été déclarés d'utilité publique par un arrêté préfectoral du 17 mai 1958, cette déclaration ne comportait, par elle aucune autorisation pour l'entrepreneur d'occuper temporairement les terrains privés nécessaires à l'exécution des travaux publics dont il était chargé ; qu'il est constant qu'aucun autre acte administratif n'accordé une telle autorisation : qu'il n'est pas allégué qu'un accord amiable soit intervenu à ce sujet avec le propriétaire intéressé ; que, dans ces conditions, l'exécution sans titre de travaux sur la parcelle susmentionnéea constitué une voie de fait dont les conséquences dommageables ne peuvent être appréciées que par les tribunaux de l'ordre judiciaire” .

- TC 6 nov. 1967 W... c/ Soc. de l'autoroute Paris- Lyon, n°1907, Rec Leb.p. 656 : les agissements d'un entrepreneur et de ses sous-traitants, chargés de la construction d'une autoroute, qui occupent une sablière appartenant à un particulier et y procèdent à l'extraction de matériaux, sans aucun acte administratif les y autorisant ni accord du propriétaire constituent une voie de fait.

- TC Tribunal des conflits 30 juin 1969, SCI des Praillons n°1928, à propos d'un dépôt d'ordures ménagères *“considérant qu'il résulte de l'instruction, d'une part, qu'aucun acte administratif n'a autorisé l'occupation du terrain litigieux appartenant à la société civile immobilière des Praillons ; que, d'autre part, devant les juridictions administratives ou de l'ordre judiciaire, les communes intéressées n'ont pas fait la preuve de l'existence d'un accord amiable, invoqué par elles, qui aurait été conclu avec ladite société ou avec une dame UU..., précédent propriétaire ; qu'il s'ensuit, qu'en l'état, cette occupation sans titre a constitué une voie de fait dont les conséquences dommageables ne peuvent être appréciées que par les tribunaux de l'ordre judiciaire ; qu'au surplus, si la preuve de l'existence d'un titre, devenu caduc, était ultérieurement rapportée, cette occupation n'en constituerait pas moins une emprise immobilière irrégulière relevant également de l'autorité judiciaire ; que c'est donc à tort que le tribunal de grande instance de Melun s'est déclaré incompétent”.*

-TC 4 nov. 1991, Mme XBergoend, req. n°2 668, Rec Leb, 478.

Les travaux de pose dans le sous-sol d'un terrain appartenant à la requérante d'une canalisation destinée à l'adduction d'eau potable ont été déclarés d'utilité publique. Ils ont été effectués par le syndicat intercommunal des eaux, alors que l'administration ne justifiait d'aucun titre l'habilitant à procéder à ces travaux. L'exécution des travaux a constitué une emprise irrégulière sur une propriété immobilière. L'action portée devant la juridiction judiciaire par la requérante qui a assigné le syndicat intercommunal en réparation ressortit à la compétence judiciaire.

- TC 21 juin 2004 SCI Camaret / Syndicat intercommunal de la région d'Issoire, n° 3400, sur une demande d'indemnisation : *“Considérant qu'au cours de l'année 1993, le Syndicat intercommunal à vocation multiple (SIVOM) de la région d'Issoire et des communes de la banlieue sud-clermontoise a fait procéder sur une parcelle de terrain appartenant à la SCI Camaret à la pose d'une canalisation d'assainissement ; qu'une telle opération, qui a dépossédé le propriétaire de cette parcelle d'un élément de son droit de propriété, ne pouvait être mise à exécution qu'après soit l'accomplissement d'une procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique, soit l'institution de servitudes dans les conditions prévues par les dispositions de la loi du 4 août 1962 et du décret du 15 février 1964, ultérieurement codifiées aux articles L. 152-1, L. 152-2 et R. 152-1 à R. 152-15 du code rural, soit enfin, l'intervention d'un accord amiable avec le propriétaire ; que si, par convention du 4 janvier 1993, la SCI Camaret a autorisé le Sivom de la région d'Issoire et des communes de la banlieue sud-clermontoise à implanter une canalisation d'assainissement sur sa propriété sur la base d'un tracé précis, les travaux ont été exécutés selon un tracé qui, sur une longueur de 130 mètres, s'écarte de 20 à 40 mètres du plan annexé à la convention ; qu'il n'est pas établi que cette modification substantielle ait été acceptée par le propriétaire préalablement aux travaux de pose de la canalisation ; qu'ainsi réalisés ces travaux ont constitué une emprise irrégulière“.*

- TC 15 déc. 2003, EURL Franck Immobilier c/ Sivom des Châteaux, Bull.Trib.Confl. n°38 : L'implantation de canalisations d'assainissement par une personne publique, sur une propriété privée, qui n'a pas été précédée d'une expropriation, de l'institution d'une servitude ou d'un accord amiable, dépossède, même si elle a fait l'objet d'une déclaration publique, le propriétaire d'un élément de son droit de propriété et constitue ainsi une emprise irrégulière. Dès lors que l'examen de la régularité de l'emprise ne soulève aucune question relative à l'appréciation de la légalité ou à l'interprétation d'un acte administratif, la personne publique ne justifiant d'aucun titre l'autorisant à occuper la parcelle en cause, les juridictions de l'ordre judiciaire sont seules compétentes pour connaître de la demande en indemnisation adressée par le propriétaire.

-TC 21 juin 2004 YBoussadar / Syndicat intercommunal de la Haute - Marche , Bull. T. conflits, n° 22 : *“Considérant que le syndicat intercommunal de Haute-Marche et Combrailles a procédé, entre septembre 1978 et juin 1979, à la construction d'un ouvrage d'épuration des eaux usées sur un terrain appartenant à M. et Mme YBoussadar à Mainsat (Creuse) ; que l'Administration était seulement titulaire d'une promesse de vente du terrain d'assiette de l'ouvrage signée par M. et Mme YBoussadar en janvier 1979, qui ne constituait pas un titre l'habilitant à procéder à ces travaux ; que, faute de signature de l'acte authentique procédant à la cession du terrain, cette situation s'est poursuivie jusqu'au paiement ou à la consignation de l'indemnité due aux époux*

YBoussadar à la suite de l'ordonnance d'expropriation prononcée le 28 août 1990, autorisant la prise de possession par le syndicat intercommunal du terrain en cause ;

Considérant que l'action engagée par M. et Mme YBoussadar pour obtenir réparation du préjudice causé par l'atteinte portée, pendant toute la période décrite ci-dessus, à leur droit de propriété, qui ne soulève aucune question relative à l'appréciation de la légalité ou à l'interprétation d'un acte administratif dès lors que le syndicat, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, ne possédait aucun titre qui lui permette l'implantation de l'ouvrage sur le terrain des époux YBoussadar, relève de la compétence de la juridiction judiciaire, à laquelle il appartient de réparer les conséquences de cette emprise irrégulière”.

- TC 23 avril 2007, ZZ... /Commune de Bourges, n°3590.

“Considérant qu'en vue de l'installation d'une canalisation pour son alimentation en eau potable, la commune de Bourges a conclu avec Mme ZZ... une convention de servitude de passage sur la parcelle forestière dont celle-ci est propriétaire, prévoyant le libre accès aux entreprises sur une bande de terrain de 7 mètres de largeur axée sur le tracé de la canalisation et la possibilité de procéder sur la même largeur à tous travaux de débroussaillage, abattage d'arbres et dessouchage reconnus indispensables pour permettre la pose des canalisations et ouvrages ; qu'en violation de ces stipulations, le déboisement a été effectué sur une largeur de plus de 17 mètres, sans l'accord de la propriétaire ; qu'excédant substantiellement les limites prévues par la convention, de tels travaux, qui ont été exécutés sans titre et ont entraîné la dépossession partielle et temporaire de Mme ZZ...de son droit réel immobilier sur son terrain, au-delà de l'assiette prévue pour l'exercice de la servitude convenue entre les parties, constituent une emprise irrégulière sur une propriété privée ; que, dès lors, la demande de Mme ZZ..., qui tend à obtenir l'indemnisation des conséquences dommageables d'une telle emprise irrégulière, ressortit à la compétence de la juridiction de l'ordre judiciaire” ;

- TC 17 déc.2007, AA..., n°3586 (Rec Leb. p. 761)

“Considérant qu'il ressort de l'instruction que, par suite d'erreurs matérielles de délimitation tenant à la configuration des lieux, les travaux de pose d'une canalisation d'eau potable dans le sous-sol d'un terrain, sis à Etaples sur Mer, ayant toujours appartenu à la société d'HLM du Pas de Calais et du Nord et rétrocédé depuis aux époux AA..., ont été effectués par la société des eaux du Touquet pour la commune d'Etaples, alors que l'administration ne justifiait d'aucun titre l'habilitant à procéder à ces travaux ; qu'une telle opération, qui a dépossédé les époux AA..., propriétaires de cette parcelle, d'un élément de leur droit de propriété, ne pouvait être mise à exécution qu'après, soit l'accomplissement d'une procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique, soit l'institution de servitudes dans les conditions prévues aux articles L.152-1, L.152-2 et R.152-1 à R.152-15 du code rural, soit enfin, l'intervention d'un accord amiable avec les époux propriétaires ; que tel n'a pas été le cas ; que, dès lors, la demande des époux AA..., qui tend à obtenir l'indemnisation des conséquences dommageables d'une emprise irrégulière, ressortit à la compétence de la juridiction de l'ordre judiciaire ;

En ce qui concerne les conclusions qui tendent au déplacement de l'ouvrage public :

Considérant que des conclusions dirigées contre le refus de supprimer ou de déplacer un ouvrage public, et le cas échéant, à ce que soit ordonné ce déplacement ou cette suppression, relèvent par nature de la compétence du juge administratif ; qu'ainsi, l'autorité judiciaire ne saurait, sans s'immiscer dans les opérations administratives et empiéter ainsi sur la compétence du juge administratif, prescrire aucune mesure de nature à porter atteinte, sous quelque forme que ce soit, à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public ; qu'il n'en va autrement que dans l'hypothèse où la réalisation de l'ouvrage procède d'un acte qui est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'autorité administrative et qu'aucune procédure de régularisation appropriée n'a été engagée ;

Considérant que, comme il a été dit ci-dessus, l'ouvrage public litigieux a été construit sur ce terrain en raison d'erreurs matérielles de délimitation tenant à la configuration des lieux ; que dans ces circonstances, l'implantation de celui-ci ne saurait être constitutif d'une voie de fait ; qu'il n'appartient donc pas aux juridictions de l'ordre judiciaire de connaître des conclusions tendant à son déplacement.

- TC 21 juin 2010, Z... /Commune de Nevers, n°3751: l'implantation de canalisations d'assainissement sur une propriété privée sans titre constitue une voie de fait

“Considérant que la commune de Nevers a fait réaliser en 1997, sur un terrain appartenant désormais à M. Z..., des travaux consistant, à l'occasion de l'aménagement du boulevard de la Pisserotte, à enfouir des canalisations d'assainissement sous le sol des parcelles CX 214 et 217 et à installer des regards sur ces parcelles ; qu'en 2001, elle a fait passer une portion de chemin, dit chemin du Barreau, sur les parcelles CW 19 et 25 appartenant au même propriétaire ; qu'il est constant que dans chacun des deux cas la commune, qui n'a pas allégué avoir commis une simple erreur matérielle, a dépossédé le propriétaire d'une partie de son bien sans avoir obtenu son accord et sans détenir aucun titre pour ce faire ; que, si ces parcelles sont proches des limites du terrain en cause et si, en raison de leur caractère inconstructible, elles sont de faible valeur, cette circonstance est sans incidence sur le caractère de voie de fait des travaux ainsi réalisés sans droit ni titre sur des parcelles qui n'appartenaient pas à la commune ; que par suite, les conséquences dommageables de ces agissements ne peuvent être appréciées que par les juridictions de l'ordre judiciaire, sans que puisse y faire obstacle la circonstance que M. Z... n'est devenu propriétaire de ces parcelles qu'en 2002 ; qu'il en va de même de ses conclusions tendant au déplacement des ouvrages en cause, dès lors que, si la commune fait état de propositions de règlement amiable, il ne ressort pas du dossier qu'un acte lui permettant de devenir propriétaire des parcelles en cause serait intervenu, ni qu'une procédure administrative de régularisation aurait été engagée”;

- Pris de la jurisprudence de la Cour de cassation :

- Civ. 1^{ère}, 11 mars 1975, n°73-14.749, Bull civ I, n°104 : l'empiétement non précédé d'une quelconque formalité sur le terrain d'un particulier pour élargir un chemin rural constitue une voie de fait

- Civ. 1^{ère}, 27 juin 1978, n°77-11.893, Bull civ I, n°244 : la prise de possession d'un terrain d'un particulier sur le fondement d'un arrêté prescrivant l'élargissement du réseau routier, acte réglementaire n'emportant pas dépossession, constitue une voie de fait

- Civ. 3^{ème}, 24 novembre 1993, n°91-18.184, Bull civ III n°154 : Cet arrêt est intéressant, s'agissant d'une prise de possession de terrains débordant les limites de ceux qui avaient fait l'objet d'une procédure d'expropriation régulière.

“Vu l'article 545 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 16 avril 1991), que M. BB... est propriétaire de parcelles situées en bordure d'un chemin départemental ; que les travaux d'élargissement de cette voie ayant été déclarés d'utilité publique par arrêté préfectoral du 2 mai 1983, le département, qui avait engagé une procédure d'expropriation partielle pour une superficie de 234 m², a obtenu la cession amiable de cette surface ; que M. BB... ayant constaté, lors des travaux d'élargissement du chemin, un empiètement irrégulier sur sa propriété, a demandé la restitution du terrain occupé illégalement et la remise en état des lieux ;

Attendu que, pour décider que la prise de possession par le département d'une partie du terrain appartenant à M. BB... n'est constitutive que d'une emprise irrégulière et non d'une voie de fait et qu'il n'y a lieu ni à délaissement, ni à une remise en état des lieux, l'arrêt retient que la prise de possession erronée par le département d'une surface de terrain plus importante que celle primitivement fixée par les parties, le dépassement étant de 142 m², ne saurait être constitutive d'une voie de fait, puisqu'elle est intervenue dans le cadre de l'exécution d'un arrêté préfectoral de déclaration d'utilité publique et également à la suite de ventes amiables consenties par ce dernier au département en 1967 et en 1984 ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la prise de possession par le département d'une partie de terrain qui n'avait fait l'objet ni d'un arrêté de cessibilité ni d'une cession amiable était insusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'Administration, la cour d'appel a violé le texte susvisé”.

- Civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005, n°02-14.522 : le classement par une délibération du conseil municipal dans la voirie communale d'une cour privée à l'insu des propriétaires constitue une “irrégularité grossière” caractérisant une voie de fait.

- Civ. 3^{ème}, 21 février 2007, n°06-10.071, Bull civ III, n°31 :

“Mais attendu qu'ayant constaté que si un arrêté préfectoral avait déclaré d'utilité publique les travaux à entreprendre par la commune en vue de l'établissement d'un réseau d'assainissement et avait autorisé celle-ci à acquérir les terrains nécessaires à la réalisation de son projet, aucune décision émanant du préfet ne l'avait autorisée à faire passer des canalisations au travers de terrains privés, la cour d'appel, qui a retenu à bon droit que le passage des canalisations sur le terrain des époux VV... portait une atteinte grave au droit de propriété de ceux-ci et était insusceptible de se rattacher à un pouvoir donné à la commune, en a exactement déduit que l'acte commis par celle-ci constituait une voie de fait et a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision. (demande de démolition)

- Civ.3^{ème}, 25 nov.2008, n°07-19.651 : la construction d'un mur, le déplacement d'un poteau EDF et la construction d'une plate-forme destinée à l'installation de conteneurs à ordures empiétant sur le terrain d'un particulier, sans titre, portent une atteinte grave aux droits du propriétaire, sont manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration et constituent une voie de fait (la cour d'appel avait à tort retenu la seule emprise irrégulière au motif que la commune n'avait pas fait

effectuer les travaux par exécution forcée, que les décisions qu'elle avait prises à cette fin n'étaient manifestement pas insusceptibles de se rattacher aux pouvoirs qui lui sont dévolus tout particulièrement en matière de collecte des ordures ménagères et de voirie et qu'une procédure de régularisation existait par la voie de l'indemnisation).

- Civ 3^{ème}, 12 mai 2009, n°08-12.994 *“Attendu, selon l'arrêt attaqué (Lyon, 10 janvier 2008), que le Syndicat intercommunal d'assainissement Les Hauts du Lyonnais (SIAHL) s'est vu confié, en qualité de maître de l'ouvrage, la création d'une colonne enterrée permettant de transporter les eaux usées du village de Saint-Martin-en-Haut vers la station de traitement des eaux du village voisin de Saint-Symphorien-sur-Coise ; que par un acte sous seing privé du 13 août 2002, Mme CC... a accordé au SIAHL une autorisation de passage sur sa parcelle n° 173 avec promesse de concession de tréfonds pour la pose d'une colonne enterrée avec deux regards placés à chaque extrémité de la parcelle ; qu'en effectuant la pose de cette colonne, le SIAHL a procédé à deux branchements supplémentaires raccordant sur cette colonne les propriétés de deux riverains, celle des époux DD... et celle des époux EE..., entraînant la création d'un regard supplémentaire sur le terrain de Mme CC... ; que les travaux effectués par le SIAHL n'étant pas conformes à l'autorisation qu'elle avait consentie, cette dernière a refusé de signer le procès-verbal de réception des travaux ; qu'elle a assigné, le 30 juin 2004, les époux DD... et les époux EE... aux fins de les faire condamner à remettre les lieux en l'état en faisant procéder à l'enlèvement des canalisations et du regard posés abusivement et, le 21 juillet 2005, le SIAHL aux mêmes fins ; que ce dernier a soulevé l'incompétence du juge judiciaire au profit du juge administratif, précisant que les travaux en cause n'étaient pas constitutifs d'une voie de fait ;*

Sur le moyen unique du pourvoi incident, ci-après annexé :

Attendu qu'ayant constaté que Mme CC... avait donné son autorisation au Syndicat intercommunal d'assainissement Les Hauts du Lyonnais (SIAHL) pour la mise en place sur le tréfonds de son terrain d'une canalisation avec deux regards placés à chaque extrémité de celui-ci, qu'en cours de travaux, deux raccordements avaient été effectués sans son autorisation avec création d'un troisième regard, ce qui constituait une atteinte à son droit de propriété, retenu à bon droit que cet ouvrage construit par le SIAHL en vertu d'un arrêté préfectoral en date du 29 février 2000 lui donnant vocation à réaliser des travaux d'assainissement communaux, était un ouvrage public, la cour d'appel qui a relevé exactement que de tels agissements de la part du SIAHL étaient constitutifs d'une emprise grossièrement irrégulière en ce qu'il ne pouvait pas ignorer l'étendue limitée de l'autorisation que Mme CC... lui avait donnée par écrit, en a déduit justement que ces deux raccordements et la création d'un regard non prévus dans l'autorisation donnée par Mme CC... étaient constitutifs d'une voie de fait ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi principal :

Vu l'article 544 du code civil ;

Attendu que pour refuser d'ordonner la démolition de ces ouvrages publics, l'arrêt retient que les tribunaux de l'ordre judiciaire, en présence d'une emprise administrative sur une propriété immobilière constitutive d'une voie de fait, ne peuvent réparer le préjudice subi qu'en allouant à Mme CC... des dommages et intérêts sans pouvoir ordonner la démolition de l'ouvrage public ;

Qu'en statuant ainsi, alors que si les juridictions de l'ordre judiciaire ne peuvent prescrire aucune mesure de nature à porter atteinte, sous quelque forme que ce soit, à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public, il en va autrement dans l'hypothèse où la réalisation de l'ouvrage procède d'un acte qui est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'autorité administrative et qu'aucune procédure de régularisation appropriée n'a été engagée, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs :

Casse et annule, mais seulement en ce que la cour d'appel s'est déclarée incompétente pour ordonner la démolition de ces ouvrages publics et a renvoyé Mme CC... à mieux se pourvoir, l'arrêt rendu le 10 janvier 2008, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon” ;

- Civ.1^{ère}, 8 mars 2012, n°11-10.378: découverte par le propriétaire de l'existence d'une canalisation d'eau du réseau communal et demande de déplacement

“La prise de possession, sans titre, d'une propriété privée porte une atteinte grave aux droits des propriétaires et est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'autorité administrative ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'elle avait relevé, par motifs propres et adoptés, que les époux FF... ignoraient l'existence de la canalisation en cause et qu'aucune servitude n'était ni déclarée ni autorisée, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si une procédure de régularisation appropriée avait été engagée, n'a pas donné de base légale à sa décision” ;

- Civ.3^{ème}, 19 déc.2012, n°11-21.616, Bull. civ. III n°197 : l'acceptation tacite du propriétaire comme facteur d'exclusion de la voie de fait : l'inertie pendant de longues années des propriétaires successifs d'un terrain sur lequel était implantée une ligne électrique révélait une acceptation tacite de la situation excluant la voie de fait.

“Attendu qu'ayant relevé qu'il n'était pas contesté que la ligne électrique aérienne était ancienne et retenu que, quand bien même ERDF ne pouvait justifier d'un titre, l'inaction pendant de longues années des propriétaires successifs des parcelles, en pleine connaissance de l'ouvrage réalisé, caractérisait une acceptation tacite de cet ouvrage, la cour d'appel, indépendamment d'un motif erroné mais surabondant relatif à la justification de l'empiétement par les missions d'intérêt général confiées à ERDF, a pu en déduire, sans méconnaître la portée du droit de propriété de M. GG..., que la voie de fait n'était pas caractérisée” ;

L'arrêt de cassation du 5 mai 2010 s'inscrit dans la ligne des décisions de la Cour de cassation précitées, retenant la voie de fait pour l'implantation sans titre d'un ouvrage public : la construction du canal a été effectuée sur la propriété de la SADIM sans titre, même si elle s'est inscrite, comme celle du bassin de retenue, dans un contexte hydraulique identique, même si les deux ouvrages sont complémentaires, voire inséparables et même si le Syndicat intercommunal a obtenu un titre résultant de la déclaration d'utilité publique et d'une procédure régulière d'expropriation pour la construction du bassin et que l'ensemble s'inscrit dans le même projet d'aménagement hydraulique des vallées concernées.

Cette sélection de décisions, présentant des solutions en apparence différentes voire contradictoires sur des hypothèses très voisines, révèle le caractère essentiellement

fonctionnel de la notion, la “plasticité” qui en serait pour certains la raison d’être⁴⁰ et qui en explique sa vitalité, son adaptabilité aux formes les plus variées de l’action de l’administration et une réponse énergique et efficace à ses dérives les plus criantes.

Certes, il était difficile :

- de tracer une frontière linéaire entre simple illégalité de l’acte qui conduit à l’annulation dont la constatation relève du seul juge administratif et irrégularité grossière tenant à une impossibilité de rattachement à un texte législatif ou réglementaire ou à un pouvoir appartenant à l’administration qui entraîne changement de compétence⁴¹, faisant donc perdre à celle-ci son juge “naturel” dont relèvent (Cons. Const. 23 janv. 1987, décision n°86-224 DC) “*l’annulation et la réformation des décisions prises dans l’exercice de prérogatives de puissance publique par les autorités exerçant le pouvoir exécutif*” .

Certains auteurs ont même cru déceler, à côté de l’exécution forcée irrégulière et de l’acte manifestement insusceptible de se rattacher à l’existence d’un pouvoir appartenant à l’administration un troisième type de voie de fait : un agissement, non manifestement irrattachable à un pouvoir de l’administration, exercé à des fins normales, mais ne procédant d’aucun titre (notamment dans les cas de réquisitions et d’occupation de terrains privés)⁴².

- de distinguer fréquemment simple emprise irrégulière et voie de fait. Une concurrence, non une opposition, peut exister entre ces deux notions puisque toutes deux sont susceptibles d’avoir en commun une dépossession, temporaire ou définitive, opérée par l’administration dans des conditions irrégulières, d’un élément de la propriété immobilière d’un particulier. Pour certains auteurs, l’une serait d’ailleurs une modalité de l’autre, la voie de fait étant une emprise irrégulière non susceptible de se rattacher à un pouvoir de la puissance publique⁴³.

Il convient de remarquer que, pour apprécier l’existence d’une voie de fait, la Cour de cassation a fait, de manière très générale, porter son contrôle sur le degré de gravité de la faute reprochée à l’administration au regard de l’impossibilité manifeste de rattacher son comportement à un pouvoir lui appartenant - tel étant le cas d’une occupation sans titre d’une propriété privée -, sans pour autant éluder l’examen de la gravité de l’atteinte portée à la propriété privée, élément constitutif de la voie de fait⁴⁴.

De l’absence de rattachement à un pouvoir appartenant à l’administration, la juridiction judiciaire a eu une conception considérée comme extensive, sanctionnant le fait pour celle-ci de s’emparer de la propriété d’un particulier sans fonder son action sur un titre juridique existant, nonobstant le fait que l’obtention d’un titre aurait été possible.

⁴⁰ G.Vedel, JCP 1950, I, 851, n°10

⁴¹ J-M. Auby et R. Drago, Traité du contentieux administratif, 1984, LGDJ, p.676 - J.Rigaud, Répertoire du contentieux administratif, Voie de fait.

⁴² R.Chapus, ouvrage précité, n° 943.

⁴³ H. Périnet-Marquet, JCP 2004, I, chron.171, n°2

⁴⁴ Civ 1^{ère}, 14 nov 2012: n°11-24.234, commenté par O. Renard-Payen, JCP A, 2013, 2049.

A l'absence pure et simple de titre sont assimilés un titre non susceptible de permettre une prise de possession, par exemple : une déclaration d'utilité publique non suivie d'un arrêté de cessibilité ou d'une convention : civ. 3^{ème}, 24 novembre 1993, n°91-18.184 Bull.civ.III, n°154) ou la discordance entre le titre et la réalité des travaux effectués. L'admission de la voie de fait, en tant que dénaturation de l'acte administratif, permettait ainsi au-delà d'une simple réparation financière du préjudice occasionné par la faute, de faire cesser le trouble, voire de rétablir le particulier dans l'intégralité de ses droits, tels qu'ils s'exerçaient avant l'intervention de l'administration, ainsi en ordonnant la démolition en dépit de la règle de l'intangibilité de l'ouvrage public (v. infra).

La jurisprudence du Tribunal des conflits pouvait, *prima facie*, sembler plus restrictive dans l'admission de la voie de fait. Il a souvent admis que la dépossession, opérée par l'administration, dans des conditions apparemment grossièrement irrégulières - fût-ce par l'implantation sans titre d'un ouvrage sur une propriété privée- constituait une emprise irrégulière. (en sus des décisions précitées, voir TC 2 juillet 1979, SCI Domaine du Mangon, Rec.Lebon p. 670). Mais cette affirmation doit être relativisée dans la mesure où, dans une grande partie des situations qu'il a ainsi qualifiées, le contentieux ne portait que sur une demande d'indemnisation. Il n'était alors nul besoin de recourir à la notion de voie de fait pour assurer la réparation du préjudice. Ainsi pourrait s'expliquer l'apparente contradiction entre des décisions de la Cour de cassation et du Tribunal des conflits mais également entre des décisions du Tribunal intervenues dans des hypothèses analogues (ex : entre les décisions XBergoend et Z... précitées) dont il serait hasardeux de tirer des conséquences.

- La jurisprudence du Conseil d'Etat :

On note une propension à retenir l'emprise irrégulière plus facilement que la voie de fait :

- CE 22 mai 1981 (n°18854 HH...), pour l'implantation sans accomplissement des formalités requises d'une canalisation et d'un poteau téléphonique dans la cour d'une maison.

- CE 4 nov 1987 n° 60586, s'agissant de la pose par la commune d'une canalisation dans le sous-sol d'un chemin non affecté à l'usage du public ni incorporé dans la voirie communale qui traverse la propriété d'un particulier pour desservir la maison d'un tiers: la dépossession partielle présente le caractère d'une emprise irrégulière sur une propriété immobilière.

- CE 8 mars 2002 n° 231843, Commune d'Arlos : La pose par une commune, dans le cadre de la réfection de son réseau d'eau potable, "*d'une canalisation qui a dépossédé les propriétaires de cette parcelle d'un élément de leur droit de propriété, ne pouvait être mise à exécution qu'après soit l'accomplissement d'une procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique, soit l'institution de servitudes dans les conditions prévues par les dispositions de la loi du 4 août 1962 et du décret du 15 février 1964, ultérieurement codifiées aux articles L. 152-1, L. 152-2 et R. 152-1 à R. 152-15 du code rural, soit, enfin, l'intervention d'un accord amiable avec les propriétaires intéressés*". Elle constitue une emprise irrégulière sur une propriété privée immobilière comme l'avait jugé le tribunal administratif, saisi qu'une question préjudicielle par le tribunal de grande instance sur la légalité de l'emprise.

La remise en cause du principe d'intangibilité de l'ouvrage public :

Il convient, au préalable, de rappeler qu'il n'existe pas en jurisprudence de définition générale de l'ouvrage public. On peut néanmoins considérer comme acquis que l'ouvrage public, lorsque cette qualification n'est pas conférée par la loi, reçoit la définition suivante : *"présentent (...) le caractère d'ouvrage public, notamment les biens immeubles résultant d'un aménagement, qui sont directement affectés à un service public, y compris s'ils appartiennent à une personne privée chargée de l'exécution de ce service public"* (...) (Avis CE n° 323179 du 29 avril 2010 II...).

Sont donc inclus dans la définition de l'ouvrage public des biens immobiliers résultant d'un aménagement, appartenant à une personne publique, affectés à un intérêt général et ceux appartenant à une personne privée, à la condition d'être directement affectés à un service public.

La règle, pérenne depuis la première moitié du 19^{ème} siècle, selon laquelle "l'ouvrage mal planté ne se détruit pas", autrement dit le principe d'intangibilité de l'ouvrage public, a toujours fait l'objet d'une interprétation stricte, interdisant au juge d'accueillir des conclusions tendant à la démolition (TC 6 fév. 1956, JJ..., Rec. Leb. 586 - Civ.1ère, Commune de Manosque, 17 fév.1965, Bull.civ. I n° 137).

La systématisation de son application aboutissait à autoriser l'administration à porter atteinte, même de la manière la plus grossière, à la propriété privée en ne s'exposant qu'à indemniser le propriétaire brutalement dépossédé. Après constatation par le juge administratif de la faute de l'administration refusant de procéder à la remise en état des lieux, le juge judiciaire, après fixation du montant de l'indemnité, "constatait" dans le même jugement le transfert de propriété.

En réaction à la prééminence systématiquement accordée à l'intérêt général, aboutissant à entériner le "fait accompli" administratif malgré l'inéquité qui en résultait pour le propriétaire, dont les droits sur son bien étaient définitivement éteints, une première avancée a été réalisée par le Conseil d'Etat, acceptant de se saisir au fond de conclusions aux fins d'annulation d'une décision de refus de détruire un ouvrage d'écoulement des eaux pluviales installé par une commune sur une propriété privée (CE Epoux KK... et LL..., 19 avril 1991, Rec. Leb.148).

S'inscrivant dans un souci de rééquilibrage et de raffermissement de la portée de l'article 545 du code civil, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans son arrêt Baudon de Mony du 6 janvier 1994 (n° 89-17.049 Bull.Ass. Plén. n°1), a abandonné la théorie de l'expropriation de fait ou indirecte, à propos d'un barrage installé par EDF sur une propriété privée sans attendre l'issue d'un litige sur l'acte de vente, d'ailleurs ultérieurement annulé : *"Un transfert de propriété non demandé par un propriétaire ne peut intervenir qu'à la suite d'une procédure légale d'expropriation"*.

La Cour européenne des droits de l'homme condamne également régulièrement l'expropriation de fait (CEDH Guiso-Galisay c/Italie, 8 déc.2005, n°58858/00 ; CEDH

Rolim c/Portugal, 16 avr. 2013, n°16153/09)⁴⁵.

Si le principe d'intangibilité subsistait, il était donc privé de son effet le plus brutal: le transfert de propriété, lequel n'est plus possible que par l'acquisition d'un titre de propriété régulier, soit *ab initio*, soit par voie de régularisation.

Le Tribunal des conflits a ouvert une brèche notable dans le principe d'intangibilité par sa décision L... c/ EDF du 6 mai 2002, (n°3287, Rec.Leb. 544, Bull. Trib.confl. n°10). Il renforce la décision du Conseil d'Etat KK... et LL... précitée en affirmant la compétence du juge administratif non seulement pour connaître des conclusions dirigées contre le refus de supprimer ou de déplacer un ouvrage public mais également pour ordonner ce déplacement ou cette suppression. Mais, en outre, réaffirmant le principe selon lequel l'autorité judiciaire ne saurait, sans s'immiscer dans les opérations administratives et empiéter ainsi sur la compétence du juge administratif, prescrire aucune mesure de nature à porter atteinte, sous quelque forme que ce soit, à l'intégrité ou au fonctionnement d'un ouvrage public, il pose :

- une exception dans l'hypothèse où la réalisation de l'ouvrage procède d'un acte qui est manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'autorité administrative.

et

- une condition : aucune procédure de régularisation appropriée n'a été engagée (également TC 17 décembre 2007, AA... n°3586 époux Michel, Bull T. des conflits n°9, TC 13 décembre 2010, Juteau , n° 3767 ; TC 12 avril 2010, B. n°9).

La juridiction judiciaire, statuant sur une voie de fait, a fait aussitôt régulièrement application de ce pouvoir. (Civ1^{ère} 28 juin 2005 ; Bull.civ I, n°287⁴⁶ ; Civ. 3^{ème}, 30 avril 2003, n°01-14.48, Bull. Civ III, n° 92 ; Civ.3ème 12 mai 2009, n°08-12.994 précité ; Civ.1ère, 8 mars 2012, n°11-10.378).

Le Conseil d'Etat a également intégré cette possibilité d'ordonner la démolition de l'ouvrage public, mais en soumettant le choix de cette mesure à un contrôle proche de la théorie du bilan : il recherche d'abord si une régularisation était "possible" (et non si une "régularisation appropriée a été engagée" comme l'énoncent Tribunal des conflits et Cour de cassation) et, à défaut, il prend en considération, d'une part, les inconvénients que l'existence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics ou privés en présence et notamment, le cas échéant, pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage, d'autre part, les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, enfin apprécie, en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général (CE 29 juin 2003, Syndicat départemental de l'électricité des Alpes-Maritimes et Commune de Cians, n° 245239⁴⁷ ; CE 9 juin 2004, Peille , Rec. Leb. 244 ; CE 20 mai 2011, Comité d'agglomérations du Lac du Bourget, n°325552 ; CE 14

⁴⁵ R. Hostiou, RDI 2013, p.420 - également sur l'expropriation indirecte: RTDH 2007, 385 - R. Noguelliou, Dr. adm. 2007, n°4, p.3

⁴⁶ O. Renard -Payen, JCP A 2007, 2143

⁴⁷ Conclusions Maugüe et note C. Lavialle RFDA 2003, p. 477

octobre 2011, Commune de Valmeinier, n°320371). Ce type de contrôle de proportionnalité par le juge administratif peut-il seulement s'expliquer par le fait que les atteintes portées au droit de propriété d'un particulier ne procèdent pas toutes d'un flagrant dévoiement de l'action administrative comme dans les hypothèses de voie de fait jugées par le juge judiciaire ? Ne s'agit-il pas plutôt d'une mise en balance de motifs impérieux d'intérêt général commandant le maintien de l'ouvrage par rapport à la défense d'intérêts purement privés dont l'atteinte peut être réparée par une juste indemnisation ou une solution alternative ?

Une donnée nouvelle: le référé - liberté

Après le pouvoir d'injonction conféré par la loi du 8 février 1995 à la juridiction administrative, le référé, instauré par la loi du 30 juin 2000 (art.L.521-2 du code de justice administrative), a marqué une étape attendue, notamment pour les contempteurs de la voie de fait, selon lesquels la nouvelle procédure annoncerait le déclin, voire la disparition de " la folle du logis"⁴⁸, et, en même temps, l'exclusion du juge judiciaire d'un champ de compétence qui ne lui serait pas "naturel", à savoir juger l'action administrative et ce, quelles que soient les conditions dans lesquelles l'administration a agi et la gravité des atteintes qu'elle a portées aux libertés ou à la propriété privée.

L'article L.521-1 du code de justice administrative est ainsi rédigé :

" Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures".

La juridiction administrative a interprété cette compétence dans un sens extrêmement large, (certains disent *contra legem*) notamment en assimilant la propriété privée à une liberté fondamentale - ce qui ne ressortait ni de la loi ni des travaux parlementaires-, ce qui implique qu'elle se considère gardienne du droit de propriété au même titre que la juridiction judiciaire.

Ainsi le Conseil d'Etat énonce-t-il dans ses décisions Commune d'Hyères du 31 mai 2001 (Req. n°234226) et NN... (CE 29 mars 2002, Req. n°143338) " *le droit de propriété.... a le caractère d'une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-1 du CJA*" sans toutefois indiquer à quelle liberté fondamentale il est relié. Le Conseil d'Etat a également rattaché l'atteinte à la libre disposition d'un bien au droit de propriété comme son corollaire (CE SCI Résidence du Théâtre 27 novembre 2002, Req.n°251898), voire a assimilé les deux notions les rendant interchangeables NN... précité) lorsqu'il était porté atteinte à un seul attribut (usage, jouissance) du droit de propriété sans paralysie de celui-ci. Ce faisant, au regard de l'interprétation extensive donnée par la juridiction administrative de la compétence du juge des référés, la ligne de partage entre référé-liberté administratif et régime de la voie de fait, entre compétence administrative et judiciaire, se brouillait encore davantage. Cependant, restait une différence tenant à ce

⁴⁸ R.Chapus, précité et R. Abraham, précité.

que la loi du 30 juin 2000 donnait compétence au juge administratif pour statuer en référé sur les atteintes graves et manifestement illégales à une liberté fondamentale portées par l'Administration" dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, " , alors que la voie de fait vise un acte non susceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'Administration⁴⁹. Il n'en résultait qu'un alignement partiel avec la voie de fait⁵⁰.

Les champs d'application du référé-liberté et de la voie de fait devaient-ils néanmoins être considérés comme confondus, la nouvelle procédure sonnait le glas de la voie de fait ?

Le Tribunal des conflits n'a pas, tout au moins dans un premier temps, entériné une telle analyse ni tiré une telle conséquence de l'instauration du référé sur le devenir de la voie de fait.

En effet, dans sa décision n°3227 Boussadar du 23 octobre 2000 (Rec.Leb.775)⁵¹ il a maintenu la définition traditionnelle de la voie de fait et la réserve de compétence à laquelle elle donnait lieu.

Toutefois, le Conseil d'Etat n'a pas dévié de la conception qui semblait émerger de ses premières décisions mais l'a consolidée, notamment par deux décisions qui reviennent à attaquer frontalement la théorie de la voie de fait :

- dans sa décision, OO... du 12 mai 2010, (req n°333565)⁵², il retient implicitement la compétence du juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative (référé - mesure utile), pour faire cesser une voie de fait et enjoindre à l'Administration de la faire cesser (en l'espèce, est ordonnée

à un maire la démolition d'un mur) ;

- et surtout, dans sa décision Commune de Chirongui du 23 janv. 2013,(Ord. n° 36526), il consacre explicitement cette compétence pour faire cesser une atteinte grave et manifestement illégale au droit de propriété, serait-elle constitutive d'une voie de fait:

"Considérant que, sous réserve que la condition d'urgence soit remplie, il appartient au juge administratif des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, d'enjoindre à l'administration de faire cesser une atteinte grave et

⁴⁹

M. Guyomar et P. Collin, AJDA 2001, p. 144

⁵⁰

S. Biagini-Girard, JCP 2013,G, 1057

"Cela ne permet qu'un alignement partiel avec la voie de fait qui peut (aussi) être constatée lorsque le rattachement d'une telle anomalie aux pouvoirs de l'Administration est impossible, ce qui apparaît comme conforme aux travaux parlementaires et à une bonne administration de la justice (S. Boissard, concl. ss CE, 2 févr. 2004, n° 260100, Épx Abdallah RFDA 2004, p. 772 - F. Colcombet, Rapp. AN n° 2002, 8 déc. 1999, sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives, p. 22)."

⁵¹ P.Collin, M. Guyomar, AJDA, 2001, 145 - D. 2011,2332, concl. J. Sainte- Rose

⁵²X. Domino, A. Bretonneau, La fée du logis ? : AJDA 2013, p. 788

manifestement illégale au droit de propriété, lequel a le caractère d'une liberté fondamentale, quand bien même cette atteinte aurait le caractère d'une voie de fait".

Cette décision du Conseil d'Etat créait ainsi une compétence concurrente entre les deux ordres de juridiction pour constater la voie de fait et prendre toutes mesures utiles afin de la faire cesser. Elle ne paraissait cependant pas susceptible d'incidence directe sur la réparation du préjudice résultant d'une atteinte à la propriété, étant observé que le Conseil constitutionnel, dans sa décision n°85-198 DC du 13 décembre 1985, consacre, en tant que principe à valeur constitutionnelle, la compétence judiciaire pour l'indemnisation, en cas de dépossession. Il pouvait en être déduit que la décision Commune de Chirongui relativisait la portée juridictionnelle de la voie de fait mais ne la faisait pas disparaître⁵³.

Mais, en toute hypothèse, le Conseil d'Etat appelait clairement le Tribunal des conflits à procéder à un *aggiornamento*, ce qu'il fit, lorsque l'occasion lui en a été donnée, six mois plus tard.

B - Rétrécissement drastique de la voie de fait et compétence résiduelle de la juridiction judiciaire.

Le Tribunal des conflits, dans sa décision du 17 juin 2013, s'est refusé à supprimer la voie de fait. Il la consacrerait d'ailleurs plutôt en donnant à cette théorie aux fondements juridiques controversés une assise constitutionnelle, puisqu'il vise les articles 66 et le Préambule de la Constitution. Mais la nouvelle définition de la voie de fait à laquelle il procède entraîne une limitation drastique de son champ d'application remettant en cause une grande partie des solutions jurisprudentielles précédemment adoptées, incluant certaines des siennes (Abandon des jurisprudences *Action Française*, *Boussadar* et *Z... c/ Commune de Nevers* précitées).

Reprenant en partie la formule de l'arrêt précité *Boussadar* du 23 octobre 2000 (" Il n'y a voie de fait de la part de l'administration, justifiant, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, la compétence des juridictions judiciaires..."), il s'en distingue ensuite de manière radicale :

- il n'y a voie de fait que dans la mesure où l'administration :

- soit a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision même régulière, portant atteinte :

- à une liberté individuelle (et non plus fondamentale),

- ou aboutissant à l'extinction d'un droit de propriété (et non plus une atteinte grave),

- soit a pris une décision qui a les mêmes effets d'atteinte à la liberté individuelle ou d'extinction d'un droit de propriété et qui est manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir de l'administration.

Ce ne sont donc pas les modalités de la voie de fait qui sont modifiées mais son

⁵³P. Devolvé: RFDA 2013, p.299 - M-C de Montecler, D.2013.36,

champ d'application qui est considérablement réduit comme l'est, par voie de conséquence, la compétence de la juridiction judiciaire, d'autant que le Tribunal ajoute que :

- *“L'implantation, même sans titre, d'un ouvrage public sur le terrain d'une personne privée ne procède pas d'un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'administration”.*

Le principe ainsi posé par le Tribunal des conflits, qui dépassait de toute évidence le cas d'espèce de l'implantation d'un poteau électrique dans une propriété privée, prête-t-il à une interprétation permettant de maintenir la jurisprudence de la Cour de cassation, d'où il résultait que l'implantation sans titre d'un ouvrage public sur une propriété privée était insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration, formule reprise dans l'arrêt de cassation du 5 mai 2010, (dans la ligne de précédentes décisions : exemple : Cass. Civ.3ème, 21 fév. 2007 n°06-10.071, Bull. civ.III, n°31 et les arrêts des chambres civiles cités.supra), selon laquelle *“les travaux d'édification du canal sur la propriété de la SADIM avaient été réalisés sans titre..... que la construction du canal sur une propriété privée ne se rattachait pas au pouvoir donné à l'administration de construire ce bassin [de retenue]”* ?

La doctrine estime que le Tribunal des conflits a clairement réintégré l'implantation sans titre d'un ouvrage public dans la catégorie des illégalités que l'action administrative de droit commun est susceptible de générer, l'ouvrage public se définissant par son affectation à une activité de service public, son implantation est nécessairement rattachée à une attribution de l'administration⁵⁴.

La notion d'acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'administration :

La précision importante concernant l'implantation sans titre d'un ouvrage public que le Tribunal des conflits a voulu faire figurer dans le considérant de principe de la décision Bergoend conduit à s'interroger sur un important resserrement de la notion d'acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration, laquelle n'est toujours pas expressément définie.

Dans les développements précédents, a été exposée la difficulté d'une délimitation claire entre l'acte simplement illégal, l'acte correspondant à un pouvoir de l'administration mais accompli sans titre, sans respect des formalités et procédures applicables, alors que l'obtention d'un titre était juridiquement possible, enfin l'acte ne correspondant à aucun pouvoir de l'administration⁵⁵. La divergence entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat sur la qualification à accorder à la deuxième catégorie, qui, statistiquement, représente un contentieux important, est-elle tranchée par le Tribunal des conflits dans un sens restrictif, comme pourrait le laisser penser l'exclusion de l'ouvrage public implanté sans titre du champ de la voie de fait ?

⁵⁴ S. Traoré, Dr. Adm. mars 2015, n°3, étude 4

⁵⁵ P. Devolvé, précité, note 19 *“ l'administration est sortie de ses pouvoirs: elle a commis bien plus qu'un erreur manifeste d'appréciation, une violation manifeste et volontaire de la légalité, une négation de la règle de droit”*

Plus généralement, le fait que l'administration disposait d'une procédure qu'elle n'a pas utilisée ou à une possibilité de régularisation après-coup suffit-il à exclure la voie de fait ? Si tel est le cas, le champ de la voie de fait, en particulier pour les atteintes à la propriété privée immobilière, est particulièrement restreint, et la compétence de la juridiction judiciaire limitée d'autant. Certes, on pouvait estimer que la déduction du non - rattachement à un pouvoir appartenant à l'administration de la simple occupation sans titre d'un ouvrage public sur une propriété privée était juridiquement fragile. C'est d'ailleurs la raison, semble-t-il, pour laquelle la Cour de cassation avait été à l'origine, dans l'affaire Bergoend, de la saisine du Tribunal des conflits, au titre de la procédure de renvoi prévue par l'article 35 du décret du 26 octobre 1849: l'absence de contestation, pendant des années, des propriétaires successifs de la parcelle litigieuse pouvait-elle être considérée, à elle seule, comme exclusive de voie de fait ?

Or, le Tribunal des conflits, se référant à la définition de l'ouvrage public dans l'avis du Conseil d'Etat II... du 29 avril 2010, réintègre son implantation irrégulière dans la catégorie des simples illégalités commises par l'administration qui ressortissent à la compétence exclusive de la juridiction administrative, sauf loi contraire.

***L'existence de la voie de fait conditionnée par un résultat:
l'extinction de la propriété privée :***

Dans la décision Bergoend, ce qui marque, non pas un simple infléchissement, mais une véritable rupture avec la conception traditionnelle de la voie de fait est son confinement, décidé par le Tribunal des conflits, aux seules atteintes portées à la liberté individuelle et, pour ce qui intéresse le présent pourvoi, aux seules atteintes à la propriété privée qui aboutissent, formulation inédite, à l'extinction du droit de propriété. L'absence de définition dans la décision de ce que signifie, pour le Tribunal des conflits, l'expression "extinction de la propriété privée" dont l'emploi apparaît inédit, introduit-elle une incertitude et, partant, une marge d'appréciation ?

----->Les explications données par le Tribunal des conflits :

Le commentaire par le Tribunal des conflits de sa décision Bergoend renseigne-t-il sur ce point ?

"Par ailleurs, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est venue préciser la compétence du juge judiciaire en matière de libertés et droits fondamentaux. Il a d'abord jugé que « quelle que soit l'importance du rôle des tribunaux judiciaires en matière de protection de la propriété, il résulte des termes de l'article 66 de la Constitution que celui-ci concerne la liberté individuelle et non le droit de propriété », tout en réservant la compétence du juge de l'expropriation en précisant que la disposition législative critiquée « n'affaiblit pas la garantie offerte par l'intervention de l'autorité judiciaire qui demeure seule compétente pour déterminer la consistance, l'usage et la valeur des biens immobiliers expropriés ou préemptés » (Cons. Cons., décision n° 85-189 DC du 17 juillet 1985). Par la suite, il a énoncé « qu'aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose que, en l'absence de dépossession, l'indemnisation des préjudices causés par les travaux ou l'ouvrage public dont l'installation est prévue par l'article 3-II relève de la compétence du juge judiciaire » (Cons. Cons., décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985), rappelant encore ultérieurement « l'importance des attributions conférées à l'autorité judiciaire en matière

de protection de la propriété immobilière par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (Cons. Cons. décision n° 89-256 DC du 25 juillet 1989).

“Ces décisions du juge constitutionnel marquent, d’une part, que l’article 17 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen n’impose une “juste et préalable indemnité” qu’en cas de dépossession et, d’autre part, que le Conseil a réservé la question du périmètre de la compétence judiciaire en matière de propriété immobilière, en tant qu’exigence constitutionnelle, et, en adoptant une interprétation restrictive du champ d’application de l’article 66 de la Constitution, ne s’est pas engagé dans une direction qui le conduirait à reconnaître, d’une manière générale, une réserve de compétence du juge judiciaire en matière d’atteinte à la propriété”.

“En considération de ce contexte de droit positif, le Tribunal des conflits, tout en conservant les deux hypothèses de la voie de fait, en a délimité le domaine d’application et, partant, la compétence du juge judiciaire, aux atteintes à la liberté individuelle, en conformité avec l’article 66 de la Constitution, et au droit de propriété, exclusivement en cas d’extinction définitive de ce droit, par analogie avec l’expropriation”.

Les décisions ultérieures du Tribunal des conflits éclairent-elles la notion d’extinction ?

La nouvelle définition restrictive de la voie de fait était annonciatrice d’un changement à venir, s’agissant de la théorie de l’emprise irrégulière. La décision Bergoend, en limitant la voie de fait à l’hypothèse d’extinction de la propriété, revenait à étendre la notion d’emprise irrégulière, tout en laissant supposer que le juge administratif serait exclusivement compétent. La décision n°3931 du 9 décembre 2013 A... c/ Commune de Saint-Palais (Bull. T. conflits n° 21) signe l’abandon de l’emprise irrégulière et consacre la plénitude de la compétence de la juridiction administrative, y compris pour l’indemnisation, hormis extinction du droit de propriété

“Considérant que, sauf dispositions législatives contraires, la responsabilité qui peut incomber à l’Etat ou aux autres personnes morales de droit public en raison des dommages imputés à leurs services publics administratifs est soumise à un régime de droit public et relève en conséquence de la juridiction administrative ; que cette compétence, qui découle du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires posé par l’article 13 de la loi des 16-24 août 1790 et par le décret du 16 fructidor an III, ne vaut toutefois que sous réserve des matières dévolues à l’autorité judiciaire par des règles ou principes de valeur constitutionnelle ; que, dans le cas d’une décision administrative portant atteinte à la propriété privée, le juge administratif, compétent pour statuer sur le recours en annulation d’une telle décision et, le cas échéant, pour adresser des injonctions à l’administration, l’est également pour connaître de conclusions tendant à la réparation des conséquences dommageables de cette décision administrative, hormis le cas où elle aurait pour effet l’extinction du droit de propriété ;

Considérant que, si l’occupation de la parcelle de terrain appartenant à M. et Mme A... par la commune de Saint-Palais-sur-Mer a porté atteinte au libre exercice de leur droit de propriété sur ce bien, elle n’a pas eu pour effet de les en déposséder définitivement ; qu’il résulte de ce qui précède que le tribunal administratif, compétent pour se prononcer sur la décision du maire refusant de libérer cette parcelle et pour enjoindre à la commune d’y procéder, l’est également pour statuer sur leurs conclusions tendant à l’indemnisation des

conséquences dommageables de cette occupation irrégulière”.

Dans le commentaire par le Tribunal des conflits de cette décision, la volonté de recentrage, implicite dans la décision Bergoend, devient explicite.

“S’inscrivant dans la logique de cette dernière décision, le Tribunal considère, dans la décision commentée, que, dans la mesure où seule la dépossession définitive, que sous-entend, au demeurant, l’exigence d’une « juste et préalable indemnité » prévue par l’article 17 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, donne compétence au juge judiciaire pour réparer le préjudice résultant d’une telle dépossession, l’atteinte au droit de propriété caractérisée soit par une dépossession temporaire soit par une altération ponctuelle de ses attributs ne peut faire échec au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires.”

Pour que la juridiction judiciaire soit compétente, il faut une dénaturation de l’action administrative qui fasse perdre à l’administration le droit à son juge “naturel” et qui aboutisse à l’extinction de la propriété privée, ce qui exclut, selon le Tribunal, dépossession temporaire et altération ponctuelle de ses attributs. Il paraît donc assimiler extinction et dépossession définitive, la compétence de la juridiction judiciaire, qui n’est que d’exception, étant recentrée, selon certains auteurs, sur son “coeur constitutionnel” en matière de protection de la propriété privée, limité à l’indemnisation de son extinction.

Particulièrement intéressante, compte tenu de la nature de l’ouvrage public en cause, pour cerner cette notion d’extinction ou non du droit de propriété, est la décision du Tribunal des conflits n°3991 du 9 mars 2015, s’agissant d’un bassin de rétention construit par une commune sur une propriété privée, alors que la convention d’aménagement qui la liait au propriétaire de la parcelle en cause était contestée en justice et a été, d’ailleurs, annulée. Le Tribunal des conflits décide que l’action en démolition de l’ouvrage ressortit à la compétence de la juridiction administrative, dès lors que la construction litigieuse n’a pas abouti à l’extinction du droit de propriété.

Dépossession définitive et extinction du droit de propriété, terminologie alternativement employée, sont-elles des notions juridiquement équivalentes, étant observé que le Conseil constitutionnel, auquel se réfère manifestement le Tribunal des conflits pour conférer un socle constitutionnel à la nouvelle voie de fait, n’utilise pas dans ses décisions le terme “extinction” du droit de propriété ou de la propriété mais évoque les notions de dépossession ou de privation ?

----> **L’ éclairage du Conseil constitutionnel :**

Dans sa décision n°85-198 DC du 13 décembre 1985 (amendement Tour Eiffel), le Conseil constitutionnel retient *“qu’aucun principe de valeur constitutionnelle n’impose que, en l’absence de dépossession, l’indemnisation des préjudices causés par les travaux ou l’ouvrage public dont l’installation est prévue par l’article 3-II relève de la compétence du juge judiciaire”*. A contrario, le juge judiciaire serait exclusivement compétent pour procéder à l’indemnisation du propriétaire dépossédé, ce qui se traduit par l’impossibilité du législateur d’éluder, dans ce seul cas la compétence du juge judiciaire, seule possible, alors qu’il recouvre la liberté d’opter pour l’une ou l’autre des juridictions en l’absence de dépossession.

La doctrine a analysé cette décision comme un renforcement de la compétence

administrative en matière de propriété (dans la ligne de l'arrêt du Conseil d'Etat PP... du 15 février 1961 en matière d'emprise) et un reflux d'un principe selon lequel l'autorité judiciaire serait la gardienne "naturelle" du droit de propriété ;

Quelle signification le Conseil constitutionnel donne t-il au terme "dépossession"?

Dans cette décision, intervenant à propos du droit conféré à l'établissement public de procéder à des installations sur la partie supérieure de propriétés bâties, il l'exclut "*dans la mesure où il n'impose qu'une gêne supportable, ne constitue pas une privation au sens de l'article 17 de la Déclaration mais une servitude d'intérêt public*"..... et précise "*il en serait autrement si la sujétion ainsi imposée devait aboutir à vider de son contenu le droit de propriété ou qu'affectant non seulement l'immeuble mais la personne de ses occupants, elle devait constituer une entrave à l'exercice de droits et libertés constitutionnellement garanties*".

On peut citer également sa décision n°85-189 DC du 17 juillet 1985 :

"Considérant qu'en outre, la loi n'empêche nullement l'aliénation ou la location d'une propriété foncière dans sa totalité et en limite, éventuellement sa division que lorsqu'elle est opérée par un acte volontaire à titre onéreux"; qu'ainsi, sans remettre en cause le droit de propriété par un régime d'autorisation préalable discrétionnaire," la loi définit une limitation à certaines modalités de son exercice qui n'a pas un caractère de gravité tel que l'atteinte au droit de propriété en dénature le sens et la portée".

et n°84-172 DC du 26 juillet 1984,dans laquelle le Conseil énonçait, à propos d'une limitation au droit d'exploitation d'une propriété immobilière, qu'elle ne possédait pas "*un caractère de gravité tel que l'atteinte au droit de propriété dénature le sens et la portée de celui-ci*" : seul l'usus était limité.

Dès lors, de la combinaison de ces décisions, peut-on déduire que l'atteinte à un seul élément du droit de propriété ne suffirait pas pour caractériser une dépossession au sens donné par le Conseil constitutionnel ?

Les décisions ultérieures vont-elles dans le sens d'une assimilation entre dépossession et privation de la propriété ?

A propos d'une atteinte au droit de propriété constituée en l'espèce par une réquisition, le Conseil constitutionnel juge qu'elle constitue une "*limitation*" et non une "*privation*" du droit de propriété : elle n'existe que pour un temps déterminé et "*elle ne saurait revêtir un degré de gravité tel qu'elle dénature le sens et la portée du droit de propriété*", "ajoutant que la réquisition" *ne fait pas obstacle, au "droit de disposer librement de son patrimoine*", lequel constitue "*un attribut essentiel*" du droit de propriété (Décision n°98-403 DC du 29 juillet 1998 relative à la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions).

Dans sa décision n°2001-451 DC du 27 novembre 2001, le Conseil constitutionnel énonce, à propos de la substitution d'un régime légal à un régime contractuel d'assurances (les requérants soutenant qu'elle priverait les compagnies d'assurances et leurs intermédiaires d'une grande partie de leur portefeuille et constituerait une forme de dépossession sans indemnité assimilable à une violation du droit de propriété) que cette substitution, "*qui ne s'accompagne d'aucune dépossession, ne peut être regardée comme une privation de propriété au sens de l'article 17*".

De la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il peut être dégagé que :

- la protection constitutionnelle du droit de propriété repose sur deux dispositions: les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme auxquelles le Conseil constitutionnel confère une portée distincte (Cons. Const. décision n°2010-QPC du 12 novembre 2010 ; décision du 11 octobre 2013 n° 2013-346 QPC).

- l'article 17 selon lequel nul ne peut être privé du droit de propriété si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige et sous la condamnation d'une juste et préalable indemnité ; en l'occurrence : il s'agit donc de cas de transfert de la propriété nationalisation, expropriation : exemple Cons.const. Décision du 2 décembre 2011, n°2011-203 QPC, au sujet de l'aliénation, en cours de procédure, en application de l'article 389 du code des Douanes, de biens saisis.

- l'article 2 d'où il résulte qu'en l'absence de privation de la propriété, les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi ; c'est le cas en matière de servitudes qui grèvent l'immeuble mais qui ne sauraient s'analyser comme une privation de la propriété, le propriétaire gardant la faculté de disposer librement de l'immeuble, le vendre ou le donner.

La protection est donc différenciée selon que l'atteinte constitue une privation du droit de propriété ou une limitation des conditions d'exercice.

Certes, le Conseil constitutionnel fait basculer dans la protection assurée par l'article 17 *"des limitations apportées à l'exercice de la propriété d'une gravité revêtant un caractère de gravité tel que l'atteinte qui en résulte dénature le sens et la portée de ce droit"* (Décision du 29 juillet 1998, n° 98-403 DC en semblant, au fil de ces décisions, abaisser le seuil à partir duquel il admet une dénaturation ; Décision du 9 avril 1996 n° 96-373 DC : statut d'autonomie de la Polynésie française ; décision du 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC, Loi SUR).

Mais, en principe, n'entrent pas dans le champ de l'article 17, les servitudes (cf Cons.const. n°85-198 DC précité ; décision de 2 décembre 2011, n°2011-201 QPC sur l'article L.112-2 du code de la voirie routière, s'agissant des conséquences du plan d'alignement ; décision du 16 décembre 2011, n°2011-207 QPC inscription d'un immeuble au patrimoine historique ; décision n°98-403 DC précitée, n° 29 juil.1998 : réquisitions de logement vacants ; décision du 12 novembre 2010, n°2010-60 QPC pour les dispositions de l'article 661 du code civil sur la cession de mitoyenneté).

Il convient alors d'examiner si de la jurisprudence du Conseil constitutionnel il est possible de tirer un principe certain de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction en matière de protection de la propriété privée.

Des éléments certains :

- Les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 août et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III qui ont posé le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle. Néanmoins figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République celui selon lequel, à l'exception des matières réservées à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou

le réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle. (Cons. Const. Décision du 23 janvier 1986, n°86-224 DC) ;

- Aucune disposition constitutionnelle ne prévoit en matière de protection du droit de propriété une réserve de compétence à la juridiction judiciaire équivalente à celle de l'article 66 de la Constitution en matière de liberté individuelle

“Quelle que soit l'importance du rôle des tribunaux judiciaires en matière de protection de la propriété, il résulte des termes de l'article 66 de la Constitution que celui-ci concerne la liberté individuelle et non le droit de propriété” (Cons.const n°85-189 DC du 17 juillet 1985) ;

- *“Aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose que, en l'absence de dépossession, l'indemnisation des préjudices causés par les travaux ou l'ouvrage public dont l'installation est prévue par l'article 3-II relève de la compétence judiciaire”* : (Cons. Const décision du 13 décembre 1985, n° 85-198 DC) ;

Interprété à *contrario*, ce considérant impose l'intervention du juge judiciaire en cas de dépossession.

- Plus précisément, c'est l'indemnisation de la privation de la propriété qui constituerait un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

“La procédure régie par l'article L.15-9 du code de l'expropriation, si elle permet, sous les conditions susanalysées une prise de possession anticipée des terrains non bâtis, ne fait nullement échec à l'intervention du juge judiciaire pour la fixation de l'indemnité..

Ainsi, “en tout état de cause n'est pas méconnue l'importance des attributions conférées à l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République” (Cons. Const. Décision du 25 juillet 1989, n°89-256).

M. de Montgolfier, dans une étude de 2011 sur le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées⁵⁶, écrit *“la présence de la formule “en tout état de cause” [dans la décision de 1989] montre que le Conseil constitutionnel a évité de reconnaître une exigence constitutionnelle et la notion “d'importance” souligne en outre que le périmètre de la réserve de la compétence judiciaire en matière de propriété immobilière resterait à définir. Ainsi la question a été alors réservée et le Conseil constitutionnel n'a pas eu l'occasion de lever cette réserve, même s'il est permis de penser que, depuis, en adoptant une interprétation restrictive du champ d'application de l'article 66 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne s'est pas engagé dans une direction qui le conduirait à reconnaître une réserve de compétence du juge judiciaire en matière d'atteinte à la propriété”*.

Le professeur Gilbert, dans sa thèse,⁵⁷ fait valoir que, pour le Conseil constitutionnel, *“l’atteinte à un élément du droit de propriété ne suffirait pas, en elle-même, à caractériser une dépossession (...) En tant que subsiste un élément du droit de propriété - l’abus en l’occurrence- il n’y a pas de dépossession(...) Il y a donc un caractère cumulatif pour considérer qu’une atteinte n’est pas dépossessionnaire: l’atteinte ne doit pas vider le droit de propriété de son contenu et les limitations apportées doivent être entourées de procédures ou de critères en justifiant l’opportunité pour ne pas devenir arbitraires”*.

Il ajoute (dans son ouvrage antérieur à la décision Bergoend), *“ni le Conseil d’Etat ni la Cour de cassation ni le Tribunal des conflits ne définissent la dépossession de propriété comme l’atteinte “vidant de son contenu le droit de propriété”. Lorsque ces juridictions entendent la protection de la propriété, elles le considèrent comme un bien dont les différents éléments constitutifs méritent être protégés et se satisfont de ce qu’un seul d’entre eux soit paralysé par l’administration pour qu’une dépossession de propriété soit constituée”*.

Selon cet auteur, si la décision du Conseil constitutionnel du 13 décembre 1985 n’a pas de portée en elle-même sur la détermination de la compétence juridictionnelle en matière d’emprise ou de voie de fait, notions s’appliquant à l’époque à un simple trouble de la possession, *“elle entérine la compétence du juge judiciaire pour indemniser les dommages tenant à une “dépossession”, assimilable à une privation de propriété, c’est-à-dire à une expropriation”*.

Le Professeur J. Dufau⁵⁸ commentant cette décision en tirait la conclusion suivante: *“elle conduit inéluctablement à cette conclusion que le principe traditionnel, selon lequel l’autorité judiciaire est la gardienne de la propriété privée, a désormais valeur constitutionnelle (...) Cette conclusion ne vaut que dans les hypothèses où les sujétions imposées par l’Administration aux propriétaires s’analysent en une dépossession, en une perte -totale ou partielle- de la propriété”*.

Il convient de rappeler que le Tribunal des conflits, qui vise, dans sa décision Bergoend, l’article 17 de la Déclaration des droits de l’homme, se réfère expressément dans son commentaire, cité supra, à ces décisions des 17 juillet et 13 décembre 1985 ainsi que du 25 juillet 1989 du Conseil constitutionnel, et paraît implicitement se ranger à son interprétation de la notion de dépossession définitive - privation de la propriété.

Pour autant, il n’a utilisé ni le terme “ dépossession définitive” ni celui “ de privation de la propriété mais, à dessein, celui d’extinction du droit de propriété” . N’est -ce pas pour prévenir une nouvelle casuistique que générerait le recours aux notions de privation ou de dépossession, ce que le Tribunal des conflits, dans sa refondation de la théorie de la voie de fait, a eu précisément pour objectif d’éviter ?

- Retour à des concepts civilistes

L’extinction du droit de propriété n’est synonyme ni de dépossession ni de privation

⁵⁷ S. Gilbert, Thèse “Le juge judiciaire gardien de la propriété immobilière”, Ed. Mare et LL..., 2011, p. 593 à 600

⁵⁸ J. Dufau (cité par M. Gilbert): “ L’amendement Tour Eiffel et le régime des servitudes administratives”: JCP 1986, Doct, 3237

de la propriété immobilière. Elle constitue, sans nul doute, une atteinte d'une nature et d'un degré différents de la simple dépossession et même privation, qui peuvent être partielles ou temporaires : si le droit de propriété est éteint, il est évident qu'il disparaît sans demi - mesure.

La privation peut être temporaire tandis que l'extinction du droit est définitive et la dépossession n'a pas pour effet d'entraîner l'extinction du droit de propriété :

M. Carbonnier⁵⁹ rappelle que *“un droit de propriété et la possession peuvent se trouver dissociés. Cette dissociation tout à fait exceptionnelle en matière mobilière, l'est beaucoup moins en matière immobilière. Ce n'en est pas moins une situation pathologique et l'intérêt social est de ne pas la prolonger ; l'institution de la prescription acquisitive tend à ramener le fait au droit en faisant sortir du fait un droit nouveau”*.

Selon M. Dross⁶⁰, *“la possession est l'exercice d'un droit indépendamment de sa titularité. Sera donc possesseur celui qui se comporte en pratique comme titulaire légitime d'un droit, qu'il le soit ou non, ce point étant indifférent. Ainsi, dans l'immense majorité des cas, le possesseur d'un droit en est aussi le titulaire légitime et ce n'est qu'exceptionnellement qu'un décalage entre la titularité du droit et sa possession existe”*.

Rappelant cette dissociation entre possession et propriété, à laquelle il peut être mis un terme par la prescription acquisitive, la troisième chambre civile, en réponse à une question prioritaire de constitutionnalité, énonce :

“la prescription acquisitive n'a ni pour objet ni pour effet de priver une personne de son droit de propriété mais de conférer au possesseur, sous certaines conditions, et par l'écoulement du temps, un titre de propriété correspondant à la situation de fait qui n'a pas été contestée dans un certain délai ; que cette institution répond à un motif d'intérêt général de sécurité juridique en faisant correspondre le droit de propriété à une situation de fait durable, caractérisée par une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire (civ 3^{ème}, 17 juin 2011, n°11-40.014 QPC, Bull. 2011, civ.III, n°106).

Il convient de remarquer que, dans ce cas, si la possession lui est extérieure, c'est tout de même l'attitude du propriétaire - son inertie - qui conditionnera le jeu de la prescription acquisitive. Il n'est pas indifférent de noter que la 3^{ème} chambre civile, dans son arrêt du 19 décembre 2012 (n°11-21-616, Bull civ III n°197), avait exclu la voie de fait en cas d'inaction prolongée du propriétaire en relevant qu' *“ ayant relevé que qu'il n'était pas contesté que la ligne électrique aérienne était ancienne et retenu que, quand bien même ERDF ne pouvait justifier d'un titre, l'inaction pendant de longues années des propriétaires successifs des parcelles, en pleine connaissance de l'ouvrage réalisé, caractérisait une acceptation tacite de cet ouvrage, la cour d'appel, indépendamment d'un motif erroné mais surabondant relatif à la justification de l'empiétement par les missions d'intérêt général confiées à ERDF, a pu déduire, sans méconnaître, la portée du droit de propriété de M. GG..., que la voie de fait n'était pas caractérisée”*.

⁵⁹ J. Carbonnier, Manuel de droit civil, PUF 1990, n°851

⁶⁰ W. Dross, Juriscl. civil, code (articles 2278 et 2779, Prescription acquisitive-Définition)

Rien de tel pour la nouvelle voie de fait: l'extinction du droit de propriété résulte exclusivement de l'action de l'Administration, peu important le comportement du propriétaire.

La terminologie employée par le Tribunal des conflits ne démontrerait-elle pas sa volonté d'aller au-delà de la dépossession même définitive ?

Eu égard à l'ancrage possible voire probable de la décision Bergoend sur une conception à coloration civiliste de l'extinction du droit de propriété, doit également être évoqué le caractère perpétuel du droit de propriété.

A ce propos, Mme Oosterlynck⁶¹, indique :

"Dire que la propriété est perpétuelle signifie qu'elle est indépendante de l'exercice du droit. Le droit de propriété existe par-delà la disposition, l'usage ou le non-usage du droit. Le propriétaire peut disposer de la chose, la propriété ne s'éteint pas, elle survit dans les mains du nouveau titulaire"

"Dire que la propriété est perpétuelle signifie également que le droit dure aussi longtemps que son objet. C'est la traduction technique de la confusion courante entre le droit et son objet, de l'identification du droit au bien lui-même (V. en particulier, H. Batiffol, Problèmes contemporains de la notion de biens : Archives de philosophie du droit, t. 24, p. 9). Mais, le droit de propriété ne dure-t-il pas au-delà ? N'a-t-il pas vocation à l'éternité?"

Le droit de propriété dure autant que dure son objet, indépendamment du titulaire du droit et de la nature de l'objet. Le droit de propriété durant autant que dure son objet, il ne peut survivre à la disparition de son objet et se meurt avec lui. Mais, cette destruction ou disparition est très relative. Certes, les meubles sont éphémères. Ils sont souvent périssables et consommables. Les denrées, fluides, hydrocarbures, électricité... ne procurent, dit-on, que "des étincelles de propriété" (P. Catala, Rapport de synthèse, 3e journée R. Savatier : PUF 1991, p. 186). En revanche, les immeubles, par "leur rattachement au sol, ont vocation à l'éternité" (Ph. Malaurie et L. Aynès, Les biens : Defrénois, 10e éd. 2010, n° 463. – Contra : P. Catala, Rapp. préc., p. 186 : la considération de l'objet donnerait à la perpétuité de la propriété un caractère essentiellement relatif). Leur perte totale n'est presque pas concevable. Leur destruction n'atteint ni le sol, ni le tréfonds. La propriété demeure sur le sol et la propriété de ce qui est détruit se reporte sur les vestiges ou sur les indemnités auxquelles donne lieu le sinistre par subrogation réelle".

Les principes civilistes gouvernant le droit de la propriété privée immobilière rendent ainsi difficilement concevables des hypothèses où la compétence judiciaire résiduelle trouverait à s'exercer. Ainsi, la décision du Tribunal des conflits aboutirait-elle à un quasi bloc de compétence attribué au juge administratif, celle du juge judiciaire étant cependant incontournable pour la réparation de l'anéantissement du droit de propriété, laquelle, par la force des choses, ne pourrait consister qu'en une indemnisation. L'ajout, dans le corps même de sa décision, que l'implantation sans titre d'un ouvrage public sur une propriété privée "ne procède pas d'un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'administration" renforce cette radicalité recherchée.

⁶¹ E. Oosterlynck, Juriscl. Droit civil, Art.544, fasc 10, n° 54

Dès lors, le Professeur Devolvé⁶², commentant la décision Bergoend, écrit: *“ Cette extinction paraît pouvoir se réaliser sous deux formes: La première est celle, tout simplement de la destruction du bien qui est l’objet du droit de propriété. L’hypothèse s’est déjà rencontrée en jurisprudence avec la destruction du mobilier d’une association expulsée des locaux d’une commune [T. Confl; 4 juil.1991, Association “ Maison des jeunes et de la culture Boris vian, n°2662, Leb. 468] , l’abattage d’arbres qui étaient la propriété d’une personne privée [T.confl. 15 fév.2010, Mme WW... c/ Haut- Commissaire de la République en Polynésie française à propos de l’abattage, décidé par le directeur d’un établissement pénitentiaire, d’arbres de la propriété d’autrui pour dégager la vue de son logement de fonction].*

Pourraient se rencontrer des hypothèses- limites, telle que la démolition d’un immeuble. La destruction d’un immeuble n’éteint pas le droit de propriété sur la superficie qui lui servait d’assiette. Il n’en reste pas moins que de la même manière que peuvent être dissociés le droit de propriété sur le sol et le droit de propriété sur les ouvrages construits sur le sol, peuvent être dissociés l’extinction du droit de propriété sur ces ouvrages et le maintien du droit de propriété sur le sol. Dès lors, l’hypothèse de la destruction d’un édifice, même apparaissant comme un dommage peut correspondre à une voie de fait”.

*“ la seconde forme d’extinction d’un droit de propriété serait la destruction du droit de propriété lui-même.” non pas l’*instrumentum* ...par exemple l’acte de vente... mais des cas où le titre de propriété est indissociable de la situation du bien”. L’auteur cite, d’une part, la charte-partie ou le connaissement qui identifie la propriété de marchandises sur un navire et dont la destruction éteint la propriété sur elles, d’autre part, la submersion de terrains situés à proximité du domaine public maritime ou fluvial qui emporte incorporation dans le domaine public et extinction du droit de propriété, dès lors qu’elle résulterait de la destruction volontaire par l’autorité publique d’une digue ou d’un barrage qui en se rattacherait pas à un pouvoir de l’administration.... “*

Cette analyse de la portée de la décision Bergoend est partagée par une doctrine très majoritaire :

M. LL...⁶³ note *“(…) Cette innovation jurisprudentielle tend à revenir en partie sur une jurisprudence constante du Tribunal des conflits qui faisait de la protection de la propriété l’un des attributs des juridictions judiciaires, dans la limite des actes de l’Administration. Ainsi l’enfouissement de canalisations d’assainissement par la commune, sans autorisation ni accord, sur une propriété privée , ne peut plus être constitutive de voie de fait quand bien même le propriétaire aurait été dépossédé d’une partie de son bien. Le terme extinction dont le choix a surpris, le terme privation étant plus habituel, signifie la perte définitive de la propriété soit par destruction du titre de propriété soit par celle du bien(...) En matière immobilière, en dehors de la destruction de l’immeuble, certes par divers moyens possibles (démolition, incendie, effondrement par dégât des eaux, etc), les autres possibilités sont difficiles à concevoir et l’Administration se contente la plupart du temps d’une simple occupation sans destruction”.*

Analysant la double -restriction constituée par la nécessité d’une extinction du droit

⁶² P. Devolvé, “ Voie de fait:limitation et fondements” , RFDA 2013, 1041

⁶³ M. LL..., “ la compétence du juge judiciaire en matière de voie de fait, une peau de chagrin?” JCP G, n°52 , doct.1355

de propriété et le fait que l'implantation d'un ouvrage public se rattache en elle-même à un pouvoir dont dispose la société chargée d'un service public, M. Perinet- Marquet ⁶⁴ en déduit *“que la notion de voie de fait se réduit comme une peau de chagrin. Mise à part l'hypothèse de prise de possession non motivée par une personne publique, d'un terrain privé, on ne voit pas bien quel cas une telle voie de fait pourrait désormais être retenue. Indirectement mais nécessairement; la gratuité du motif d'appropriation, qui tangente la négligence grave ou l'intention de nuire apparaît nécessaire”*.

M. Domino et Mme Bretonneau⁶⁵ écrivent :

“ En substituant au critère de l'atteinte grave au droit de propriété celui de l'extinction de ce droit, le Tribunal des conflits a en effet considérablement restreint le champ de la voie de fait en le recentrant, là encore, sur le coeur de compétence reconnu au juge judiciaire en matière d'expropriation. L'un des domaines de prédilection de la voie de fait, si ce n'est le domaine premier de cette dernière, à savoir l'emprise irrégulière, se trouve ainsi réduit comme peau de chagrin. Tous les contentieux concernant des empiètements, des atteintes partielles au droit de propriété comme l'occupation, ou, pour les biens meubles, la confiscation, se retrouvent ainsi redirigés vers le juge administratif”.

Le professeur Gilbert⁶⁶ explique qu'“en effet, l'« extinction » du droit de propriété, dont les effets sont comparables à ceux d'une « privation » de propriété, sous-tend que la victime qui saisit le juge judiciaire en présence d'une voie de fait tendrait à faire « ressusciter » son droit de propriété alors que la possibilité de demander la cessation de l'atteinte n'est, au sens littéral du terme, plus possible, le droit étant « éteint ». En matière d'expropriation, l'extinction des droits réels et personnels par l'ordonnance ne permet pas à l'ancien propriétaire exerçant une action en rétrocession de demander à recouvrer les droits réels et personnels qu'il exerçait sur le bien car ils ont été éteints. Mutatis mutandis, si le droit de propriété a été éteint, il ne semble plus envisageable, au sens strict, de demander de faire cesser une atteinte au juge judiciaire au motif qu'il existerait une voie de fait. (...) Si l'on tire toutes les conséquences inhérentes à la mise en oeuvre du nouveau critère de « l'extinction du droit de propriété », il n'est pas impossible que l'office du juge de la voie de fait se limite, à l'avenir, à l'indemnisation, ce qui achèverait de plonger la voie de fait dans le quasi coma juridique où elle vient d'être placée.”

Mme le Professeur Noguellou, dans sa communication “ la fin de la voie de fait ?”, lors du colloque organisé le 4 avril 2014 à la Cour de cassation sur “ l'acte administratif sous le regard du juge judiciaire” note : Ce *“que ce que le Tribunal des conflits, exige c'est une véritable disparition, sans possibilité de retour en arrière, du droit de propriété. Les hypothèses où la privation de propriété ne serait que partielle ou ne serait que provisoire ne relèvent plus du champ de la voie de fait.”* (...) *“Pour qu'il y ait extinction du droit de propriété, il faut nécessairement soit une destruction de l'objet de ce droit (ce qui sera notamment possible en cas de propriété mobilière), soit une appropriation définitive, par*

⁶⁴ H. Perinet - Marquet, JCP 2013, doct. 1060.

⁶⁵ X. Domini et A. Bretonneau, “ la voie de fait mise au régime sec”, AJDA 2013, p.1568

⁶⁶ S. Gilbert: “ Restriction de la voie de fait” Droit administratif 2013, n°12, comm. n°86.

la personne publique, du bien en cause. L'extinction du droit de propriété paraît d'ailleurs impliquer que ce soit l'ensemble des composantes de ce droit qui soient atteintes, ce qui, a contrario, semble écarter une atteinte qui ne concernerait que des démembrements du droit de propriété (...) ?

L'auteur propose une explication du choix par le Tribunal des conflits du concept d'extinction, tirée de l'ancrage constitutionnel de la voie de fait qu'il a entendu consacrer : le fait que l'extinction du droit de propriété ne puisse être réparée autrement que par une indemnisation, excluant de fait la délivrance d'injonction, renverrait à la jurisprudence du Conseil constitutionnel limitant la compétence judiciaire à l'indemnisation de la privation de la propriété.

On peut, dès lors, constater un rapprochement évident entre voie de fait et expropriation, qui ont en commun un effet extinctif du droit de propriété du titulaire et la compétence du juge judiciaire pour fixer l'indemnisation, constater la perte de propriété au profit de l'Administration.

Mme Rougé Guichard⁶⁷ note à ce propos: *“ La protection constitutionnelle du droit de propriété semble transcender le dualisme juridictionnel organisé par l'expropriation pour constituer une source autonome de compétence du juge judiciaire, juge de l'indemnisation de la perte irréversible de ce dernier. L'extinction du droit de propriété ayant les mêmes effets, il paraît normal que la voie de fait qui en est à l'origine ait le même juge”.*

L'emploi du terme d'extinction du droit de propriété suscite, toutefois, une interrogation d'une partie de la doctrine, fondée sur la gravité de l'atteinte. Ainsi s'interroge M. LL...⁶⁸ :

“Que faire lorsque l'emprise est très importante et qu'il n'y a pas extinction du droit de propriété ? Faudra-t-il alors différencier l'importance de l'atteinte à la propriété, une construction sur l'ensemble du terrain amenant aussi à l'équivalent de la destruction du bien par privation de jouissance ? Et quel seuil doit-il être retenu pour qualifier cette privation de jouissance: l'existence d'une portion congrue non construite conduit-elle à la non-qualification d'extinction du droit de propriété” ?

Cette interrogation est relayée par M. Le Rudulier⁶⁹ à la fin de son commentaire de l'arrêt de la 3^{ème} chambre civile (n°13- 24. 133) du 11 mars 2015 :

“Si l'harmonisation des définitions est salutaire, la mise en œuvre peut laisser quelque peu perplexe lorsqu'une telle atteinte matérielle n'est pas considérée comme une remise en cause juridique du droit, une stérilisation quasi complète de celui-ci sur une portion de son objet. Envisager la disparition du droit – et donc la voie de fait – uniquement lorsque est concerné l'abus comme le proposent certains auteurs (V. JCP adm. 2014, n°2281, obs. S. Rougé Guichard) ne conduit pas seulement à restreindre la notion de voie de fait, mais, indirectement à travers elle, le droit de propriété lui-même”.

⁶⁷ S. Rougé Guichard, JCP Administrations, n°41, 2281, plus particulièrement § 35 à 38

⁶⁸ M. LL..., “ La compétence du juge judiciaire en matière de voie de fait, une peau de chagrin?” JCP G 2014, n°52, doct.1355.

⁶⁹ N. Le Rudulier, Dalloz actualité, 24 mars 2014

On pourrait, en effet, se demander si une atteinte portée physiquement à la propriété-bien d'une ampleur telle qu'elle aboutirait, par exemple, à priver son titulaire de toute disponibilité sur son terrain, ne pourrait pas être considérée comme une dénaturation de son droit de propriété, équipollente à extinction.

La définition très restrictive des critères de la voie de fait est -elle en adéquation avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ?

La Cour européenne des droits de l'homme a, à plusieurs reprises, sanctionné, la jurisprudence italienne de l'expropriation indirecte qui permet à l'Administration d'acquérir automatiquement la propriété du terrain sur lequel elle réalise un ouvrage public, même si cette occupation ne se fonde sur aucun titre (CEDH 30 mai 2000, Belvedere Alberghiera Srl c/ Italie, req n°31524/96 et Carbonara et Ventura c. Italie, req n° 24638/94)

Dans sa décision du 16 avril 2013, req n°16153/09, Rolim Comercial S.A. c/ Portugal, elle rappelle qu'elle *“a également plusieurs fois jugé que la perte de toute disponibilité d'un terrain, combinée avec l'impossibilité de renverser la situation incriminée ou d'[y] remédier, engendre des conséquences assez graves faisant subir aux requérants une expropriation de fait incompatible avec leur droit au respect de leurs biens et non conforme au principe de prééminence du droit* (CEDH, 8 déc. 2005, n° 58858/00, Guiso-Gallisay c/ Italie, § 94 ; 15 nov. 2005, n° 56578/00, Lanteri c/ Italie, § 80 ; 5 oct. 2006, n° 67125/01, Preziosi c/ Italie, § 44-45 ; 2 nov. 2006, n° 35174/03, Matthias et autres c/ Italie, § 62 ; 16 nov. 2006, n° 19041/04, Immobiliare Podere Trieste S.r.l. c/ Italie, § 43-44). *Tel est le cas lorsque la puissance publique s'arroge le droit « d'occuper un bien immobilier et d'en transformer irréversiblement la destination de telle sorte qu'il soit finalement considéré comme acquis au patrimoine public sans qu'il y ait eu le moindre acte formel et déclaratoire du transfert de propriété »* (CEDH 27 mai 2010, Sarica et Dilaver c/ Turquie, req. no 11765/05, § 40 et 43. - CEDH 16 avr. 2013, Rolim Comercial SA c/ Portugal, req. no 16153/09, § 43).

Dans l'arrêt de principe Sporrang et Lönnroth c/ Suède (23 septembre 2002, Req. 7151/75 § 63), la Cour européenne indique qu'il y a atteinte à la substance du droit de propriété lorsque le droit de propriété, même s'il est juridiquement intact, est rendu précaire par les limitations qui lui sont apportées. Même s'il n'y a pas transfert de propriété, au sens juridique, le droit de propriété peut être ainsi vidé de sa substance. Dès lors, il faut *“regarder au-delà des apparences et analyser les réalités de la situation litigieuse”*.

La portée de la décision Bergoend :

—> **La réception dans la jurisprudence des juridictions judiciaires des principes de la décision Bergoend :**

- Par la Cour de cassation :

Les arrêts cités dans la première partie du rapport, dans les développements consacrés à l'autorité des décisions du Tribunal des conflits en montrant la réception par les deux formations concernées 1ère chambre civile des 13 mai 2014 n° 12-28.248, Bull. civ.I n°87, 15 octobre 2014, n°13-27.484, 18 février 2015 n°14-13.359 et 19 mars 2015 n°14-14.571 en cours de publication, 3ème chambre civile du 11 mars 2015 n° 13-24.133 en cours de publication.

- Par les juridictions du fond :

La réception est également attestée par de récentes décisions de juridictions du second degré (CA Colmar, 2 avril 2014 ; n°197/2014 ; CA Bastia, 11 décembre 2013, n°12/00389 ; CA Bordeaux, 15 décembre 2014, n°14/04214 ; CA Metz, 13 novembre 2014, n°14/01828 ; CA Versailles, 22 janvier 2015, n°14/01088 ; CA Pau, 25 juillet 2014, n°13/00551...).

—> **L'incidence de cette décision sur la protection de la propriété privée immobilière.**

Cette redéfinition de la voie de fait, conçue par le Tribunal des conflits comme un terme mis à une complexité devenue anachronique, comme une clarification, une simplification au service du justiciable, allant dans le sens d'une optimisation de l'efficacité du service public de la justice, pris dans son unité, ne devrait pas *a priori* emporter de conséquences sur l'effectivité de la protection de la propriété privée. Ce réaménagement des compétences entre les deux ordres de juridiction a, en effet, été rendu possible par le renforcement de l'arsenal procédural de la juridiction administrative, lui permettant d'assurer au particulier, victime d'ingérences illégales de l'Administration, un niveau de protection présumé équivalent à celui de la juridiction judiciaire, notamment pour la propriété privée.

Une conséquence perceptible de la décision Bergoend serait la réactivation à l'égard du juge judiciaire du principe absolu d'intangibilité de l'ouvrage public auquel la voie de fait faisait exception.

En revanche, pour les autres atteintes qui ne sont plus des voies de fait, c'est au juge administratif qu'il appartiendra d'examiner l'opportunité d'ordonner le déplacement ou la démolition de l'ouvrage public. L'avenir dira si, dans les situations autrefois constitutives de voies de fait qui lui seront soumises, il transposera purement et simplement l'application de sa théorie du bilan, en opérant une balance déjà évoquée entre intérêt général / intérêts privés particulièrement attentatoires à la propriété privée. Mais il existe

une probabilité, souligne un auteur, M.Traore⁷⁰ que, "la combinaison des décisions Bergoend et A... parachève la refondation du principe d'intangibilité de l'ouvrage public qui s'articule autour de de la prééminence retrouvée de la finalité poursuivie par l'implantation initiale de tout ouvrage public" (...) " Le juge administratif devient l'unique gardien de tous les ouvrages publics. Mal ou bien plantés" . Mais cette observation doit être complétée par les attributions qui lui sont à présent dévolues, le juge administratif est investi d'un rôle majoré de gardien de la propriété privée immobilière dans des domaines où elle peut subir, de la part de la puissance publique, des atteintes démesurées en dehors de toute légalité qui doivent recevoir une réparation adéquate répondant, notamment, aux exigences conventionnelles : " Dans tous les cas où un terrain a déjà fait l'objet d'occupation sans titre et a été transformé en l'absence de décret d'expropriation, la Cour estime que l'Etat défendeur devrait supprimer les obstacles juridiques empêchant systématiquement et par principe la restitution du terrain. Lorsque la restitution d'un terrain s'avère impossible pour des raisons plausibles in concreto, l'Etat défendeur devrait assurer le paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature". CEDH 6 mars 2007, Scordino c/ Italie, req. n°43662/98). On peut rappeler plus généralement que la Cour européenne déduit de l'article 1 du Protocole n°1 de la Convention qu'il exige, pour toute ingérence, un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (Jahn et autres c/ Allemagne, req n° 46720/99, 72203/01 et 72552/01, §§ 81-94, CEDH 2005-VI). Ce juste équilibre est rompu si la personne concernée doit supporter une charge excessive et exorbitante (Sporrong et Lönnroth c. Suède, 23 septembre 1982, §§ 69-74, série A n° 52).

* * * * *

III - LA CONTESTATION DE LA DEMOLITION DE L'OUVRAGE ORDONNEE PAR LA COUR D'APPEL (second moyen subsidiaire).

Dans les développements précédents, ont été examinées l'exception à la règle de l'intangibilité de l'ouvrage public en cas de voie de fait et les conditions dans lesquelles elle est mise en oeuvre.

En l'espèce, le SIAH, pour s'opposer à démolition a invoqué :

- d'une part, sa volonté de régulariser la situation, établie par une délibération du 22 septembre 2010, ayant pour objet de lancer les enquêtes préalables à la déclaration d'utilité publique des acquisitions foncières au lieudit le Parc d'Arnouville Est sur la

⁷⁰ S. Traoré, " la redéfinition de la voie de fait et la résurgence du caractère absolu de l'intangibilité de l'ouvrage public" Droit administratif 2015, n°3, étude n°4.

commune de Garges-les-Gonesse.

Sur ce point, la cour d'appel a répondu que cette délibération, prise postérieurement à l'arrêt de cassation du 5 mai 2010, était insuffisante à caractériser l'engagement d'une procédure de régularisation appropriée.

- d'autre part, les conséquences excessives d'une démolition pour l'intérêt général.

Pour écarter cet argument, l'arrêt se réfère aux conclusions de l'expert judiciaire ayant conclu à la capacité trop faible du bassin de retenue en cas de crues importantes, à une construction légère et à un manque d'entretien des digues susceptibles d'être emportées en cas de fortes précipitations. Selon le demandeur, ce motif serait inopérant.

Ainsi qu'il a été précédemment exposé, la mise en oeuvre de la possibilité conférée au juge judiciaire de déroger au principe d'intangibilité de l'ouvrage supposait, préalable nécessaire, la constatation de l'existence d'une voie de fait mais également la vérification qu'aucune régularisation appropriée n'a été engagée par l'autorité publique, lorsqu'elle a implanté sans titre un ouvrage public sur une propriété privée. (Trib. des conflits 6 mai 2002, Epoux L..., Bull.2002, Trib.confl. n°10 précité).

La Cour de cassation a appliqué cette règle en censurant les décisions par lesquelles les juges ne se reconnaissent que le pouvoir d'indemniser la victime de la voie de fait mais non celui d'ordonner la destruction de l'ouvrage public (3^{ème} Civ, 30 avril 2003 N°01-14.148, Bull. civ. III, n°92 ; 1^{ère} Civ. 28 juin 2005, n°03-14.165, Bull. civ. I, n°287).

Dans son commentaire de l'arrêt du 30 avril 2003, M. Petit ⁷¹ notait: *“ la troisième chambre civile vient dans cet arrêt (...) rendu au seul visa de l'article 544 du code civil de consacrer le caractère inviolable du droit de propriété.(...) S'agissant bien davantage que d'une illégalité, d'une absence totale de pouvoirs propres de l'Administration, insusceptible de procéder d'un acte administratif en réalisant un tel ouvrage sur la propriété privée, la Cour de cassation fait donc prévaloir la protection du droit de propriété sur le principe d'intangibilité, résolument condamné en l'absence de toute régularisation appropriée. Ce qui laisse la faculté à la collectivité publique de négocier amiablement un transfert de propriété. La solution claire et mesurée rétablit la crédibilité de la protection juridictionnelle du droit de propriété dont la valeur constitutionnelle excède à l'évidence celle non garantie par la Constitution de la République du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires“* .

La Cour de cassation censure également l'absence de vérification par le juge de l'engagement ou non d'une procédure de régularisation appropriée : 1^{ère} Civ., 8 mars

⁷¹ S. Petit, Dalloz 2003, p. 1932

2012, n°11-10- 378⁷².

Ainsi qu'il a été exposé dans les développements précédents sur la remise en cause de l'intangibilité de l'ouvrage public, la notion de régularisation est appréhendée différemment par le Conseil d'Etat, d'une part, le Tribunal des conflits et la Cour de cassation, d'autre part.

Pour la juridiction administrative qui statue sur une action de l'administration, certes irrégulière mais non constitutive d'une voie de fait, elle doit être "*possible*", pour les deux autres juridictions, elle doit être "*engagée*", s'agissant de la réalisation d'un ouvrage manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'administration, d'où il pouvait être déduit que l'intérêt général n'était pas légitime dans la mesure où l'autorité publique ne disposait pas du pouvoir de décider ou d'employer ce moyen. En conséquence, "*seule une procédure de régularisation en cours pouvait démontrer une volonté ayant une légitimité légale pour décider de l'intérêt général que représente l'ouvrage*"⁷³. On peut ajouter qu'à défaut d'accord amiable, l'autorité publique, par le "passage en force" que représente l'implantation d'un ouvrage sans titre, s'affranchit de la mise en oeuvre d'une procédure légale, en l'espèce d'expropriation, qui n'aurait pas nécessairement abouti, notamment au stade de la reconnaissance de l'utilité publique du projet donnant lieu à un contrôle, qui, loin de se limiter à celui de la seule finalité d'intérêt général, porte sur de nombreux aspects (l'expropriant n'est-il pas en mesure de réaliser l'opération dans des conditions équivalentes sans recourir à l'expropriation, les atteintes à la propriété privée, le coût financier et, le cas échéant, les inconvénients d'ordre social, économique, environnemental, que comporte l'opération ne sont -ils pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente... ?).

Dans la présente affaire, la cour d'appel a estimé qu'une simple délibération du comité syndical visant au lancement des enquêtes préalables à la déclaration d'utilité publique des acquisitions foncières pour permettre au SIAH d'être propriétaire des terrains sur lesquels est édifié le canal, intervenue postérieurement à l'arrêt de cassation du 5 mai 2010, était insuffisante à établir l'engagement d'une procédure de régularisation, au sens de la décision L... du Tribunal des conflits et de la jurisprudence qui l'a suivie.

Le demandeur reproche également à la cour d'appel l'inadéquation de sa réponse à son argumentation prise du caractère excessif que présenterait la démolition au regard de l'intérêt présenté par l'ouvrage. En réalité, il l'invitait ainsi à se livrer à un type de contrôle de proportionnalité analogue à celui exercé par la juridiction administrative dans des hypothèses d'irrégularité de l'action administrative d'un degré moindre que la voie de fait, dans son acception antérieure à la décision Bergoend.

Exiger de la juridiction du fond ce type de vérification constituerait un infléchissement

⁷² O. Renard- Payen, " Compétence judiciaire pour ordonner le déplacement d'une canalisation implantée sans titre dans un terrain privé" JCP Administrations, n°36, 2292

⁷³ G. Pellissier, " Des garanties efficaces au terme d'une procédure complexe: réflexions sur les modalités de réparation des dépossessions irrégulières de la propriété privée" Revue juridique de l'économie publique, n°654, comm. 29)

par rapport à la seule condition fixée par le Tribunal des conflits dans sa décision L... de 2002, confirmée dans sa jurisprudence postérieure, permettant à la juridiction judiciaire, dans le seul cas de voie de fait, de pouvoir exceptionnellement déroger à la règle d'intangibilité de l'ouvrage: l'absence d'engagement d'une procédure de régularisation. Cette importance donnée à la restitution des lieux dans leur état antérieur comme mode le plus approprié de réparation des ingérences illégales de la puissance publique les plus attentatoires à la propriété privée, trouvait un écho certain dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme précitée, notamment la décision Scordino c / Italie.

* * * * *