



HAL
open science

La voie de fait nouvelle est arrivée

Charles-André Dubreuil

► **To cite this version:**

Charles-André Dubreuil. La voie de fait nouvelle est arrivée. La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2013. hal-01793871

HAL Id: hal-01793871

<https://uca.hal.science/hal-01793871v1>

Submitted on 17 May 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La voie de fait nouvelle est arrivée !

Charles-André Dubreuil
Professeur de droit public
Centre Michel de l'Hospital (EA 4232)

1. La décision *Bergoend c/ Sté ERDF Anney-Léman* rendue par le Tribunal des conflits le 17 juin 2013 est de nature à susciter diverses réactions chez le lecteur, qui interviendront en deux temps successifs que l'on peut tenter de décrypter en les comparant aux réactions du bibliophile découvrant la nouvelle publication d'un auteur qu'il apprécie.

Dans un premier temps, il pourra ressentir de la curiosité puis de la surprise. La curiosité de découvrir un nouveau volume d'une saga passionnante. La surprise de découvrir que l'auteur a modifié sa façon d'écrire.

Dans un second temps, il pourra être satisfait et/ou déçu de ce qu'il vient de découvrir. Satisfait de voir que l'auteur a su tirer profit des critiques qui ont pu lui être faites à l'occasion de la sortie de ses derniers romans, a amélioré l'efficacité de son style, la pertinence de ses formules, la construction de ses intrigues. Déçu de constater qu'il demeure sur sa faim lorsqu'il découvre un dénouement qui ne s'avère pas à la hauteur de ses espérances.

2. Le lecteur de la décision commentée pourra, de la même manière, ressentir de la curiosité tout d'abord. Celle de tout juriste confronté à l'application d'une théorie jurisprudentielle séculaire¹

¹ Si l'habitude conduit à citer la jurisprudence Action française comme initiant la théorie de la voie de fait, celle-ci est en réalité plus ancienne. Les auteurs sont toutefois partagés : certains en trouvent de lointaines origines sous l'Ancien Régime (E. Desgranges, *Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif*, Thèse Poitiers, 1937, p. 30 s) ; d'autres estiment qu'elle est née beaucoup plus tardivement, soit au début du XIXe siècle (J.-M. Auby et R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, t. I, LGDJ, 3e éd., 1984, p. 673), soit sous le Second Empire (G. Quiot et A. Beal, *Voie de fait* : JCl. Administratif, Fasc. 1051).

ayant fait l'objet de nombreuses critiques et remises en cause provenant tant de la doctrine universitaire que de membres du Conseil d'État, et qui continue malgré tout à être utilisée par les deux ordres de juridiction. Curiosité également, en ce que la récente décision *Commune de Chirongui* du Conseil d'État du 23 janvier 2013² aurait pu être interprétée comme annonçant la mort d'une notion dont les fondements tant théoriques que pratiques paraissaient bien affaiblis.

De la surprise ensuite. Celle de trouver dans la décision du Tribunal une définition de la voie de fait assez éloignée de celle qui était classiquement reproduite dans les décisions précédentes et qui n'avait absolument pas été évoquée dans les conclusions rendues par le commissaire du Gouvernement. La formulation devenue traditionnelle était la suivante : « *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* »³.

La nouvelle formulation repose sur un canevas similaire, mais substitue à certains critères initiaux des notions qui, bien que voisines, ont une signification différente. Ainsi, les références aux atteintes graves au droit de propriété et aux libertés sont remplacées par des expressions qui s'avèrent plus restrictives : l'*extinction* du droit de propriété et l'atteinte à la liberté *individuelle*. Pour le reste, les hypothèses de voies de fait demeurent les mêmes : soit celle de l'exécution forcée d'une décision administrative dans des conditions irrégulières, soit celle d'une décision manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative. Par ailleurs, la nouvelle formulation vient préciser la précédente. Elle énonce que la compétence exclusive dont dispose le juge judiciaire lui permet seulement d'ordonner la cessation de la voie de fait ainsi que sa réparation. Ceci, on le verra, laisse certains pouvoirs au juge administratif.

² CE, ord., 23 janv. 2013, n° 365262, *Commune de Chirongui* ; JCP A 2013, act. 91 ; JCP A 2013, 2047, note H. Pauliat ; JCP A 2013, 2048, note O. Le Bot ; AJDA 2013, p.788, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; DA 2013, comm. 2, note S. Gilbert 4 ; RFDA 2013, p.299, note P. Delvolvé.

³ TC, 23 oct. 2000, n° 3227, *Boussadar* : Rec. CE 2000, p. 775 ; AJDA 2001, p. 143, chron. M. Guyomar et P. Collin ; D. 2001, p. 2332, concl. J. Sainte-Rose.

3. À ce stade, le lecteur sera donc en mesure d'opérer une comparaison entre l'« ancienne formule » et la nouvelle ; entre ce qui demeure et ce qui a évolué. Cette comparaison le satisfera et/ou le décevra selon qu'il est partisan du maintien de la théorie de la voie de fait ou de sa suppression.

À coup sûr, en effet, il sera satisfait de voir le Tribunal reprendre la main de manière ferme dans un domaine que la pratique judiciaire avait conduit à rendre rétif à toute tentative de synthèse. De la même manière, sera-t-il sûrement satisfait de le voir tenir compte tant de la réforme du 30 juin 2000⁴ que du récent arrêt *Commune de Chirongui* et de la jurisprudence constitutionnelle en matière de droit de propriété et de liberté individuelle. Ne pas le faire aurait certainement conduit à brouiller encore plus les cartes de la répartition des contentieux entre les deux ordres de juridiction.

Pourtant, la décision commentée pourra le décevoir car, bien que satisfait de la reprise en main sus-évoquée, il aurait pu espérer que le Tribunal aille plus loin et ne laisse pas sans réponse certaines interrogations ou laisse demeurer certaines incohérences inhérentes au dualisme juridictionnel.

4. Au final, qu'il soit satisfait ou déçu, le lecteur de la décision du Tribunal des conflits ne pourra que constater que tout en établissant une nouvelle grille de lecture de la voie de fait (2) le départiteur des compétences juridictionnelles n'a pas fait table rase du passé et a maintenu certains éléments fondamentaux, qui permettent de conserver à la théorie de la voie de fait sa philosophie générale (1).

1. Un changement dans la continuité

5. Il convient d'observer d'emblée que le Tribunal des conflits n'a pas entendu restreindre ou accroître le nombre d'agissements qui peuvent être à l'origine d'une voie de fait. Il se réfère classiquement à deux types d'agissements : l'exécution forcée irrégulière d'une décision administrative (A) et l'adoption d'une décision insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration (B).

A. - L'exécution forcée irrégulière d'une décision administrative

6. L'hypothèse qui est ici évoquée concerne les voies de fait par « *manque de procédure* ». Hauriou, on le sait, distinguait deux types de voie de fait : « *par manque de droit* » lorsque l'administration agit en

⁴ L. n° 2000-597, 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives : Journal Officiel 1er Juillet 2000.

dehors des pouvoirs qui lui sont octroyés, et par « *manque de procédure* » lorsque, agissant dans le cadre de ses prérogatives, elle ne respecte pas « *les procédures protectrices des intérêts des tiers qui lui sont imposées* »⁵. Sans surprise, le Tribunal des conflits reprend sur ce point une formulation demeurée classique selon laquelle constitue une voie de fait « *l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière* » dès lors qu'elle entraîne l'extinction du droit de propriété ou une atteinte à la liberté individuelle.

Deux remarques peuvent être faites à ce propos.

7. La première vise à rappeler que cette catégorie de voie de fait avait logiquement été confirmée par le Conseil d'État après l'adoption de la loi du 30 juin 2000. En effet, comme le souligne O. Le Bot⁶, la volonté des parlementaires d'éviter toute concurrence entre la compétence du juge judiciaire au titre de la voie de fait et celle du juge administratif du référé-liberté ne concernait que les voies de fait par « *manque de droit* », c'est-à-dire l'ensemble des hypothèses dans lesquelles l'administration a adopté une mesure « *manifestement insusceptible d'être rattachée à un (de ses) pouvoir(s)* ». Si bien que très rapidement après l'entrée en vigueur de la loi, et sans avoir besoin de recourir à une interprétation extensive du texte de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative, le Conseil d'État avait jugé que l'exécution forcée d'une décision en dehors des hypothèses prévues par la loi, qui constitue sans aucun doute une voie de fait, peut donner lieu à l'intervention du juge du référé-liberté concurremment avec celle du juge judiciaire⁷.

On rappellera également pour mémoire que la jurisprudence relative à l'exécution forcée des décisions administratives, fondée depuis plus d'un siècle sur le socle des conclusions rendues par Romieu sur l'arrêt *Société immobilière de Saint-Just*⁸, repose sur l'idée que l'administration ne saurait en principe exécuter par la force ses propres décisions, le juge répressif disposant en principe des moyens permettant d'assurer l'obéissance des administrés. Si bien qu'en dehors des hypothèses prévues par la loi, ou lorsque les circonstances le justifient (soit qu'il y ait urgence, soit qu'il n'y ait aucune autre façon de faire respecter une mesure), une telle exécution d'office - qui est souvent perçue à tort comme une conséquence du privilège du préalable - est constitutive pour le moins

⁵ M. Hauriou, Précis de droit administratif, 12e éd., 1933, Dalloz, p. 26 et s.).

⁶ O. Le Bot, Le juge administratif du référé-liberté compétent en matière de voie de fait : JCP A 2013, 2048

⁷ CE, ord., 23 mars 2001, Sté Lidl : Rec. CE 2001, p.154 ; RD imm. 2001, p.275, obs. Soler-Couteaux ; BJDU 2001, p.111, obs. Bonichot

⁸ TC, 2 déc. 1902 : Rec. CE 1902, p. 713 et S. 1904, 3, 17, concl. Romieu, note Hauriou

d'une illégalité, au pire d'une voie de fait, dès l'instant où elle n'apparaît pas nécessaire pour assurer l'exécution d'une loi⁹.

8. La seconde remarque vise à souligner le fait que, dans une telle hypothèse de voie de fait, le juge ne se référait pas, initialement, au fait que l'administration aurait agi en dehors de ses pouvoirs ou de ses attributions, cette référence n'étant présente que dans l'autre hypothèse de voie de fait par manque de droit. Si bien que la question de la signification qu'il convenait d'attribuer à l'expression « *insusceptible d'être rattaché aux pouvoirs de l'administration* » n'avait pas lieu d'être posée¹⁰.

Les choses changèrent toutefois lorsque le Tribunal des conflits jugea à propos de pouvoirs d'exécution d'office confiés par la loi à l'administration, qu'une simple illégalité ne devait pas révéler une voie de fait ; celle-ci ne devant être constatée que si la décision d'exécution forcée est « *manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'administration* »¹¹. Ce faisant, le Tribunal entendait confirmer qu'une simple illégalité dans la mise en œuvre d'un pouvoir confié à l'administration par la loi ne saurait constituer une voie de fait, tout comme il le fit pour l'autre hypothèse de voie de fait par manque de droit (voir infra). On doit noter que cette référence aux pouvoirs de l'administration ne se retrouvait logiquement pas dans la jurisprudence relative aux exécutions d'office non prévues par la loi, mais autorisées par la jurisprudence. On peut également remarquer que le juge judiciaire ne s'est jamais montré enclin à appliquer cette définition restrictive¹².

9. La rédaction retenue par le Tribunal des conflits dans la décision commentée qui, comme il a déjà été dit, reprend sur ce point la formulation de la décision *Boussadar*, pourrait laisser penser à un abandon de la jurisprudence précitée de 1997 puisqu'il n'est aucunement fait référence à l'absence de rattachement à un pouvoir dont dispose l'administration pour qualifier une voie de fait résultant de l'exécution d'office d'une de ses décisions. Plusieurs arguments conduisent néanmoins à estimer que le Tribunal a souhaité maintenir l'idée selon laquelle, en ce domaine, une simple illégalité n'est pas constitutive d'une voie de fait.

⁹ V. en ce sens, Long, Weil, Braibant, Delvolvé, Genevois, GAJA, n° 10, p. 62 et s

¹⁰ V. en ce sens S. Guillon-Coudray, *La voie de fait administrative et le juge judiciaire*, Thèse Paris II, 2002

¹¹ TC, 12 mai 1997, Préfet de police de Paris c/ TGI de Paris : RFD adm. 1997, p. 515, concl. J. Arrighi de Casanova

¹² S. Guillon-Coudray, préc., p.65 et s.

En premier lieu, après sa décision *Boussadar*, le Tribunal des conflits avait maintenu l'exigence d'une illégalité d'une particulière gravité dans une décision du 19 novembre 2001¹³. Si bien que le rappel auquel procède le Tribunal en 2013 peut être interprété comme tenant compte de la jurisprudence de 2001. En second lieu, compte tenu de la réduction importante du champ de la voie de fait que vient de réaliser le Tribunal des conflits, on comprendrait difficilement qu'il revienne dans le même temps sur sa jurisprudence de 1997 qui avait été analysée comme réduisant le nombre des hypothèses de voie de fait par manque de procédure.

En tout état de cause, cette première hypothèse de voie de fait concerne le cas particulier où, bien qu'agissant dans le cadre de pouvoirs qui lui sont reconnus soit par la loi soit en raison de circonstances particulières, l'administration commet malgré tout une voie de fait en raison d'une irrégularité manifeste ayant pour effet de la soustraire à la compétence de la juridiction administrative. Ainsi, hier comme aujourd'hui, l'exécution d'office d'une décision administrative réalisée de manière irrégulière constitue donc, si elle entraîne une extinction du droit de propriété ou une atteinte à la liberté individuelle, une voie de fait pouvant conduire à la saisine du juge judiciaire dans la plénitude de ses pouvoirs en la matière.

B. - Les actes insusceptibles de se rattacher à un pouvoir de l'administration

10. Les premières formulations de la théorie de la voie de fait reposaient sur l'idée selon laquelle certaines mesures échappent au juge administratif car elles ne constituent pas des actes d'administration au sens que lui donne le décret du 16 fructidor An III selon lequel « *défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient (...)* ». Ainsi peut-on lire sous la plume d'Aucoc, cité par G. Quiot, qu'« *ils ne peuvent être déférés à la juridiction administrative suprême, au Conseil d'État, par le motif que cette juridiction n'est instituée que pour statuer sur les réclamations soulevées par les actes d'administration* »¹⁴. La question que soulève l'auteur est alors celle de savoir si la compétence reconnue aux juridictions de l'ordre judiciaire doit être appréciée comme une application du principe de la séparation des autorités ou comme une exception. Cette question peut paraître vaine dans la mesure où le Tribunal des conflits présente clairement l'hypothèse de la voie de

¹³ TC, 19 nov. 2001, Préfet de police de Paris : AJDA 2002, p. 234, note S. Petit ; D. 2002, p. 1446, concl. G. Bachelier

¹⁴ in Rev. crit. légis. et jurispr. 1883, p. 266

fait comme une exception à la compétence du juge administratif en ces termes : « *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 (...)* ». Mais il est intéressant de noter que les premiers auteurs à avoir formulé la théorie de la voie de fait ne la présentaient pas comme une exception mais comme une application du principe de la séparation des autorités¹⁵. De la même manière, dès les premières utilisations par le Tribunal des conflits de la notion de voie de fait, ce dernier constatait que l'administration avait agi « *en dehors de ses attributions* » sans présenter la compétence judiciaire comme exceptionnelle.

Ainsi, pour n'en citer qu'une seule, la décision du Tribunal des conflits du 8 mai 1886, relative à l'implantation sur des propriétés privées de supports destinés à accueillir des fils téléphoniques, énonce que les arrêtés du préfet qui autorisent une telle implantation « *ne présentaient pas le caractère d'actes administratifs, rentrant dans le cercle des attributions de l'autorité préfectorale, et motivant, par suite, la compétence de la juridiction administrative* »¹⁶.

Cette première jurisprudence fait alors écho, à l'époque, aux mots de Laferrière pour qui la voie de fait résulte d'une décision inexistante en droit puisqu'« *étrangère par son objet même, à l'exercice de la fonction administrative* »¹⁷.

L'idée selon laquelle la voie de fait résulte d'un agissement étranger à la fonction administrative sera reprise de manière particulièrement nette par le Conseil d'État dans son arrêt *Carlier*¹⁸ qui utilise une formule demeurée usuelle selon laquelle une voie de fait est constituée par une mesure « *insusceptible d'être rattachée à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration* ».

11. La théorie de la dénaturation de l'action administrative chère à Laferrière semblait donc retenue dès l'origine (pour l'auteur, il y a voie de fait lorsque « *l'administrateur sort non seulement de ses propres attributions mais des attributions mêmes de l'autorité administrative* »). Mais encore fallait-il pouvoir déterminer quels sont les actes qui sont « dénaturés », ceux qui ne peuvent relever en principe du juge administratif, car ne pouvant pas être rattachés à un pouvoir de l'administration.

¹⁵ V. G. Quiot, préc..

¹⁶ TC, 8 mai 1886, Senlis Botte : S. 1888, 3, p. 11

¹⁷ Laferrière, Traité de la juridiction administrative, T. I, Berger-Levrault, 2e éd., 1896, p. 478

¹⁸ CE, 18 nov. 1949, Carlier : Rec. CE 1949, p. 490 ; S. 1950, 3, p. 49, note Drago ; RDP 1950, p. 172, concl. Gazier, note Waline ; JCP G 1950, II, 5535, note G. Vedel

Le Tribunal des conflits a semblé hésiter entre deux conceptions. L'une restrictive selon laquelle il n'y a voie de fait que lorsque la mesure contestée est « *manifestement insusceptible de se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire* »¹⁹ ou à un pouvoir de l'administration (arrêt *Carlier préc.*). L'autre, bien plus extensive, qu'illustre la jurisprudence *Eucat*²⁰ selon laquelle il y a voie de fait lorsque l'agissement contesté est « *manifestement insusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir conféré à l'administration pour assurer* » l'application d'une loi déterminée.

Il semble que le Tribunal des conflits et le Conseil d'État retiennent aujourd'hui une définition plus conforme à la formulation initiale de la théorie de la voie de fait²¹, ce dont on doit se satisfaire dès lors qu'à vouloir trop étendre les hypothèses d'agissements « dénaturés » de l'administration, on risquait d'assimiler simple illégalité et voie de fait, et ainsi de « dénaturer » la théorie telle qu'elle a été initialement conçue. Ainsi, pour reprendre les mots de M. Arrighi de Casanova, il ne doit pas y avoir voie de fait lorsque « *l'administration a simplement - si l'on peut dire - fait usage de manière illégale d'un pouvoir dont elle est en principe investie* » par une loi²².

12. C'est d'ailleurs ce qu'illustre l'arrêt commenté. Dans cette affaire en effet, était en cause l'installation par EDF d'un poteau électrique sur une parcelle sans qu'ait été obtenue l'autorisation nécessaire du propriétaire pour ce faire ni suivie la procédure fixée par la loi. Les litiges similaires sont nombreux et portent tantôt sur l'indemnisation du préjudice subi par les propriétaires, tantôt sur le déplacement des ouvrages publics litigieux. En ce domaine, le Tribunal des conflits a fixé une ligne de partage entre les deux ordres de juridiction dans sa décision du 13 décembre 2010²³ qui reprend un raisonnement développé quelques années plus tôt²⁴. Ainsi considère-t-il que les demandes d'indemnisation des préjudices résultant de l'installation sans titre de poteaux électriques doivent être présentées devant le juge judiciaire alors que les demandes de suppression ou de déplacement relèvent en principe de la compétence du juge administratif sauf si « *la réalisation de l'ouvrage procède d'un*

¹⁹ par exemple : TC 17 févr. 1947, Cts Perrin : Rec. CE 1947, p. 501 ; D. 1947, jurispr. p. 134, note P. L. J. ; S. 1948, 3, p. 1, note Mestre ; JCP G 1947, II, 3507, note Fréjaville

²⁰ TC, 9 juin 1986, n° 2434, *Eucat c/ TP Bas-Rhin* : JurisData n° 1986-600855 ; Rec. CE 1986, p. 301 ; AJDA 1986, p. 456, chron. Azibert et de Boisdeffre, p. 428 ; RFD adm. 1987, p. 57, concl. Latournerie ; JCP G 1987, II, 20746, note B. Pacteau ; RDP 1987, p. 1073, note J. Robert. - M. Doumbé-Billé, La liberté de déplacement des Français à l'étranger : JCP G 1987, I, 3305

²¹ V. en ce sens R. Abraham, L'avenir de la voie de fait et le référé administratif, préc., p. 5

²² in concl. sur TC, 12 mai 1997, n° 3056 : RFDA 1997, p. 514

²³ TC, 13 déc. 2010, n° C3767

²⁴ TC, 6 mai 2002, M. et Mme Binet c/ EdF : Rec. CE 2002, p. 545 ; AJDA 2002, p. 1229, note Sablière ; D. 2002, p. 1957 ; JCP G 2002, II, 10170, concl. Duplat ; CJEG 2002, 646, note Genevois ; JCP A 2002, 1163, note Dufau

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 ».

C'est dans ce cadre que, dans la décision commentée, les requérants invoquaient l'existence d'une voie de fait. Le Tribunal juge 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* ». On peut en effet considérer que le droit dont disposait EDF d'implanter des ouvrages sur les fonds privés résulte des dispositions de la loi du 15 juin 1906, hypothèse évoquée par le commissaire du Gouvernement pour être ensuite rejetée par lui.

On observera d'emblée que le Tribunal des conflits ne recherche pas, pour qualifier une éventuelle voie de fait, si l'administration a fait une mauvaise application d'un pouvoir dont elle disposait en vue d'atteindre d'autres finalités ou sans respecter les conditions fixées par la loi. Il retient une définition plus restrictive, excluant que la simple illégalité dans la mise en oeuvre d'un pouvoir reconnu par la loi puisse être ainsi qualifiée. Et de répondre à la question de R. Chapus qui se demandait s'il ne pouvait pas y avoir voie de fait de l'administration lorsque « *son comportement, tout en étant rattachable à un pouvoir lui appartenant (et même exercé conformément à ses fins normales), ne procède d'aucun titre juridique* »²⁵.

Ce faisant, le Tribunal des conflits met fin à la jurisprudence antérieure, dont celle précitée du 13 décembre 2010, qui voyait dans une telle implantation sans autorisation préalable ni respect des procédures une véritable prise de possession sans titre constitutive d'une voie de fait. Jurisprudence qui était d'ailleurs celle de la Cour de cassation, dont la tendance à assimiler voie de fait et simple illégalité dans la mise en oeuvre d'un pouvoir détenu par l'administration sera précisée par la suite, et qui avait conduit le commissaire du Gouvernement à conclure à la compétence de l'ordre judiciaire.

13. On peut alors relever que si la formulation retenue peut satisfaire en ce qu'elle repose sur l'idée que les « simples » irrégularités dans la mise en oeuvre d'un pouvoir dont dispose l'administration ne doivent pas être considérées comme des voies de fait, elle est néanmoins problématique en raison de sa généralité, puisqu'elle s'étend bien au-delà de la seule hypothèse de l'implantation de poteaux électriques qui, comme on l'a dit, peut se prévaloir d'un fondement textuel, et s'étant à l'ensemble des ouvrages publics implantés sur des propriétés privées. La formule retenue semble consacrer le

²⁵ R. Chapus, Droit administratif général, T. 1, p. 880

principe selon lequel toute implantation, même sans titre, d'un ouvrage public sur une propriété privée peut être rattachée à un pouvoir de l'administration et n'être donc pas considérée comme une voie de fait, hypothèse qui, jusqu'alors, justifiait la compétence du juge judiciaire pour en prononcer le déplacement ou la suppression. Les chroniqueurs de l'AJDA estiment qu'une telle formule n'a eu pour objectif que de « stabiliser la jurisprudence qui (...) a été fluctuante sur la question de l'emprise irrégulière, et laissait parfois accroire que la possession d'un titre permettant l'implantation d'un ouvrage public pouvait seule faire échapper à la qualification de voie de fait »²⁶.

On peut toutefois se demander si la décision *Bergoend* n'a pas également pour effet de remettre en cause la jurisprudence *Binet* qui, en vue de restreindre la portée de l'adage « ouvrage mal planté ne se détruit pas », avait confié au juge judiciaire le pouvoir d'ordonner le déplacement ou la suppression d'un ouvrage public en cas de voie de fait, c'est-à-dire lorsque son implantation résulte d'un acte manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir dont dispose l'autorité administrative, et lorsqu'aucune procédure de régularisation n'avait été engagée²⁷ ?

C'est en tout cas remettre en cause la jurisprudence de la Cour de cassation qui, désireuse de mettre un terme à la théorie de l'expropriation indirecte, avait à partir de 1994, jugé qu'elle pouvait ordonner le déplacement ou la suppression des lignes téléphoniques sur le fondement de l'article 12 de loi du 15 juin 1906, aujourd'hui codifié à l'article L. 521-11 du Code de l'énergie²⁸. Le Tribunal des conflits prend en effet soin de préciser que la loi de 1906 ne fait pas obstacle à la compétence du juge administratif pour ordonner le déplacement ou la suppression d'un poteau électrique qui constitue un ouvrage public.

Il semblerait donc que, dorénavant, seul le juge administratif soit compétent pour ordonner le déplacement ou la suppression d'un ouvrage public implanté sur une propriété privée, dans les conditions fixées par la jurisprudence *Commune de Clans*²⁹, dans la mesure où une telle implantation ne semble plus devoir être considérée comme une voie de fait mais simplement comme une emprise irrégulière³⁰, pouvant de manière générale être rattachée à un pouvoir de l'administration. On peut

²⁶ X. Domino et A. Bretonneau, La voie de fait mise au régime sec : AJDA 2013, p. 1568

²⁷ V. pour des applications récentes : T. confl., 21 juin 2010, Arriat c/ commune de Nevers : Rec. CE 2010, p. 584 et Cass. 1re civ., 8 mars 2012, n° 11-10.378, Walcker c/ Commune du Vigan : JCP A 2012, 2292, note O. Renard-Payen

²⁸ V. par exemple : Cass. 1re civ., 26 mai 1999 : CJEG 2000, 83, note O. Renard-Payen

²⁹ CE, sect., 29 janv. 2003 : Rec. CE 2003, p. 23, concl. Ch. Maugué

³⁰ T. confl., 12 avr. 2010, n° 3718, Sté ERDF c/ M. et Mme Michel : JCP A 2010, 2173, note J. Moreau

d'ailleurs se demander, avec X. Domino et A. Bretonneau, ce qui peut bien rester, en matière d'atteinte au droit de propriété, de la catégorie des agissements insusceptibles d'être rattachés à un pouvoir de l'administration, si l'implantation même sans titre d'un ouvrage public sur une propriété privée, qui constituait un des terrains les plus riches en matière de voie de fait, est dorénavant exclue de la catégorie.

Pour conclure sur ce point, on relèvera que, compte tenu de ce qui vient d'être dit, il est logique que le Tribunal n'ait pas eu à reprendre à son compte la jurisprudence judiciaire relative au consentement ou à l'acceptation tacite de l'agissement incriminé par le propriétaire qui avait été évoqué par le commissaire du Gouvernement comme permettant dans certains cas d'exclure l'existence d'une voie de fait³¹.

14. Si, au moins en apparence, les agissements sanctionnables au titre de la voie de fait demeurent identiques dans la définition retenue par le Tribunal des conflits, en revanche, les effets qu'ils emportent sur la situation des individus, doivent être dorénavant appréciés à l'aide d'une nouvelle grille de lecture.

2. Une nouvelle grille de lecture de la voie de fait administrative

15. La décision commentée du Tribunal des conflits propose une grille de lecture de la voie de fait administrative ayant pour effet d'en restreindre l'importance quantitative et, corrélativement, de limiter les hypothèses de compétence judiciaire. Il n'est guère de doute que cet effet « induit » ait été volontairement recherché par le juge des compétences juridictionnelles.

Pour ce faire, le Tribunal adopte une lecture restrictive de la voie de fait en se référant à l'extinction en lieu et place d'une atteinte au droit de propriété et à la liberté individuelle en lieu et place des libertés fondamentales.

Ce choix, outre qu'il a pour effet de réduire le champ de la voie de fait de manière significative, peut se justifier de plusieurs façons. D'une part, il prend acte de la récente jurisprudence administrative en la matière qui autorise une intervention du juge du référé-liberté au-delà de ce que le texte de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative pouvait laisser présumer, et tente de prévenir les

³¹ Mme A.-M. Batut cite en exemple l'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 2012 : Cass. 1re civ., 19 déc. 2012, n° 11-21.616, Nouaille c/ ERDF

risques d'une concurrence juridictionnelle que l'on présente souvent comme néfaste à la protection des droits des administrés (A). D'autre part, il assure à la théorie de la voie de fait une assise constitutionnelle précise qui lui manquait jusqu'à présent et qui faisait dire à de nombreux auteurs que ses fondements théoriques étaient pour le moins hasardeux (B).

A. - Une réduction significative du risque de concurrence juridictionnelle

16. Il n'est pas besoin de revenir longuement sur l'acharnement dont a fait l'objet la théorie de la voie de fait de la part de la doctrine administrative. Peu nombreuses ont été les voix qui se sont élevées contre la tendance générale à vouloir supprimer une théorie jurisprudentielle accusée de ne pas disposer de fondements théoriques solides et étant dépourvue de tout intérêt pratique depuis que la loi du 23 juillet 2000 a accordé au juge administratif des référés les outils lui permettant de lutter efficacement contre les voies de fait administratives, ce que n'ont pas manqué de souligner tant les commentateurs de la loi que ceux de la jurisprudence *Commune de Chirongui*³².

Surtout, était pointée du doigt la tendance du juge judiciaire à assimiler voies de fait et simples illégalités et à exagérer l'importance des errements administratifs là où le juge administratif n'aurait certainement vu que de simples détournements résultant de la poursuite par l'administration d'un but étranger aux fins qui lui sont en principe assignées. Dès lors, il était reproché au juge judiciaire de statuer sur de véritables actes d'administration et de méconnaître le principe de séparation des autorités. Deux arrêts de la Cour de cassation sont fréquemment cités pour illustrer cette tendance (qui était pourtant fort ancienne puisque déjà soulignée par Laferrière), qui ont d'ailleurs inspiré la jurisprudence *Eucat* : ils assimilent à des voies de fait la mise en oeuvre de pouvoirs reconnus par la loi à l'administration en dehors des hypothèses ou sans respecter les conditions déterminées par le texte législatif³³.

³² V. notamment : P. Delvolé, Référé-liberté et voie de fait : RFDA 2013, p.299 ; X. Domino et A. Bretonneau, La fée du logis ? : AJDA 2013, p.788 ; O. Le Bot, Le juge administratif du référé-liberté compétent en matière de voie de fait : JCP A 2013, 2048 ; H. Pauliat, Le juge du référé-liberté a-t-il mis fin aux jours de la « folle du logis » ? : JCP A 2013, 2047. V. néanmoins pour une analyse plus nuancée voire critique : S. Gilbert, L'immixtion du référé-liberté dans le champ de la voie de fait : vers une perte de sens de la voie de fait : Dr. adm. 2013, comm. 24

³³ Cass, 1^{re} civ., 28 nov. 1984, Bonnet, Buisson et Litzmann : D. 1985, p. 313, note C. Gavalda ; JCP G 1986, II, 20600, obs. M. Lombard. L'étude de la jurisprudence des juges du fond est, sur ce point, encore plus instructive. V. en ce sens S. Guillon-Coudray, préc., p. 85 et s.

Pourtant, on ne pouvait que constater l'efficacité de la procédure judiciaire en la matière qui, aux yeux de nombreux auteurs, constituait l'argument majeur en faveur du maintien de la théorie de la voie de fait. La plénitude de compétence qui lui est reconnue ainsi que les outils dont il dispose en faisait un défenseur efficace du droit de propriété et des libertés fondamentales, bien plus efficace que son homologue administratif, amputé qu'il était des bras armés que constituent les pouvoirs mis à disposition du juge civil des référés. M. Hauriou, parmi les premiers, écrivait-il ainsi que « *le malheur n'est pas qu'il y ait une juridiction administrative ni qu'elle soit compétente en ces matières. Le malheur est que cette juridiction (...) soit insuffisamment outillée et que, notamment, il n'y ait pas devant elle, pour de semblables occasions, de procédure de référé* »³⁴. R. Abraham, dans un article fréquemment cité, considéra plus tard que le handicap dont souffrait le juge administratif constituait « *la plus grave lacune dont souffre aujourd'hui notre contentieux administratif* »³⁵.

Si bien que l'adoption de la loi du 30 juin 2000 fut présentée comme destinée à mettre un terme aux excès du juge judiciaire, dès lors que l'on accordait au juge administratif les moyens dont il était dépourvu et qui devaient lui permettre de mettre un terme à la dérive sus-évoquée.

En réalité, la loi ne visant pas à supprimer la théorie de la voie de fait, engendra (renforça) une concurrence juridictionnelle qui connut son point d'orgue avec l'adoption de l'arrêt *Commune de Chirongui (1)*. C'est dans ce contexte qu'est intervenue la décision commentée, visant à assurer une meilleure répartition des compétences juridictionnelles en matière d'atteintes aux libertés et au droit de propriété en retenant une formulation inédite de la théorie de la voie de fait (2).

1° La concurrence juridictionnelle consécutive à l'adoption de la loi du 30 juin 2000

17. L'adoption de la loi du 30 juin 2000 accordant au juge administratif des référés des moyens comparables à ceux dont disposait depuis longtemps son homologue judiciaire, si elle avait pour objectif de mettre un terme aux excès de la jurisprudence en matière de voie de fait, n'a toutefois jamais eu pour vocation de supprimer cette théorie, bien que certains l'aient espéré.

Il ressort en effet clairement des travaux parlementaires, que les députés ont eu pour objectif d'accorder au juge administratif des outils qui lui faisaient défaut, principalement dans le cadre des pro-

³⁴ M. Hauriou, note sous T. confl., 2 déc. 1902, Sté immobilière de Saint-Just : S. 1904, 3, 17

³⁵ R. Abraham, L'avenir de la voie de fait et le référé administratif, préc.

cédures dites d'urgence, mais aucunement de signer l'arrêt de mort de la théorie de la voie de fait³⁶. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler que l'expression « *dans l'exercice d'un de ses pouvoirs* » fut volontairement ajoutée à l'article L. 521-2 Code de justice administrative relatif au référé-liberté afin de s'assurer que le juge administratif n'empièterait pas sur la compétence judiciaire en matière de voie de fait.

Si bien que, très rapidement, le Tribunal des conflits jugea dans sa décision *Boussadar* que le vote de la loi du 30 juin 2000 n'avait pas eu pour conséquence de supprimer la théorie de la voie de fait. M. Guyomar et P. Collin commentèrent alors cette décision en ces termes : « *le législateur n'a pas entendu couvrir l'hypothèse visée par la jurisprudence relative à la voie de fait* »³⁷.

18. Pourtant, la loi du 30 juin 2000 fut interprétée par le juge administrative de manière fort extensive de telle sorte que, bien avant la jurisprudence *Commune de Chironqui*, il s'autorisa à intervenir dans un domaine que le législateur avait souhaité lui interdire de connaître, tant au titre du référé-liberté³⁸ que du référé mesures utiles³⁹, et bien au-delà de la seule déclaration de l'inexistence de la voie de fait qu'il pouvait déjà prononcer⁴⁰.

Cette concurrence fut nettement renforcée et confirmée par le Conseil d'État dans son ordonnance du 23 janvier 2013. À l'occasion de cette affaire, le juge du référé-liberté accepta d'enjoindre à l'administration de faire cesser une atteinte à une liberté fondamentale constitutive d'une voie de fait ce qui était jusqu'alors l'apanage du juge judiciaire.

Les commentateurs de cette décision ne furent pas unanimes à saluer cette avancée spectaculaire. Si elle était souhaitée par certains⁴¹ et accueillie avec enthousiasme par d'autres (*H. Pauliat, préc.*), la solution retenue par le Conseil d'État fit également l'objet de critiques portant principalement sur le

³⁶ V. en ce sens : O. Le Bot, *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté*, LGDJ, 2007, p. 332 et s.

³⁷ chron. sous T. confl., 23 oct. 2000, M. Boussadar : AJDA 2001, p. 144

³⁸ qu'il s'agisse de l'exécution forcée irrégulière d'une décision administrative : CE, 23 mars 2001, Sté Lidl, préc. ; ou d'une décision insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration, même si l'expression de voie de fait n'avait jusqu'alors jamais été utilisée : par exemple CE, ord., 9 avr. 2004, Lionnel V : Rec. CE 2004, p. 173 ; JCP A 2004, 1319, note J. Moreau ; RFDA 2004, p. 778, concl. S. Boissard

³⁹ CE, 12 mai 2010, Alberigo : Rec. CE 2010, tables p. 694 ; AJDA 2010, p. 1057

⁴⁰ CE, Ass., 13 juill. 1966, Guiguon : Rec. CE 1966, p. 476

⁴¹ S. Boissard, concl. sous CE, 2 févr. 2004, Époux Abdallah : RFDA 2004, p.772. Le commissaire du Gouvernement appelait à l'utilisation du référé-liberté en matière de voie de fait « au moins pour en prononcer la suspension ».

« caractère non conforme » de la décision du Conseil d'État à qui l'on reprochait d'avoir « forcé » le texte de la loi⁴².

Quoi qu'il en soit, cette jurisprudence a sensiblement renforcé la concurrence juridictionnelle en matière de voie de fait, que P. Delvolvé décrit parfaitement dans son commentaire en soulignant que l'exclusivité de la compétence de l'ordre judiciaire n'a jamais porté que sur l'indemnisation des préjudices causés par une voie de fait. Si bien que juge judiciaire comme juge administratif pouvaient désormais constater une voie de fait et la faire cesser. Ainsi, comme l'écrivait Rivero, « *la dualité des juridictions n'enferme pas chacune d'elles dans un champ dont l'autre serait totalement exclue. Le régime des libertés découle, le plus souvent, de l'intervention des deux ordres et de la prise en compte des deux jurisprudences* »⁴³.

2° Une clarification des compétences juridictionnelles en matière d'atteintes aux libertés et au droit de propriété ?

19. La concurrence juridictionnelle sus-évoquée a, semble-t-il, été fortement réduite par la décision du Tribunal des conflits du 17 juin dernier. En effet, si satisfaisante qu'ait pu paraître cette avancée jurisprudentielle du point de vue du juge administratif gardien des libertés, elle n'a pas pour vertu première de simplifier la situation des justiciables confrontés à une voie de fait, même si l'idée peut être défendue selon laquelle, en cette matière, plusieurs voies de droit valent mieux qu'une seule dès lors que « *au service des libertés, les deux juridictions, chacune selon sa spécificité, ont mis des moyens différents, mais complémentaires* »⁴⁴.

En effet, on peut ne pas être totalement convaincus par le fait que, même après l'innovation à laquelle a procédé la décision *Commune de Chirongui*, la concurrence issue du dualisme juridictionnel ait pu assurer, en matière de voie de fait, une simplification de la situation des justiciables et donc, corrélativement, une protection de leurs libertés plus efficace. Le dualisme juridictionnel a toujours engendré en matière de voie de fait plus d'inconvénients que de bienfaits et doit supporter un « *lourd passif* », pour reprendre l'expression de Rivero.

⁴² S. Gilbert, préc., et de manière plus nuancée, O. Le Bot, Le juge administratif du référé-liberté compétent en matière de voie de fait, préc.

⁴³ J. Rivero, Dualité de juridiction et protection des libertés : RFDA 1990, p. 734.

⁴⁴ *Ibid.*

De telle sorte que l'opération de réduction du champ de la voie de fait à laquelle procède le Tribunal des conflits peut apparaître de prime abord comme un moyen bienvenu de clarifier et de simplifier la répartition des compétences juridictionnelles en ce domaine.

Pour y parvenir, le Tribunal des conflits a, de manière tout à fait explicite, retiré au juge judiciaire une grande partie des hypothèses de voie de fait qu'il avait coutume de juger selon la tendance qui a été évoquée plus haut. Dorénavant, sa compétence exclusive est ramenée à la portion congrue, et repose sur une assise constitutionnelle renforcée dont on espère qu'elle ne donnera pas lieu à interprétation divergente de la part des deux ordres de juridictions.

20. Ainsi, en décidant de ne plus user de l'expression « libertés fondamentales » ou « atteinte au droit de propriété », mais « d'extinction du droit de propriété » ou « d'atteinte à la liberté individuelle », le Tribunal des conflits exclut du champ de la voie de fait toute une série d'hypothèses qui relevaient auparavant de la compétence du juge judiciaire.

Si bien qu'en ces domaines, le juge administratif se voit attribuer une compétence de principe pour constater, suspendre, annuler et faire cesser les atteintes portées par l'administration au droit de propriété et aux libertés fondamentales qui ne constituent plus des voies de fait. L'arsenal dont il dispose en qualité de gardien des libertés, et dont il a su user efficacement jusqu'à aujourd'hui, lui permettront très certainement de s'acquitter de cette tâche. Ainsi, une atteinte portée par l'administration à une liberté fondamentale ne pouvant plus être qualifiée de voie de fait parce qu'exclue du champ de la liberté individuelle pourra sans difficulté être sanctionnée par le juge administratif du référé-liberté qui donne de la notion de liberté fondamentale une définition particulièrement extensive. La libre administration des collectivités territoriales en est une illustration éclairante qui, reconnue à la fois comme liberté fondamentale au sens de la voie de fait⁴⁵ et du référé-liberté⁴⁶, ne pourra relever dorénavant que du juge administratif en cas d'atteinte portée par l'État. Il en ira de même pour les emprises ne pouvant pas s'analyser en une extinction du droit de propriété, comme en l'espèce l'implantation irrégulière d'un ouvrage public sur une propriété privée, puisque le Con-

⁴⁵ TC, 19 nov. 2007, Commune de Limeil-Brévannes : Rec. CE 2007, p. 608

⁴⁶ CE, sect., 5 mars 2001, Commune de Venelles : GAJA n° 105., p. 18, concl. Touvet ; CJEG 2001, p. 161, concl. Touvet ; RFDA 2001, p. 378, concl. Touvet, et p. 681, note Verpeaux ; AJDA 2001, p. 153, chron. Guyomar et Collin ; D. 2002, 2227, obs. Vandermeeren ; LPA 12 févr. 2001, note Chahid-Nourai et Lahami-Dépinay

seil d'État a très tôt jugé que le droit de propriété est une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 Code de justice administrative⁴⁷.

Ceci n'implique pas, bien entendu, que le juge judiciaire perde ses titres de compétence traditionnels en matière administrative. Par exemple, si certaines atteintes au droit de propriété immobilière qualifiées auparavant de voies de fait devront dorénavant être considérées comme de « simples » emprises irrégulières, le juge judiciaire conservera naturellement sa compétence traditionnelle en ce domaine.

21. Une question peut néanmoins être posée au regard de la nouvelle formulation retenue par le Tribunal des conflits. Il n'est en effet plus fait référence à la gravité de l'atteinte portée par l'administration à la liberté individuelle ou au droit de propriété pour qualifier une voie de fait. Or, « l'atteinte grave » était jusqu'alors présentée comme une condition nécessaire à l'existence d'une voie de fait⁴⁸, en l'absence de laquelle le juge judiciaire ne pouvait intervenir. La jurisprudence est fournie, qui illustre le fait qu'une atteinte minime au droit de propriété ou à la liberté individuelle, même résultant d'une décision souffrant d'un « manque de droit » ou d'un « manque de procédure », ne peut constituer une voie de fait⁴⁹. L'auteur donne un nombre importants d'exemples jurisprudentiels permettant d'illustrer cette condition). La question ne concerne en réalité que la liberté individuelle puisque la notion d'extinction du droit de propriété désigne l'atteinte la plus grave qui puisse être portée à ce droit.

Cela signifierait-il alors que, désormais, toute atteinte même minime portée à la liberté individuelle, soit par un acte d'exécution d'office soit par un acte insusceptible d'être rattaché à un pouvoir de l'administration, relèverait de la voie de fait et donc de la compétence du juge judiciaire pour la faire cesser et la réparer ?

On ne le pense pas⁵⁰. Tout d'abord, il est possible de considérer que dans bien des cas, le juge prend en compte la gravité de l'atteinte à une liberté pour apprécier celle de l'illégalité commise par l'administration. Autrement dit, la gravité d'une atteinte à la liberté déterminerait pour partie le fait

⁴⁷ CE, 29 mars 2002, SCI Stephaur : Rec. CE 2002, p. 117 ; AJDA 2003, p. 345, note Grosieux ; D. 2003, p. 1115, note Martin ; JCP G 2002, II, 10179, note Zarka ; RFDA 2003, p. 370, notes Lequette et Pez

⁴⁸ V. J. Moreau, Voie de fait : Répertoire du contentieux administratif, Dalloz, n° 19 et s.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Dans le même sens, X. Domino et A. Bretonneau, La voie de fait mis eu régime sec, préc. : « L'absence se justifie peut-être par le fait qu'une atteinte à la liberté individuelle est, si elle est vraiment une atteinte, le plus souvent

que l'administration a dénaturé son action. C'est d'ailleurs ce qu'écrivait Laferrière pour qui une décision constitue une voie de fait lorsque, « *en raison de son objet* », elle ne peut plus être considérée comme acte d'administration, c'est-à-dire parce qu'elle porte atteinte à la liberté individuelle. Ensuite, cela reviendrait à méconnaître l'intention du législateur qui, lors de l'adoption de la loi du 30 juin 2000, a souhaité maintenir la théorie de la voie de fait uniquement pour les atteintes les plus graves à la liberté et réserver les autres au juge administratif⁵¹. Enfin, il est peu probable que le Tribunal des conflits, tout en procédant à une réduction sensible du champ de la voie de fait en supprimant la référence aux libertés fondamentales, ait parallèlement étendue à ce point la compétence judiciaire à l'ensemble des atteintes, même les moins graves, portées par l'administration en dehors de ses attributions à la liberté individuelle.

22. Pour finir, on peut tenter de dresser un tableau de la répartition des compétences juridictionnelles en matière de voie de fait à la suite de la décision du 17 juin 2013.

Dans les hypothèses désignées par le Tribunal des conflits, on doit considérer que la constatation d'un acte constitutif d'une voie de fait continue de relever de la compétence des deux ordres de juridiction. De la même manière, la réparation des dommages résultant de la commission d'une voie de fait continue de relever exclusivement de la compétence du juge judiciaire.

Qu'en est-il du pouvoir de faire cesser une voie de fait ? Ce pouvoir relève-t-il désormais exclusivement de la compétence du juge judiciaire ?

Une réponse positive amènerait à considérer que les jurisprudences *Commune de Chirongui* et *Société Lidl* ne devraient plus trouver à s'appliquer dans les hypothèses, très resserrées, où une voie de fait a été commise. Il faudrait donc interpréter la formule selon laquelle le juge judiciaire est compétent « par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires (...) pour en ordonner la cessation ou la réparation » de manière stricte.

La liaison de la cessation et de la réparation par la conjonction « ou » pourrait en effet laisser penser que l'exclusivité accordée pour la réparation vaut également pour la cessation. Ceci serait confirmé par le fait que la théorie de la voie de fait est toujours présentée comme une exception au principe de la séparation des autorités, et devrait être interprétée de manière stricte comme attribuant au juge

grave ».

⁵¹ H. Moutouh, La voie de fait dans le projet de loi relatif au juge administratif des référés : la folle du logis enfin

judiciaire une exclusivité dans la mise en œuvre des pouvoirs qu'elle lui reconnaît. Si nous penchons volontiers pour cette interprétation, notamment au regard du fait que les parlementaires ont souhaité, en 2000, exclure l'intervention du juge administratif en matière de voie de fait, nous ne nous risquerons pas à un exercice divinatoire sur ce point. D'une part, le législateur n'a entendu exclure l'intervention du juge administratif que pour les voies de fait par « manque de droit » et non pour celles par « manque de procédure ». On pourrait d'autre part imaginer que le Conseil d'État, tout en ayant récupéré la connaissance exclusive de nombre d'atteintes portées par l'administration aux libertés fondamentales et au droit de propriété, soit désireux de maintenir sa toute récente jurisprudence et de continuer à user du référé-liberté en matière de voie de fait afin d'achever sa quête visant à obtenir le statut de gardien des libertés au même titre que le juge judiciaire. Cette solution pourrait se prévaloir de l'argument selon lequel, dès lors qu'il est doté de pouvoirs semblables à ceux du juge judiciaire pour faire cesser une voie de fait, il peut assurer de manière aussi efficace que son homologue la défense du droit de propriété et de la liberté individuelle. D'autant plus qu'« il n'y a jamais eu de pré carré inviolable ou intangible de la voie de fait au profit du juge judiciaire mais simplement la recherche de l'efficacité juridictionnelle maximale, qui passait nécessairement par l'intervention de ce dernier »⁵². Dans ce cas alors, deux voies de droit pour faire cesser une voie de fait pourraient être plus efficaces qu'une seule.

Reste que l'on pourrait alors s'interroger, si une telle hypothèse était retenue, sur les motifs qui auraient conduit le Tribunal des conflits à maintenir la théorie dérogatoire de la voie de fait, même très circonscrite, si c'est pour ne pas accorder au juge judiciaire l'exclusivité dans l'exercice de ses pouvoirs. Pourquoi ne pas supprimer la théorie au bénéfice du juge administratif dorénavant bien armé pour faire cesser une voie de fait, tout en rappelant la compétence judiciaire exclusive au titre de la réparation. Plus encore, serait-il cohérent de procéder à un renforcement de l'assise constitutionnelle de la théorie de la voie de fait tout en en réduisant la portée concrète au nom du principe de séparation des autorités ?

domestiquée ? : D. 1999, n° 25, p. 1

⁵² X. Domino et A. Bretonneau, *La voie de fait mis eu régime sec*, préc.

B. - Le renforcement de l'assise constitutionnelle de la théorie de la voie de fait administrative

23. Il n'est pas nécessaire de rappeler les débats qui ont agité dès l'origine la doctrine au sujet de la détermination des fondements théoriques de la voie de fait. Incertains, insaisissables, obscurs... tels furent certains des qualificatifs retenus pour les désigner. Car, on le sait, deux fondements dont on n'a jamais su vraiment dire s'ils étaient cumulatifs ou alternatifs, ont été invoqués pour justifier la compétence du juge judiciaire en la matière⁵³ : l'idée de dénaturation de l'action administrative que Laferrière a été l'un des premiers à formuler et le principe de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle et du droit de propriété dont les origines, la signification ou la portée sont toujours discutées.

Cette incertitude avait conduit certains auteurs à voir dans la voie de fait une notion « fonctionnelle »⁵⁴, d'autres n'y voyant que le résultat de l'incapacité du juge administratif à lutter efficacement, en raison de l'absence de moyens adéquats, contre les errements les plus graves de l'administration. On comprend alors que ces derniers aient pu voir dans l'adoption de la loi du 30 juin 2000 l'occasion d'achever une théorie qui ne se justifiait dorénavant plus.

Mais, on l'a vu, ce n'est pas cette solution qui fut retenue, le maintien de la voie de fait ayant été immédiatement rappelé afin de respecter l'intention du législateur. Mais, confronté à la nécessité de devoir clarifier la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction également compétents pour constater et faire cesser une voie de fait, le Tribunal a saisi l'occasion qui lui était présentée pour lier la compétence judiciaire à certains principes constitutionnels et ainsi prévenir toute tentative d'immixtion d'un ordre de juridiction dans le domaine de compétences de l'autre. Ce faisant, c'est prioritairement au principe de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle et du droit de propriété, tel qu'il a été interprété par le Conseil constitutionnel, que le Tribunal des conflits semble avoir entendu rattacher la théorie de la voie de fait sans toutefois écarter la théorie de la dénaturation.

Ainsi, cette compétence judiciaire concerne-t-elle d'abord l'extinction du droit de propriété du fait d'une opération matérielle de l'administration (1) et d'autre part l'atteinte à la liberté individuelle (2).

⁵³ S. Guillon-Coudray, préc., p. 168 et s.

⁵⁴ G. Vedel, La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative : JCP G 1950, I, 850

1° L'extinction du droit de propriété

24. Les atteintes portées par l'administration au droit de propriété ont toujours constitué un terreau particulièrement riche en matière de voies de fait. Pourtant, le principe de l'autorité judiciaire gardienne du droit de propriété, qui trouve son origine dans la loi du 8 mars 1810 relative à l'expropriation et qui sera ensuite consacré par la Cour de cassation au début du XX^e siècle⁵⁵, ne renseigne pas suffisamment, en raison de sa formulation générale, sur les atteintes qui peuvent constituer des voies de fait. La définition traditionnelle de la voie de fait par le Tribunal des conflits ne renseignait à peine plus puisqu'elle n'évoquait qu'une atteinte grave au droit de propriété.

Or, toute atteinte au droit de propriété n'est pas constitutive d'une voie de fait. Certes, à la différence de la théorie de l'emprise irrégulière, sont concernées à la fois la propriété mobilière et immobilière⁵⁶ mais, d'une part, n'est en cause que le droit de propriété et, d'autre part, ne sont qualifiées de voie de fait que les atteintes les plus graves.

Sur le premier point, il est de jurisprudence constante que seul le droit de propriété est visé par la théorie de la voie de fait. Si bien que, par exemple, les droits d'un locataire d'un immeuble⁵⁷, ceux de l'occupant du domaine public⁵⁸ ne sont pas en principe protégés par cette théorie. En outre, ne sont pas assimilées à de telles atteintes celles qui portent sur des servitudes puisqu'elles ne peuvent être assimilées à « *une perte du droit de propriété* »⁵⁹.

En effet, sur le second point, la jurisprudence a toujours reposé sur l'idée selon laquelle les atteintes minimales au droit de propriété ne peuvent être qualifiées de voie de fait : les simples gênes dans l'usage d'un bien ou les troubles de jouissance, le déplacement de quelques centimètres d'un bien, l'instauration irrégulière d'une servitude sans dépossession etc., ne constituent pas des atteintes relevant de la compétence du juge judiciaire.

C'est en effet la dépossession d'une particulière gravité, qui est seule susceptible d'être qualifiée d'atteinte grave au droit de propriété et qui désigne la situation du propriétaire qui ne peut plus

⁵⁵ Cass. civ., 28 janv. 1902 : S. 1903, I, 10

⁵⁶ CE, 18 nov. 1949, Carlier : Rec. CE 1949, p. 490, préc.

⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 18 juin 1974 : JCP G 1974, IV, 288

⁵⁸ Cass. 1^{re} civ., 27 mai 1975 : Bull. civ. 1975, I, n° 173

⁵⁹ S. Petit, La voie de fait administrative, Que sais-je ? PUF 1995, p.87 et Cass. 1^{re} civ., 12 juin 1990, Sté Centrale Jemmapes : Bull. civ. 1990, I, n° 168

exercer son droit, qui en est privé. C'est donc « la perte du droit de propriété »⁶⁰ qui est seule concernée.

C'est en ce sens que le Tribunal des conflits use du terme d'extinction du droit de propriété en lieu et place d'atteinte grave afin de limiter les hypothèses de voies de fait aux seules dépossessions qui conduisent à une véritable suppression définitive du droit de propriété.

25. Le changement de vocabulaire peut certes surprendre dans la mesure où les décisions du Conseil constitutionnel relatives au droit de propriété n'évoquaient pas la notion d'extinction du droit de propriété pas plus que la jurisprudence judiciaire. Le Tribunal des conflits use donc d'un nouveau vocable pour l'application de la théorie de la voie de fait, et remplace la notion « d'atteinte grave au droit de propriété » en cas de dépossession d'une particulière gravité par celle « d'extinction du droit de propriété » qui semble plus radicale et conduit à une réduction significative des hypothèses de voies de fait.

Cette précision lexicale n'était toutefois pas inutile si l'on étudie la jurisprudence judiciaire relative aux emprises, qui avait tendance à voir des voies de fait là où n'existaient que des emprises irrégulières⁶¹.

Ce faisant, le Tribunal des conflits tente bien de faire correspondre sa jurisprudence avec celle du Conseil constitutionnel. Celle-ci reconnaît en effet « *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* »⁶², tout en circonscrivant le domaine d'intervention du juge judiciaire aux seules dépossessions⁶³ qui constituent « *le cœur de compétence reconnu au juge judiciaire en matière d'expropriation* »⁶⁴. Le commentaire que l'on peut lire sur le site du Tribunal insiste sur ce point, selon lequel « par analogie avec l'expropriation », c'est la seule « extinction définitive » du droit de propriété qui conduit à la compétence judiciaire, ce qu'avait déjà jugé le Conseil constitutionnel⁶⁵. Cette référence à la seule expropriation est confirmée par X. Domino et A. Bretonneau⁶⁶.

⁶⁰ Josse, concl. sur TC, 4 nov. 1938, Baudean : Rec. CE 1938, p. 1011

⁶¹ G. Quiot et A. Béal, Emprise : JCl. Administratif, Fasc. 1050

⁶² CC, 25 juill. 1989, n° 89-256 DC

⁶³ CC, 13 déc. 1985, n° 85-198 DC

⁶⁴ X. Domino et A. Bretonneau, préc.

⁶⁵ Cons. const., 17 juill. 1985, n° 85-189 DC

⁶⁶ La voie de fait au régime sec : AJDA, préc.

On soulignera à ce propos la réitération, à notre sens superfétatoire, dans le dernier considérant de la décision commentée, de l'exigence d'extinction du droit de propriété pour dénier à l'implantation d'un poteau électrique sur une propriété privée le caractère d'une voie de fait. On doit en effet considérer qu'après avoir jugé qu'une telle implantation est susceptible d'être rattachée à un pouvoir de l'administration, il n'était plus nécessaire de rechercher si l'atteinte qui en résultait procédait d'une réelle extinction du droit de propriété. En d'autres termes, l'extinction du droit de propriété du fait de l'implantation irrégulière d'un ouvrage public n'a que peu d'importance au regard de la qualification d'une voie de fait par « *manque de droit* » puisque celle-ci se rattache à un pouvoir de l'administration. Il n'en irait autrement que pour les hypothèses de voie de fait par « *manque de procédure* », c'est-à-dire résultant de l'exécution forcée irrégulière d'une décision conduisant à l'extinction du droit de propriété.

2° L'atteinte à la liberté individuelle

26. La notion de liberté fondamentale, au sens de la théorie de la voie de fait, a connu une forte extension en raison de l'interprétation qui en a été donnée par la jurisprudence, sans qu'il soit pour autant possible de la définir précisément. En effet, la liberté fondamentale - l'expression de liberté publique étant très régulièrement utilisée par le juge judiciaire - était initialement limitée à un cercle assez restreint de droits et libertés, dont la liberté individuelle ou l'état civil. Ce cercle s'est toutefois progressivement élargi au fil du temps, bien au-delà de la seule liberté individuelle, même définie largement.

En premier lieu en effet, la notion de liberté individuelle au sens que lui donne l'article 66 de la Constitution a été élargie par le Conseil constitutionnel afin d'y inclure, outre la sûreté, la liberté d'aller et venir, le respect de la vie privée et l'inviolabilité du domicile⁶⁷ qui disposent d'une valeur constitutionnelle. Cette extension ne paraissait pourtant pas évidente si l'on s'attarde sur la rédaction retenue par le constituant, qui semble lier la proclamation de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle à la seule interdiction des détentions arbitraires.

En second lieu, la jurisprudence a étendu le champ des libertés fondamentales bien au-delà de la liberté individuelle, et donc bien au-delà de ce que la Constitution réserve à la compétence du juge

⁶⁷ CC, 12 janv. 1977, n° 76-75 DC

judiciaire. Ainsi, la liberté professionnelle et la liberté du commerce et de l'industrie, la libre administration des collectivités territoriales, la liberté d'opinion, la liberté de cultes, la liberté d'association pour ne citer que ces quelques exemples, ont été qualifiées de libertés fondamentales au sens de la voie de fait. À tel point que l'on a pu s'interroger, avec ironie, sur l'existence de libertés qui ne seraient pas fondamentales au sens de la voie de fait : le droit à la qualité de la vie, à la protection de la nature, etc. La jurisprudence du juge judiciaire semble toutefois avoir régulièrement exigé qu'une liberté fondamentale doive à la fois être reconnue et organisée par le législateur.

27. Cette extension du champ matériel de la voie de fait a indéniablement permis au juge judiciaire, et principalement au juge du fond, d'étendre son domaine de compétence. Associée aux tendances qui ont été soulignées plus haut, notamment l'assimilation de simples illégalités à des voies de fait, elle a contribué à forger ce vif ressentiment à l'encontre de la théorie.

Entreprenant un travail de réduction du champ de celle-ci, il était logique que le Tribunal des conflits tente de recentrer les libertés en cause sur la seule liberté individuelle telle qu'elle est définie par le Conseil constitutionnel à partir de l'article 66 de la Constitution et, ce faisant, d'asseoir l'autorité du juge judiciaire sur des principes constitutionnels permettant de lui attribuer « un noyau dur » de compétences qu'il sera fort difficile de remettre en cause.

Les conséquences de cette opération de redéfinition seront très rapidement visibles, qui consisteront à transférer au juge administratif les litiges relatifs aux libertés fondamentales non incluses dans la notion de liberté individuelle afin qu'il constate et fasse cesser les atteintes qui leur sont portées par l'administration et, le cas échéant, en indemnise les conséquences dommageables. Dans ce mouvement, comme le soulignent X. Domino et A. Bretonneau, seront abandonnées certaines solutions intervenues en matière de voie de fait dans des affaires emblématiques, au premier rang desquelles on citera bien entendu l'affaire *Action française*. Ceci n'est pas en soi problématique si l'on observe l'adresse avec laquelle le juge administratif a su user des procédures de référé qui sont à sa disposition pour préserver les libertés fondamentales des agissements de la puissance publique.

Il conviendra toutefois de se préoccuper de l'explosion du contentieux administratif des libertés qui en résultera. Il serait dommage qu'étant enfin parvenu à atteindre l'efficacité de son homologue judiciaire, le juge administratif ne soit pas en mesure de traiter l'afflux de demandes qui ne manquera pas de se produire très prochainement.

3. Conclusion

28. Le renforcement de l'assise constitutionnelle de la théorie de la voie de fait auquel procède le Tribunal des conflits constitue certainement un affermissement du principe de l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle et du droit de propriété comme fondement immédiat de la compétence judiciaire en la matière. Il ne vient toutefois pas clore le débat dans la mesure où, en continuant à se référer aux actes insusceptibles d'être rattachés à un pouvoir de l'administration, il maintient en vie la théorie de la dénaturation. Celle-ci demeure une explication au fait que seules les illégalités les plus graves commises par l'administration relèvent de la compétence judiciaire et non toutes les atteintes à la liberté individuelle ou au droit de propriété. Il n'en demeure pas moins que ce débat, si intéressant soit-il, ne devrait plus trouver beaucoup d'occasions de se nouer. Si, comme on peut l'espérer, la nouvelle répartition des compétences juridictionnelles opérée par le Tribunal des conflits ne donne pas lieu à des jurisprudences contradictoires, les hypothèses de voie de fait devraient se raréfier et ne plus donner lieu à beaucoup de commentaires.