

VOIE DE FAIT: LIMITATION ET FONDEMENTS¹

Note sous Tribunal des conflits, 17 juin 2013,

***Bergoend c. Société ERDF Anecy Léman*, n° 3911**

par Pierre DELVOLVÉ²

INDEX

1. LA REDUCTION DU CHAMP DE LA VOIE DE FAIT

1.1 Les modalités de la voie de fait

1.2 L'objet de la voie de fait

2. LES FONDEMENTS DE LA THEORIE DE LA VOIE DE FAIT

2.1 La nature des fondements

2.2 Les conséquences des fondements constitutionnels

L'arrêt du Tribunal des conflits du 17 juin 2013, *Bergoend c. Société ERDF Anecy Léman*³, ne met pas fin au système de la voie de fait mais à la fois il le réduit et il le fonde. Déjà l'ordonnance de référé du Conseil d'État du 23 janvier 2013, *Commune de*

¹ Reproduction de l'étude paru sur la *Revue Française de Droit Administratif*, septembre – octobre 2013, p. 1041-1050 - Rubrique *Contentieux*.

² Professeur émérite de l'Université Panthéon Assas-Paris II depuis le 1er septembre 2010.

³ N° 3911, à paraître au *Lebon* ; *AJDA* 2013. 1245; *ibid.* 1568, *chron.* X. Domino et A. Bretonneau ; *JCP Adm.* 2013. 2301, note C.-A. Dubreuil ; *RJEP* oct. 2013. 38, note B. Seiller.

*Chirongui*⁴, l'avait atteint. Il n'est pas anodin qu'elle ait été rendue par un membre du Conseil d'État qui est membre du Tribunal des conflits et a ainsi participé à la solution de l'arrêt *Bergoend*. Il n'est pas sûr d'ailleurs que les deux décisions coïncident parfaitement, si ce n'est pour contribuer l'une et l'autre à une remise en ordre.

Celle-ci est le prolongement indirect de la réforme des référés devant le juge administratif par la loi du 30 juin 2000, spécialement par l'institution du référé-liberté (art. L. 521-2 du code de justice administrative [CJA]). Son adoption avait conduit à poser la question de « l'avenir de la voie de fait »⁵. Les travaux préparatoires avaient pourtant laissé entendre son maintien⁶. Les termes mêmes de l'article L. 521-2 vont en ce sens: en parlant de l'atteinte qu'une autorité administrative aurait portée « dans l'exercice d'un de ses pouvoirs » à une liberté fondamentale, ils impliquent que lorsque cette atteinte est portée hors de tout pouvoir, on se trouve au-delà du système de protection assuré par le référé liberté; ils rejoignent la définition habituelle de la voie de fait comme manifestement insusceptible de se rattacher aux pouvoirs de l'administration.

C'est bien cette formule que, peu de temps après l'adoption de la loi du 30 juin 2000 et quelques semaines avant son entrée en vigueur (1er janv. 2001), le Tribunal des conflits a utilisée dans son arrêt du 23 octobre 2000, *Boussadar*⁷, pour bien marquer le maintien du système de la voie de fait, en identifiant les cas « où l'administration, soit a

⁴ N° 365262, à paraître au *Lebon* ; *AJDA* 2013. 199; *ibid.* 788, *chron.* X. Domino et A. Bretonneau ; *D.* 2013. 368, *obs.* M.-C. de Montecler ; *RFDA* 2013. 299, *note* P. Delvolvé ; *Dr. adm.* 2013, n° 24, *note* S. Gilbert ; *JCP Adm.* 2013. 2047, *note* H. Pauliat et 2048, *note* O. Le Bot.

⁵ R. Abraham, « L'avenir de la voie de fait et le référé administratif », *Mélanges Braibant*, 1996, p. 1.

⁶ V., les analyses de M. Fouletier dans son article à la *RFDA* 2000. 963, *spéc.* p. 973, et de Mme Boissard dans ses conclusions à la *RFDA* 2004. 772, *spéc.* p. 774.

⁷ N° 3227, *Lebon* p. 775; *AJDA* 2001. 145 ; *ibid.* 143, *chron.* M. Guyomar et P. Collin ; *D.* 2001. 2332, *concl.* J. Sainte-Rose.

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 condition toutefois que cette dernière décision soit elle-même manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative ».

Ainsi était confirmée et synthétisée la jurisprudence issue des arrêts du Tribunal des conflits du 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*⁸ et du 8 avril 1935, *Action française*⁹.

Celui du 17 juin 2013, *Bergoend* revient en partie sur elle, et donc aussi, par là même, sur l'arrêt *Boussadar*. Mais, par rapport à celui-ci, il s'inscrit autant dans la continuité que dans la rupture ; s'il restreint le champ de la voie de fait, sa forme et son fond coïncident.

Le considérant de principe est rédigé sur le même mode: l'arrêt *Bergoend* reprend la formule de l'arrêt *Boussadar* selon laquelle « 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... » que dans certaines conditions; ces conditions sont plus limitées dans l'arrêt *Bergoend* que dans l'arrêt *Boussadar*, mais elles sont de même type; c'est l'objet de la voie de fait qui est moins étendu dans le nouvel arrêt que dans le précédent.

Ses conséquences sont les mêmes dans les deux cas : « la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ». L'arrêt *Bergoend* apporte une précision qui ne figurait

⁸ N° 0543, Lebon p. 513, concl. Romieu ; D. 1903.3.41, concl. Romieu ; S. 1904.3.17, concl. Romieu, note Hauriou ; GAJA, 19e éd., 2013, n° 10.

⁹ N° 0822, Lebon p. 1226, concl. Josse ; S. 1935.3.76, concl. Josse ; D. 1935.3.25, concl. Josse, note M. Waline ; RD publ. 1995.309, concl. Josse, note G. Jèze ; GAJA, 19e éd., 2013, n° 46.

pas dans l'arrêt *Boussadar*: en cas de voie de fait, le juge judiciaire peut « en ordonner la cessation ou la réparation ». Cette précision, qui n'ajoute rien au fond, car la solution était acquise en vertu de la jurisprudence antérieure, complète en le renforçant le considérant de l'arrêt *Boussadar*.

Ainsi, loin de mettre fin au système de la voie de fait, contrairement aux propositions formulées en ce sens¹⁰, l'arrêt *Bergoend* le confirme à certains égards et même le renforce. Car s'il limite le champ de la voie de fait, il en établit les fondements d'ordre constitutionnel.

1. LA REDUCTION DU CHAMP DE LA VOIE DE FAIT

La portée de la réduction du champ de la voie de fait, qui pour l'essentiel a frappé les premiers commentateurs, apparaît à la seule comparaison des considérants de principe de l'arrêt *Boussadar* (*supra*), d'une part, et de l'arrêt *Bergoend*, d'autre part. Selon ce dernier, « il n'y a voie de fait de la part de l'administration... 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 ».

Il faut mesurer le changement: les modalités de la voie de fait restent inchangées; c'est son objet qui est réduit.

¹⁰ Outre R. Abraham, art. préc. ; R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15e éd., 2001, n° 1087.

1.1 Les modalités de la voie de fait

Comme dans la jurisprudence antérieure, telle qu'elle a été synthétisée par l'arrêt *Boussadar*, la voie de fait peut se réaliser selon deux modalités alternatives : l'exécution forcée irrégulière d'une décision, une décision manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir de l'administration.

■ L'exécution forcée irrégulière d'une décision

Les conditions de l'exécution forcée d'une décision sont fixées depuis l'arrêt déjà rappelé du Tribunal des conflits du 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, et surtout par les conclusions de Romieu: absence de sanction ou, même s'il existe une sanction, urgence. En dehors de ces cas, le recours à l'exécution forcée pour assurer le respect d'une décision administrative a toujours constitué une voie de fait.

Il a pu y avoir des variations sur l'existence d'une sanction, des assouplissements dans la reconnaissance de l'urgence. Mais l'essentiel est resté: si ces conditions ne sont pas remplies, l'administration commet une voie de fait.

L'essentiel reste aussi avec l'arrêt *Bergoend*: si les autres conditions sont réunies, il y a voie de fait « dans la mesure où l'administration [...] a procédé à l'exécution forcée, dans des conditions irrégulières, d'une décision, même régulière ».

On peut observer à ce sujet que l'arrêt *Bergoend*, comme l'arrêt *Boussadar* et bien d'autres arrêts, parlent de « décision » et non pas « d'actes ». Ce n'est pas le lieu ici d'entrer dans l'analyse des notions de « décision » et d'« acte » et des nuances qui conduisent à les distinguer tout en les croisant. On peut observer avec R. Chapus¹¹ qu'« acte unilatéral et décision ne se confondent pas », l'acte unilatéral pouvant être non

¹¹ Op. cit., n° 699.

décisoire – même si l'on peut considérer que si l'acte est une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, les deux termes sont en ce sens synonymes.

D'ailleurs, pour se reconnaître compétent pour statuer sur un recours dirigé contre une décision, le Conseil d'État parle couramment d'acte administratif¹².

La question n'est pas de savoir ici si un acte est administratif ou non, mais plus simplement si l'administration a procédé à l'exécution forcée d'une mesure.

Il importe peu à cet égard que celle-ci soit administrative et unilatérale.

Si, le plus souvent, l'exécution forcée a pour objet de faire respecter une décision administrative, elle pourrait porter sur une autre mesure. On peut concevoir que l'administration veuille faire appliquer une disposition législative. Dans l'affaire *Société immobilière de Saint-Just*, se trouvait à la base l'article 13, paragraphe 3 de la loi du 1er juillet 1901 sur les établissements congréganistes, qui en déterminait la fermeture. Certes la fermeture de l'établissement formé à Lyon par la congrégation des soeurs de Saint Charles avait été ordonnée par décret; à cet égard, l'évacuation ordonnée par le préfet était, non pas directement l'exécution de la loi, mais celle du décret – donc d'une décision administrative. Mais dans d'autres circonstances, l'exécution forcée pourrait être destinée à exécuter une loi en elle-même, sans l'intermédiaire d'un autre acte.

Elle pourrait l'être aussi à exécuter une décision de l'administration qui n'aurait pas un caractère administratif: ce pourrait être le cas d'une décision prise à l'égard d'un usager d'un service public industriel et commercial ou du domaine privé d'une personne

¹² Parmi des exemples multiples, on peut citer l'arrêt Monpeurt du 31 juill. 1942.

publique. Une telle décision ne constitue pas un acte administratif; son contentieux ne relève pas du contentieux administratif¹³; son exécution forcée n'en relèverait *a fortiori* pas.

N'en relèverait pas non plus l'exécution forcée d'un contrat de l'administration, qu'il soit administratif ou non. On ne peut exclure qu'un contrat reconnaissant un droit à l'administration, celle-ci veuille en assurer directement l'exécution. La jurisprudence fournit l'exemple de demandes adressées au juge administratif par une personne publique pour que soit ordonnée à son cocontractant, sous astreinte, l'exécution de ses obligations, telle la restitution de moules nécessaires à la production de panneaux préfabriqués conçus pour la construction d'immeubles¹⁴. Si, moins respectueux de la procédure, l'administration avait directement procédé elle-même à l'enlèvement de ces objets, elle aurait assuré l'exécution forcée, non d'une décision, mais d'une stipulation contractuelle.

Les formules jurisprudentielles parlant de l'exécution forcée d'une décision ne peuvent donc limiter ce cas de voie de fait à celui de l'exécution d'un acte administratif unilatéral.

■ Une décision manifestement insusceptible de se rattacher aux pouvoirs de l'administration

L'exécution forcée irrégulière d'une mesure résulte déjà en soi d'une décision manifestement insusceptible de se rattacher aux pouvoirs de l'administration, puisque, sauf

¹³ Pour une décision prise à l'égard de l'utilisateur d'un service public industriel et commercial : CE 20 janv. 1988, SCI « La Colline », n° 70719, Lebon p. 21; RFDA 1988. 880, concl. La Verpillère ; AJDA 1988. 407, note J.-M. Auby ; pour une décision prise au sujet du domaine privé : T. confl., 22 nov. 2010, SARL Brasserie du Théâtre c. Commune de Reims, n° 3764, Lebon p. 590; AJDA 2010. 2288; *ibid.* 2423, chron. D. Botteghi et A. Lallet ; RDI 2011. 450, obs. P. Caille ; BJCP 2011. 55, concl. P. Collin ; Dr. adm. févr. 2011. 20, note F. Melleray ; RJEP mars 2011, p. 11, note G. Pellissier.

¹⁴ CE, sect., 13 juill. 1956, Office public d'HLM du département de la Seine, Lebon p. 338, concl. Chardeau ; AJDA 1956.II.312, concl. Chardeau ; *ibid.* 398, chr. Fournier et Braibant ; RD publ. 1957. 296, note M. Waline.

texte ou circonstances particulières, un tel pouvoir ne lui est pas reconnu (au surplus l'exécution forcée résulte toujours d'une décision, au moins implicite, d'y procéder).

C'est à d'autres cas de décision insusceptible de se rattacher aux pouvoirs de l'administration que se rattache la formule. Celle-ci comporte une certaine approximation, après comme avant les arrêts *Boussadar et Bergoend* – comme le montre la jurisprudence atténuant la gravité d'une mesure en raison de circonstances exceptionnelles¹⁵ ou, même en l'absence de telles circonstances, en admettant qu'il n'y a pas voie de fait grâce à un rapprochement des mesures prises avec des pouvoirs de l'administration, qui a pu paraître très relatif¹⁶.

Désormais, peut-être encore plus que précédemment, la restriction du champ de la voie de fait doit conduire à n'admettre qu'elle a été commise dans cette seconde hypothèse que si, de manière radicale, l'administration est sortie de ses pouvoirs : elle a commis bien plus qu'une erreur manifeste d'appréciation, une violation manifeste et volontaire de la légalité, une négation de la règle de droit.

Cette seconde hypothèse fait retrouver l'expression et la notion de « décision » – non plus, comme précédemment, pour désigner la mesure dont l'exécution est assurée, mais la mesure même qui est prise.

¹⁵ Par ex., à propos d'une arrestation : T. confl., 27 mars 1952, Dame de la Murette, n° 1339, Lebon p. 626 ; D. 1954. 221, note C. Eisenmann ; JCP 1952.II.158, note Blaevot ; RA 1952. 268, note Liet-Veaux ; RD publ. 1952.757, note M. Waline ; S. 1952.381, note M. Gravitz.

¹⁶ V. notamment, la polémique suscitée par l'arrêt du Tribunal des conflits du 12 mai 1997, Préfet de police de Paris c. TGI de Paris, n° 3056, Lebon p. 528 ; AJDA 1997. 635 ; *ibid.* 575, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; D. 1997. 567, note A. Legrand ; RFDA 1997. 514, concl. J. Arrighi de Casanova ; RTD civ. 1998. 181, obs. J. Normand ; Gaz. Pal. 27 au 28 juin 1997, note Petit, et 19-20 déc. 1997, rapport Sargos.

C'est d'ailleurs le mot « mesure » qui est utilisé par certains arrêts¹⁷. Elle est peut-être plus appropriée car il s'agit de désigner moins un « acte » au sens juridique du terme qu'un comportement. Celui-ci peut être purement matériel, comme plusieurs arrêts l'ont montré: apposition de scellés, enlèvement d'archives, destruction d'objets, arrestation d'une personne. C'est une action qui a été entreprise. C'est bien une voie de fait au sens strict, sans véritable décision. Parler de décision en atténue la gravité et fausse la réalité des faits.

Du moins l'expression peut-elle être sauvée si l'on observe que tout comportement volontaire implique la volonté de le faire, donc une décision. Ainsi une voie de fait purement matérielle comporte la décision de la réaliser.

En toute hypothèse, quelle que soit la modalité selon laquelle la voie de fait peut se commettre, elle n'est reconnue que si elle porte sur l'un des deux objets auxquels son champ est désormais limité.

1.2 L'objet de la voie de fait

Désormais, il n'y a voie de fait (si les conditions relatives aux modalités sont remplies) que s'il est porté atteinte à la liberté individuelle ou si se trouve éteint un droit de propriété. Dans les deux cas, il s'agit bien d'une réduction du champ de la voie de fait par rapport aux solutions antérieures.

■ La liberté individuelle s'isole au sein des libertés fondamentales

¹⁷ Par ex., T. confl., 9 juin 1986, Commissaire de la République de la région Alsace et autres, n° 2434, Lebon p. 301; RFDA 1987. 33, concl. M.-A. Latourmerie ; AJDA 1986. 428, chr. M. Azibert et M. de Boisdeffre ; D. 1986. 496, note C. Gavalda ; JCP 1987.II.20746, note B. Pacteau; RD publ. 1987. 1082, note J. Robert ; T. confl., 12 janv. 1987, Grizivatz, n° 2450, Lebon p. 443; AJDA 1987. 425, note X. Prétot ; LPA 15 avr. 1987, note J. Morand-Deville ; CE 15 avr. 1988, Michelix, n° 69498, Lebon p. 142; AJDA 1988. 555, obs. X. Prétot; RD publ. 1989. 922, note J.-M. Auby ; CE 11 mai 1966, Guigon, n° 54130, Lebon p. 315.

Précédemment toute liberté fondamentale était prise en considération pour reconnaître l'existence d'une voie de fait. L'exemple type a été donné par l'arrêt *Action française* à propos de la liberté de la presse. Il aurait pu être relayé pour d'autres libertés fondamentales par celles qui ont été reconnues dans le cadre de l'article L. 521-2 CJA pour le référé-liberté. La « liberté fondamentale » de l'arrêt *Boussadar* devait être la même que celle de l'article L. 521-2, puisqu'aussi bien il a été rédigé précisément en considération de celui-ci et que l'ordonnance *Commune de Chirongui* a relevé la conjonction possible, au cas d'atteinte à une liberté fondamentale, d'une voie de fait et d'une mesure relevant du référé-liberté.

Ainsi, au rang de liberté fondamentale autre que la liberté individuelle, il faut ranger notamment, selon la jurisprudence sur le référé-liberté: le droit de mener une vie familiale normale¹⁸ ; le secret de la correspondance¹⁹; la présomption d'innocence²⁰; le droit de ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants²¹; le droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical²²; le droit d'exercer un recours individuel effectif devant une

¹⁸ CE, sect., 30 oct. 2001, *Ministre de l'intérieur c. Mme Tliba*, n° 238211, Lebon p. 523; AJDA 2001. 1058; *ibid.* 1054, chron. M. Guyomar et P. Collin ; RFDA 2002. 324, concl. I. de Silva.

¹⁹ CE 9 avr. 2004, *Vast c. Commune de Drancy*, n° 263759, Lebon p. 173; RFDA 2004. 778, concl. S. Boissard; Dr. adm. juin 2004, n° 98, note M. Lombard.

²⁰ CE, ord., 14 mars 2005, *Gollnisch*, n° 278435, Lebon p. 103; AJDA 2005. 1633, note L. Burgorgue-Larsen ; AJFP 2005. 222, et les obs.

²¹ CE, ord., 22 déc. 2012, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 364584, Lebon ; AJDA 2013. 12; D. 2013. 1304, obs. J.-P. Céré, M. Herzog-Evans et E. Péchillon ; AJ pénal 2013. 232, obs. E. Péchillon ; JCP Adm. 2013. 2017, note G. Koubi.

²² CE, ord., 16 août 2002, *Mmes Feuillatey*, n° 249552, Lebon p. 309; D. 2004. 602, et les obs., obs. J. Penneau; RFDA 2003. 528, étude A. Dorsner- Dolivet ; RTD civ. 2002. 781, obs. J. Hauser.

juridiction²³; la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie²⁴; le droit à l'hébergement d'urgence²⁵; la libre expression du suffrage²⁶; le principe du caractère pluraliste de l'expression des courants d'opinion²⁷; la liberté de réunion²⁸; la liberté d'expression²⁹; la liberté de culte³⁰; la liberté syndicale³¹; le droit de grève³²; le droit

²³ CE, ord., 30 juin 2009, Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales c. Beghal, n° 328879, Lebon p. 240; AJDA 2009. 1344

²⁴ CE, ord., 12 nov. 2001, Commune de Montreuil-Bellay, n° 239840, Lebon p. 551; Dr. adm. 2002, n° 41, note M. Lombard.

²⁵ CE, ord., 10 févr. 2012, Fofana, n° 356456, Lebon ; AJDA 2012. 295 ; ibid. 716, note A. Duranthon ; D. 2012. 555, et les obs. ; ibid. 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; AJDI 2012. 444; ibid. 411, étude R. Piastra ; ibid. 2013. 489, étude F. Zitouni ; JCP Adm. 2012. 2059, note O. Le Bot

²⁶ CE, ord., 7 févr. 2001, Commune de Pointe-à-Pitre, n° 229921.

²⁷ CE, ord., 24 févr. 2001, Tibéri, n° 230611, Lebon p. 85; D. 2001. 1748, et les obs., note R. Ghevontian ; RFDA 2001. 629, note B. Maligner.

²⁸ CE, ord., 19 août 2002, Front national, Institut de formation des élus locaux, n° 249666, Lebon p. 311; AJDA 2002. 1017, note X. Braud ; D. 2002. 2452, et les obs.

²⁹ CE, ord., 7 mars 2011, École normale supérieure, n° 347171, Lebon p. 79; AJDA 2011. 481; ibid. 1033; ibid. 585, tribune O. Beaud, note A. Legrand ; D. 2011. 1195, note O. Le Bot ; JCP G. 2011. 795, note M. Le Roy.

³⁰ CE, ord., 25 août 2005, Commune de Massat, n° 284307, Lebon p. 386; AJDA 2006. 91, note P. Subra de Bieusses ; JCP 2006. 10024, note Guiriny.

³¹ CE 31 mai 2007, Syndicat CFDT Interco 28, n° 298293, Lebon p. 222; AJDA 2007. 1104; ibid. 1237, chron. F. Lenica et J. Boucher ; JCP Adm. 2007. 2293, note F. Dieu.

³² CE 9 déc. 2003, Aguillon, n° 262186, Lebon p. 497; AJDA 2004. 1138, note O. Le Bot ; D. 2004. 538, et les obs. ; AJFP 2004. 148, obs. C. Moniolle ; Dr. soc. 2004. 172, concl. J.-H. Stahl ; RFDA 2004. 306, concl. J.-H. Stahl ; ibid. 311, note P. Cassia ; RDSS 2004. 298, étude D. Boulmier.

d'asile³³ ; la libre administration des collectivités territoriales³⁴. La liste n'est ni exhaustive ni close.

L'équivalence entre la liberté fondamentale du référé-liberté et la liberté fondamentale de la voie de fait aurait conduit non seulement à un risque de chevauchement entre la compétence administrative pour le premier et la compétence judiciaire pour la seconde, déjà illustré par l'affaire *Commune de Chirongui*, mais à un débordement de la compétence administrative par la compétence judiciaire.

En réduisant à la liberté individuelle la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte en cas de voie de fait, l'arrêt *Bergoend*, non seulement pallie ce risque, mais ramène à l'essentiel de ce qui justifie la compétence judiciaire.

Il ne lève pas toute ambiguïté, car il faut encore s'entendre sur le contenu de la notion de liberté individuelle, qui a donné lieu aux avatars de la jurisprudence et de la doctrine.

Le Conseil constitutionnel lui-même a pu en avoir une conception extensive, parlant de « la liberté individuelle sous tous ses aspects et notamment celui de l'inviolabilité du domicile »³⁵, ou encore rangeant parmi les droits et libertés fondamentaux

³³ CE, ord., 12 janv. 2001, Mme Hyacinthe, n° 229039, Lebon p. 12; AJDA 2001. 589, note J. Morri et S. Slama ; D. 2001. 526, et les obs.

³⁴ CE 18 janv. 2001, Commune de Venelles et Morbelli, n° 229247, Lebon p. 18; AJDA 2001. 157; *ibid.* 153, chron. M. Guyomar et P. Collin ; D. 2002. 2227, obs. R. Vandermeeren; RFDA 2001. 378, concl. L. Touvet ; *ibid.* 681, note M. Verpeaux ; GAJA 19e éd., 2013, n° 103.

³⁵ Cons. const., 29 déc. 1983, n° 83-164 DC, Rec. Cons. const. p. 67.

« la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d’aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale »³⁶. Des auteurs ont opiné dans le même sens³⁷.

Le Conseil est revenu à une conception plus étroite et plus exacte – en lien avec l’article 66 de la Constitution (*infra*), en distinguant la liberté individuelle au sens limité à la sûreté, et la liberté personnelle, au sens large, couvrant notamment la liberté d’aller et venir et le respect de la vie privée³⁸, la liberté du mariage³⁹. Les commentateurs confirment⁴⁰.

C’est la conception de l’arrêt *Bergoend*, qui, comme le Conseil constitutionnel, se fonde sur l’article 66 de la Constitution (*v. infra*).

³⁶ Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, Rec. Cons. const. p. 224; D. 1994. 111, obs. D. Maillard Desgrées du Loû ; Dr. soc. 1994. 69, étude J.-J. Dupeyroux et X. Prétot ; RFDA 1993. 871, note B. Genevois ; Rev. crit. DIP 1993. 597; *ibid.* 1994. 1, étude D. Turpin.

³⁷ Notamment, A. Pena, Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d’aller et venir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Thèse, 1998, Aix- Marseille III ; Sûreté personnelle (droit à), in Dictionnaire des droits fondamentaux (D. Chagnollaud et G. Drago, dir., Dalloz, 2006).

³⁸ Notamment, Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC, Rec. Cons. const. p. 343, consid. 16 ; Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, Rec. Cons. const. p. 122, consid. 53 ; AJDA 2011. 1075, note X. Latour ; RFDC 2011.803, note A. Pena ; Cons. const., 8 juin 2012, n° 2012-253 QPC, Rec. Cons. const. p. 289, consid.4 ; Cons. const., 5 oct. 2012, n° 2012-279 QPC, Rec. Cons. const. p. 514 ; Cons. const., 7 juin 2013, n° 2013-318 QPC, consid. 12.

³⁹ Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, Rec. Cons. const. p. 87, consid. 6 ; D. 2011. 209, note J. Roux ; Cons. const., 22 juin 2012, n° 2012- 261 QPC, Rec. Cons. const. p. 312, consid. 5 ; Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, consid. 23.

⁴⁰ Notamment, J. Morange, Manuel des droits de l’homme et des libertés publiques, PUF 2007, p. 149; D. Thomas, « Le droit à la sûreté », in Libertés et droits fondamentaux (Dalloz, 15e éd., 2009, p. 357 et s.).

Dès lors, il n'y a pas lieu de placer dans la liberté individuelle des libertés que le juge du référé-liberté a considérées comme fondamentales pour l'exercice de son office, comme le droit au respect de la vie⁴¹, le droit au respect de la vie privée⁴², la liberté d'aller et venir⁴³, et des libertés reconnues au titre de la voie de fait : inviolabilité du domicile⁴⁴ ; « sécurité des correspondances postales, liberté essentielle reconnue par l'article 187 de l'[ancien] code pénal »⁴⁵.

On est ramené à l'essentiel: la sûreté⁴⁶, c'est-à-dire un état dans lequel chacun est assuré de la possession et de la protection de soi. C'est *l'habeas corpus*. Liberté individuelle et sûreté sont synonymes.

Il y est porté atteinte en cas d'arrestation, détention, séquestration, emprisonnement, internement⁴⁷.

⁴¹ CE, sect., 16 nov. 2011, Ville de Paris, Société d'économie mixte PariSeine, n° 353172, Lebon p. 552, concl. D. Botteghi ; AJDA 2011. 2207; AJCT 2012. 156, obs. L. Moreau; BJCL et RFDA 2012. 269, concl. D. Botteghi ; JCP Adm. 2012. 2017, note B. Pacteau ; JCP G 2012. 24, note O. Le Bot.

⁴² CE, ord., 25 oct. 2007, Mme Y., n° 310125, Lebon p. 1013; AJDA 2007. 2063; RFDA 2008. 328, note O. Le Bot.

⁴³ CE 9 janv. 2001, Deperthes, n° 228928, Lebon p. 1.

⁴⁴ T. confl., 27 juin 1966, Guigon c. Armées, n° 1889, Lebon p. 830 (erratum) ; JCP 1967 II 15135, concl. Lindon ; AJDA 1966. 547, note A. de Laubadère ; D. 1968. 7, note J.-C. Douence ; CE 13 juill. 1966, Guiguon, n° 54130, Lebon p. 476; T. confl., 25 nov. 1963, Époux Pelé c. Maire de Pré-en-Pail, Lebon p. 795; JCP 1964 II. 13493, note J.M. Auby.

⁴⁵ T. confl., 10 déc. 1956, Randon et autres c. Brunet et autres, Lebon p. 592, concl. Guionin.

⁴⁶ V., P. Delvolvé, « Sécurité et sûreté », RFDA 2011. 1085.

⁴⁷ CE 20 mai 1957, Galabert et autres, Lebon T. p. 882; 26 juin 1957, Loscq, Lebon p. 419.

Au-delà, même si la personne de l'individu est en cause, il ne s'agit plus de sûreté.

C'est évidemment une réduction importante par rapport à la conception antérieure de la voie de fait. Elle a l'intérêt, non pas seulement d'une simplification contentieuse, mais, peut-être plus encore, d'une concentration conceptuelle sur ce qui est l'essentiel de la liberté individuelle: la disposition de soi.

■ Le droit de propriété est considéré comme une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2⁴⁸. L'ordonnance du 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui* l'a particulièrement souligné à propos de l'exécution de travaux sur une propriété privée par l'administration en l'absence de titre, pouvant donner lieu à un référé liberté – tout en admettant que ce pouvait être une voie de fait.

Avec l'arrêt *Bergoend*, ce ne le serait pas : car, s'agissant de l'atteinte au droit de propriété, seule celle qui entraîne « l'extinction d'un droit de propriété » peut constituer une voie de fait.

Aussi ne seraient plus considérées comme des voies de fait des atteintes considérées comme telles par la jurisprudence antérieure : – la saisie de journaux, non seulement parce qu'il s'agit d'une atteinte à la liberté de la presse et non à la liberté individuelle, mais parce qu'elle n'éteint pas le droit de propriété sur les journaux saisis⁴⁹; – la saisie de plaques photographiques⁵⁰; – la rétention d'affiches à contenu politique⁵¹; – la

⁴⁸ CE 29 mars 2002, *SCI Stéphaur*, n° 243338, Lebon p. 117; *AJDA* 2003. 345, note P. Grosieux ; *D.* 2003. 1115, note R. Martin ; *RFDA* 2003. 370, étude T. Pez ; *ibid.* 386, note Y. Lequette.

⁴⁹ T. confl., 8 avr. 1935, *Action française*, préc.

⁵⁰ CE, ass., 18 nov. 1949, *Carlier*, Lebon p. 490; *RD publ.* 1950. 172, concl. Gazier, note M. Waline ; *JCP* 1950 II.5535, note G.V. ; *S.* 1950.3.49, note R. Drago.

⁵¹ T. confl., 10 déc. 1956, *Randon et autres*, v. note 43.

mise sous scellés de documents personnels d'un officier général lors de son décès⁵²; – l'expulsion d'un fonctionnaire de son logement⁵³; – la pose de scellés sur le logement d'un fonctionnaire et l'interdiction d'y entrer (v. note 42); – l'exhumation de corps enterrés dans un cimetière⁵⁴, – la prise de possession d'un bien appartenant à un particulier⁵⁵; – l'occupation de ce bien et la réalisation de travaux sur lui⁵⁶.

L'exécution sans titre de travaux sur une propriété privée, qui a pu être considérée comme une voie de fait⁵⁷, ne l'est plus dans l'arrêt *Bergoend*.

⁵² CE, sect., 10 oct. 1969, Consorts Muselier, n° 73326, Lebon p. 432; RA 1970. 29, concl. G. Braibant; AJDA 1969. 686, chr. D. Denoix de Saint Marc et D. Labetoulle.

⁵³ Affaire Guigon, v. note 42.

⁵⁴ T. confl., 25 nov. 1963, Commune de Saint-Just Chaleyssin, Lebon p. 793, concl. Chardeau; AJDA 1964, ch. J. Fourré et M. Puybasset.

⁵⁵ T. confl., 24 juin 1954, Société Trystram, Lebon p. 716; 25 mars 1956, Société des huiles Antar, Lebon p. 181; 3 févr. 1956, SNCF c. Cade, Lebon p. 48; 23 oct. 1959, Ville d'Alger c. Rosazza, Lebon p. 535.

⁵⁶ T. confl., 22 janv. 1955, Rival c. État, Lebon p. 613; 25 mars 1957, Société Mittelberger, Lebon p. 813; 13 janv. 1958, Moleux, Lebon p. 791; 6 nov. 1967, Dougy c. Société de l'autoroute Paris-Lyon, n° 1907, Lebon p. 656; 30 juin 1969, SCI des Praillons c. Communes de Boissettes et du Mée-sur-Seine, n° 1928, Lebon p. 684.

⁵⁷ Outre, CE, ord., 23 janv. 2013, Commune de Chirongui, préc.; T. confl., 21 juin 2010, Arriat c. Commune de Nevers, n° 3751, Lebon p. 584; AJDA 2010. 1957. C'eût été le cas dans l'affaire jugée par l'arrêt T. confl., 6 mai 2002, M. et Mme Binet c. Électricité de France, n° 3287, (Lebon p. 545; JCP. éd. CI 202. II.10170, concl. Duplat; CJEG 2002. 646, note B. Genevois; JCP Adm. 2002. 1163, note J. Dufau; AJDA 2002. 1229, note P. Sablière; D. 2002. 1957) si l'exécution des travaux n'avait pu se rattacher à un titre juridique dont l'irrégularité n'a été révélée que plusieurs années après la réalisation de l'ouvrage. Précédemment, CE 31 déc. 1959, Dame veuve Ranchin, Lebon p. 717; 11 mai 1964, Lajugie c. Compagnie générale d'entreprises électriques, Lebon p. 791; CE 20 nov. 1974, Dame Manrot le Goarnic, n° 89980, Lebon p. 572.

Désormais elle n'a pas plus de gravité que, comme par exemple précédemment, l'implantation de barrières sur la voie publique pour empêcher un particulier d'accéder à sa propriété⁵⁸.

C'est qu'elle « n'aboutit pas [...] à l'extinction d'un droit de propriété ». On peut objecter que le propriétaire, à l'emplacement où l'ouvrage est implanté, s'il n'est pas privé du droit de propriété sur le sol, est privé de la possibilité d'en user, ce qui est le premier attribut du droit de propriété.

L'arrêt *Bergoend*, en parlant d'« extinction du droit de propriété », se distingue de la formule classique de « privation du droit de propriété », qui a souvent été utilisée par le Conseil constitutionnel⁵⁹, et a fortiori de celle d'« atteinte au droit de propriété »⁶⁰.

L'extinction du droit de propriété est certainement plus forte que l'atteinte au droit de propriété. Elle est sans doute aussi plus intense que la privation du droit de propriété: la privation pourrait ne pas être définitive, l'extinction l'est.

En retenant seulement l'extinction, le Tribunal des conflits a voulu limiter l'objet de la voie de fait en matière de propriété, comme il l'a fait en matière de liberté : pour celle-

⁵⁸ T. confl., 26 nov. 1973, Commune de Rueil-Malmaison, Lebon p. 849; AJDA 1974. 314, note Moulin ; D. 1974.373, note Cristini.

⁵⁹ Par ex., Cons. const., 29 juill. 1998, n° 98-403 DC, Rec. Cons. const. p. 276; Cons. const., 2 déc. 2011, n° 2011-203 QPC, Rec. Cons. const. p. 572 ; Cons. const., 16 déc. 2011, n° 2011-207 QPC, Rec. Cons. const. p. 596 ; v., F. Biglione, La notion de privation de propriété, 1999.

⁶⁰ Par ex., Cons. const., 20 janv. 1993, n° 92-316 DC, Rec. Cons. const. p. 14 ; Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC, Rec. Cons. const. p. 43 ; Cons. const., 29 juill. 1998, n° 98-403 DC, Rec. Cons. const. p. 276; AJDA 1998. 739; *ibid.* 705, note J.-E. Schoettl ; D. 1999. 269, note W. Sabete ; *ibid.* 2000. 61, obs. J. Trémeau; RDSS 1998. 923, obs. M. Badel, I. Daugareilh, J.-P. Laborde et R. Lafore ; RTD civ. 1998. 796, obs. N. Molfessis ; *ibid.* 1999. 132, obs. F. Zenati ; *ibid.* 136, obs. F. Zenati.

là, c'est la nature de la liberté qui a été restreinte; pour celui-ci, c'est la portée de la mesure qui l'a été.

On peut être réservé sur cette formulation et sur cette limitation. Il eût été plus conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel d'articuler le raisonnement sur la privation (quitte à ne pas retenir les simples atteintes) pour couvrir les seules hypothèses mais aussi toutes les hypothèses où un propriétaire est privé de son bien, autant dans son usage que dans son titre.

Bien plus, la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne parle pas seulement de propriété mais aussi de possession (v. les décisions citées notes 57 et 58) : elle vise le cas de « dépossession », qui ne correspond pas nécessairement à l'extinction du droit de propriété.

Si la solution du Tribunal des conflits a un fondement constitutionnel, il fallait se ranger aux formules, donc aux notions auxquelles il correspond.

« L'extinction d'un droit de propriété », qui est le seul cas où, selon l'arrêt *Bergoend*, l'atteinte au droit de propriété peut constituer une voie de fait, peut concerner aussi bien la propriété mobilière que la propriété immobilière: à cet égard, les solutions déjà admises antérieurement (v. note 48) doivent pouvoir se retrouver, si du moins il y a extinction du droit de propriété.

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'en est déjà rencontrée en jurisprudence avec la destruction du mobilier d'une association

expulsée des locaux d'une commune⁶¹, l'abattage d'arbres qui étaient la propriété d'une personne privée⁶².

Mais le simple endommagement d'un bien, ne suffisant pas à éteindre le droit de propriété, ne peut constituer une voie de fait. Pourraient se rencontrer des hypothèses-limites, telle celle de la démolition d'un immeuble. La destruction d'un édifice 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 sol⁶³, 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 titre de propriété lui-même. On ne veut pas parler de l'*instrumentum* reconnaissant un droit de propriété (par exemple un acte de vente), même si la forme, notamment en matière immobilière, s'associe étroitement au fond. On vise les cas où le titre de propriété est indissociable de la situation du bien. Deux cas peuvent être évoqués.

⁶¹ T. confl., 4 juill. 1991, Association « Maison des jeunes et de la culture Boris Vian », n° 2662, Lebon p. 468; AJDA 1991. 737 ; ibid. 697, chron. C. Maugué et R. Schwartz ; RTD com. 1992. 410, obs. E. Alfandari ; Gaz. Pal. 20 au 21 mai 1992, concl. M. de Saint Pulgent.

⁶² T. confl., 15 févr. 2010, Mme Taharu c. Haut commissaire de la République en Polynésie française, n° 3722, Lebon p. 575 ; AJDA 2010. 372, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; AJFP 2010. 154.

⁶³ V., les analyses menées dans le précédent numéro de la RFDA à propos du bail réel immobilier, RFDA 2013. 757.

L'un serait celui de la Charte-partie ou du connaissance qui, identifiant les marchandises embarquées dans un navire, en incorpore la propriété: sa destruction éteint le droit de propriété sur elles.

Plus simplement, dans la mesure où « en matière de meuble, la possession vaut titre » (ancien art. 2279, al. 1er du code civil), la destruction d'un meuble entraîne par là-même la destruction du titre de propriété sur le meuble : ainsi la solution de l'arrêt *Association « Maison des jeunes et de la culture Boris Vian »* (*supra* note 59) serait maintenue aujourd'hui.

L'autre cas serait celui de terrains situés à proximité du domaine public maritime ou du domaine public fluvial : leur submersion par les eaux les y englobe et éteint par là même le droit de propriété qu'avaient des particuliers sur eux. La destruction volontaire d'un barrage ou d'une digue pour que les flots de la mer ou d'un fleuve envahissent des terrains riverains pourrait alors constituer une voie de fait.

Dans l'un ou l'autre cas, la destruction du titre de propriété constituerait une voie de fait si les autres conditions de celle-ci étaient remplies (*supra*).

Il s'agit d'hypothèses beaucoup plus restreintes que précédemment. On pourrait s'en offusquer en considérant qu'il s'agit d'une illustration de la réduction du droit de propriété et de sa protection. Mais, d'une part, il ne s'agit que d'une réduction du champ de la voie de fait et, conséquemment, de celui de la compétence judiciaire; et, d'autre part, la réduction de cette compétence ne réduit pas la protection du droit de propriété dès lors que la juridiction administrative, notamment par le jeu du référé-liberté, peut l'assurer tout autant.

On peut considérer au contraire qu'en limitant la voie de fait en matière de propriété au cas d'extinction de ce droit, le Tribunal des conflits a voulu recentrer la voie de fait sur l'essentiel – l'existence du droit de propriété – et, par là même, rehausser ce droit.

Liberté individuelle – et non pas toute liberté fondamentale –, extinction du droit de propriété – et non pas toute atteinte à ce droit –, cette double restriction a pour objet et

pour effet de remettre en évidence deux aspects de la liberté qui sont au cœur de la Déclaration de 1789 (art. 2, 7 et 17), et qui en sont indissociables : la sûreté et la propriété.

En ce sens, la réduction du champ de la voie de fait réalise en même temps, au sens chimique, un précipité de la liberté.

Elle s'explique par de nouveaux fondements.

2. LES FONDEMENTS DE LA THEORIE DE LA VOIE DE FAIT

La voie de fait n'a ni fondement ni justification. C'est seulement la conception qui détermine les solutions applicables à la voie de fait qui peut avoir des fondements. Jusqu'à présent, même si l'on a couramment parlé de la théorie de la voie de fait, il n'y avait pas vraiment une théorie, il y avait seulement un système qui trouvait des explications diverses.

La plus courante était celle de la dénaturation de l'action administrative lorsque l'administration adopte des comportements inadmissibles. L'analyse de C. Eisenmann a ébranlé cette analyse.

On pouvait seulement considérer que l'administration ne peut plus relever de son juge normal lorsqu'elle a un comportement anormal: le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a plus lieu de s'appliquer lorsqu'elle ne se comporte pas comme autorité administrative. La voie de fait était le type de notion fonctionnelle identifiée par le doyen Vedel⁶⁴.

Tout cela pouvait paraître bien approximatif et justifier l'abandon du système de la voie de fait.

⁶⁴ La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait, JCP 1950.I.851.

Désormais, avec l'arrêt *Bergoend*, la voie de fait peut donner lieu à une théorie grâce à de vrais fondements juridiques, dont l'identification aboutit à certaines conséquences.

2.1 La nature des fondements

Le système de la voie de fait avait jusqu'à présent une justification plus pratique que juridique : il fallait permettre, en reconnaissant compétence aux juridictions judiciaires pour connaître de certains comportements inadmissibles de l'administration, d'utiliser les pouvoirs coercitifs qu'elles détiennent, alors que les juridictions administratives n'avaient pas les mêmes. C'était une raison utilitaire, dépourvue de toute considération théorique: elle était moins juridique que juridictionnelle.

Désormais, avec la procédure de référé-liberté aménagée par la loi du 30 juin 2000 et avec le pouvoir d'injonction reconnu par la loi du 8 février 1995, les juridictions administratives peuvent en urgence faire cesser les atteintes à une liberté fondamentale. Il n'est plus nécessaire de pallier leur insuffisance en reconnaissant compétence aux juridictions judiciaires pour prendre les mesures nécessaires. Le système de la voie de fait n'a plus de justification pratique.

Pour les deux objets auxquels il s'applique désormais, il a un fondement de nature constitutionnelle attribuant compétence aux juridictions judiciaires en certaines matières. À cet égard, l'arrêt *Bergoend* est le pendant de la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 (Conseil de la concurrence) qui, en même temps qu'il reconnaît une compétence de niveau constitutionnel à la juridiction administrative, fait « exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire ». Elles ne sont pas précisées et la nature ainsi réservée tient en réalité bien plus à des dispositifs arrêtés par des textes antérieurs qu'à une « nature » en soi. L'arrêt *Bergoend* permet d'apporter la précision en même temps que de déterminer les fondements constitutionnels de la compétence judiciaire en cas d'atteinte à la liberté individuelle d'une part, à la propriété privée d'autre part.

■ Le fondement relatif à la liberté individuelle est précisément identifié dans les visas de l'arrêt *Bergoend*: il s'agit de l'article 66 de la Constitution. Ses deux alinéas doivent être rappelés :

« Nul ne peut être arbitrairement détenu.

L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

Le lien entre les deux alinéas ne doit pas être sous-estimé.

Car l'alinéa 2 est le prolongement de l'alinéa 1 à la fois dans la garantie qu'il institue et dans l'objet sur lequel elle porte : cet objet est la liberté individuelle telle que sa consistance essentielle a d'abord été exprimée à l'alinéa 1: l'interdiction des arrestations arbitraires (c'est exactement la sûreté). L'alinéa 2 combine à la fois le mode de protection (l'intervention de l'autorité judiciaire) et l'objet de cette protection (les arrestations).

Le fondement constitutionnel de la théorie de la voie de fait a ainsi une double portée :

- il détermine en quoi peut constituer la voie de fait : c'est la liberté individuelle au sens strict (celui de sûreté – v. *supra*) ; ainsi se trouve justifiée la réduction de la voie de fait à cette liberté, et corrélativement l'exclusion des autres libertés de son champ;

- ce fondement détermine aussi la compétence judiciaire: en ce que la voie de fait porte atteinte à la liberté individuelle, elle doit conduire l'autorité judiciaire à exercer son rôle de gardienne.

Comme le Conseil constitutionnel a eu maintes fois l'occasion de le rappeler, notamment au cours de la période récente en réponse à des questions prioritaires de constitutionnalité, toute mesure ou procédure de nature à porter atteinte à la liberté

individuelle – telle qu’arrestation, détention, internement – doit être placée sous le contrôle de l’autorité judiciaire⁶⁵.

En cas de voie de fait, l’atteinte à la liberté individuelle résulte d’une mesure qui, manifestement insusceptible de se rattacher aux pouvoirs de l’administration (qu’il s’agisse d’exécution forcée ou non – v. *supra*), a par là même été prise et exécutée indépendamment de toute intervention de l’autorité judiciaire.

Son rôle de gardienne de la liberté individuelle doit s’exercer en aval, la voie de fait ayant été commise, pour statuer sur elle, comme il doit s’exercer en amont pour encadrer l’utilisation des pouvoirs d’arrestation et d’internement.

■ Le fondement relatif à l’extinction du droit de propriété est plus approximatif. Il ne se trouve pas dans un article de la Constitution, mais dans « son Préambule », désigné dans les visas de l’arrêt *Bergoend* en même temps que l’article 66.

En visant « la Constitution, et notamment son Préambule », comme l’avait fait le Conseil constitutionnel dans sa fameuse décision du 16 juillet 1971⁶⁶, le Tribunal des conflits n’a pas voulu comme celui-ci souligner que le Préambule fait partie intégrante du

⁶⁵ Par ex. v., les décisions : Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, Rec. Cons. const. p. 179 ; 22 sept. 2010, n° 2010-31 QPC, Rec. Cons. const. p. 237 ; 26 nov. 2010, n° 2010-71 QPC, Rec. Cons. const. p. 343 ; 17 déc. 2010, 2010-69 QPC, Rec. Cons. const. p. 400 ; 17 déc. 2010, n° 2010-80 QPC, Rec. Cons. const. p. 408 ; 17 déc. 2010, n° 2010-81 QPC, Rec. Cons. const. p. 412 ; 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, Rec. Cons. const. p. 122 ; 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC, Rec. Cons. const. p. 272 ; 9 juin 2011, n° 2011- 631 DC, Rec. Cons. const. p. 252 ; 24 juin 2011, n° 2011-133 QPC, Rec. Cons. const. p. 296 ; 6 oct. 2011, n° 2011-174 QPC, Rec. Cons. const. p. 484 ; 2 déc. 2011, n° 2011-202 QPC, Rec. Cons. const. p. 567 ; Cons. const., 20 avr. 2012, n° 2012-235 QPC, Rec. Cons. const. p. 202. Pour la période antérieure, v. notamment, F. Fines, « L’autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle dans la jurisprudence constitutionnelle », RFDA 1994. 594.

⁶⁶ Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, Rec. Cons. const. p. 29 ; AJDA 1971. 537, note J. Rivero ; RD publ. 1971. 1171, note J. Robert.

corpus constitutionnel (ce qui est acquis précisément au moins depuis 1971), mais désigner la norme dans laquelle il puise sa solution. Il s'agit, selon toute probabilité, de la formule relative aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

Mais alors que la décision de 1971 reprenait cette formule dans les motifs, l'arrêt de 2013 en fait l'économie. C'est par extrapolation seulement qu'on peut dire que le Tribunal des conflits a fondé sa décision à propos du droit de propriété sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Il avait depuis longtemps considéré que « la protection de la propriété privée rentre essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire »⁶⁷, sans avoir à préciser à quel niveau juridique se situe cette assertion.

C'est le Conseil constitutionnel qui, pour la première fois, dans sa décision du 25 juillet 1989⁶⁸ a souligné « l'importance des attributions confiées à l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » – ce qui couvre notamment les lois chargeant l'autorité judiciaire, en cas d'expropriation, de décider le transfert de propriété et de fixer l'indemnisation.

Mais n'était pas précisée pour autant l'étendue de ces attributions. En l'espèce il était seulement constaté que la loi permettait de saisir le juge judiciaire pour fixer

⁶⁷ T. confl., 4 juin 1940, *Schneider et Compagnie*, Lebon p. 248; T. confl., 17 mars 1949, *Société « Hôtel du Vieux Beffroi »*, n° 1077, Lebon p. 592 et *Ministre des anciens combattants c. Société Rivoli-Sébastopol*, n° 1086, Lebon p. 594; D. 1949. 209, concl. J. Delvolvé, note P.-L. Josse ; S. 1950.3.1, concl. J. Delvolvé, note A. Mathiot ; JCP 1949.II.4997, note Georges ; GAJA jusqu'à la 11e éd. 1996.

⁶⁸ Cons. const., 25 juill. 1989, n° 89-256 DC, Rec. Cons. const. p. 78; CJEG 1990. 1, note B. Genevois ; RFDA 1989. 1009, note P. Bon – V., S. Gilbert, *Le juge judiciaire, gardien de la propriété immobilière*, 2011.

l'indemnité due par suite de l'expropriation des biens faisant l'objet d'une procédure accélérée permettant une prise de possession avant le transfert définitif de propriété.

Précédemment, le Conseil constitutionnel⁶⁹, considérant que « en l'absence de dépossession », « aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose [...] que l'indemnisation des préjudices causés par les travaux ou l'ouvrage public [...] relève de la compétence judiciaire », avait impliqué qu'en cas de dépossession, la compétence judiciaire s'imposait pour la fixation de l'indemnité.

Cette jurisprudence, si elle reconnaît une base constitutionnelle à la compétence judiciaire en matière de propriété, ne va pas expressément au-delà du contentieux de l'indemnisation. Cela soulève la question de la portée de ce fondement constitutionnel en cas de voie de fait.

2.2 Les conséquences des fondements constitutionnels

Si les fondements constitutionnels permettent de justifier la compétence judiciaire en matière de voie de fait, il reste à en préciser l'étendue avec, en contrepoint, celle de la compétence administrative.

■ Il est entendu que, lorsque les conditions de la voie de fait sont remplies, les juridictions de l'ordre judiciaire sont compétentes et peuvent exercer la plénitude de leurs pouvoirs : « ordonner la cessation ou la réparation ».

Compétence et pouvoirs se conjuguent.

⁶⁹ Cons. const., 13 déc. 1985, n° 85-198 DC, Rec. Cons. const. p. 78; AJDA 1986. 171, note J. Boulouis ; CJEG 1986. 109, note P. Sablière ; D. 1986. 346, note F. Luchaire. Égal., Cons. const., 13 sept. 2013, n° 2013-338/339 QPC.

L'étendue de cette compétence demande des précisions.

En matière de liberté individuelle, elle peut être rapprochée de celle qui résulte des dispositions législatives.

On retrouve ici l'article 136 du code de procédure pénale (repris de l'art. 112 de l'ancien code d'instruction criminelle) dont la portée a donné lieu à une jurisprudence contrastée⁷⁰. Ses deux derniers alinéas disposent : « [...] *dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé par l'autorité administrative et les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents. Il en est de même dans toute instance fondée sur les faits constitutifs d'une atteinte à la liberté individuelle ou à l'inviolabilité du domicile prévue par les articles 432-4 à 432-6 et 432-8 du code pénal, qu'elle soit dirigée contre la collectivité publique ou contre ses agents* ».

La portée de ces dispositions est stabilisée depuis l'arrêt du Tribunal des conflits du 12 mai 1997, *Préfet de police c. Tribunal de grande instance de Paris (Ben Salem et Taznaret)* (v. note 14): « *ces dispositions, qui dérogent au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires posé par l'article 13 de la loi des 16 au 24 août 1790 et par le décret du 16 fructidor an III, ne sauraient être interprétées comme autorisant les tribunaux judiciaires à faire obstacle à l'exécution des décisions prises par l'administration en dehors des cas de voie de fait; ... le pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration, qui permet de priver les décisions de celle-ci de leur caractère exécutoire, est en effet de même nature que celui consistant à annuler ou à réformer les décisions prises par elle dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, pouvoir dont l'exercice relève de la seule compétence de la juridiction administrative, à l'exception*

⁷⁰ V., P. Amsselek, « Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteintes administratives à la liberté individuelle », RD publ. 1965. 801; P. Huet, « L'évolution cyclique de la compétence administrative en matière de protection de la liberté individuelle », AJDA 1972. 19. T. confl., 16 nov. 1964, Clément, Lebon p. 796; AJDA 1965. 221, chr. M. Puybasset et J.-P. Puissochet ; CE 9 juill. 1965, Voskresensky, n° 60747, Lebon p. 419; AJDA 1965. 603, concl. J. Fournier ; Crim., 25 avr. 1985, Bogdan, D. 1985. 329, concl. H. Dontenville.

des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire » ; particulièrement elles ne permettent pas aux juridictions de connaître de l'action tendant à ordonner à l'administration de laisser débarquer d'un navire des étrangers auxquels avait été refusée l'autorisation d'entrer en France. L'article 136, s'il donne compétence aux juridictions judiciaires en cas d'atteinte à la liberté individuelle par l'administration, pour connaître d'une action en indemnité et apprécier par voie d'exception à cette occasion la légalité des mesures prises par l'administration⁷¹, ne leur permet pas d'adresser des injonctions à l'administration pour faire cesser l'illégalité éventuellement constatée.

En cas de voie de fait, ce verrou saute: le juge judiciaire peut non seulement la constater et en réparer les conséquences dommageables, mais aussi la faire cesser. C'est la seule différence avec la solution de l'article 136.

Il n'est pas dit expressément par l'arrêt *Bergoend* que la juridiction judiciaire peut constater la voie de fait ni qu'elle peut annuler la décision constitutive de voie de fait, voire en reconnaître « l'inexistence »⁷². Sur la constatation, il n'y a pas de doute: le pouvoir de faire cesser et réparer implique nécessairement celui de constater. L'annulation ou la reconnaissance de l'inexistence peuvent paraître aussi inhérentes à la cessation: pourtant, de même qu'il existe une différence entre annulation d'un acte et injonction de cesser l'application de cet acte, le pouvoir de faire cesser l'application d'un acte, si important qu'il soit, n'équivaut pas à celui d'annuler cet acte : celui-là se trouve en amont alors que celui-ci se trouve en aval.

⁷¹ En ce sens les conclusions de M. Arrighi de Casanova, que l'on retrouve dans les affaires *Commune de Chirongui* et *Bergoend*.

⁷² V., P. Le Mire, « Inexistence et voie de fait », RD publ. 1978. 1219 ; et les arrêts *Guigon* cités note 42, et CE 4 mai 1988, *Plante*, Lebon T. p. 695; CE 11 mars 1998, *Ministre de l'intérieur c. Mme Auger*, n° 169794, Lebon T. p. 676.

Si, en tant que gardienne de la liberté individuelle, l'autorité judiciaire a seule le pouvoir de décider ou d'autoriser une arrestation, elle doit tout autant pouvoir annuler la décision prise par une autorité administrative de procéder à une arrestation.

Pour faire bonne mesure et pour éviter toute ambiguïté, il aurait été opportun de préciser que, comme cela est couramment enseigné, en cas de voie de fait, le juge judiciaire dispose non seulement des pouvoirs de cessation et de réparation, mais aussi de constatation et d'annulation.

Cela aurait valu tout autant dans l'hypothèse de l'extinction du droit de propriété.

À ce sujet, on pourrait observer un *hiatus* entre l'étendue de la compétence et des pouvoirs de l'autorité judiciaire tels qu'ils sont reconnus au niveau constitutionnel et ceux qui peuvent être exercés en cas de voie de fait.

Comme on l'a relevé, la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'a réservé expressément au juge judiciaire que le contentieux de l'indemnisation des conséquences dommageables de la privation du droit de la propriété.

En cas de voie de fait comme en cas de décision régulière, ce contentieux appartient également au juge judiciaire : il n'y a finalement que l'application d'une solution « normale ». Le supplément de pouvoirs du juge judiciaire résultant de la voie de fait porte sur la cessation de la voie de fait (et corrélativement, on vient de le voir, sur sa constatation et son annulation).

Mais, alors qu'en matière de liberté individuelle, ce supplément pouvait directement se rattacher au rôle de « gardienne » attribué à l'autorité judiciaire par l'article 66, on ne trouve pas l'équivalent exact à propos du droit de propriété.

On ne regrette évidemment pas que l'autorité judiciaire puisse faire cesser une voie de fait entraînant l'extinction du droit de propriété. On veut seulement dire que, si classique que soit la solution, elle dépasse dans une certaine mesure la lettre de la jurisprudence constitutionnelle. Il faut comprendre que les principes généraux reconnus par

les lois de la République auxquels renvoie le Préambule, visé par l'arrêt *Bergoend*, donnent compétence au juge judiciaire autant pour le transfert de propriété (et donc son extinction) que pour son indemnisation.

■ La compétence de la juridiction administrative se trouve renforcée par la restriction du champ de la voie de fait. Déjà l'ordonnance *Commune de Chirongui* avait contribué à une simplification en reconnaissant une compétence parallèle au juge judiciaire et au juge administratif.

L'arrêt *Bergoend* procède à une simplification d'une autre manière: en faisant tomber tout un champ de l'ancienne voie de fait dans la compétence administrative.

Avec l'arrêt *Bergoend*, le juge administratif peut statuer pleinement et exclusivement sur des contentieux relatifs à des comportements qui, naguère voies de fait, lui permettaient seulement d'exercer un pouvoir de constatation⁷³, non d'indemnisation⁷⁴. Désormais cette distinction n'a plus cours.

À cet égard, c'est en même temps et tout autant une simplification pour le plaideur, qui ne risque plus d'avoir à s'adresser successivement aux deux ordres de juridiction pour ce qui était une voie de fait.

La compétence de la juridiction administrative est à la fois exclusive et complète.

L'arrêt apporte au passage une précision: après avoir qualifié « d'ouvrage public » un poteau électrique directement affecté au service public de la distribution d'électricité,

⁷³ Par ex., T. confl., 27 juin 1966, *Guigon c. Armées*, préc., note 42.

⁷⁴ Par ex., CE, sect., 10 oct. 1969, *Muselier*, cité note 50.

faisant ainsi application de la jurisprudence *Béligaud*⁷⁵, il considère « 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 ». La formule était déjà dans l'arrêt *Binet* du 8 mai 2002 (v. note 55).

On n'épiloguera pas sur la référence à une « nature » qui détermine la compétence du juge administratif comme, dans la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, c'est une autre « nature » qui réserve certaines matières à la compétence du juge judiciaire – la « nature » en question dans les deux cas n'étant qu'une construction résultant de la volonté humaine (il vaudrait donc mieux parler de « structure » que de « nature »).

On observe seulement que si l'implantation d'un ouvrage public d'une part était manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration, d'autre part avait pour objet et pour effet d'éteindre le droit de propriété, elle constituerait une voie de fait : alors le juge judiciaire pourrait en ordonner la suppression selon le principe formulé précédemment par le Tribunal des conflits. L'hypothèse est sans doute rare; elle n'en doit pas moins être réservée. Elle l'avait été dans l'arrêt *Binet*.

La formule du Tribunal des conflits doit s'entendre comme signifiant que lorsque l'implantation d'un ouvrage public ne constitue pas une voie de fait, les conclusions tendant à en ordonner le déplacement ou la suppression relèvent de la compétence du juge administratif en application des règles de droit commun déterminant cette compétence.

L'exception à la compétence administrative au profit de la compétence judiciaire entraînée par la voie de fait conduit à se demander si subsiste la possibilité d'une compétence parallèle reconnue déjà avant l'ordonnance *Commune de Chirongui* et

⁷⁵ CE, ass., 29 avr. 2010, Époux *Beligaud*, n° 323179, Lebon p. 126, concl. M. Guyomar; AJDA 2010. 926; *ibid.* 1642, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *ibid.* 1916, étude S. Nicinski, P.-A. Jeanneney et E. Glaser ; RDI 2010. 390, obs. O. Févrot ; RFDA 2010. 557, concl. M. Guyomar; *ibid.* 572, note F. Melleray ; RJEP 2010 Comm. 54, Y. Gaudemet.

prolongée par elle⁷⁶. On a vu que cette jurisprudence permet autant au juge administratif (aujourd'hui dans le cadre du référé-liberté) qu'au juge judiciaire de constater et faire cesser une voie de fait.

Dès lors que l'arrêt *Bergoend* resserre les critères de la voie de fait au regard des principes constitutionnels qui fondent la compétence judiciaire, ces mêmes principes ne doivent-ils pas conduire à reconnaître au juge judiciaire non seulement une pleine compétence mais aussi une compétence exclusive?

On peut faire un parallèle avec le principe constitutionnel qui, selon la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, fonde la compétence de la juridiction administrative pour connaître les recours en annulation ou en réformation d'actes administratifs : il entraîne l'exclusivité de cette compétence et s'oppose normalement à ce qu'une compétence pour connaître de tels recours soit attribuée au juge judiciaire, même si la liberté individuelle est en cause⁷⁷.

De la même manière, la compétence constitutionnelle que détient l'autorité judiciaire en matière de voie de fait nouvellement définie devrait exclure celle du juge administratif : ainsi contrairement à ce qu'a considéré l'ordonnance *Commune de Chirongui*, le juge administratif du référé-liberté ne serait plus compétent.

L'arrêt *Bergoend* aboutirait à ce paradoxe d'écarter une solution qui a constitué une simplification et un progrès. Pour la maintenir, on peut d'abord observer que la compétence judiciaire en matière de propriété n'a été réservée expressément qu'à propos de l'indemnisation. On pourrait en déduire que, si en cas de voie de fait, la compétence judiciaire est exclusive pour la réparation, elle ne l'est pas pour la constatation et la

⁷⁶ V., note RFDA 2011. 299.

⁷⁷ Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-261 DC, Rec. Cons. const. p. 81; D. 1990. 161, note X. Prétot ; RFDA.1989. 621, note B. Genevois ; AJDA 1889. 619, note J. Chevallier.

cessation: ainsi pourrait se poursuivre pour elles comme naguère, notamment avec l'arrêt *Commune de Chirongui*, la compétence parallèle du juge judiciaire et du juge administratif.

Mais la solution ne vaudrait pas pour la voie de fait en matière de liberté individuelle, pour laquelle le rôle de gardienne de la liberté individuelle confié à l'autorité judiciaire par l'article 66 devrait être exclusif. On aurait donc une distorsion entre les deux objets auxquels porte atteinte la voie de fait – ce qui n'est pas vraiment satisfaisant...

Pour arriver à un résultat qui le soit, il n'est d'autre moyen que de recourir au type de motivation retenu par le Conseil Constitutionnel dans la décision de 1987 : « l'intérêt d'une bonne administration de la justice ». Celui-ci peut justifier que, par exception, compétence soit reconnue aux juridictions judiciaires pour statuer sur des recours en annulation ou en réformation d'actes administratifs.

De la même manière, on pourrait dire que, par exception à la compétence judiciaire, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le juge du référé-liberté peut connaître d'une mesure ou d'un comportement qui constituerait une voie de fait et pourrait donner lieu à l'exercice de la compétence judiciaire.

Ainsi se trouveraient combinées les décisions *Bergoend* et *Commune de Chirongui* et se trouverait maintenue la simplification de cette dernière.

Ce serait satisfaisant en pratique. Mais sur le plan théorique, ce serait une sorte de contorsion.

ANNEXE

Tribunal des conflits, 17 juin 2013, n° 3911

Bergoend c. Société ERDF Annecy Léman

Vu la loi des 16 au 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 Électricité 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.