



RAPPORT DE M. BARAKÉ, CONSEILLER RÉFÉRENDARE

Arrêt n° 517 du 26 septembre 2024 (B) – Troisième chambre civile

Pourvoi n° 22-19.915

Décision attaquée : 14 juin 2022 de la cour d'appel de Riom

la commune d'[Localité 1] agissant par son maire

C/

la commune de [Localité 3] agissant par son maire

Le présent rapport comporte une proposition de rejet non spécialement motivé (*6^{ème} branche du deuxième moyen*), sur le fondement de l'article 1014 du code de procédure civile, et un avis 1015 (moyen relevé d'office tiré de la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs.)

1 - Rappel des faits et de la procédure

La commune de [Localité 3] a acquis, par acte notarié du 3 février 1947, la propriété d'une parcelle située sur le territoire de la commune de [localité 2], sur laquelle celle-ci a été autorisée par l'autorité administrative, par un arrêté du 26 mai 1953, à réaliser un captage des eaux de source de la Monne et des travaux d'adduction d'eau potable vers son réseau communal.

Par un arrêté du 5 mai 1954, l'autorité préfectorale a autorisé la commune d'[Localité 1] à dériver une partie de l'eau provenant de ce captage, en prenant à sa charge

tous les frais d'installation de ses propres ouvrages et en participant, dans la mesure de son intérêt, aux dépenses de première installation ou à l'amortissement des ouvrages empruntés ou à emprunter.

Par un courrier du 8 février 2018, après l'échec de négociations engagées depuis plusieurs années entre les deux communes, en vue de la signature d'une convention de fourniture et fixation du prix de l'eau au mètre cube distribuée à partir du point de captage précité, le maire de la commune de [Localité 3] a notifié à la commune d'[Localité 1] des titres de perception concernant la consommation d'eau de cette dernière pour les années 2014 à 2017.

Soutenant que la source de la Monne était une eau « publique et courante » et ne pouvait, à ce titre, être détournée au préjudice de ses habitants, la commune d'[Localité 1] a assigné la commune de [Localité 3] en revendication d'un droit d'usage des eaux de la Monne et annulation des titres de recettes qui lui ont été notifiés.

Par un jugement du 18 septembre 2020, le tribunal de Clermont-Ferrand a rejeté les demandes de la commune d'[Localité 1].

Celui-ci a retenu que les caractéristiques d'une eau de source « *publique et courante* » n'étaient pas réunies concernant la source de la Monne, de sorte que la commune d'[Localité 1] ne pouvait être considérée comme un usager inférieur, au sens de l'article 643 du code civil.

Le tribunal a également considéré que la commune d'[Localité 1] n'avait pas démontré une possession continue, paisible, publique, non interrompue et non équivoque, à titre de propriétaire, de l'usage de l'eau jaillissant de la source.

La commune d'[Localité 1] a interjeté appel, par une déclaration du 5 octobre 2020.

Par un arrêt du 14 juin 2022, la cour d'appel de Riom a, notamment :

- confirmé le jugement,
- condamné la commune d'[Localité 1] à payer à la commune de [Localité 3] une somme de 3 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

La commune d'[Localité 1] a formé un pourvoi en cassation, par une déclaration du 5 août 2022.

Elle a produit un **mémoire ampliatif** le 5 décembre 2022, signifié le même jour et développant trois moyens respectivement articulés autour de deux, six et huit branches, par lequel elle demande la condamnation de la commune de [Localité 3] à lui payer la somme de **3 500 euros**, sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

La commune de [Localité 3] a produit un **mémoire en défense** le 6 février 2023, par lequel elle demande la condamnation de la commune d'[Localité 1] à lui payer la somme de **5 000 euros**, sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

La procédure paraît régulière et l'affaire est en état d'être jugée.

2 - Analyse succincte des moyens

PREMIER MOYEN

La commune d'[Localité 1] fait grief à l'arrêt rejeter sa demande tendant à voir juger que l'eau de source de Monne constitue une eau de source publique et courante ne pouvant être détournée en application de l'article 643 du code civil, alors :

« 1°/ que si, dès la sortie du fonds où elles surgissent, les eaux de source forment un cours d'eau offrant le caractère d'eaux publiques et courantes, le propriétaire ne peut les détourner de leur cours naturel au préjudice des usagers inférieurs ; qu'en retenant, pour déclarer que cette interdiction ne s'imposait pas à la commune de [Localité 3], propriétaire de la parcelle où se situait la source de la Monne, que la situation prévue à l'article 643 du code civil n'était pas caractérisée de manière suffisamment nette et précise dès lors que la source de la rivière Monne était constituée de plusieurs zones sourceuses, **la cour d'appel**, qui a de fait, ajouté à la loi une condition impliquant que l'eau de source jaillisse d'un orifice unique et forme immédiatement un cours d'eau, qu'elle ne prévoyait pas, **a violé l'article 643 du code civil** ;

2°/ qu'en relevant d'office le moyen de droit selon lequel la commune d'[Localité 1] ne pourrait être qualifiée d'usager inférieur aux motifs que rien ne démontrerait qu'elle bénéficierait des eaux de la Monne sur son territoire, sans inviter préalablement les parties à faire valoir leurs observations sur ce point, **la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile**. »

DEUXIÈME MOYEN

La commune d'[Localité 1] fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande tendant à voir constater qu'elle-même et ses habitants ont prescrit l'usage gratuit de l'eau des sources de la Monne, alors :

« 1°/ que le propriétaire d'une source ne peut demander le paiement d'une indemnité en contrepartie de l'usage de l'eau que si les habitants de la commune, du village ou du hameau qui en bénéficient n'en ont pas prescrit l'usage gratuit ; que la commune d'[Localité 1] soutenait et offrait de démontrer qu'elle bénéficiait depuis 1954 de la gratuité de l'usage de l'eau des sources de la Monne à hauteur de deux litres par seconde sans que ne lui soit demandé ni paiement ni contrepartie ; qu'en retenant, pour débouter la commune d'[Localité 1], de sa demande de voir constatée l'acquisition par prescription trentenaire de la gratuité de l'usage de l'eau, qu'elle ne rapportait pas la preuve de ce que l'autorisation donnée par arrêté préfectoral du 5 mai 1954 de prélever l'eau des sources de la Monne à hauteur de 2 litres par seconde l'aurait été à titre gratuit quand il était constant qu'en l'absence de toute demande de paiement ou de contrepartie financière, l'arrêté préfectoral avait bien été entendu par les parties comme édictant une autorisation de prélèvement gratuit de l'eau, de sorte que les habitants de la commune d'[Localité 1] en avaient prescrit la gratuité, **la cour d'appel a violé l'article 642 du code civil, ensemble l'arrêté du 5 mai 1954** ;

2°/ qu'en retenant, pour débouter la commune d'[Localité 1], de sa demande de voir constatée l'acquisition par prescription trentenaire de la gratuité de l'usage de l'eau, qu'elle ne rapportait pas la preuve de ce que l'autorisation donnée par arrêté préfectoral du 5 mai 1954 de prélever l'eau des sources de la Monne à hauteur de 2 litres par seconde l'aurait été à titre gratuit, quand il était constant qu'aucune demande de paiement ou de contrepartie financière n'avait été formulée pendant plus de soixante ans, de sorte que les parties avaient, de fait, consacré la gratuité de l'usage de l'eau pendant cette période, **la cour d'appel a statué par des motifs inopérants, privant sa décision de base légale au regard de l'article 642 du code civil ;**

3°/ qu'en retenant, par motifs éventuellement adoptés du jugement, que la participation de la commune d'[Localité 1] aux travaux de raccordement et de captage des eaux de source de la Monne constituait une contrepartie financière à la gratuité de la fourniture d'eau, sans répondre au moyen par lequel la commune d'[Localité 1] démontrait que ces dépenses, exclusivement destinées à financer et entretenir les ouvrages ou parties d'ouvrage destinés à utiliser les eaux dont elle bénéficiait, ne pouvaient constituer une contrepartie à l'usage gratuit de l'eau, **la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;**

4°/ qu'en retenant, pour débouter la commune d'[Localité 1] de sa demande de voir constatée l'acquisition par prescription trentenaire de la gratuité de l'usage de l'eau, que la commune de [Localité 3] ayant acquis en 1942, les terres sur lesquelles étaient situées la source, dans le cadre d'un projet consistant à recueillir les eaux nécessaires à l'alimentation non seulement de la ville de [Localité 3] mais aussi de la ville d'[Localité 1], de sorte que la commune d'[Localité 1] ne pouvait se prévaloir de ce qu'elle aurait bénéficié de l'eau de la Monne depuis cette époque « à titre de propriétaire », quand la seule prescription invoquée par la commune d'[Localité 1] était celle de l'usage gratuit des eaux de source de la Monne et non celle de la propriété de ces eaux, **la cour d'appel a statué par des motifs inopérants, privant sa décision de base légale au regard de l'article 642 du code civil ;**

5°/ que seuls des faits survenus antérieurement à l'expiration du délai de prescription sont de nature à faire obstacle à l'effet acquisitif de la possession trentenaire ; qu'en déduisant l'équivocité de la possession de la commune, faisant obstacle au jeu de la prescription trentenaire, d'un compte rendu de son conseil municipal du 11 janvier 2017, quand la commune invoquait une possession ayant commencé en 1954, soit bien plus de trente ans avant le 11 janvier 2017, **la cour d'appel a violé les articles 2261 et 642 du code civil ;**

6°/ que la renonciation à un droit ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer; qu'aux termes de la délibération du conseil municipal de la commune du 11 janvier 2017, était envisagée l'adoption d'un projet de convention pour 2017, 2018 et 2019 pour instaurer l'achat à la commune de [Localité 3] de l'eau de la source de la Monne, livrée à la commune d'[Localité 1], libérant ainsi cette dernière des frais engendrés par les travaux affairant à la canalisation d'alimentation du départ de la source jusqu'au point de livraison; qu'en déduisant de cette délibération une renonciation de la commune à son droit d'invoquer la prescription, **la cour d'appel a violé l'article 2251 du code civil** et le principe selon lequel la renonciation à un droit ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer».

TROISIÈME MOYEN

La commune d'[Localité 1] fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande d'annulation des titres de recette émis par le maire de [Localité 3], alors :

« 1°/ que toute créance liquidée faisant l'objet d'un ordre de recouvrer indique les bases de la liquidation ; qu'en l'espèce, la commune d'[Localité 1] faisait valoir que les titres de recette ne joignaient ni ne mentionnaient aux titres les éléments de calculs permettant à la commune de [Localité 3] de justifier le prix d'1,24 euros le mètres cube d'eau consommée, de sorte que les mentions des titres étaient insuffisantes pour permettre à la commune d'[Localité 1] d'être informée des bases de la liquidation ; qu'en retenant, pour débouter néanmoins la commune d'[Localité 1] de sa demande d'annulation des titres litigieux, que le conseil municipal de la commune d'[Localité 1] était « parfaitement informé du prix de la distribution de l'eau, soit 1,24 euros le mètre cube », quand cette information ne constituait pas la justification détaillée exigée par les textes pour permettre à la commune d'[Localité 1] de contester le fondement des titres, **la cour d'appel a violé l'article 24 du décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique** ;

2°/ que la commune d'[Localité 1] soutenait, et offrait de démontrer, que les volumes d'eau indiqués sur les factures étaient disproportionnés par rapport au nombre d'habitants de la commune, sans aucune justification, de sorte que les mentions des titres étaient insuffisantes pour permettre à la commune d'[Localité 1] d'être informée des bases de la liquidation et que le volume d'eau figurant sous l'intitulé « consommation », ne correspondait qu'à l'eau acheminée jusqu'au réservoir d'[Localité 1], dont seulement 40% correspondaient à la consommation réelle de la commune, les 60% restant retournant à la Monne ; qu'en déboutant la commune d'[Localité 1] de sa demande d'annulation des titres litigieux sans répondre à ce moyen pourtant déterminant, **la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile** ;

3°/ que toute fourniture d'eau potable, quel qu'en soit le bénéficiaire, fait l'objet d'une facturation au tarif applicable à la catégorie d'usagers correspondante; que la cour d'appel a retenu, pour juger que la commune de [Localité 3] était bien fondée et même contrainte de facturer à la commune d'[Localité 1] la somme de 1,24 euros le mètre cube d'eau de source, que la mise en application de l'article L. 2224-12-1 du code général des collectivités territoriales, créé par la loi n°2006-1772 du 30 décembre 2006, lui imposait désormais de facturer l'usage de l'eau dont bénéficiait la commune d'[Localité 1], et qu'il importait peu que l'eau potable ne soit pas fournie par la commune de [Localité 3] mais par la commune d'[Localité 1] dès lors que l'eau captée et distribuée provenait de la source acquise par la commune de [Localité 3] ; qu'en statuant ainsi, **la cour d'appel a violé l'article L. 2224-12-1 du code général des collectivités territoriales par fausse application et l'article 642 alinéa 3 par refus d'application**;

4°/ qu'en retenant que c'était en raison de l'impossibilité, à compter de la mise en application de l'article L.2224-12-1 du code général des collectivités territoriales, de continuer à bénéficier gratuitement de l'eau de source de la Monne, que par lettre du

25 juin 2014 la commune d'[Localité 1] avait approuvé la pose d'un compteur divisionnaire, quand rien, dans ce courrier ni dans les conclusions de la commune d'[Localité 1], ne permettait de fonder une telle explication, la cour d'appel a statué par voie de pure affirmation, **violant derechef l'article 455 du code de procédure civile** ;

5°/ que sauf disposition législative expresse, les actes administratifs ne disposent que pour l'avenir, ils ne peuvent être rétroactifs; que ce principe de non-rétroactivité s'applique aux contrats administratifs; qu'en retenant, pour justifier la facturation de l'eau de la Monne à un tarif de 1,24 euros le mètre cube à compter de l'année 2014, que ce tarif avait été parfaitement établi et validé à l'unanimité des votants par la commune de [Localité 3] par délibération en date du 28 septembre 2017, quand l'application de ce tarif ne pouvait avoir d'effet que pour l'avenir, **la cour d'appel a violé le principe de non rétroactivité des actes administratifs**;

6°/ qu'en justifiant la rétroactivité illégale de la délibération du 28 septembre 2017 par le motif inopérant de ce que l'instauration d'un prix fixé à 1,24 euros le m3 aurait été rendue nécessaire par la nécessité d'assurer la continuité du service public, **la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du principe de non rétroactivité des actes administratifs**.

7°/ que tenu d'observer lui-même le principe de la contradiction, le juge ne peut limiter les droits d'une partie au motif que des pièces ne figurent pas à son dossier, sans inviter les parties à s'expliquer sur l'absence au dossier de ces pièces qui figurent sur le bordereau de pièces annexé aux dernières conclusions, et dont la communication n'a pas été contestée ; qu'il résulte du bordereau de communication de pièces établi par la commune d'[Localité 1] qu'elle a produit en pièce n° 29, un avis de la Chambre Régionale des Comptes en date du 18 juin 2021 mettant en avant de graves illégalités ; qu'en opposant à la commune d'[Localité 1] qu'elle n'avait pas versé cet avis aux débats, quand aucune des parties ne s'était plainte d'un défaut de communication de cet avis, la cour d'appel qui n'a pas invité les parties à s'expliquer sur l'absence au dossier de cette pièce figurant sur le bordereau de pièces annexées aux dernières conclusions, **a violé l'article 16 du code de procédure civile** ;

8°/ que la commune d'[Localité 1] reproduisait in extenso dans ses conclusions, la décision de la chambre régionale des comptes en date du 18 juin 2021, dont il ressortait que la chambre régionale des comptes avait estimé que les contestations opposées aux appels de charges effectués par la commune de [Localité 3] étaient sérieuses, d'une part en ce qu'elles conféraient un effet rétroactif à la délibération du conseil municipal de la commune de [Localité 3] en date du 2 octobre 2017, et d'autre part en ce que les bases de la liquidation des titres n'étaient pas justifiées, de sorte qu'elle avait rejeté la saisine de la commune de [Localité 3] ; qu'en retenant, pour refuser de prendre en considération cet avis, que « en l'état de la reproduction dans les conclusions de l'appelante, la cour ne peut que relever que la chambre régionale des comptes refuse de se prononcer sur le bienfondé de la contestation » qui relève de l'appréciation souveraine du juge du fond compétent pour en connaître », quand il en ressortait que la chambre régionale des comptes avaient clairement affirmé, au décours de son analyse, que les moyens invoqués par la commune d'[Localité 1] étaient « non dénués de sérieux », de sorte que sa contestation devait être regardée comme « sérieusement constituée », la cour d'appel a dénaturé les

conclusions de la commune d'[Localité 1], **violant le principe selon lequel le juge ne doit pas dénaturer les documents de la cause.** »

3 - Propositions de rejet non spécialement motivé (2^{ème} moyen, 6^{ème} branche)

Le moyen **manque par le fait même qui lui sert de base**, dès lors que, pour statuer comme elle l'a fait, la cour d'appel ne s'est pas fondée sur une renonciation de la commune d'[Localité 1] à se prévaloir de la prescription d'un usage gratuit des eaux de la Monne.

C'est en retenant, par des motifs critiqués par ailleurs, que les conditions de la prescription d'un tel usage gratuit des eaux de la Monne n'étaient pas réunies, la possession invoquée ayant été regardée comme entachée d'équivoque, qu'elle a écarté la prescription revendiquée et condamné la commune d'[Localité 1] à payer les titres de recettes en litige.

Le moyen ne peut donc être accueilli.

4 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

- Qualification d'eaux de source comme « eaux publique et courante » (article 643 du code civil);
- Conditions de la prescription de l'usage gratuit d'une eau de source (article 642 du code civil, alinéa 3) par les habitants d'une commune ;
- Contestation d'un titre de recettes établi par une personne publique et appréciation de ce qu'il comporte des mentions suffisantes permettant de connaître les bases de la liquidation ;
- Portée de l'article L.2422-12-1 du code de l'environnement et obligation de facturation de l'eau potable ;
- Portée du principe de non-rétroactivité des actes administratifs.

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

5.1 - Servitude légale d'usage des eaux de source et droits du propriétaire de la source :

Avant la loi du 8 avril 1898¹, les droits sur l'eau de source étaient régis par l'ancien article 641 du code civil : « *Celui qui a une source dans son fonds, peut en user à sa*

¹ v. pour une histoire de la propriété sur les eaux de source : Arnaud GAONAC'H, «Eaux : propriété et usage », Rép. Dr. Immobilier, n° 54 et s. L'auteur enseigne que c'est la loi

volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription ».

L'article 642 du Code civil, issu de cette loi et non modifié depuis dispose : « Celui qui a une source dans son fonds peut toujours user des eaux à sa volonté dans les limites et pour les besoins de son héritage.

Le propriétaire d'une source ne peut plus en user au préjudice des propriétaires des fonds inférieurs qui, depuis plus de trente ans, ont fait et terminé, sur le fonds où jaillit la source, des ouvrages apparents et permanents destinés à utiliser les eaux ou à en faciliter le passage dans leur propriété.

Il ne peut pas non plus en user de manière à enlever aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire ; mais si les habitants n'en n'ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts. »

Ce texte ne s'applique qu'aux eaux vives², qui sont soit celles qui surgissent spontanément sur le fonds du propriétaire, soit celles qui sont souterraines et sont donc captées par le propriétaire du fonds.

Il consacre ainsi le fait que le propriétaire du terrain désigné fonds d'émergence de la source, qui devient en principe propriétaire de la source qui jaillit sur son fonds, peut user des eaux à sa volonté, « dans les limites et pour les besoins de son héritage. ».

Comme l'expliquait A. Méano dans son rapport sous l'arrêt de notre chambre du 6 juillet 2017(3^e Civ., 6 juill. 2017, n° 16-19.539, Bull. N° 9), « *contrairement à ce que pourrait laisser entendre la lettre du texte, il est admis par la doctrine et la jurisprudence³ que le droit du propriétaire sur sa source est un droit de pleine*

romaine qui considérait que le maître du fonds était propriétaire de la source, non seulement de la parcelle de terrain dans laquelle jaillit la source, mais aussi de l'eau qui émerge du sol et coule à la surface. La propriété de la source était donc subordonnée à la propriété de la terre (« *Portio enim agri videtur aqua viva* » : L'eau de source fait corps avec l'héritage dont elle n'est qu'une partie [Digeste, Livre II]) mais également par l'ancien droit ; v. également : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lecquette, « *Droit civil, Les biens* », 10^{ème} éd., Précis Dalloz, n°214 et s.

² v. 3^eème Civ., 25 novembre 2009 n° 08-21.674, publié : « *L'article 642, alinéa 2, du code civil ne s'applique qu'aux eaux vives et non aux étangs.* »

³ Cette lecture du texte se nourrit de l'analyse des travaux préparatoires de la loi du 8 avril 1898, dont Arnaud Gaonac'h (« *Eaux : propriété et usage* », art. préc., n° 58) rappelle la teneur: « *La consultation des travaux préparatoires de la loi permet d'écarter cette interprétation du texte. Ainsi, dans le projet présenté au Sénat, en deuxième lecture, l'alinéa 1er de l'article 642 était ainsi libellé : « ... dans les limites et pour les besoins de son héritage, mais il ne peut en détourner le cours au préjudice des usagers inférieurs* ». Le Sénat, qui entendait consacrer le droit absolu de la propriété, a voté la suppression du dernier membre de phrase : « ... mais il ne peut en détourner le cours au préjudice des usagers inférieurs » (Sénat, séance du 21 juin 1883, JO 22 juin). Mais seule cette partie d'article

propriété et n'est pas réduit par cet article à un simple droit d'usage : le droit de disposer de l'eau de source par le propriétaire du fonds où elle surgit n'est pas remis en cause; il peut l'utiliser comme il l'entend pour les besoins de son fonds et également en disposer en l'absorbant, en l'aveuglant entièrement et en la vendant⁴(3e Civ., 3 déc. 2008, n° 07-18.84).

Ce sont les multiplications d'atteintes au droit des usagers d'eaux de source, qui s'inscrivaient comme une conséquence directe de l'urbanisation, qui ont conduit à une évolution de la législation sur cette question, impliquant la **création de restrictions des droits du propriétaires**, afin de préserver les droits des usagers de fonds inférieurs⁵.

Si les alinéas 2 et 3 de l'art 642 limitent les droits du propriétaire pour les concilier avec le droit d'usage reconnu à d'autres personnes, le caractère d'eaux privées de la source et ses prérogatives de propriétaire ne sont donc pas remis en cause: c'est seulement son usage qui peut être partagé.

C'est d'abord **les droits des propriétaires de fonds inférieurs** qui sont protégés par le texte de l'article 642 précité, lorsqu'ils établissent avoir un droit à réception de l'eau, acquis soit par convention, par titre ou par prescription.

Ainsi, un propriétaire de fonds inférieur peut-il s'opposer au détournement d'eaux de source par le propriétaire de la source **s'il justifie avoir acquis par titre, soit par prescription, un droit à la réception de l'eau.**

La possession de nature à constituer un titre est celle qui s'incarne dans la réalisation d'ouvrages apparents et permanents destinés à utiliser l'eau et en faciliter le passage sur sa propriété. Par ailleurs, l'exécution des travaux visés par l'alinéa 2

provoqua des objections, sans que l'on ait remarqué qu'elle se liait étroitement à la formule, « *dans les limites et pour les besoins de son héritage*»).

⁴ v. en ce sens : P. Beauvarlet, « *Les servitudes* », Expertise notariale, Defrénois, 2013, n° 53. L'auteur fonde ces solutions sur l'idée que la propriété du sol emportant la propriété du dessus et du dessous (C. civ., art. 552), celui qui a la propriété du fonds a la propriété de l'eau qui s'y trouve. Le propriétaire de la source pourra à son gré, soit laisser l'eau qu'elle fournit suivre la pente naturelle du terrain et s'écouler sur les fonds inférieurs qui seront tenus de la recevoir (C. civ., art. 640), soit disposer de cette eau soit en la vendant à un tiers, soit en l'absorbant, soit en la détournant de son écoulement naturel pour en faire bénéficier un propriétaire voisin autre que celui auquel la destinait la pente naturelle du terrain, soit en aveuglant la source sans que le propriétaire inférieur puisse se plaindre de ce qu'il ne reçoit plus l'eau que lui donnait l'écoulement naturel.

⁵ Le Conseil d'État a reconnu que **le captage public d'une source** ne ressortissait pas aux règles du code civil et que l'indemnisation des dommages causés aux usagers par ces travaux devait être fixée au titre des travaux publics en vertu de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII (CE 5 mai 1893, Sommelet c/ Cne de Rolampont, S. 1895. 3. 1, note Hariou ; CE 21 déc. 1906, Ville de Carpentras, Lebon 958 ; CE 30 oct. 1934, Ville de Saint-Claude, Lebon 990 ; CE 6 juin 1934, Cie générale des eaux, Lebon 645).

du même texte ne crée un droit qu'au seul profit des propriétaires des fonds inférieurs.

Est ainsi consacrée **la prescription acquisitive d'un droit d'usage sur la source** dont l'existence suppose la réunion de plusieurs conditions résultant du texte lui-même:

- les ouvrages doivent être apparents et permanents⁶, établis et terminés sur le fonds où jaillit la source, depuis trente ans, et réalisés par le propriétaire du fonds inférieur (ou sur son ordre/pour son compte⁷) et à son seul profit (Civ. 1^{ère}, 22 novembre 1955, JCP G 1956, II, 9100, voir note M. Becquet ; [1^{re} Civ.](#), 23 mai 1964, n° 264, publié (présomption que l'ouvrage a été fait par celui à qui il profite) ; [3^e Civ.](#), 24 oct. 2019, n° 18-19.36).

- les ouvrages sont destinés à utiliser l'eau ou à faciliter le passage de l'eau de source sur son propre fonds, et la charge de la preuve incombe à celui qui revendique cette prescription.

C'est souverainement que les juges du fond retiennent l'existence de travaux apparents et permanents de captage et d'utilisation d'eau de source ([3^e Civ.](#), 12 mai 1975, n° 74-10.197, publié ; [3^e Civ.](#), 21 oct. 1975, n° 74-12.752, publié, jugeant que « *les extrémités des canalisations, fussent elles visibles, ne pouvaient être considérées comme ouvrages apparent de la servitude d'aqueduc alléguée* » ; [3^e Civ.](#), 11 oct. 1994, n° 93-10.03 ; [3^e Civ.](#), 5 avr. 2011, n° 10-17.35).

Il peut être relevé que la jurisprudence administrative a jugé que « **des travaux de captage et d'adduction des eaux d'une source réalisés par une commune, qui ont le caractère de travaux publics, ne sont pas au nombre des travaux auxquels s'appliquent les dispositions de l'article 642 du code civil et qui ne peuvent donner lieu à une indemnité comme constituant l'usage normal du droit de propriété** ». Dans cette affaire, un pisciculteur contestait des travaux de captage engagés par la commune sur son domaine privé et demandait une indemnisation. Le principe d'une telle indemnisation est accepté, non pas par application de l'article 642 du code civil, mais sur le fondement de la responsabilité pour dommages de travaux publics, du préjudice qu'il subit du fait du captage des eaux d'une source alimentant son exploitation ([CE, 26 mars 1976, n°88811](#)).

Cette solution a été reprise dans un arrêt du 28 octobre 1981 ([CE, 28 octobre 1981, ville de Montpellier, n° 17364](#)).

Quant à l'étendue du droit du propriétaire du fonds inférieur à l'eau de la source, elle est déterminée par l'étendue de son « usurpation ». Il aura droit à l'eau de la source

⁶ Il a été jugé qu'un ouvrage en maçonnerie visible et permanent, au moyen duquel l'eau de source était captée, suffisait à conférer à une servitude de prise d'eau un caractère apparent, bien que la canalisation soit souterraine ([3^e Civ.](#), 12 mai 1975, pourvoi n° 74-10.197, Bull. 1975, III, n° 164)

⁷ v. [3^e Civ.](#), 25 février 1971, pourvoi n° 69-12.836, publié (ouvrages réalisés par le propriétaire d'origine des fonds supérieurs et inférieurs)

dans la limite qu'il en a usé pendant la durée de sa prescription par application du principe « *tantum praescriptum quantum possessum*⁸. »

L'alinéa 3 du texte ajoute une restriction fondée sur la protection des agglomérations alimentées par l'eau jaillissant d'une source. Lorsque la source fournit aux habitants d'une commune l'eau qui lui est nécessaire, le propriétaire de la source ne peut les en priver par la manière dont il utilise la source.

Cette **véritable servitude légale** suppose la réunion de plusieurs conditions :

- elle ne bénéficie qu'à un groupe d'habitations;
- l'eau doit être nécessaire et non seulement utile⁹, ce qui est souverainement apprécié par les juges du fonds (3^e Civ., 14 déc. 2005, n° 04-18.994, Bull. N° 24, publié).

En revanche, ce droit d'usage, qui protège seulement un accès à l'eau, ne permet pas au propriétaire du fonds inférieur d'exiger un passage sur le fonds du propriétaire de la source pour puiser l'eau, par exemple lorsqu'une commune réalise des captages sur une propriété privée, au point d'émergence (3^e Civ., 21 fév. 2001, n° 99-10.53).

Ce texte suppose dans son alinéa 3 que les habitants usent de l'eau, **à l'extérieur du fonds d'émergence, en un lieu où elle s'écoule et où ils ont accès**, mais ne leur donne pas le droit d'aller la puiser sur ce fonds. Elle s'explique par le fait que cette servitude ne s'exerce que sur l'eau de source qui s'écoule hors du fonds, qui vient couler sur un territoire auquel les habitants d'une commune, d'un village ou d'un hameau ont un libre accès. Il ne s'agit donc pas d'un droit de puisage qui selon l'article 696 emporte nécessairement le droit de passage.

La qualification même de servitude est contestée par une partie de la doctrine, F. Zenati¹⁰ y voyant davantage un droit d'usage, qui se réduit à recevoir l'eau et à interdire au propriétaire de la source de retenir son eau.

La possession résultant de l'usage de l'eau suppose que celui-ci puisse s'effectuer sans pénétrer sur le fonds d'émergence de la source (3^e Civ., 15 mai 1996, n° 94-

⁸ v. en ce sens : P. Beauvarlet, op. cit., n°56.

⁹ Il est jugé que la simple utilité (Civ1 - 2 juin 1958 -bull no 279), ou commodité (Req 7 février 1905 DP 1906.1.396) ne sont pas suffisantes au regard de l'article 642, il faut que les eaux soient nécessaires.

¹⁰ v. F. Zenati, RTD civ. 1997.175. v. également M. Becqué, JCP 1956.II.9100. L'auteur considérerait que la charge imposée au propriétaire par l'article 642 al. 3 a une nature différente d'une servitude : « c'est une obligation que la loi impose au propriétaire en cette qualité, pour des raisons supérieures d'équité et d'humanité, afin d'éviter qu'en utilisant l'eau de sa source à des fins purement égoïstes, il n'en prive les habitants de la prochaine commune à qui elle serait pourtant nécessaire: il s'agit en réalité d'une charge, d'une restriction imposée par le législateur à la propriété, d'une servitude légale à laquelle, pour notre part, nous préférierions, afin d'éviter toute équivoque, celle **d'obligation propter rem**. »

10.378, publié¹¹). On comprend que le droit des usagers inférieurs se réduit à recevoir l'eau et à interdire au propriétaire de la source de retenir son eau. Il n'est pas possible de créer un droit analogue permettant de se rendre sur le fonds où se trouve la source et d'y prélever de l'eau. Le droit d'user de la source n'implique jamais celui d'y accéder.

L'article 643 du code civil crée un régime spécifique pour les eaux de source qui, dès la sortie de leur fonds d'émergence, forment un véritable cours d'eau : *« Si, dès la sortie du fonds où elles surgissent, les eaux de source forment un cour d'eau offrant le caractère d'eaux publiques et courantes, le propriétaire ne peut les détourner de leur cours naturel au préjudice des usagers inférieurs. »*

Il faut que dès la sortie du fonds d'émergence, le cours d'eau présente **un débit suffisant pour former un véritable ruisseau**, pouvant être considérée comme la tête d'un cours d'eau, les eaux ayant, dans ce cas, le caractère d'eaux courantes et publiques¹².

Cette question, reposant sur la prise en compte d'une situation factuelle, relève du **pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond** (Crim., 7 nov. 2006, n° 06-85.910, publié : *« Il appartient aux juges du fond, dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation, de rechercher si un effluent polluant a atteint, directement ou indirectement, un canal, un ruisseau ou un cours d'eau, dont l'écoulement peut être intermittent, ou encore un plan d'eau avec lequel ils communiquent. »*).

Dès lors que **ces eaux publiques et courantes ne sont pas la propriété unique et privée du propriétaire du fonds d'émergence**, il en résulte :

- que le propriétaire de la source n'est plus propriétaire de l'eau, il n'en a que l'usage pour les besoins de son héritage ;

- que le propriétaire de la source ne pourrait détourner les eaux de la source de leur cours naturel au préjudice des propriétaires des fonds inférieurs.

Au cas présent, alors que l'arrêt, comme les premiers juges, avaient retenu que les conditions pour appliquer l'article 643 du code civil n'étaient pas réunies, **le mémoire ampliatif** lui reproche d'avoir ainsi statué en ajoutant une condition non

¹¹ « Ne donne pas de base légale au regard de l'article 642, alinéa 3, du Code civil et viole l'article 690 de ce Code, la cour d'appel qui, pour décider que les habitants d'un hameau bénéficiaient d'un droit d'usage de l'eau d'une source recueillie dans un lavoir-abreuvoir installé en 1937 par la commune sur une parcelle appartenant à certaines personnes, retient, après avoir relevé que l'eau qui s'écoule dans l'abreuvoir est nécessaire aux habitants du hameau, que le point d'eau est facile d'accès et que les habitants de ce hameau ont acquis la servitude par prescription trentenaire, sans préciser si la situation de l'abreuvoir permettait d'y puiser de l'eau sans pénétrer sur le fonds où jaillit la source et alors que la prescription, encore aurait-elle été invoquée au profit d'un fonds, ne constitue l'un des modes d'établissement des servitudes que pour celles qui résultent du fait de l'homme. »

¹² v. sur ce point : P. Beauvarlet, *op. cit.*, n° 54.

prévue par le texte (1^{ère} branche), et, s'agissant des motifs réputés adoptés tenant à la qualité d'usagers d'un fonds inférieur, d'avoir méconnu le principe de la contradiction (2^{ème} branche).

Le mémoire en défense oppose que les deux griefs sont inopérants pour critiquer des motifs surabondants, outre qu'ils tentent de remettre en cause une appréciation souveraine de l'absence de constitution d'un cours d'eau dès la sortie du fonds d'émergence de la source.

5.2 - Droit à une indemnité du propriétaire de la source et prescription d'un usage gratuit des eaux :

Le troisième alinéa de l'article 642 du code civil ouvre la possibilité pour les habitants d'une commune de prescrire l'usage gratuit de l'eau de source.

P. Beauvarlet nuance la nature de cette prescription en expliquant « *qu'il ne s'agit là que d'une prescription extinctive s'appliquant uniquement au paiement de l'indemnité et non d'une prescription acquisitive du droit collectif d'usage de la source. En effet le droit collectif d'usage d'une source (pas plus que le droit de pénétrer sur le fonds où jaillit la source) ne peut s'acquérir par la prescription trentenaire*¹³. »

W. Dross appelle de ses vœux une nécessaire unification du statut juridique de l'eau qui devrait, selon cet auteur, être considérée comme une chose commune insusceptible d'appropriation privée et seulement objet d'une réglementation étatique de nature à freiner les intérêts égoïstes¹⁴.

Le propriétaire de la source ne pouvant plus disposer de l'eau à son gré, la loi lui permet de bénéficier d'une indemnité, sauf si les habitants utilisent la source depuis plus de 30 ans sans payer, auquel cas le droit à indemnité se trouve prescrit par le non-usage.

Il est admis en effet que **les termes de l'article 642** disposant que « *si les habitants n'en n'ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité* » signifient, non pas qu'on peut prescrire l'usage de la source, puisque par définition cet article établit déjà le droit d'usage des habitants des communes au seul regard de leur nécessité, par une servitude légale imposée au propriétaire du fonds, mais qu'on peut prescrire le droit de ne pas payer d'indemnité¹⁵.

L'absence du droit à indemnité pour le propriétaire est, en effet, la conséquence de cette acquisition par titre ou par prescription de l'usage gratuit de l'eau par la collectivité d'habitants:

¹³ P. Beauvarlet, *ibid.*, n°56.

¹⁴ v. W. Dross, « *Les biens* », 3^{ème} éd., 2017, Domat, n° 318.

¹⁵ v. W. Dross, « *Qui peut user d'une source ?* », RTD civ. 2015, p. 417.

- 3^e Civ., 6 juill. 2017, n° 16-19.539, Bull. N° 9, publié : « *Il résulte de l'article 642, alinéa 3, du Code civil que le propriétaire d'une source ne peut pas en user de manière à enlever aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire, mais qu'il peut réclamer une indemnité, réglée par experts, si les habitants n'en ont pas prescrit l'usage gratuit.* »

Dans cette affaire, l'existence et le contenu de la convention par laquelle le syndicat intercommunal tirait son droit de capter et d'exploiter la source directement à partir du terrain privé en contrepartie d'une indemnisation **sous forme de travaux d'amélioration au profit du propriétaire du fonds et de fourniture gratuite d'eau traitée**, a été analysé comme empêchant de considérer que le syndicat avait bénéficié pendant trente ans d'une possession utile de la source et n'avait pu en prescrire l'usage à titre gratuit.

Faute d'avoir utilisé la source « à titre de propriétaire » mais en qualité de détenteur précaire, et faute de l'avoir fait sans rien payer pendant 30 ans, il a été jugé dans cette affaire que le nouveau propriétaire était donc en droit de demander au syndicat une indemnité pour la période postérieure à la rupture de la convention.

5.3 - Fourniture d'eau potable et compétence de la commune en matière de tarification :

L' eau potable a permis d'inaugurer un droit spécifiquement adapté à son usage au titre des lois de police de l' article 714 du Code civil : le droit d'accès¹⁶.

En effet, l' article L. 210-1, alinéa 3, du code de l'environnement prolonge l' article 714, alinéa 2, du Code civil en disposant que : « *Dans le cadre des lois et règlements ainsi que des droits antérieurement établis, l'usage de l' eau appartient à tous et chaque personne physique a le droit d'accéder à l' eau potable (...) dans des conditions économiquement acceptables par tous.* ».

La mission de la distribution de l' eau potable était dévolue dès avant la loi sur l' eau aux communes, par les articles L. 371-1 et suivants du Code des communes .

L' article L. 2224-7-1 du code général des collectivités territoriales , issu de la loi sur l' eau du 30 décembre 2006 (L. n° 2006-1772, 30 déc. 2006, art. 53 : JO 31 déc. 2006), énonce désormais que : « *Tout service assurant tout ou partie de la production par captage ou pompage, de la protection du point de prélèvement, du traitement, du transport, du stockage et de la distribution d'eau destinée à la consommation humaine est un service d'eau potable* ».

Les communes sont ainsi compétentes en matière de distribution d' eau potable¹⁷.

¹⁶ v. sur cette question : Ph. Kaigl et Ch. Atias, Jurisclasseur Notarial, v° Modes divers d'acquérir la propriété - « Fasc. 30 : Modes d'acquisition de la propriété. – Choses communes », § 41.

¹⁷ v. R. Romi et G. Audrain-Demey, JurisClasseur Environnement et Développement durable, Fasc. 2615 : Communes et environnement, § 51.

L'article 2224-12-1 du code général des collectivités territoriales, créé par la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, dispose que : « *Toute fourniture d'eau potable, quel qu'en soit le bénéficiaire, fait l'objet d'une facturation au tarif applicable à la catégorie d'usagers correspondante. Les collectivités mentionnées à l'article L. 2224-12 sont tenues de mettre fin, avant le 1 janvier 2008, à toute disposition ou stipulation contraire. Le présent article n'est pas applicable aux consommations d'eau des bouches et poteaux d'incendie placés sur le domaine public.* »

Mme Canas, dans son rapport sous un arrêt de la première chambre civile (1^{re} Civ., 8 nov. 2017, n° 16-18.859, Bull. N° 22, publié), relève que « *les travaux parlementaires permettent de mieux comprendre sa finalité. Dans son Rapport n° 271 (2004-2005) déposé le 30 mars 2005, M. le sénateur B. Sido exposait que "sont visées les pratiques de livraison gratuite d'eau à destination d'administrations ou de bâtiments publics, qui se sont perpétuées sur la base de textes souvent anciens. A Paris par exemple, selon les informations recueillies par votre commission, certaines institutions publiques telles que le Conseil d'Etat ou le Conseil constitutionnel ne paient pas l'eau qu'elles consomment, en vertu de décrets impériaux !". De la même manière, M. le député A. Flajolet indiquait, dans son rapport AN n° 2070 déposé le 9 mai 2006, que "l'objectif consiste à remettre en cause certaines pratiques des collectivités, qui ne facturent pas la consommation d'eau des services publics locaux. De telles pratiques reviennent à faire supporter les coûts de ces consommations par le budget du service public de l'eau, alors qu'ils devraient grever le budget général de la collectivité.". Ces pratiques étaient, en outre, "contraire[s] au principe d'égalité entre usagers" (L. Richer, Les services de l'eau potable et de l'assainissement dans la loi sur l'eau, AJDA 2007, p.1168).* »

Afin d'assurer la mise en oeuvre de l'obligation de facturation pesant désormais sur les communes¹⁸, l'article L. 2224-12-1 leur enjoint de "mettre fin", avant le 1^{er} janvier 2008, aux dispositions ou stipulations contraires. Ce texte exige donc qu'il soit mis un terme, d'une part, "aux mesures réglementaires obligeant les collectivités à fournir gratuitement de l'eau à une administration", d'autre part, "aux clauses spécifiques figurant dans les contrats de fourniture d'eau et ayant le même effet" (B. Sido, in rapport précité).

Par l'arrêt précité, il a été jugé que : « *L'article L. 2224-12-1 du code général des collectivités territoriales, créé par la loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, enjoint expressément aux communes de mettre fin, à compter du 1er janvier 2008, aux stipulations contraires à l'obligation de facturation de la fourniture d'eau qu'il édicte, de sorte qu'il s'applique aux effets futurs des contrats conclus antérieurement à son entrée en vigueur.* »

¹⁸ v. L. Bahougne, V. Mazzocchi, D. Administratif, n° 3, Mars 2018, chron. 1. L'auteur s'interrogeait dans ces termes sur la fourniture d'eau potable à certaines administrations : « *Qu'est-ce qui justifie qu'une telle gratuité de la consommation de l'eau ait été attribuée au Conseil d'État par un arrêté consulaire du 6 Prairial An XI (Avis n 272, de M. Pierre Jarlier, fait au nom de la commission des lois, déposé le 30 mars 2005) ou encore au Conseil constitutionnel ? Déjà, en 1997, un rapport de la Cour des comptes sur la gestion des services d'eau et d'assainissement relevait, comme une anomalie, l'absence de facturation de la consommation d'eau des services publics locaux.* »

- [CAA Marseille](#), 1^{er} septembre 2011, Consorts [A], n°09MA03590 : « Considérant, en second lieu, d'une part qu'aux termes de l'article 1134 du code civil « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. (...) » ; que, d'autre part, selon les dispositions de l'article L.2224-12-1 du code général des collectivités territoriales « Toute fourniture d'eau potable, quel qu'en soit le bénéficiaire, fait l'objet d'une facturation au tarif applicable à la catégorie d'usagers correspondante. Les collectivités mentionnées à l'article L.2224-12 sont tenues de mettre fin, avant le 1^{er} janvier 2008, à toute disposition ou stipulation contraire. (...) » ; Considérant qu'il résulte de ces dispositions que la transaction du 3 novembre 1991 conclue entre la commune de [Localité 4] et les familles [D] et [A], prévoyant la cession gratuite de la source de [Localité 5] en échange de la gratuité de l'eau était, en tout état de cause, caduque à la date de la délibération litigieuse en conséquence de l'entrée en vigueur de l'article L.2224-12-1 du code général des collectivités territoriales dans sa rédaction issue de la loi n 2006-1772 du 30 décembre 2006 ; que, d'ailleurs, la cession finalement décidée par la commune l'a été à titre onéreux contrairement à ce qui avait été prévu par ladite transaction ; qu'ainsi MM. [A] ne peuvent utilement se prévaloir de cette dernière ; qu'en outre, il n'est pas établi que la commune aurait méconnu une disposition ou stipulation de quelque nature que ce soit en prévoyant, par la délibération litigieuse que les éventuelles servitudes de puisage qui seraient mentionnées dans les actes de vente concernant les parcelles où se situe la source de [Localité 5] seront purgées par l'étude notariale chargée de la rédaction des actes, le notaire ne pouvant, par principe, que borner son office aux études, vérifications préalables et préparations des actes, les décisions ultérieures relevant exclusivement de la commune pour ce qui la concerne ;»

- Dans une réponse à une question écrite n° 49383 du 19 mai 2009 , le ministère de l'écologie indiquait : « Question de M. Pierre Morel-A-L'Huissier, Député de Lozère – Groupe de l'Union pour un Mouvement populaire M. Pierre Morel-A-L'Huissier attire l'attention de M. le ministre d'État, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, sur la situation d'un propriétaire privé bénéficiant d'une servitude perpétuelle de droit d'eau conféré par acte notarié par une commune. Il lui demande de lui indiquer si ce droit d'eau est remis en cause par la législation récente sur l'eau qui interdit aux communes de fournir gratuitement en eau les particuliers. Publication au JO : Assemblée nationale du 19 mai 2009

Réponse du Ministère de l'Ecologie, de l'Energie, du Développement durable et de la Mer, en charge des Technologies vertes et des Négociations sur le climat : La loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques a institué un article L. 2224-12-1 du code général des collectivités territoriales au terme duquel **toute fourniture d'eau potable**, quel qu'en soit le bénéficiaire, fait l'objet d'une facturation au tarif applicable à la catégorie d'usagers correspondante. Cette obligation de facturation interdit donc la fourniture, à titre gratuit, d'eau destinée à la consommation humaine. **S'il s'agit d'une eau brute, c'est-à-dire d'une eau prélevée dans le milieu naturel et qui n'a subi aucune forme de traitement en vue de la consommation humaine, il n'existe aucune obligation de facturation.** Une servitude peut, dans ce dernier cas, être consentie à l'amiable par le propriétaire, par exemple d'une source, au profit d'une tierce personne pour autant

que l'instauration de cette servitude n'enlève, conformément aux dispositions de l'article 642, alinéa 3, du code civil, aux habitants d'une commune, village ou hameau l'eau qui leur est nécessaire. Publication au JO : Assemblée nationale du 23 mars 2010. »

La notion d'eau potable a notamment été précisée par la jurisprudence, qui semble la définir comme une eau ayant bénéficié d'un traitement la rendant propre à la consommation humaine :

- 1^{re} Civ., 29 mars 2023, n° 22-12.49, publié : « *Se fondant sur l'article L. 2224-12-1 du code général des collectivités territoriales qui impose aux communes et aux collectivités territoriales responsables du service public de distribution d'eau, de facturer toute fourniture d'eau potable quel qu'en soit le bénéficiaire et de mettre fin à toute disposition ou stipulation contraire, la cour d'appel a retenu que l'eau de la source, faisant l'objet d'un droit d'eau, intégrait le réseau public d'eau potable de la commune de [Localité 6], comme une autre eau de source, **était traitée en amont du centre hospitalier et était acheminée par le réseau public construit et géré par la métropole.*** »

La cour d'appel qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation et qui n'a pas constaté l'extinction du droit d'eau du centre hospitalier, en a exactement déduit, en l'absence de convention fixant les conditions d'intégration de l'eau de la source au réseau public d'eau potable, que les contestations relatives aux factures litigieuses devaient être rejetées. »

A la connaissance du rapporteur, ni la Cour de cassation, ni le Conseil d'Etat ne se sont directement prononcés sur l'articulation de l'article L. 2224-12-1 et de l'article 642 alinéa 3 du code civil.

Au cas présent, le mémoire ampliatif conteste les motifs par lesquels la prescription d'un usage gratuit des eaux de la Monne a été écartée (1^{ère} à 6^{ème} branches.). Le mémoire en défense oppose que la cour d'appel a bien caractérisé l'existence d'une contrepartie en nature à la fourniture d'eau, de sorte que les deux premiers griefs, et le dernier en l'absence de référence à toute renonciation dans l'arrêt, manquent en fait, les troisième à cinquième étant par ailleurs inopérants.

5.4 - Régularité des titres de recettes et contentieux de la facturation de l'eau potable :

Il sera rappelé, à titre liminaire, qu'il résulte de l'article L. 2224-11 du code général des collectivités territoriales, lequel reprend des dispositions du code des communes, que les services publics d'eau et d'assainissement sont financièrement gérés comme des services à caractère industriel et commercial et, de longue date, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat regardent ces services publics comme des SPIC, qu'ils soient exploités en régie ou par voie de délégation ou de concession ([TC, 28 juin 1976, M. Burlat c/ Commune de Somme-Suippe, n° 02030, rec. p. 701](#) ; [TC, 19 fév. 1990, Thomas c/ Commune de Franczal, n° 02589, T. p. 618](#) ; [TC, 2 déc. 1991, SA de Moliq-les-Bains, n° 2665, rec. p. 480](#) ; [TC, 21 mars 2005, Mme Alberti- Scott c/ Commune de Tournefort, n° 3413, rec. p. 651](#)).

Il en résulte que les rapports entre ces services et leurs usagers sont des rapports de droit privé dont le contentieux relève des juridictions de l'ordre judiciaire, conformément à la solution initiée par l'arrêt dit du « *Bac d'Eloka* » ([TC, 22 janvier 1921 Société commerciale de l'Ouest africain, n° 00706, rec. p. 91](#)).

Plus particulièrement, par deux décisions des 16 octobre 2006 ([SA Camping "Les grosses pierres" c/ Communauté de communes de l'île d'Oléron, n° C3533](#)) et [20 octobre 2008 « SMIRTOM du Saint-Amandois », n° C 3661](#)), le tribunal des conflits a dit que la juridiction judiciaire était compétente pour connaître des litiges relatifs au paiement des redevances réclamées aux usagers du service.

Selon une jurisprudence bien établie, **le service de distribution de l'eau est un service public industriel et commercial**, de sorte que les litiges nés des rapports entre ce service et ses usagers, qui sont des rapports de droit privé (les relations entre les usagers et les services publics industriels et commerciaux sont de nature contractuelle et ce contrat est de droit privé, même s'il remplit les conditions requises pour être un contrat administratif ([TC, 24 mai 2004, n 3396, Sté régionale de distribution d'eau](#)), relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire ; [CE, 13 mars 1998, Vindevogel, au rec. n° 190751](#)¹⁹; CE, Commune de Quaix-en-Chartreuse, 30 décembre 2002, au rec. n° 241240 ; [TC, 21 mars 2005, n° 3413, Mme Alberti-Scott c/ commune de Tournefort](#) ; [TC, 6 juillet 2009, n° 3707, M. o Bricet c/ commune de Vienne](#)).

La redevance pour service rendu est définie comme le « *montant, fixé unilatéralement par l'Administration, que doivent acquitter les usagers de certains services publics.* ».

Clairement délimitée par une jurisprudence séculaire²⁰, la redevance pour service rendu est demandée à ses usagers « *en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public, et qui trouve sa contrepartie directe dans les prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage* » (CE, 21 nov. 1958, Synd. national des transporteurs aériens).

Le titre de recettes constitue, pour le comptable public local, l'ordre de percevoir la recette. Il ne requiert aucune forme particulière²¹, mais doit cependant comporter l'ensemble des mentions permettant au comptable :

¹⁹ « *S'il appartient au juge administratif de connaître des recours pour excès de pouvoir dirigés contre les délibérations par lesquelles les collectivités ou les établissements publics qui exploitent ou concèdent le service d'assainissement instituent la redevance et en fixent le tarif, il n'est pas compétent pour enjoindre la restitution d'une somme mise à la charge d'un usager et qui constitue la rémunération des prestations d'un service public industriel et commercial.* »

²⁰ v. sur cette question : T. Eisenger, Jurisclasseur Collectivités territoriales, Fasc. 2650 : Tarification des services publics locaux, § 14 et s.

²¹ Bien qu'aucune forme ne soit requise pour le titre de recettes, les collectivités territoriales peuvent se référer au modèle-type joint à la [circulaire interministérielle du 18 juin 1998](#) (et

- d'une part, d'assurer les contrôles qui lui incombent ;
- d'autre part, d'en recouvrer le montant auprès du débiteur.

L'article 24 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012²² relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, en vigueur depuis le 11 novembre 2012, prévoit :

« Dans les conditions prévues pour chaque catégorie d'entre elles, les recettes sont liquidées avant d'être recouvrées. Toute créance liquidée faisant l'objet d'une déclaration ou d'un ordre de recouvrer indique les bases de la liquidation (...). »

Le champ d'application de cet article, limité aux seuls ordres de recette émis pour le recouvrement des créances de l'Etat, a été étendu par la jurisprudence aux titres exécutoires émis **par l'ensemble des personnes publiques** (v. [CE, 15 mai 1995, n° 132928](#) ; [CE, 21 août 1996, n 143173](#) et [n° 143174](#) ; [CE, 7 janvier 2000, n° 195524 et 197555](#)).

A. Taillefait²³ explique qu'on « on comprend les liens existant entre les deux alinéas 7 de l'article 24 du décret n 2012-1246 du 7 novembre 2012. Le premier permet à la collectivité publique – manifestation d'une prérogative de puissance publique – de calculer unilatéralement de sa propre autorité le montant de la créance qu'elle désire recouvrer. Cela explique que le second alinéa tente d'offrir une certaine protection au débiteur désigné de la collectivité publique. »

Ce texte reprend les dispositions de l'article 81, alinéa 1^{er}, du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique, aux termes 8 duquel « *tout ordre de recette doit indiquer les bases de la liquidation* ».

Les mentions indispensables sont les suivantes :

- la désignation de la collectivité territoriale créancière : indication nécessaire tant vis-à-vis du comptable public local qui est chargé du recouvrement, que du redevable de la collectivité qui doit être en mesure d'identifier son créancier ;
- l'indication précise de la nature de la créance et son imputation budgétaire ou comptable : éléments indissociables, le compte budgétaire affecté étant fonction de la nature de la créance ;
- la référence aux textes, ou fait générateur, sur lesquels l'existence de la créance est fondée ;

instruction n° 11-008-M0 du 21 mars 2011), relative au recouvrement des recettes des collectivités territoriales et établissements publics locaux et à la forme et au contenu des titres de recettes.

²² Le texte reprend les dispositions de l'article 81 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique, aujourd'hui abrogé.

²³ v. A. Taillefait, Jurisclasseur Administratif, « Fasc. 114-10 : RECOUVREMENT DES CRÉANCES PUBLIQUES ORDINAIRES », § 20 et s.

- les bases de la liquidation de la créance : précisions indispensables au débiteur pour le cas où il aurait à faire valoir ses droits.

Le titre doit donc **identifier le débiteur avec suffisamment de précision et d'indiquer les bases de la liquidation** ([CE, 20 mars 1981, n° 15680, publié au recueil Lebon](#) : « *Considérant que l'état exécutoire attaqué, qui n'avait pas à être autrement motivé, indique les modalités de calcul de la dette du requérant et les différents éléments de cette dette* » ; [CE, 23 novembre 1984, n° 36686](#)).

A ces conditions, sa régularité ne peut être remise en cause :

Selon une jurisprudence constante, prise en application du texte précité, une collectivité territoriale doit indiquer, **soit dans le titre lui-même, soit par référence à un document joint à l'état exécutoire ou précédemment adressé au débiteur, les bases et les éléments de calcul sur lesquels elle se fonde** pour mettre les sommes en cause à la charge du redevable. Il a en effet été jugé qu'une cour d'appel avait retenu à bon droit que le titre exécutoire émis par une commune n'était pas régulier, dès lors qu'il n'indiquait pas les bases de la liquidation de la taxe communale en cause et ne comportait **ni document joint, ni référence explicite** à un document précédemment adressé au débiteur (Com., 9 oct. 2007, n° 06-12.36).

Est ainsi admis que les bases de liquidation ne soient pas reprise dans le titre, lorsqu'elles figurent dans un document **préalablement adressé au débiteur**. Mais encore faut-il que l'état exécutoire fasse référence au document antérieurement adressé, et, bien sûr, que ce document comporte des indications suffisamment précises et que les bases de liquidation soient restées inchangées ([CE, 11 janvier 2006, ONIFLHOR, T. p. 722](#)²⁴).

Le Conseil d'Etat a jugé que « *la seule référence dans un titre de perception à l'intitulé d'un litige et d'une décision administrative ne peut constituer l'indication des bases de liquidation d'une créance au sens de l'article 81 du décret du 29 décembre 1962 précité, si aucun document explicitant le contenu de ces mentions n'est joint à ce titre ou n'a été porté antérieurement à la connaissance du débiteur* » (CE, arrêt du 25 septembre 2009, M. Torre, n° 301909).

- Com., 1er juin 2010, n° 09-67.502 : « *Un état exécutoire est régulier, dès lors qu'il indique les bases de liquidation de la dette ainsi que les éléments de calcul sur lesquels il se fonde pour mettre les sommes en cause à la charge du redevable* », notre chambre a jugé qu'une cour d'appel avait légalement justifié sa décision de déclarer réguliers des titres exécutoires, dès lors que chaque titre comportait l'indication de la nature de la créance, la période, les textes en application desquels il a été pris, la base de la liquidation, l'imputation budgétaire ainsi que le montant de

²⁴ Dans ses conclusions sous cet arrêt, **Emmanuel Glaser** justifiait que si, par exception au principe de la motivation des titres exécutoires, qui reste un principe essentiel pour assurer le respect du contradictoire, on peut admettre que le titre soit motivé par référence à un document clairement identifié auquel il renvoie et qui est lui-même suffisamment motivé, il ne faut pas demander au redevable de reconstituer à partir des courriers successifs adressés par l'administration sur une période parfois longue la motivation exacte des sommes réclamées.

la somme à recouvrer, la désignation du débiteur et la date à laquelle il a été émis et rendu exécutoire par l'ordonnateur, et que ces indications avaient fourni à la société en cause tous les renseignements nécessaires à l'exercice de ses droits, de sorte que celle-ci ne justifiait d'aucun grief au soutien de sa demande de nullité des titres exécutoires. »

L'indication par l'ordre de recette des bases de la liquidation, directement ou par référence, est donc **une formalité substantielle** dont l'absence l'entache d'irrégularité:

- [CE, 12 nov. 1975, n° 94013, Robin](#), Rec. 1975, p. 937 ; [CE, 23 nov. 1984, Gilanton : Lebon T., p. 477](#) ; [CE, 15 mai 1995, n° 132928, Assistance publique Paris](#) ; [CE, 30 juin 1997, n° 152788, Dominique](#) ; [CE, 15 juin 2001, n° 210315, Courbois](#).

- [CE, 4 août 2006, M. Keryel, n° 263299](#) : « *Tout titre de perception doit indiquer les bases de liquidation de la créance pour le recouvrement de laquelle il a été émis, à moins que ces bases n'aient été préalablement portées à la connaissance du débiteur.* »

S'inscrivant dans la lignée de cette jurisprudence, la chambre commerciale a jugé que prive sa décision de base légale au regard de l'article 81, alinéa 1, du décret du 29 décembre 1962 la cour d'appel qui rejette la demande d'une société tendant à faire annuler des états exécutoires émis par le maire d'une commune, **sans constater que celui-ci a indiqué, soit dans le titre lui-même, soit par référence expresse à un document joint à l'état exécutoire ou précédemment adressé au débiteur**, les bases et les éléments de calcul sur lesquels il se fonde pour mettre les sommes en cause à la charge du redevable (Com., 16 déc. 2008, n° 07-20.939, Bull. N° 21, publié).

En revanche, dans l'hypothèse d'un titre renvoyant à un tarif fixé par une délibération non annexée au titre, il a été jugé que l'intéressé *n'« avait pas été mis en mesure de connaître les bases de la liquidation »*, de sorte que les titres étaient irréguliers (Com., 16 fév. 2016, n° 15-13.40 ; Com., 5 juill. 2016, n° 15-17.087).

- v. encore : Com., 30 août 2023, n° 21-15.45 : « *Aux termes de l'article 24, alinéa 2, du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, toute créance liquidée faisant l'objet d'une déclaration ou d'un ordre de recouvrer indique les bases de la liquidation.*

Il en résulte que tout état exécutoire doit indiquer les bases de la liquidation de la créance pour le recouvrement de laquelle il est émis et les éléments de calcul sur lesquels il se fonde, soit dans le titre lui-même, soit par référence expresse à un document joint à l'état exécutoire ou précédemment adressé au débiteur.

Le jugement constate que le titre de recettes litigieux n° 1387 du 31 juillet 2017, émis pour un montant de 2 427,76 euros, ne mentionne pas la délibération prise pour fixer le tarif de la redevance afférente à l'année 2017.

En l'état de ces constatations, et dès lors qu'il n'est pas contesté que le titre de recettes litigieux n'indiquait pas lui-même les bases de la liquidation et les éléments

de calcul de la redevance réclamée, le tribunal, qui n'avait pas à procéder à la recherche invoquée à la seconde branche, inopérante dès lors qu'il n'était pas démontré par la métropole [Localité 7] Normandie qu'un document mentionnant les bases de la liquidation avait été adressé à la redevable préalablement à l'émission du titre, a jugé à bon droit que, l'association [8] n'ayant pas été mise en mesure de connaître les bases de la liquidation, le titre de recettes litigieux était irrégulier et qu'il y avait lieu de condamner la métropole [Localité 7] Normandie à restituer à cette association la somme de 2 427,76 euros versée à tort. »

En revanche, dans l'hypothèse où, à défaut d'indiquer lui-même les bases de la liquidation, le titre exécutoire litigieux fait référence à des documents ou éléments dont il est établi que ceux-ci ont déjà été portés à la connaissance du débiteur, c'est sans violer les dispositions de l'article 81, alinéa 1^{er}, du décret du 29 décembre 1962 que les juges du fond en déduisent que le titre exécutoire est régulier (Com., 21 mars 2018, n° 16-20.03).

5.5 - Principe de non-rétroactivité des actes administratifs et tempéraments :

La non-rétroactivité des actes administratifs est un principe général du droit, qui est le pendant de l'article 2 du code civil selon lequel la loi « *ne dispose que pour l'avenir* » et « *n'a point d'effet rétroactif* ». Ce principe s'applique aux décisions tarifaires et c'est d'ailleurs au sujet d'un arrêté fixant le prix de vente de l'électricité que la décision Société du journal « L'Aurore » a été rendue.

Mme de BARMON, dans ses conclusions sous [l'arrêt Mme Simone Ancling et autres du 28 avril 2014, n° 357090](#), résume ainsi l'état de la jurisprudence administrative sur cette épineuse question :

« Le principe de non rétroactivité des actes réglementaires, dégagé précisément à propos de la fixation des tarifs d'électricité par votre [décision d'Assemblée du 25 juin 1948, Sté du Journal L'aurore \(rec. p. 289, GAJA, 18e éd. n° 60\)](#), en demeure une pierre angulaire.

La fixation rétroactive de tarifs de services publics reste, par principe, illégale, et vous n'hésitez pas à appliquer cette règle avec une certaine rigueur. Vous avez par exemple jugé qu'une délibération modifiant en cours d'année le tarif des redevances d'eau potable applicable à cette année était affectée en sa totalité d'une rétroactivité illégale ([Commune de Poggio-Mezzana, 18 mars 1988, n° 67695, T. p. 605](#)) ou encore censuré des délibérations fixant le tarif de l'eau devant s'appliquer à compter du prochain relevé des compteurs, dès lors qu'elles se seraient appliquées à des consommations d'eau effectuées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle tarification ([Commune de Rai, 11 juin 1993, n° 112810, T. p. 592](#)). »

S'agissant des tempéraments admis par la jurisprudence administrative au principe de non-rétroactivité, il est jugé qu'un acte réglementaire peut et même doit disposer pour le passé lorsque sa rétroactivité est la seule manière de régulariser a posteriori une situation illégale résultant d'un vide juridique.

Ainsi, en l'absence de toute mesure antérieure fixant le prix réglementé d'un service ou les paramètres de calcul de la rémunération d'un agent public, l'autorité réglementaire est tenue de conférer une portée rétroactive à ses actes (CE du 11 janvier 1952, Lesueur et autres, n° 2601, p. 29 ; [CE, 8 mars 1967, Caisse régionale de sécurité sociale de Paris, n° 66363, p. 108](#), et [CE, 7 février 1979, Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques, n° 08003](#), rec. p. 41).

Précisément **sur les délibérations fixant le tarif d'un service**, tel que la fourniture d'eau potable, il est admis que des règlements relatifs à la fixation de tarifs ou de cotisations s'appliquent rétroactivement **à une période pour laquelle la réglementation n'était pas inexistante, mais l'est devenue à la suite d'une annulation par le juge administratif** ([CE 19 avril 2000, Commune de la Bresse, n° 157920](#) ; [CE, 9 avril 2004, M. Escurat, n° 252988](#) ; [CE, 19 mars 2010, Syndicat des compagnies aériennes autonomes \(SCARA\), n° 305047, T. p. 622](#)).

Dans cette hypothèse, l'atteinte au principe de non-rétroactivité est justifiée par **l'obligation d'assurer la continuité du service délivré en contrepartie**, impératif incompatible avec la persistance d'un vide juridique. Celui-ci peut résulter soit de l'omission d'adopter les mesures réglementaires requises ou de leur annulation pour excès de pouvoir.

Et dans ce dernier cas, dès lors que l'acte annulé pour excès de pouvoir est réputé n'avoir jamais abrogé les dispositions antérieures qu'il remplaçait, **la fixation rétroactive des tarifs est refusée lorsque le tarif en vigueur immédiatement avant le tarif annulé peut recevoir une application prolongée pendant la période concernée par l'annulation**. Elle n'est admise que lorsque la réglementation tarifaire antérieure avait été adoptée pour une période précise déjà arrivée à son terme, par exemple pour une seule année, l'annulation de la délibération établissant le prix de l'eau n'ayant alors pas pour effet de faire revivre les tarifs de l'année précédente, devenus caducs, ce qui justifie que l'autorité compétente fixe rétroactivement le montant de la redevance.

- CE [28 avril 2014, Mme Simone Ancling et autres, n° 357090](#).: « *Considérant, toutefois, qu'en égard à la nature et à l'objet des redevances pour service rendu, qui constituent la rémunération des prestations fournies aux usagers, cette déclaration d'illégalité ne saurait avoir pour effet de décharger les usagers ayant ainsi contesté les montants de redevance mis à leur charge de toute obligation de payer une redevance en contrepartie du service dont ils ont effectivement bénéficié ; que, dès lors, le syndicat intercommunal a pu légalement, pour régulariser les situations nées de ces litiges, adopter une délibération fixant de manière rétroactive, dans le respect des motifs constituant le support nécessaire du jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 10 novembre 2005, le tarif de l'eau devant être appliqué, pour les périodes de consommation litigieuses, aux usagers ayant bénéficié du service et contesté, par la voie contentieuse, les montants de redevance mis à leur charge en raison de l'illégalité des délibérations fixant le tarif de l'eau.* »

Il est à noter qu'en l'absence de déclaration d'illégalité ou d'annulation d'une première délibération fixant le tarif, le caractère rétroactif d'une seconde délibération prise pour augmenter la facturation n'a pas été admis par la jurisprudence administrative:

- [CE 11 juillet 2019, EARL PLAINE DE VAUCOULEURS](#), n°422577 : « Les règlements ne peuvent, en principe, légalement disposer que pour l'avenir. Il en résulte que, **en l'absence de disposition législative l'y autorisant, et réserve faite des cas dans lesquels l'intervention rétroactive d'une délibération est nécessaire à titre de régularisation pour remédier à une illégalité et mettre à la charge des usagers une obligation de payer en contrepartie du service dont ils ont bénéficié**, une délibération qui majore le tarif d'une redevance pour service rendu ne peut légalement prévoir son application avant la date de son entrée en vigueur. Par suite, si une délibération de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales modifie les tarifs de la redevance d'enlèvement des ordures ménagères en prévoyant une date d'entrée en vigueur rétroactive, cette délibération est entachée d'illégalité, mais seulement dans la mesure où la délibération a pour objet d'augmenter le montant de la redevance pour une période antérieure à la date de son entrée en vigueur : »

Dans ses conclusions sous cet arrêt, C. Cytermann expliquait : « Lorsque l'administration laisse passer le temps qui lui est imparti pour prendre une décision, elle perd sa compétence *ratione temporis* et ne peut la retrouver. **Si un tarif n'a pas été fixé à temps pour une période donnée, il ne pourra jamais l'être sauf à abandonner l'exigence de non-rétroactivité.** (...). Dire que la rétroactivité est légale, c'est dire qu'il est loisible aux collectivités publiques d'adopter des décisions tarifaires rétroactives. Et si le tribunal a entendu cantonner sa solution aux décisions adoptées en cours d'année, nous ne voyons pas comment ce cantonnement pourrait tenir. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, la rétroactivité d'une délibération intervenant avec trois ans de retard devrait être admise, en vertu de l'effet combiné de l'exigence de paiement d'un tarif et de l'impossibilité de régulariser le vice lié à la rétroactivité. En pratique, les collectivités territoriales et leurs groupements seraient sans doute incités à tirer parti de ces possibilités de prendre plus tard leur décision, puisque cela leur permettrait de fixer le niveau du tarif en fonction de données déjà connues au cours de l'année d'exécution au lieu de simples prévisions. »

Au cas présent, le mémoire ampliatif critique les motifs par lesquels l'arrêt a écarté la critique tenant à l'absence de référence dans les titres de recettes à la délibération fixant le tarif de l'eau facturée (1^{ère} branche), et reproche un défaut de réponse à conclusions sur la critique du caractère disproportionnée des quantités facturées (2^{ème} branche).

Est également dénoncée une violation des dispositions de L. 2124-12-1 du code général des collectivités territoriales (3^{ème} branche) qui, selon le demandeur au pourvoi, n'étaient pas applicables. Au titre de griefs disciplinaires (4^{ème} à 7^{ème} branches), plusieurs griefs disciplinaires reprochent à l'arrêt une motivation insuffisante, notamment sur la question du caractère rétroactif de la délibération fixant le tarif (5^{ème} et 6^{ème} branches), outre une dénaturation d'une pièce produite (8^{ème} branche).

Le mémoire en défense oppose que les bases de liquidation étaient parfaitement connues de la commune d'[Localité 1], et que l'arrêt est suffisamment motivé concernant l'absence de facturation disproportionnée et l'absence d'incidence de la méconnaissance alléguée de l'article L. 2124-12-1 du code général des collectivités territoriales. Il est soutenu que la rétroactivité était admise en ce cas dès lors qu'il

s'agissait d'assurer la continuité du service public. Il fait valoir, enfin, que les deux derniers griefs sont inopérants pour critiquer des motifs surabondants qui ne sont pas le support nécessaire des chefs de dispositif attaqués.

A la lumière de ces derniers éléments, il convient de rappeler que, conformément au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires posé par l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, **le juge administratif est seul compétent pour statuer sur toute contestation de la légalité de décisions prises par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique**, soulevée à l'occasion d'un litige relevant à titre principal de l'autorité judiciaire (TC, 16 juin 1923, Septfonds, n° 0732, Rec. p. 498).

Il n'en va autrement que « **lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal.** » ([TC, 17 octobre 2011, SCEA du Chéneau, no 3828, Lebon 698](#) ; voir également, dans le même sens : [TC, 12 décembre 2011, Société Green Yellow, n° 3841](#)). Se référant à l'exigence de bonne administration de la justice et aux principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions, le Tribunal des conflits a jugé que, « *si, en cas de contestation sérieuse portant sur la légalité d'un acte administratif, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle de la légalité de cet acte soit tranchée par la juridiction administrative, il en va autrement lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal.* ».

Ainsi, le juge judiciaire peut accueillir la contestation et écarter l'application d'un acte administratif manifestement illégal en s'appuyant sur une jurisprudence établie du juge administratif, laquelle ne paraît pouvoir émaner que du Conseil d'Etat (voir, par exemple, en ce sens : [TC, 16 juin 2014, n° C3953, Bull. 2014](#) ; [2^e Civ., 7 avr. 2016, n° 15-12.371, Bull. N° 10, publié](#) ; [1^{re} Civ., 26 avr. 2017, n° 16-10.50](#)).

Il lui incombe, alors, de « *rechercher, même d'office, s'il était manifeste, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation de la légalité de l'acte administratif en cause pouvait être accueillie par le juge judiciaire, saisi au principal, sans qu'il soit besoin de renvoyer au juge administratif pour statuer sur cette contestation par voie de question préjudicielle* » ([1^{re} Civ., 9 déc. 2015, n° 14-16.548, Bull. n° 31](#)).

Ces **solutions jurisprudentielles sont désormais fixées à l'article 49 du code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n° 2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles**, qui prévoit, en son second alinéa, que, « *lorsque la solution d'un litige dépend d'une question soulevant une difficulté sérieuse et relevant de la compétence de la juridiction administrative, la juridiction judiciaire initialement saisie la transmet à la juridiction administrative compétente en application du titre Ier du livre III du code de justice administrative. Elle sursoit à statuer jusqu'à la décision sur la question préjudicielle* ».

Il s'ensuit **qu'en cas de contestation sérieuse de la légalité d'un acte administratif**, le juge judiciaire doit, sauf jurisprudence établie permettant d'accueillir

la contestation de la légalité d'un acte administratif, renvoyer l'examen de cette question à la juridiction administrative (voir, par exemple, en ce sens : [1^{re} Civ.](#), 16 janv. 2013, n° 11-28.080; [1^{re} Civ.](#), 9 avr. 2014, n° 13-15.608, Bull. N° 66 ; [1^{re} Civ.](#), 21 mars 2018, n° 17-16.081²⁵).

Il a été jugé, sur le fondement de ces principes, que le juge judiciaire ne pouvait porter une appréciation ni sur la validité d'une décision administrative (voir, par exemple, en ce sens : (3^e Civ., 9 mars 1982, n° 80-16.516, publié ; 3^e Civ., 7 janv. 2009, n° 07-19.090), ni sur son caractère exécutoire (voir, par exemple, s'agissant du caractère exécutoire d'un arrêté préfectoral portant obligation de quitter le territoire : [1^{re} Civ.](#), 12 juin 2013, n° 12-30.135; [1^{re} Civ.](#), 25 mai 2016, n° 15-18.604).

Plus spécifiquement, il a été jugé que la juridiction judiciaire n'avait pas compétence pour apprécier la légalité d'une délibération fixant la redevance d'assainissement des eaux ([1^{re} Civ.](#), 22 oct. 2002, n° 00-15.997, Bull. N° 23, publié ; [1^{re} Civ.](#), 6 avr. 2011, n° 10-30.44) ou instituant la redevance d'enlèvement des ordures ménagères ([1^{re} Civ.](#), 14 déc. 2004, n° 03-10.058, Bull. N° 32, publié), sauf si la contestation élevée sur le service rendu n'impliquait pas de porter une appréciation sur la légalité d'une décision administrative ([1^{re} Civ.](#), 14 déc. 2005, n° 04-20.309, Bull. N° 50).

Réciproquement, le Conseil d'Etat admet la compétence de la juridiction administrative, saisie par voie d'action ou par voie préjudicielle, pour statuer sur la légalité d'une délibération du conseil municipal fixant les tarifs de l'eau et de l'assainissement :

- [CE, 19 avril 2000, n° 157920, Commune de la Bresse.](#)
- [CE, 30 décembre 2002, n° 241240, Commune de Quaix-en-Chartreuse, A.](#)

Un auteur définit une difficulté sérieuse comme celle qui est **de nature « à faire naître un doute dans un esprit éclairé²⁶ »**.

²⁵ « Attendu que, pour constater l'illégalité des délibérations litigieuses et condamner la commune au paiement de dommages-intérêts, l'arrêt retient qu'il n'existe aucune contestation sérieuse sur l'obligation qu'avait cette dernière de se mettre en conformité, à compter du 27 novembre 2007, avec le principe de la tarification comportant un terme proportionnel au volume réellement consommé, pas plus que sur l'irrégularité de ces délibérations qui, au mépris de l'arrêté du 16 novembre 2006, ont maintenu une tarification forfaitaire ; Qu'en statuant ainsi, par une analyse révélant le caractère sérieux de la difficulté soulevée, de sorte qu'il lui incombait de rechercher, même d'office, s'il était manifeste, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation de la légalité des actes administratifs en cause pouvait être accueillie par le juge judiciaire, saisi au principal, sans qu'il soit besoin de renvoyer au juge administratif pour statuer sur cette contestation par voie de question préjudicielle, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé les textes susvisés. »

²⁶ V. Laferrière, « *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux* », t. 1, 2^{ème} éd., p 498.

La cour de cassation exerce **un contrôle lourd sur l'existence d'une contestation sérieuse** nécessitant la saisine du juge administratif. Est ainsi sanctionné le juge qui se prononce sur la légalité d'un acte administratif alors que celle-ci, en l'absence de toute jurisprudence établie, soulevait une difficulté sérieuse que seul le juge administratif pouvait trancher :

- 1^{re} Civ., 24 mars 2021, n° 20-13.346, préc.

- 1^{re} Civ., 31 mai 2005, n° 03-20.624 : « *Qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, qu'en l'absence de contestation sur la propriété de la parcelle n° 140, le litige ne portait que sur la qualification de dépendance du domaine public ferroviaire de ce terrain, alors, d'autre part, que le recours à une expertise pour déterminer cette qualification révélait l'existence d'une contestation sérieuse, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé le texte susvisé .* »

- 1^{re} Civ., 23 janv. 2007, n° 05-19.449, Bull. N° 39, publié

- 3^e Civ., 3 mai 2007, n° 06-16.705, Bull. N° 6, publié : « *La cour d'appel qui constate que la partie qui revendique la propriété d'un canal , situé dans un département d'Outre-mer, n'apporte aucun élément sur la validation, prévue par le décret n° 48-633 du 31 mars 1948 intégré sous la forme de l'article L. 90 du code du domaine de l'Etat, de ses titres de propriété sur ce canal , en déduit, à **bon droit**, qu'elle ne peut plus bénéficier de la présomption de propriété et que l'Etat dispose d'un titre par détermination de la loi sur cet ouvrage uni indissociablement aux eaux qu'il canalise.* »

- 1^{re} Civ., 26 sept. 2012, n° 11-19.434 : « *Vu la loi des 16-24 août 1790 ;« Attendu que pour rejeter l'exception d'incompétence des juridictions de l'ordre judiciaire au profit des juridictions administratives soulevée par la société BRL, l'arrêt, après avoir relevé que la région Languedoc-Roussillon a concédé à la société BRL l'exécution des travaux d'aménagement hydraulique en vue de l'irrigation, de la mise en valeur et de la reconversion de la région, ainsi que l'exploitation des ouvrages réalisés à cet effet, et que l'article 2 de la convention de concession stipule que sont considérés comme dépendances immobilières de la concession devant faire retour gratuit au concédant en fin de concession tous les ouvrages construits par la société, mis à disposition ou cédés à celle-ci, utilisés pour l'irrigation et la mise en valeur du périmètre, et notamment les voies d'accès et d'exploitation, énonce que le chemin des cigales, implanté sur une parcelle cadastrale numérotée, est donc de nature privée et qu'au demeurant, aucun élément n'établit que ce chemin appartiendrait au domaine public ; Qu'en se déterminant ainsi, **sans rechercher, comme il lui était demandé, si la question de l'appartenance de la parcelle litigieuse au domaine public ne soulevait pas une difficulté sérieuse** relevant, par voie de question préjudicielle, de la compétence de la juridiction administrative, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.* »

- 1^{re} Civ., 31 janv. 2018, n° 16-27.873, Bull. N° 15 : « *Qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à exclure le caractère sérieux de la difficulté soulevée, tirée de ce que la différence de traitement entre salariés et non-salariés n'était pas fondée sur des critères objectifs et rationnels au regard du but recherché, la cour d'appel a violé les textes susvisés.* »

Enfin, s'il est jugé que lorsque l'incompétence du juge judiciaire au profit du juge administratif n'a pas été invoquée devant les juges du fond, le moyen tiré de l'incompétence de la juridiction judiciaire ou qui soulève une question préjudicielle présenté pour la première fois devant elle est irrecevable (3e Civ., 17 décembre 2015, pourvoi n° 13-23.234 o ; 3e Civ., 7 octobre 2009, pourvoi n° 08-17.709 o ; 1re Civ., 24 mars 1998, pourvoi n° 96-12.593 o ; 1re Civ., 16 octobre 1985, pourvoi n° 84-12.323, Bulletin 1985 I N 264 ; 1^{re} Civ., 29 mars 2017, n° 16-11.277, Bull. N° 84, publié ; 1^{re} Civ., 6 juin 2018, n° 17-20.672, Bull. N° 104, publié), la Cour de cassation conserve toutefois la possibilité de **relever d'office un tel moyen qui est de pur droit** (1^{re} Civ., 4 juillet 2019, pourvoi n° 18-21.147, publié ; **Soc., 24 juin 2003, n° 01-46.917** ; Com., 16 juin 2015, n° 13-24.698 ; 3^e Civ., 17 déc. 2015, n° 13-23.234).

AVIS 1015

Sous ces précisions, les parties sont avisées, **en application de l'article 1015** du code de procédure civile, **que la chambre pourrait envisager de relever d'office le moyen** tiré de ce qu'en application de la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III, il n'appartient qu'à la juridiction administrative de porter une appréciation sur la légalité d'un acte administratif et de ce que, aux termes de l'article 49 du code de procédure civile, lorsque la solution d'un litige dépend d'une question soulevant une difficulté sérieuse et relevant de la compétence de la juridiction administrative, la juridiction judiciaire initialement saisie la transmet à la juridiction administrative compétente en application du titre Ier du livre III du code de justice administrative et elle sursoit à statuer jusqu'à la décision sur la question préjudicielle, de sorte qu'il incombait à la cour d'appel de renvoyer à la juridiction administrative la contestation de la légalité de la délibération du **28 septembre 2017**, relativement à sa portée rétroactive.