

N° 395211

Commune de Bordeaux

Section du contentieux

Séance du 23 septembre 2016

Lecture du 7 octobre 2016

CONCLUSIONS

M. Xavier de LESQUEN, rapporteur public

I. La présente affaire conduit à s'interroger sur le régime de la décision administrative, en l'espèce un permis de construire, délivrée à titre provisoire en exécution d'une ordonnance de référé ayant suspendu l'exécution de la décision de rejet initialement opposée à la demande de l'administré.

II. Les faits sont les suivants : le maire de bordeaux a rejeté, par une décision du 16 octobre 2013, la demande de permis de construire présentée par la société First Invest pour une maison et un garage, au motif que le projet méconnaissait deux règles d'urbanisme. Le pétitionnaire a attaqué ce rejet et formé un référé suspension. Le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux a, par une ordonnance du 7 mars 2014, suspendu la décision et enjoint au maire d'instruire à nouveau la demande et de statuer dans un délai d'un mois à compter de la notification de l'ordonnance. Il a plus tard rejeté la demande de la commune, présenté en application de l'article L. 521-4 du code des juridictions administratives, tendant à ce qui soit mis fin à la suspension, par une ordonnance du 12 juin 2014, complétée par une ordonnance du 2 juillet 2014 enjoignant de nouveau un réexamen dans un délai d'un mois.

S'exécutant, le maire a délivré le 28 juillet 2014 le permis de construire demandé. Le pourvoi en cassation de la commune formé contre l'ordonnance de référé n'a pas été admis.

La société s'est plus tard désistée de son recours en annulation ce qui a conduit le tribunal à prendre une ordonnance de désistement du 5 août 2015. Le maire, tirant les conséquences de l'issue de l'instance au principal, a décidé, par arrêté du 8 octobre 2015, d'abroger le permis de construire délivré en exécution de l'ordonnance du juge des référés.

Cette décision a été attaquée par la société qui a formé un nouveau référé suspension.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Relevant que l'exécution de la décision rendue au principal, c'est à dire l'ordonnance de désistement, n'imposait pas que soit pris l'arrêté d'abrogation du permis délivré à titre provisoire et par ailleurs que cet arrêté ne fait état d'aucune illégalité dont serait entaché le permis provisoire, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 424-5 du code de l'urbanisme qui définit le régime particulier de retrait du permis de construire, le juge des référés du tribunal a estimé que dans ces conditions, le moyen tiré de ce que le maire ne pouvait procéder à l'abrogation du permis provisoire était propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de cette décision. Ayant par ailleurs admis l'urgence, il a fait droit à la demande de suspension par l'ordonnance du 26 novembre 2015 attaquée devant vous.

La commune se pourvoit en cassation.

Elle soutient que le raisonnement du juge des référés est entaché d'une erreur de droit dans les conséquences tirées de l'issue de l'instance au principal concernant le rejet initialement opposé à la demande de permis.

Cette erreur doit être manifeste eu égard à la nature de son office (cf. Sect., 29 nov. 2002, Communauté d'agglomération de Saint-Etienne métropole, 244727, au Rec. sur ce point) mais le renvoi de l'affaire devant votre formation permet que l'on ait une conception extensive de cette dernière notion, car la question qui est soulevée, à travers les effets du désistement, est celle du régime de la décision provisoire prise en exécution de l'ordonnance de référé suspension.

III. Quelle est la nature de la décision que l'autorité administrative prend en exécution de l'ordonnance du juge des référés ?

Le point de départ de la question réside dans la faculté reconnue au juge de suspendre une décision administrative négative, par exemple le rejet opposé à la demande d'un administré, car en cas de décision positive, notamment celle qui fait droit à la demande, la suspension de son exécution suffit à donner à l'action en référé sa portée utile.

Il est utile de rappeler que le Conseil d'État a longtemps refusé que soit ordonné le sursis à exécution d'une décision si celle-ci n'avait pas un caractère exécutoire. Le principe résultait de la décision d'Assemblée A... du 23 janvier 1970 (n° 77861, au Rec.), qui précisait que tel était le cas d'une décision de rejet, sauf lorsque le maintien de cette décision aurait entraîné une modification dans une situation de droit ou de fait telle qu'elle existait antérieurement, visant ainsi le cas où le refus de l'administration met fin à une situation que l'administré entendait faire perdurer par sa demande.

Il ne s'agit pas de prendre le mot « exécutoire » au sens juridique : la décision négative est tout aussi exécutoire que la décision positive, en ce sens qu'elle s'impose à son destinataire. Le refus de permis est ainsi juridiquement exécutoire : il fait obstacle à la réalisation des travaux. Mais la

2

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

jurisprudence A... du 23 janvier 1970 (n° 77861, au Rec.), entendait plutôt confiner le mécanisme de la suspension – ou du sursis à exécution pour en rester au régime alors applicable – aux actes administratifs qui emportaient une faculté de faire. Elle reposait donc sur une conception matérielle de l'exécution.

La justification de la solution résidait dans l'interdiction alors générale que le juge administratif s'imposait d'adresser des injonctions à l'administration. Le juge pouvait paralyser l'exécution matérielle d'une décision administrative, mais non imposer à l'administration de prendre une décision dans un sens déterminé. La suspension de l'acte non matériellement exécutoire apparaissait alors platonique, donc inutile. Or, vous le savez, l'utilité était déjà la raison d'être du sursis à exécution.

IV. Cette conception des pouvoirs du juge administratif a été bouleversée par votre décision de section O... du 20 décembre 2000 (n°206745, au Rec.). Étaient entre-temps intervenues la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative qui, après le premier jalon que constituait la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution du jugement par les personnes morales de droit public, a donné au juge administratif de droit commun un pouvoir d'injonction préventive, limité et accessoire au contentieux de l'annulation ; et la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, dont l'entrée en vigueur intervenait quelques jours après la décision de section, qui a créé le référé suspension de l'article L. 521-1 du code des juridiction administratives, ouvert contre les décisions administratives « même de rejet ».

La décision O... du 20 décembre 2000 (n°206745, au Rec.), ouvre la voie du sursis à exécution contre les décisions administratives rejetant une demande, et précise que le juge peut assortir le prononcé du sursis de l'indication des obligations qui en découleront pour l'administration et qui pourront consister à réexaminer la demande dans un délai déterminé ou, le cas échéant, à prendre toute mesure conservatoire utile.

Voilà donc le point dont il faut partir pour examiner la question qui vous est soumise.

V. La nature de la décision prise par l'administration en application de l'ordonnance ordonnant que soient prises des mesures déterminées est assez simple à cerner : le pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative est entièrement lié par l'ordonnance du juge des référés. Et la décision qu'elle prend a un caractère provisoire, comme a pris le soin de préciser votre décision de Section P... et L... du 28 février 2001 prise en référé (n° 230112, au Rec. et aux cc. de Didier Chauvaux).

Le juge des référés méconnaît son office si la mesure ordonnée n'est pas de caractère provisoire : voyez votre récente décision Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social c/ Syndicat départemental CGT des agents Direccte 76 et autre du 23 octobre 2015 (n° 386649, aux T.).

A supposer qu'elle le soit, il faut encore que la mesure se déduise nécessairement du vice de légalité qui a justifié la suspension de l'acte attaqué. L'usage du pouvoir d'injonction dépend donc de la nature des moyens retenus par le juge des référés pour prononcer la suspension. Et alors même qu'ils affectent la légalité interne de la décision de rejet, le juge des référés tiendra compte du nombre de conditions légales qui conditionnent le sort réservé à la demande. Car dans le cas de législations touffues, tel l'urbanisme, le juge ne peut présumer que des motifs nouveaux, non invoqués par l'administration dans sa décision de rejet ou devant le juge des référés au bénéfice de votre jurisprudence Hallal (sur la possibilité de demander la substitution de motifs devant le juge des référés suspension : 15 mars 2004, Commune de Villasavary, n° 261130, A.), continueraient à faire obstacle à ce qu'il soit fait droit à la demande de l'administré.

VI. C'est pourquoi, dans la plupart des cas, le juge se contentera d'ordonner le réexamen de la demande. Mais il convient alors de préciser dans quelle mesure l'ordonnance de suspension affecte le pouvoir d'appréciation dont dispose l'administration. Et c'est là la première difficulté importante.

Deux approches sont en théorie possibles.

1. Nous qualifierons la première de quasi-platonique. Elle consiste à donner à l'ordonnance de suspension une portée qui s'en tient strictement aux motifs qui la fondent, et donc à l'existence en l'état de l'instruction d'un doute sérieux quant à la légalité de la décision administrative attaquée. Et d'en déduire que l'autorité attachée à l'ordonnance ne fait pas radicalement obstacle à ce que l'autorité administrative prenne une nouvelle décision de refus qui s'appuie sur les mêmes motifs que ceux qui ont fondé la décision dont l'exécution a été suspendue, alors même que les moyens retenus par le juge des référés comme propres à créer un doute sérieux portent sur ces motifs.

S'appuyant sur le fait que le doute sérieux n'est pas certitude, cette approche revient à maintenir au bénéfice de l'administration une marge de liberté dans le réexamen de la demande, susceptible d'aboutir à la même décision par les mêmes motifs. La suspension de l'exécution d'une décision négative n'en est pas privée de tout intérêt : l'autorité administrative, éclairée par les débats devant le juge des référés et alertée du risque d'annulation, est incitée à reconsidérer sa position. Par ailleurs, la suspension entraîne une accélération du traitement de l'affaire au principal, sur laquelle il est statué dans les meilleurs délais en vertu du second alinéa de l'article L. 521-1.

Pour résumer, on pourrait envisager d'imposer à l'autorité administrative de prendre en considération les motifs de l'ordonnance de suspension, et donc les moyens que le juge des

référés a retenu comme propres à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision de rejet, sans que son appréciation soit liée.

2. La seconde approche est celle de la pleine autorité de chose décidée.

Elle repose sur l'idée que, contrairement à ce qui vient d'être dit, sauf circonstances nouvelles, et tant que dure la suspension, l'administration ne peut justifier un nouveau refus par les mêmes motifs que ceux sur lesquels ont porté les moyens retenus par le juge des référés.

L'autorité obligatoire de l'ordonnance du juge des référés, et même sa force obligatoire dès lors qu'elle n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution, est alors similaire, du point de vue de son exécution par l'administration, à celle attachée à un jugement d'annulation rendu au principal, qui fait obstacle à ce que la décision soit fondée sur les motifs censurés par le juge (voyez Assemblée, 4 janvier 1952, Sieur Lhomme, au Rec. p. 15).

Il ne s'agirait certainement pas de dire que l'ordonnance a l'autorité de chose jugée. Cette dernière s'impose tant à l'administration qu'au juge lui-même, et entraîne des conséquences qui vont au-delà de l'exécution : voyez par exemple pour le champ des lois de validation, votre décision Commune de Colmar du 11 décembre 2015 (n° 383625, au Rec.). Mais en pratique, le pouvoir d'appréciation dont disposerait l'autorité administrative pour procéder au réexamen de la demande serait identique, qu'elle exécute une décision du juge des référés ou du juge au principal. En un mot, autorité de chose décidée et autorité de chose jugée emporteraient les mêmes obligations d'exécution.

VII. Voilà donc la première alternative qu'il faut trancher, car de la solution retenue découle la nature de la décision administrative prise à l'issue du réexamen.

Trois éléments pèsent en faveur de la seconde approche.

1. D'un point de vue conceptuel, c'est l'approche de la pleine force de chose décidée qui est sous-tendue par la décision O... du 20 décembre 2000 (n°206745, au Rec.), lorsqu'elle permet que le juge du sursis ordonne, le cas échéant, les mesures conservatoires utiles. Cela revient en effet à permettre au juge de tirer toutes les conséquences du doute sérieux. L'équilibre de la voie de droit tient alors au caractère provisoire de ces mesures, qui permet à l'administration de revenir sur sa décision une fois que le juge administratif est passé du doute sérieux à la certitude juridictionnelle.

La décision de Section P... et L... du 28 février 2001 prise en référé (n° 230112, au Rec. et aux cc. de Didier Chauvaux), procède de même dans le cas du référé suspension de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, en passant directement de la suspension à l'injonction, dans les circonstances de l'espèce, de délivrer aux requérants l'autorisation en litige, à titre provisoire.

2. C'est cette même conception de l'autorité de chose décidée que votre jurisprudence a adoptée dans le cas où, après suspension par le juge de l'exécution d'un acte administratif que l'on peut qualifier de « positif », l'autorité administrative a repris un acte à l'identique.

C'est déjà la solution que vous aviez retenue sous l'empire de l'ancien sursis à exécution. Voyez la décision du 11 décembre 1991, Association Fouras Environnement Ecologie (ASFEE) (n° 125745, aux T.), dans le cas de la reprise à l'identique d'un permis de construire dont le tribunal administratif avait ordonné le sursis à exécution.

Solution confirmée et développée par votre décision de Section Association "Convention vie et nature pour une écologie radicale" et autre du 5 novembre 2003 (n° 259339, au Rec.), qui statue sur la légalité d'un arrêté fixant les dates d'ouverture de la chasse aux oiseaux de passage et au gibier d'eau. Après avoir rappelé que si, eu égard à leur caractère provisoire, les décisions du juge des référés n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée, et qu'elles sont néanmoins, conformément au principe rappelé à l'article L. 11 du code de justice administrative, exécutoires et, en vertu de l'autorité qui s'attache aux décisions de justice, obligatoires, vous avez déduit de ces principes que « lorsque le juge des référés a prononcé la suspension d'une décision administrative et qu'il n'a pas été mis fin à cette suspension - soit, par l'aboutissement d'une voie de recours, soit dans les conditions prévues à l'article L. 521-4 du code de justice administrative, soit par l'intervention d'une décision au fond - l'administration ne saurait légalement reprendre une même décision sans qu'il ait été remédié au vice que le juge des référés avait pris en considération pour prononcer la suspension ».

C'est dire très clairement que l'autorité administrative doit se soumettre, provisoirement, à l'ordonnance du juge des référés, dans la mesure des vices « pris en considération » par ce dernier. La formule « pris en considération » concerne l'office du juge des référés : elle renvoie au doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée, en l'état de l'instruction. Mais la souplesse qu'elle offre ne profite pas à l'auteur de l'acte attaqué : car il ne s'agit pas de dire, comme dans l'approche « quasi platonique », que ce dernier doit prendre en considération la décision du juge des référés. La décision de section de 2003 lui impose de s'y conformer, bien que provisoirement.

Cette solution, intervenue dans le contexte un peu particulier de la police de la chasse, où la passion des débats peut éloigner l'autorité administrative, en l'espèce le ministre, de l'orthodoxie juridique, doit elle être appliquée dans le cas de l'injonction de réexamen assortissant la suspension de l'exécution d'une décision de rejet ? Il nous semble que oui, et cela nous amène au troisième argument en faveur de l'approche dite de la pleine autorité de chose décidée.

3. L'approche « quasi platonique » aurait été envisageable avant les réformes de 1995 et de 2000. Mais la « reconquête par le juge de ses pouvoirs de commandement », pour reprendre la formule du professeur Gaudemet en 1977 (« Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif

», Mélanges Georges Burdeau, LGDJ, 1977, p. 805.), s'est depuis largement accomplie. Les principes posés par la décision de section 2003 sont par ailleurs nets, et il serait peu compréhensible de ne pas les appliquer aux décisions de rejet, pour lesquelles l'utilité de procédure de référé dépend justement des mesures que l'administration est susceptible de prendre.

Ce sont donc les raisons qui nous poussent à vous proposer la seconde approche, ce qui revient à généraliser la solution « Association "Convention vie et nature pour une écologie radicale" et autre ».

VIII. Trois remarques peuvent être faites à ce stade.

1. La condition demeure que la décision que l'administration est susceptible de prendre après réexamen ait un caractère provisoire. Et il convient de préciser expressément ce point, ce que la décision de section de 2003 n'avait pas à faire car elle statuait sur une décision administrative qui n'avait pas de caractère provisoire. Vous pourrez donc préciser que le juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-1 précité, ne peut, sans excéder sa compétence, ordonner un réexamen susceptible de conduire à une décision qui n'aurait pas de caractère provisoire.

2. La force obligatoire de l'ordonnance de référé s'impose, que l'autorité administrative procède au réexamen sur injonction du juge des référés ou saisie par le demandeur en ce sens. Dans tous les cas, sauf changement de circonstances, sont donc « neutralisés » les motifs de rejet visés par les moyens retenus par le juge des référés.

3. On peut craindre que la pleine autorité de chose décidée conduise à une forme de banalisation des décisions provisoires prises en exécution des ordonnances de référé. Il est vrai que l'on s'éloigne des mesures conservatoires mentionnées par la décision Ouatah, qui ont pour objet, pour reprendre la définition qu'en donne René Chapus, de préserver l'avenir.

Mais le critère du « conservatoire » était associé au régime du sursis à l'exécution d'une décision administrative, dont l'une des conditions tenait à l'existence d'un préjudice difficilement réparable. S'y est substitué, sous le régime du référé, le critère du provisoire : voyez 27 juillet 2001, Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ V... (n° 232603, au Rec).

Il ne nous paraît par ailleurs pas qu'il faille exagérer le risque de multiplier les décisions provisoires. Il faut d'abord que la suspension porte sur des décisions de rejet, nous l'avons dit ; Elle suppose par ailleurs que soit satisfaite la condition de l'urgence, dont vous avez une conception concrète et globale, qui prend en compte l'ensemble des intérêts en jeu, dont les intérêts publics. Enfin, la mise en œuvre du pouvoir d'injonction permet au juge des référés, s'il est saisi de conclusions en ce sens ou même d'office (voyez la décision Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ V...), de doser les effets de la suspension qu'il a ordonnée, soit en prescrivant

7

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

des mesures qu'il détermine, soit en ordonnant un réexamen de la demande, soit en ne prononçant aucune injonction, notamment si les mesures susceptibles d'être prises n'ont pas de caractère provisoire.

IX. Nous en venons maintenant au régime de la décision administrative prise en exécution de l'ordonnance de référé.

Vous avez déjà déduit du caractère provisoire de la décision que son existence n'a pas pour effet de priver d'objet le pourvoi de l'administration à l'encontre de l'ordonnance de référé : c'est votre décision Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ T... du 26 novembre 2003 (n° 259120, aux T., aux concl. de Sophie Boissard) qui revient sur la solution retenue par une décision du 30 septembre 2002, Commune de Villejuif (n° 242850, aux T.).

Mais reste à préciser la nature propre de ce « provisoire » dont se déduit le régime particulier de la décision prise par l'administration.

X. Une première approche serait de faire coïncider l'existence de la décision provisoire avec la durée de la suspension. Le provisoire aurait donc la nature du temporaire.

C'est l'orientation que semble retenir la décision Mme B... du 11 août 2005 (n° 281486, aux T.) : elle juge que la décision prise à la suite d'un réexamen ordonné en référé aura, par sa nature même, un caractère provisoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le recours en annulation. Formulation reprise par la décision Commune de Sanary-sur-mer du 13 juillet 2007 (n° 294721, aux T.), dans le cas où l'administration avait opposé non un refus, mais un sursis à statuer sur une demande de permis de construire.

Mais nous ne croyons pas que cette approche doive être prolongée.

Certes, elle a l'avantage de la simplicité : la décision provisoire disparaîtrait automatiquement à la date à laquelle prend fin la suspension, en particulier lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision, comme le précise l'article L. 521-1. En cas d'annulation de la décision de rejet, l'administration serait ressaisie de la demande, et sa décision serait cette fois soumise à l'autorité de la chose jugée au principal. Et il est fort probable qu'elle fasse droit à la demande, sa nouvelle décision prenant en quelque sorte la suite de la décision provisoire. En cas de rejet de la demande en annulation, la décision initiale de l'administration redeviendrait exécutoire.

Vous le voyez, cette solution s'articule assez bien avec la nature des mesures en référé et la procédure administrative. Mais elle n'a que l'apparence de la simplicité. Car elle soulève en réalité des difficultés redoutables :

- de légalité tout d'abord, car il conviendrait de préciser le statut de la décision provisoire, et notamment les droits qu'elle fait naître, et ceux qui peuvent le cas échéant survivre à sa disparition, et on voit bien que ces derniers risquent fort de dépendre de ce qui a été jugé au principal.

- de sécurité juridique ensuite : même en cas de succès contentieux, c'est à dire d'annulation de la décision initiale de rejet, le sort de la demande demeurerait dans les mains de l'administration. Or celle-ci pourrait tarder à statuer ou laisser naître une décision tacite dont le sens dépendra de la nature de la demande. Mais surtout, l'administration, ressaisie de la demande et tenue de procéder à une nouvelle instruction complète, aura la faculté d'opposer un nouveau motif de refus, non couvert par l'autorité de chose jugée. Or ce motif nouveau était au nombre de ceux que l'administration avait déjà la faculté d'opposer à l'occasion du réexamen de la demande qui a abouti à la décision provisoire. Cela reviendrait donc à admettre que l'autorité administrative pourrait revenir sur cette décision, pour des motifs qui relevaient de sa libre appréciation au moment du réexamen de la demande, car non contraints par la force exécutoire attachée à l'ordonnance de suspension, et ceci dans des délais non encadrés.

- la solution altère finalement l'intérêt de la procédure de référé : fragiliser à l'extrême la décision provisoire lui enlève son attrait. Alors qu'au contraire, il paraît opportun de consolider la solution retenue par le juge des référés, sans créer bien sûr de droit ou de situations sur lesquels il ne serait pas possible de revenir.

C'est pourquoi il nous semble qu'il n'est pas possible d'en rester à une approche simplement temporaire de la décision provisoire.

XI. L'alternative consiste à considérer que le provisoire a vocation à durer tant que l'administration ne décide pas d'y mettre fin. En un mot, que la décision provisoire dure tant que l'administration ne la rapporte pas.

Signalons tout de suite que c'est l'approche qui a été retenue pour les décisions, également provisoires, prises en exécution d'une décision rendue au principal et frappée de recours.

Par votre décision M... du 21 janv. 1966 (n° 65193, au Rec.), vous avez en effet jugé que l'autorité administrative a légalement pu rapporter les arrêtés de réintégration d'un agent public pris à la suite de l'intervention du jugement ayant annulé sa révocation, après que le juge d'appel a annulé le jugement et reconnu la légalité de la mesure à la date à laquelle elle a été prise. Votre récente décision Ministre des finances et des comptes publics c/ H & M Hennes et Mauritz

9

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

SARL du 19 décembre 2014 (n° 384144, au Rec.) adopte cette même approche, et elle est même allée jusqu'à juger que les actes provisoires peuvent être abrogés par l'administration, en cas d'annulation de la décision juridictionnelle par une décision juridictionnelle ultérieure.

Or la décision provisoire prise en exécution de l'ordonnance de référé-suspension est de la même nature que la décision provisoire prise en exécution d'une décision revêtue de l'autorité de chose jugée frappée de recours, dès lors que vous admettez que l'autorité de chose décidée qui y est attachée emporte les mêmes conséquences, pour l'autorité administrative tenue de réexaminer la demande, que l'autorité de chose jugée.

Il ne nous semble alors pas douteux qu'il faille retenir dans les deux cas l'approche selon laquelle il appartient à l'administration de mettre fin au provisoire en rapportant, le cas échéant, la décision qu'elle a prise en exécution de la décision du juge.

X. Reste à préciser, par la voie prétorienne, dans quelles conditions.

On voit qu'il ne s'agit pas de raisonner dans le cadre habituel du retrait d'une décision administrative. Votre jurisprudence Ternon (Assemblée, 26 octobre 2001, n° 197018, au Rec.) s'attache en effet au sort d'une décision par nature durable. L'équilibre qui en résulte entre les principes de légalité et de sécurité est adapté à la nature d'une décision que l'administration a prise sans être soumise à l'autorité de la chose préalablement décidée ou jugée par le juge. C'est là la configuration classique qui résulte du principe du préalable : l'autorité administrative dispose du pouvoir de prendre des décisions unilatérales qui s'imposent à l'administré, sous le contrôle du juge de la légalité qui n'intervient qu'a posteriori. Et elle a également la faculté de revenir sur sa décision, dans un certain délai, s'il lui apparaît qu'elle est entachée d'un vice de légalité, votre décision Ternon ayant pris soin de déconnecter ce pouvoir de l'administration de l'existence d'une action contentieuse.

La séquence des événements est inversée pour la décision provisoire prise en exécution d'une décision de justice. Par construction, le juge s'est déjà prononcé sur la décision initiale de rejet : la force obligatoire qui résulte de sa décision bride le pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative ressaisie de la demande. C'est là le caractère de la décision provisoire, celui qui détermine sa nature particulière.

Il nous semble dès lors que l'approche la plus rigoureuse, celle qui épouse le plus étroitement la nature particulière de ces décisions provisoires, consiste à donner à l'autorité administrative un droit de retrait calqué sur l'exercice de son pouvoir d'appréciation. Cela revient à dire que le droit de retrait habituel s'exerce en deux temps, aux dates et dans la mesure de l'exercice par l'autorité administrative de son pouvoir d'appréciation.

Ce droit peut d'abord s'exercer après l'intervention de la décision provisoire : c'est là la conséquence de ce que la décision provisoire est une décision administrative à part entière, qui est exécutoire et qui est susceptible de faire l'objet des voies de recours et de retrait de droit commun. L'autorité administrative peut ainsi la retirer s'il lui apparaît, dans le délai du retrait, qu'un motif faisait légalement obstacle à ce qu'elle fasse droit à la demande, motif qui sera nécessairement différent de celui ou ceux neutralisés par le juge des référés.

Ce pouvoir doit de nouveau pouvoir être exercé après la notification du jugement statuant au principal, s'il résulte de celui-ci que l'autorité administrative aurait légalement pu prendre une décision rejetant la demande. Il faut s'intéresser dans le détail à l'exercice de ce droit de retrait différé.

1. Il doit évidemment pouvoir intervenir si le jugement au principal rejette le recours pour excès de pouvoir formé contre la décision de rejet, validant ainsi l'un au moins des motifs de cette décision, et infirmant la solution retenue par le juge des référés.

2. Si le jugement au principal annule la décision de rejet, l'illégalité du rejet de la demande fera généralement obstacle au retrait de la décision provisoire. Mais pas systématiquement : il se peut en effet que le jugement au principal se contente de censurer la légalité externe de la décision de rejet de la demande, sans se prononcer sur les moyens de légalité interne qui avaient été retenus par le juge des référés, voir en prenant le soin de les écarter expressément, c'est-à-dire en confirmant la validité d'un ou plusieurs motifs de fond ayant justifié le refus de la demande. Il en résulte que l'autorité administrative aurait légalement pu reprendre une décision de rejet, après avoir corrigé les vices de compétence, de forme ou de procédure de la première décision. Et qu'elle n'en a été empêchée, au stade du réexamen ayant conduit à la décision provisoire, que parce que les motifs de fond justifiant le rejet ont été neutralisés par l'ordonnance de suspension, au bénéfice d'un doute qui n'a pas été confirmé.

Il est donc important de relever que le droit de retrait différé ne doit dépend pas seulement du sens de la décision statuant au principal, mais doit s'appuyer sur les motifs qui en sont le support nécessaire. En un mot qu'il dépend de l'autorité de la chose jugée.

XI. Il nous paraît dès lors possible de définir un régime de la décision provisoire, qui répond au double souci de donner force utile à l'intervention du juge des référés tout en respectant scrupuleusement le pouvoir d'appréciation qui est attribué à l'autorité administrative. Et il nous paraît utile de le faire, du fait de l'importance prise par les procédures de référé et des incertitudes qui peuvent à ce jour demeurer sur les conséquences à en tirer.

Le régime de la décision provisoire peut être résumé en trois points :

- lorsque le juge des référés a fait droit à la demande tendant à la suspension de l'exécution d'une décision administrative de rejet, il incombe à l'autorité administrative, sur injonction du juge des référés ou saisie par le demandeur en ce sens, de procéder au réexamen de la demande. L'autorité administrative ne peut alors, eu égard à la force obligatoire de l'ordonnance de suspension, et sauf circonstances nouvelles, rejeter de nouveau la demande pour les mêmes motifs que ceux sur lesquels ont porté les moyens retenus par le juge des référés comme propres à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

- si l'autorité administrative décide, à l'issue du réexamen, de faire droit à la demande, la décision qu'elle prend est exécutoire et susceptible de faire l'objet des voies de retrait et de recours de droit commun, mais revêt, par sa nature même, un caractère provisoire.

- l'autorité administrative ne peut ultérieurement retirer la décision provisoire, dans le délai de retrait d'une décision administrative courant à compter de la notification du jugement rendu au principal sur le recours pour excès de pouvoir formé contre la décision administrative de rejet, que s'il résulte de ce jugement, eu égard à l'autorité de chose jugée qui lui est attachée, que l'autorité administrative pouvait légalement opposer une décision de rejet à la demande en cause.

XII. Là encore, quelques remarques s'imposent.

1. Convient-il bien de donner à l'administration un pouvoir de retrait, et non d'abrogation ?

Si l'on s'inscrit dans le cadre du raisonnement suivi jusqu'ici, seul le retrait permet de faire en sorte que la procédure de référé ne crée pas des effets irréversibles, voir d'aubaine.

La décision positive provisoire vient en effet se substituer, au bénéfice du doute, à la décision négative initialement prise par l'administration. Il est certain qu'elle crée des droits au bénéfice du demandeur : c'est la raison même de son existence. Mais il est également certain que ces droits doivent complètement disparaître s'il apparaît que la décision négative était fondée, et donc que la décision positive n'aurait jamais dû exister. Dire le contraire, ce serait permettre que la procédure de référé fasse naître des droits sur lesquels la décision au principal ne pourrait revenir. Or tel est bien la limite de la décision provisoire. Pour reprendre la formule de Didier Chauvaux dans ses conclusions sur l'affaire P... et L... du 28 février 2001 (n° 230112), « il faut (...) éviter que la mesure ordonnée ne crée au profit des requérants une situation irréversible et fasse ainsi perdre aux défendeurs le bénéfice d'un succès éventuel au fond ».

De plus, le bénéficiaire de l'autorisation provisoire se trouve dans la même situation juridique que le bénéficiaire d'une autorisation délivrée d'emblée par l'administration pour faire droit à sa demande, mais qui ferait l'objet d'un recours pour excès de pouvoir susceptible de la faire

12

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

disparaître complètement. On voit qu'il n'est ni logique ni cohérent de retenir une solution d'abrogation pour l'un et d'annulation pour l'autre, car on ne voit pas en quoi les droits du premier devraient être mieux protégés que les droits du second. On comprend bien, en revanche, le souci d'assurer une forme de sécurité juridique au bénéficiaire d'une autorisation administrative qui a disparu, par exemple au bénéficiaire d'un permis de construire ou au titulaire d'un titre de séjour, mais c'est bien par le régime particulier propre à ces actes administratifs que ce souci doit s'exprimer (par exemple, l'effet rétroactif de l'annulation ne conduit pas le juge pénal à considérer que le constructeur ayant construit a méconnu l'exigence de disposer au préalable d'une autorisation d'urbanisme).

Nous relevons que la solution que nous vous proposons ne coïncide pas avec celle de l'abrogation retenue par la décision H & M Hennes et Mauritz de 2014, s'agissant de la décision provisoire délivrée pour exécuter un jugement rendu au principal frappé de recours.

A. Bretonneau soulignait dans ses conclusions le souci de « neutraliser autant que faire se peut, pour l'administration comme pour l'administré, les aléas résultant de la possibilité qu'un jugement d'annulation exécutoire soit infirmé en appel ou en cassation ».

Nous devons dire que nous ne voyons pas, pour notre part, ce qui justifie de laisser subsister des droits dès lors que le jugement rendu en excès de pouvoir est annulé, la possibilité de leur disparition étant précisément la justification du caractère provisoire de la décision prise en exécution de ce jugement. Mais en tout état de cause, la solution du retrait s'impose à plus forte raison pour la décision prise en exécution d'une ordonnance de référé, prise au bénéfice du doute sérieux et sans préjudicier au principal, provisoire à double titre en quelque sorte.

2. Il peut paraître surprenant que le critère légal du retrait de la décision provisoire, après intervention du jugement statuant au principal, repose sur la légalité de la décision administrative rejetant la demande, et non sur le vice d'illégalité de la décision positive prise après réexamen. Mais ce détour par la légalité du rejet est indispensable.

Tout d'abord car le litige au principal porte sur le rejet, et que c'est de l'autorité de la chose jugée au principal que se déduit la faculté du retrait.

Mais surtout, conditionner le retrait de la décision provisoire à l'illégalité de la décision positive qu'elle comporte conduirait à restreindre de façon injustifiée le pouvoir d'appréciation de l'administration. Comme vous le savez, il peut arriver qu'une même situation de fait puisse légalement conduire à une décision positive ou une décision négative. L'administration peut ainsi ne pas commettre d'erreur manifeste d'appréciation en prenant une décision de rejet, mais ne pas commettre non plus d'erreur manifeste d'appréciation en prenant une décision positive. Cette situation suppose que la règle de droit en cause laisse une large marge d'appréciation à l'administration, et par ailleurs que la situation de fait soit à la limite de ce qui est acceptable et refusable. Situations sûrement rares. Mais lorsqu'elles se présentent, l'administration doit

conserver l'exercice de son pouvoir discrétionnaire : dès lors qu'elle pouvait légalement rejeter la demande, il convient qu'elle puisse rapporter la décision provisoire qui lui a été imposée, alors même que cette dernière aurait légalement pu être prise.

3. Il faut alors signaler une petite difficulté : le jugement a pu retenir, pour rejeter le recours dirigé contre la décision administrative de rejet, un motif substitué par l'administration dans l'instance au principal. Ce motif nouveau sera donc différent de ceux visés par les moyens retenus par le juge des référés comme de nature à créer un doute quant à la légalité de la décision. C'est donc un cas où le rejet de la requête en annulation ne conduit pas à invalider l'appréciation du juge des référés, mais repose sur un nouveau motif de rejet.

Dans une approche rigoriste, il serait possible de considérer que ce moyen est au nombre de ceux que l'administration aurait pu invoquer à l'occasion du réexamen de la demande, pour justifier un nouveau rejet de la demande, ou qui aurait pu justifier le retrait de la décision provisoire, mais dans le délai qui suit immédiatement l'intervention de cette décision, tel qu'il est défini par votre jurisprudence Ternon. Mais ce serait pousser un peu loin les effets tirés de l'ordonnance de référé, en préjudiciant non pas au principal, car le jugement statuant sur le recours en annulation aboutira bien à une solution de rejet, mais aux effets qui résultent de l'exécution du jugement au principal. Car si le juge au principal valide que l'autorité administrative pouvait légalement refuser la demande, la décision provisoire doit pouvoir disparaître.

4. Il nous semble en revanche qu'il faut bien instituer une faculté de retrait, et non une obligation, pour ménager, là encore, un changement d'opinion de l'administration.

5. L'institution d'un délai du retrait se justifie-t-il ?

La décision H & M Hennes et Mauritz de 2014 a prévu que l'autorité administrative pouvait revenir sur la décision provisoire prise en exécution d'un jugement frappé de cours « à tout moment », mais pour l'abroger. On peut se demander si cette solution prend suffisamment en compte la sécurité juridique du bénéficiaire de la décision. La critique vaudrait *a fortiori* si le retrait pouvait intervenir à tout moment, ce qui affaiblirait considérablement le régime de la décision provisoire. C'est pourquoi il nous paraît qu'il est nécessaire d'instituer un délai de retrait, et que l'on peut alors adopter le délai, pris dans sa durée, retenu pour le retrait des décisions administratives, ce délai courant à compter de la date à laquelle est notifié à l'autorité administrative le jugement statuant au principal : solution qui se justifie, nous l'avons dit, par le fait qu'à cette date, son pouvoir d'appréciation n'est plus lié par l'ordonnance de référé, ce qui permet le réexamen de la décision provisoire, sous contrainte évidemment de ce qui a été jugé au principal.

6. Il convient que le bénéficiaire de l'autorisation provisoire soit mis à même de présenter ses observations avant qu'intervienne la décision de retrait différé. Il est certain que dès lors qu'elle procède au retrait d'une décision créatrice de droit, cette décision tombe dans le champ de

l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, au titre des décisions individuelles qui doivent être motivées en application des articles 1er et 2 de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979. Mais au regard de sa nature particulière, il est peut-être utile de préciser expressément l'exigence d'une procédure contradictoire.

7. Le droit des tiers intéressés nous paraît préservé : ils ont la possibilité d'attaquer la décision provisoire, qui doit évidemment faire l'objet des formalités de publicité qui s'imposent au regard de son objet.

Le juge devra rapprocher l'affaire de celle concernant le rejet de la demande. Il ne s'agit pas d'assurer une bonne administration des affaires, mais d'éviter que l'autorité de la chose jugée au principal à l'initiative du demandeur ne s'impose à l'action déclenchée par le tiers, ou vice versa. Vous savez qu'il y a là une difficulté plus générale, qui survient chaque fois qu'une décision de rejet est annulée. Vous l'avez résolu dans le cas particulier où le juge délivre lui-même l'autorisation en ouvrant au tiers intéressé la voie de la tierce opposition : voyez votre décision Association Nonant Environnement du 29 mai 2015 (n° 381560, au Rec.), rendue pour une installation classée pour la protection de l'environnement. Mais il n'est pas certain que la même solution s'impose lorsque l'annulation débouche sur une décision administrative provisoire, que le tiers peut attaquer.

Il n'est pas indispensable de traiter cette difficile question aujourd'hui, que l'intervention de la procédure de référé permet en quelque sorte d'anticiper. Si le juge du principal valide l'un au moins des motifs de rejet opposé à la demande, il devra alors annuler le permis provisoire si ce même motif, pris à front renversé, faisait par ailleurs obstacle à ce qu'il soit fait droit à la demande, et ce sera le cas plus général. Mais il est des circonstances, rares nous l'avons dit, dans lesquelles il rejettera le recours contre le permis provisoire, alors même qu'il a validé la légalité du rejet. Car c'est un cas où le sort du permis provisoire doit être laissé à l'appréciation discrétionnaire de l'autorité administrative.

Plus difficile est la question de savoir si le tiers peut contester le refus de retirer la décision provisoire après l'intervention du jugement au principal. Vous assimilez la demande de retrait du tiers à un recours gracieux formé contre la décision administrative elle-même, dont l'exercice a pour conséquence de proroger le délai de recours contentieux contre cette même décision (voyez l'avis de Section M. et Mme D... du 15 juillet 2004, n° 266479, au Rec.). Faut-il déroger à ce principe et ouvrir une voie d'action spécifique contre le refus de retirer la décision provisoire ? Il ne nous semble pas que cette solution dérogatoire soit opportune : le tiers n'est pas destinataire du jugement rendu au principal s'il n'est pas intervenu à l'instance, ce qui est généralement le cas lorsque le litige porte sur une décision de rejet. Son action risque donc assez généralement de se heurter à l'épuisement du délai de retrait. Et comme nous venons de le dire, le droit des tiers nous paraît suffisamment préservé par la faculté de former un recours contre la décision provisoire.

8. Vient enfin un dernier débat, dont la présente affaire illustre l'importance, et qui se rattache à la sécurité juridique : convient-il que la décision provisoire adopte une forme particulière ?

Il faut être prudent sur ce point, et se garder de faire dépendre une décision par nature provisoire de la forme qu'elle prend. Mais il faut également prendre en compte la possibilité que l'administration change d'opinion au stade du réexamen, et assume complètement de revenir sur le rejet initialement opposé à la demande. Et il faut bien alors que le destinataire de la décision prise après l'intervention de l'ordonnance de suspension soit en mesure de comprendre si cette décision a un caractère provisoire ou non, ainsi d'ailleurs que les tiers.

Il nous semble que le bon compromis est de considérer que, dès lors que la décision administrative vise, ou mentionne dans ses motifs, l'ordonnance de référé ayant suspendu le rejet, elle doit être regardée comme de nature provisoire. Dans le cas contraire, la décision doit être regardée comme n'ayant pas de caractère provisoire. Et vous pourrez admettre que tel est également le cas si l'autorité administrative manifeste clairement par la motivation de sa décision qu'elle a changé d'opinion sur l'application des règles de droit ayant motivé son refus initial.

XIII. Ces points étant posés, il faut se demander comment s'applique le régime dans le cas où le demandeur se désiste du recours pour excès de pouvoir qu'il a formé contre la décision de rejet ?

L'intervention de la décision juridictionnelle prenant acte du désistement au principal met fin à la suspension. Mais il s'agit d'un cas où aucune autorité de chose jugée n'y est attachée. Il n'est donc pas possible d'en déduire que l'autorité administrative a pu légalement opposer une décision de rejet à la demande en cause. Il suffit cependant de constater que cette décision est devenue définitive, du fait du désistement, sans qu'un jugement au principal n'ait permis d'établir qu'elle était illégale. L'autorité administrative doit alors pouvoir procéder au retrait de la décision provisoire qui lui a été imposée au bénéfice du doute que le juge du principal n'a pas été en situation de confirmer.

Nous relevons qu'il en est de même si le juge du référé met fin à la suspension ou si son ordonnance est annulée en cassation, sans qu'une nouvelle suspension soit ordonnée. La décision provisoire doit alors pouvoir être retirée du fait que plus aucune autorité de chose décidée ne restreint le pouvoir d'appréciation de l'administration.

Vous pourrez donc compléter le régime de la décision provisoire, en précisant que **l'autorité administrative peut également retirer la décision provisoire, dans le même délai, en cas de désistement de la procédure au principal. Qu'il en est de même s'il est mis fin à la suspension par une nouvelle décision du juge des référés dans les conditions prévues à l'article L. 521-4 du code de justice administrative ou du fait de l'aboutissement d'une voie de recours.**

XIV. Dernière point qu'il nous faut aborder : comment ce régime s'applique à la demande de permis de construire ?

Il faut reprendre les étapes du raisonnement dans l'ordre.

1. La première question est de déterminer si le permis délivré après réexamen est bien susceptible de présenter, au regard de son objet et de ses effets, un caractère provisoire.

Le fait qu'il s'agisse d'un acte dont l'exécution est pleinement réalisée à la date d'achèvement des travaux ne pose pas de problème : le caractère provisoire du permis ne renvoie pas, comme on vient de le voir, à sa durée de validité, à l'instar par exemple de la durée au bout de laquelle le permis devient caduc faute d'exécution, fixée par l'article R. 424-171 du code de l'urbanisme. Mais il renvoie comme on l'a dit au caractère précaire de la décision provisoire.

Le permis provisoire place donc son bénéficiaire dans la même situation que le pétitionnaire dont le permis de construire délivré par l'administration est attaqué devant le juge administratif. Dans les deux cas, le permis est susceptible de disparaître complètement selon l'issue de la procédure contentieuse.

La véritable question revient donc à apprécier si l'exécution du permis est matériellement réversible.

Nous relevons à ce stade que l'appréciation du caractère provisoire de la décision par le critère pragmatique et matérielle de la décision Syndicat CFDT Interco 28 du 31 mai 2007 (n° 298293, au Rec.), qui s'attache à la réversibilité des mesures prises, nous paraît bien adaptée au régime de la décision provisoire. Le critère dit « de l'équivalence », issu de la décision du juge des référés du Conseil d'État P... du 1er mars 2001 (n° 230794, aux tables), et repris par la décision Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social c/ Syndicat départemental CGT des agents Direccte 76 et autre du 23 octobre 2015 (n° 386649, aux T.) nous paraît d'application plus délicate. Il invite à rechercher si les mesures ordonnées par le juge des référés, et donc les décisions auxquelles sont susceptibles d'aboutir le réexamen qu'il enjoint, ont des effets qui seraient en tout point identiques à ceux qui résulteraient de l'annulation demandée au principal. Or, ces mesures ou cette décision se distinguent « par nature » de celles susceptibles d'être prises après l'intervention du jugement d'annulation, puisqu'elles ont un caractère provisoire... La véritable difficulté nous semble donc de vérifier si cette nature juridiquement provisoire s'accorde concrètement à l'objet ou à l'effet qu'emporte la décision. On voit bien que tel n'est pas le cas lorsque le litige porte sur la communication d'un document ou, dans un autre registre, sur un défrichage ou la destruction d'un bâtiment... Le critère de la décision P... du Conseil d'État en date du 1er mars 2001 (n° 230794), nous semble finalement conduire à s'interroger sur la réversibilité des mesures prises, et il est plus clair de l'exprimer ainsi.

Il convient donc de rechercher si le permis crée des effets réversibles.

Vous le savez, en vertu de l'article L. 421-1 du code de l'urbanisme, « Les constructions, même ne comportant pas de fondations, doivent être précédées de la délivrance d'un permis de construire ». Il s'en déduit que la construction non précédée de la délivrance du permis requis est irrégulière et doit donc, en théorie, disparaître. L'obligation de destruction ne dépend pas de la simple volonté du constructeur. Le fait d'exécuter les travaux mentionnés à l'article L. 421-1 en méconnaissance des obligations résultant de la police de l'urbanisme est pénalement réprimé par l'article L. 480-4, ainsi d'ailleurs que la non-conformité aux règles d'urbanisme, réprimé par l'article L. 610-1, l'article L. 480-5 disposant que le tribunal statue sur la démolition des ouvrages ou la réaffectation du sol en vue du rétablissement des lieux dans leur état antérieur. La démolition peut par ailleurs être ordonnée par le juge civil sur l'action des tiers, sous les conditions prévues par l'article L. 480-13.

La réversibilité est donc, en cette matière, possible même si elle est lourde de conséquence pour le constructeur. Et c'est bien la raison pour laquelle ces derniers sont réticents à s'engager dans l'exécution d'un permis « non purgé des recours contentieux ».

Il est vrai que l'on peut à l'inverse se demander s'il est bien utile de permettre la délivrance de permis de construire provisoires dont le caractère intrinsèquement précaire découragera dans beaucoup de cas l'exécution. Mais cette réticence peut être surmontée : il appartient au bénéficiaire du permis de décider s'il prend la responsabilité d'une exécution immédiate, au vu du risque de démolition, et tel sera assez vraisemblablement le cas pour un certain nombre de constructions : on peut penser par exemple aux antennes de téléphonie mobile, pour faire référence à des situations que vos formations contentieuses ont eu à connaître récemment. Et d'une façon générale, le permis provisoire peut répondre à la préoccupation exprimée par le législateur d'accélérer les projets de construction, en mettant le pétitionnaire en possession d'un permis même provisoire, plutôt que de le soumettre aux aléas de la nouvelle instruction de leur demande après avoir obtenu l'annulation d'un premier rejet de sa demande. Enfin, l'urbanisme est un domaine dans lequel les juges du référé sont habituellement intervenus pour suspendre des refus d'autorisation, et leurs ordonnances ont fait l'objet de quinze décisions rendues en cassation, selon un décompte effectué par votre service de recherche juridique.

2. Dès lors que cette étape est passée, nous avons déjà dit que la demande de permis de construire se prête naturellement à l'injonction de réexamen : le juge est réticent à enjoindre de délivrer une autorisation provisoire, du fait du nombre important de règles d'urbanisme qui s'imposent au projet, dont il convient de vérifier le respect, et du pouvoir d'appréciation assez large qu'elles laissent généralement à l'administration. Ce n'est donc qu'à titre exceptionnel, face à une mauvaise volonté caractérisée de l'administration, que le juge ordonne la délivrance du permis, généralement après une séquence d'annulations suivies de nouveau refus de permis : voyez par exemple 3 juin 2013, Commune de Challex, n° 350681, inéd.

3. Doit alors être appliqué au permis de construire le régime de la décision provisoire, qui nous paraît bien s'y accorder.

On y voit une illustration de la nécessité de procéder au retrait du permis provisoire, et non à une simple abrogation, au cas où il résulte du jugement au principal que l'autorité administrative pouvait légalement s'opposer à la demande de permis.

Car l'abrogation aurait pour effet que les travaux achevés pendant la période de validité du permis seraient réguliers. Concrètement, le titulaire du permis provisoire serait incité à s'engager dans une course aux travaux, avec l'objectif de les réaliser avant que le juge statue au principal sur le refus de permis. De plus, le pétitionnaire qui aurait bénéficié d'un permis provisoire au bénéfice du doute sur le rejet initialement opposé à sa demande se trouverait paradoxalement dans une situation plus favorable que le bénéficiaire d'un permis délivré d'emblée par l'administration, ensuite annulé ou retiré.

4. La décision juridictionnelle prenant acte du désistement du pétitionnaire de l'instance au principal permet à l'autorité administrative de retirer le permis provisoire, le retrait devant intervenir dans le délai particulier fixé pour le permis de construire par l'article L. 424-5 du code de l'urbanisme, qui est de trois mois, décompté à compte de la notification de la décision juridictionnelle.

XIV. Nous pouvons en revenir au litige.

Après avoir précisé le régime du permis provisoire, vous pourrez censurer l'erreur de droit commise par le juge des référés dans les conséquences qu'il a tiré du désistement de la société requérante First Invest de l'instance au principal. Vous pouvez adopter une rédaction qui porte spécifiquement sur le permis de construire ou vous pouvez déduire la solution d'espèce d'une rédaction plus générale portant sur les décisions administratives soumise au recours pour excès de pouvoir. Vous l'avez compris, notre préférence va à la seconde solution. Et si vous adoptiez la première, nous devons dire que nous voyons mal, pour notre part, ce qui la rendrait particulière à l'autorisation d'urbanisme.

Vous pourrez alors régler l'affaire en référé.

Vous pourrez aisément admettre les interventions des sociétés Campistron-Sagardia et Lesa, qui ont successivement acquis le terrain d'assiette du projet, en faisant application du critère précisé par votre décision de section OFPRA du 25 juillet 2013 (n° 350661, publié au recueil Lebon).

Nous vous précisons que la nature provisoire du permis en cause est certaine : l'acte vise bien les ordonnances du juge des référés du 12 juin 2014 et du 2 juillet 2014. Par ailleurs, vous pourrez

nous semble-t-il requalifier l'arrêté d'abrogation du permis de construire en arrêté de retrait, au vu de la solution de principe que nous vous proposons.

Vous pourrez écarter les deux moyens avancés au soutien de la demande de suspension :

- celui tiré de l'absence d'illégalité du permis de construire délivré le 28 juillet 2014 est inopérant, au vu de ce que nous venons de dire ;
- celui tiré de la tardiveté du retrait n'est pas fondé : celui-ci est intervenu dans le délai de trois mois à compter de la notification de l'ordonnance de désistement du 5 août 2014.

Sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'urgence, vous pourrez donc rejeter la demande en référé.

Et par ces motifs nous concluons :

- à l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
- réglant l'affaire en référé, à l'admission des interventions des sociétés Campistron-Sagardia et Lesa et au rejet de la demande présentée par la société First Invest devant le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux, ainsi que des conclusions de ces sociétés présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- à ce que la société First Invest verse à la commune de Bordeaux une somme de 3.500 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.