

CONCLUSIONS

M. Charles TOUBOUL, rapporteur public

En 2008, la commune de Voegtlinshoffen, petit village de 500 habitants dans le vignoble alsacien, s'engageait dans un projet de grande envergure, soutenu par le département et la région, tendant à la création d'un centre dédié à l'œnotourisme. Dix ans plus tard, le projet n'a guère progressé en raison de divers contentieux initiés notamment par l'association Nature aménagement réfléchi, territoire, environnement et culture sauvegardés ou NARTECS.

Il n'est pas nécessaire de vous les remémorer dès ces propos introductifs¹. Nous nous contenterons de rappeler qu'un permis de construire délivré en 2010 pour la réalisation de l'hôtel et du centre d'évènements a été contesté par l'association, sans succès, devant le tribunal administratif de Strasbourg puis devant la cour administrative d'appel de Nancy et que c'est l'arrêt rendu par cette dernière le 10 mars 2016 dont vous aurez à connaître cet après-midi.

1. Et il est d'autant moins nécessaire de rappeler tout de suite les épisodes précédents que c'est la régularité de la **procédure** suivie par la cour qui nous arrête.

Alors qu'elle avait convoqué les parties à une audience le 18 février 2016, celle-ci leur a fait part le 8 février de son intention de faire application des dispositions de l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme autorisant le juge à surseoir à statuer, lorsque le permis contesté semble régularisable, après avoir recueilli les observations des parties sur cette perspective. La cour avait imparté un délai de trois jours pour ce faire. La commune a produit le 10 février et son mémoire a été communiqué le jour même à l'association requérante qui en a pris connaissance dans l'après-midi. A la date de cette communication, on était donc encore à 8 jours de l'audience. Mais la cour, qui a rouvert partiellement l'instruction, n'a pas fixé de date de clôture, ce qui emportait la clôture automatique trois jours francs avant l'audience, soit le 14 février à minuit. Le délai utile pour réagir pour l'association n'était donc plus que d'un peu plus de quatre jours, dont deux jours ouvrés. Dans la plupart des configurations contentieuses, cela resterait encore suffisant.

Mais la particularité de cette affaire tient à ce que la commune a brûlé les étapes dans la réponse qu'elle a adressée à la cour : au lieu de faire part de ses observations - évidemment favorables - sur la perspective d'un sursis à statuer de l'article L. 600-5-1 destiné à lui permettre de prendre un permis modificatif de régularisation, elle a court-circuité cette séquence contentieuse en délivrant aussitôt un tel permis modificatif qu'elle a aimablement

¹ « Remémorer », car certains ont déjà été portés devant le Conseil d'Etat : 29 oct. 2013, association Paysages d'Alsace et association NARTECS, n°370863.

joint à son mémoire en réponse. L'association disposait donc de deux jours ouvrés non pour répondre à des observations de la commune mais pour réagir à une nouvelle configuration contentieuse dans laquelle avait surgi un nouvel acte - le permis modificatif - dont le statut n'était pas évident au regard de la procédure de l'article L. 600-5-1 qu'il avait au demeurant anticipé.

Et tout ceci n'est pas resté sans conséquence sur le déroulement du débat contradictoire. Si l'avocat de l'association est certes parvenu à produire le dimanche soir un mémoire très nourri, c'est après avoir, le vendredi soir, sollicité en vain un report d'audience de la cour et dans des conditions dont on devine qu'elles n'ont pu qu'être dommageables à la capacité de l'association à répliquer. Et la cour s'est fondée sur le permis modificatif intervenu en cours d'instance, sans donc avoir eu à surseoir, pour rejeter directement l'appel dont elle était saisie, refermant ainsi le débat contentieux.

Un dernier élément amène à se montrer assez ici strict : la cour pouvait fort bien ne pas faire droit à la demande de report de l'audience présentée par l'avocat, tout en écartant la clôture automatique de l'instruction 3 jours francs avant l'audience. Il lui suffisait pour cela de prendre, en application de l'article R. 613-2 du code de justice administrative, une ordonnance de clôture d'instruction retenant une date plus favorable aux parties que le délai de droit commun. On le perd parfois de vue et il est vrai que votre jurisprudence ne l'a peut-être pas encore affirmé aussi nettement mais la clôture de l'instruction trois jours francs avant l'audience constitue une règle supplétive fixée dans l'intérêt du juge instruisant le dossier qui peut très bien y renoncer en reportant cette clôture au plus tard jusqu'à l'audience, pourvu qu'il le fasse expressément (23 juin 2014, Sté Deny All, n°352504 rec.). La cour disposait ainsi d'un outil pour laisser à l'association requérante, comme elle le devait, un « délai raisonnable » pour réagir à la production de la commune sans pour autant reporter l'audience.

Eu égard à l'ensemble de ces considérations, nous pensons que vous pourrez faire droit aux conclusions d'annulation de l'association, en limitant toutefois son champ à la partie de l'arrêt qu'elle avait intérêt à contester, c'est à dire à son article 3 rejetant ses conclusions autres que celles visant les frais irrépétibles de première instance pour lesquels elle avait obtenu gain de cause à l'article 1^{er} de cet arrêt.

2. Nous l'avons dit, le projet a pris dix ans de retard du fait des contentieux successifs et il nous semble temps de mettre un terme à cette affaire en **réglant au fond**, d'autant que vous y trouverez quelques belles questions.

2.1 Vous n'aurez pas à examiner la plupart des moyens mettant en cause la régularité du jugement qui se rattachent à la mise à la charge de l'association de frais irrépétibles compte tenu du périmètre de la cassation que nous vous avons proposé, laissant survivre l'arrêt d'appel sur ce point.

Il ne restera, au titre de la régularité du jugement, que le moyen tiré de ce qu'il serait entaché de contradiction de motifs au sujet du conflit d'intérêt affectant le maire de la commune. Mais vous pourriez répondre comme l'avait fait initialement la cour, que la contradiction de motifs affecte le bien fondé du jugement et non sa régularité ou bien affirmer plus classiquement mais tout aussi sûrement qu'il n'y a pas de contradiction en l'espèce.

2.2 Vous trouverez alors l'une des questions les plus intéressantes de cette affaire sur les implications de la procédure de régularisation de l'article L. 600-5-1 quant au sort à réserver au permis modificatif suscité par la cour.

2.2.1 Et la première de ces questions est celle de savoir comment appréhender ce permis modificatif délivré par la commune dans le cadre du litige d'appel dont vous êtes juge à ce stade : a-t-il une existence propre ou bien se confond t-il avec le permis initial qu'il avait vocation à régulariser ?

La jurisprudence relative aux permis modificatif admet depuis longtemps que vous vous prononciez spécifiquement sur un tel permis alors même qu'il n'a pour objet que d'en modifier un précédent (v. not. 2 février 2004, SCI La Fontaine de Villiers, n°238315 T. et auparavant 8 déc. 1995, Association de défense des riverains de Central Park, n°122319 T. et 9 déc. 1994, SARL SERI, n°116447 T.²) et vous l'avez confirmé il y a encore quelques jours par votre décision du 7 mars 2018, Mme Bloch (n°404079 et 404980, rec).

Votre jurisprudence sur la régularisation de l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme nous semble aussi engagée en ce sens (18 juin 2014 Sté Batimalo et autre, n°376760, rec. ; 22 février 2017, Mme B... et autres, n°392998 rec. ; 19 juin 2017, Syndicat des copropriétaires de la résidence Butte Stendhal, n°394677, n°397149 T.).

2.2.2 Il vous faut donc prendre parti sur la fin de non recevoir soulevée par la commune contre les conclusions de l'association dirigées contre ce permis modificatif que la cour a suscité. La commune soutient en effet que l'association ne peut contester pour la première fois en appel le permis modificatif qui serait en outre devenu définitif.

Mais cette fin de non recevoir est fondée sur une prémisse qui nous semble inexacte. La commune soutient que le permis modificatif qu'elle a adopté ne relèverait pas du régime juridique de la régularisation en cours d'instance prévue par l'article L. 600-5-1 au motif que ce permis aurait été pris sans attendre l'issue de cette procédure. Mais il est d'autant moins possible de souscrire à cette interprétation que, par votre décision de section « Commune de Sempy » du 22 décembre 2017 (n°395963, rec.), vous avez jugé, au sujet de l'article L. 600-9, par un raisonnement qui nous semble transposable à l'article L. 600-5-1, que le défendeur peut anticiper sans pour autant sortir du cadre de cette procédure.

Dès lors que l'on est toujours dans le champ de la procédure spéciale de régularisation, la fin de non-recevoir peut-être aisément écartée : le demandeur pouvait bien articuler tout moyen contre ce permis modificatif au stade où celui-ci a été suscité comme cela découle implicitement de votre décision Syndicat des copropriétaires de la résidence Butte Stendhal précité. Si l'acte de régularisation a été suscité au stade de l'appel, on ne saurait ainsi opposer la nouveauté ou la tardiveté des conclusions à ce stade, au motif qu'elles n'auraient pas donné lieu à un débat de première instance.

2.2.3 Si vous nous suivez, il vous appartiendra de prendre parti sur la légalité de ce permis modificatif et nous pensons que, chemin faisant, vous pourrez faire œuvre utile en faisant évoluer les conditions dans lesquelles vous abordez la légalité des autorisations d'urbanisme lorsqu'un conflit d'intérêt du maire est suspecté.

C'est cette question qui a occupé l'essentiel du débat contentieux depuis le début de cette affaire et c'est à ce stade qu'il nous faut vous rappeler les épisodes précédents : le maire de la commune, lui-même viticulteur, a en effet signé en 2009 le tout premier permis pour le centre d'œnologie appelé notamment à promouvoir les vins locaux. Mais dans une instance

² Comme le rappelait Vincent Daumas dans ses conclusions sur l'affaire « Commune d'Emerainville » (Sect. 1^{er} juillet 2016, n°363047, 363134 rec.).

antérieure à celle qui est à l'origine du présent pourvoi, le tribunal administratif de Strasbourg a annulé le 23 juin 2010, par un jugement devenu définitif, ce tout premier permis au motif que le maire était personnellement intéressé à sa délivrance. La commune a alors fait signer en décembre de cette même année un nouveau permis par un conseiller municipal habilité à cet effet en application de l'article L. 422-7 du code de l'urbanisme.

Devant le tribunal de Strasbourg, saisi de ce nouveau permis, celui-là même qui est à l'origine de l'action portée devant vous aujourd'hui, était soulevé un moyen un peu étrange, tiré de ce que ce nouveau permis, signé par le conseiller municipal désigné, était illégal au motif que le maire se serait déporté à tort. Etrange, car on pourrait penser que cette précaution, à la considérer excessive, n'aurait pas été de nature à entacher d'illégalité la décision prise. Le tribunal l'a pourtant regardé comme opérant et il a eu raison en l'état de votre jurisprudence qui est engagée en ce sens que le recours à cette procédure alors que le maire n'était pas effectivement intéressé est une cause d'illégalité. Cependant cette jurisprudence ne tient à ce jour qu'à un considérant de principe formulé par votre décision « Mmes Lelin » du 3 juillet 2009, n°321634 T mais sur un autre point (il est vrai connexe), rendue en cassation de référé et sans avoir jamais connu aucun écho dans vos décisions rendues depuis lors.

On peut comprendre l'inspiration de cette décision soucieuse - comme elle l'énonce - que le maire « exerce pleinement sa compétence » et ne se défausse par trop commodément sur un membre du conseil municipal. Mais l'impartialité n'est pas une science exacte et elle repose très largement sur des mesures de prévention ou de précaution dont on ne mesure réellement l'utilité qu'après-coup, voire même jamais. Censurer un acte pris au terme d'une procédure destinée à prévenir un risque au motif qu'il ne s'est pas réalisé nous semble à rebours de votre jurisprudence sur les règles de déport comme de la législation, particulièrement abondante, intervenue depuis lors.

C'est notamment le cas des dispositions générales de l'article 2 de la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique applicables aux exécutifs locaux. Elles prévoient en effet un déport au profit d'un délégataire auquel ces exécutifs s'abstiennent de donner instruction dès lors qu'il y a « *interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif* » de leur fonction. Dans ce droit commun de la prévention des conflits d'intérêt, le déport est donc légal dès lors que le risque de conflit existe sans qu'il ait à être certain.

Il est vrai que l'article L. 422-7 du code de l'urbanisme n'a pas été retouché depuis lors et qu'il en reste à une formulation moins moderne. Mais elle nous semble suffisamment plastique pour ne pas maintenir l'idée qu'il subordonnerait la légalité d'un déport à un conflit d'intérêt avéré. Il serait d'ailleurs curieux que les maires puissent moins facilement se déporter lorsqu'ils statuent sur des autorisations d'urbanisme que dans d'autres matières. Nous pensons que cette affaire vous donne l'occasion d'assouplir cette jurisprudence et de juger qu'un permis signé par un membre du conseil municipal en vertu de l'article L. 422-7 du code de l'urbanisme ne serait pas illégal au motif que le maire ne serait pas intéressé au sens de ces dispositions, dès lors qu'il y avait un doute légitime sur ce point. Il s'agirait ainsi de rapprocher le déport du droit de l'urbanisme du déport de droit commun.

Si vous nous suivez pour réorienter en ce sens votre jurisprudence, cela ne changera rien à la solution que vous aurez à retenir en l'espèce à propos du permis modificatif signé par le maire en 2016 car elle est largement commandée par l'autorité de chose jugée. On l'a dit,

un premier jugement du 23 juin 2010 du tribunal administratif de Strasbourg devenu définitif a annulé le tout premier permis de 2009 au motif que le maire devait être regardé comme intéressé au sens des dispositions de l'article L. 422-7. L'autorité s'attachant aux motifs de ce jugement conduit à regarder le permis modificatif de 2016 signé par le maire dans des conditions analogues à celles de 2009, comme illégal.

2.3 Cette annulation vous amènera alors à statuer sur le permis initial tel qu'il a été signé par le conseiller municipal désigné en décembre 2010 pour tirer les conséquences de l'annulation de celui signé par le maire en 2009.

2.3.1 La question de la compétence de son auteur est réglée par ce que nous venons d'indiquer. La compétence de ce conseiller municipal au regard de l'article L. 422-7 du code de l'urbanisme s'imposait en tout état de cause du fait de l'autorité de la chose jugée par le jugement définitif de 2010 ayant retenu le conflit d'intérêt du maire, indépendamment de l'assouplissement que nous vous invitons à consacrer sur les conditions d'application de cet article du code de l'urbanisme.

2.3.2 Vous pourrez passer bien plus vite sur la deuxième question soulevée par le moyen tiré de ce que la procédure aurait été viciée par le fait qu'une personne intéressée au projet aurait participé à l'enquête publique préalable à la révision simplifiée au POS rendue nécessaire pour octroyer le permis litigieux.

Rien ne s'oppose en effet à ce que des personnes ayant des intérêts dans une telle révision y participent : au contraire, c'est même le plus souvent les personnes qui y ont le plus intérêt qui trouvent la motivation de porter leurs observations au dossier d'enquête publique. Tant qu'il n'est pas question d'une manœuvre – consistant par exemple à ce que la commune fasse porter par un tiers des observations au dossier d'enquête publique destinées à en modifier l'objet – il n'y a aucune irrégularité à sanctionner. Et en l'espèce il ne ressort pas des pièces du dossier que les observations de M. K..., bien que directeur général de la SEM de Haute-Alsace et bien que déposées le dernier jour de l'enquête publique, aient constitué une telle manœuvre.

2.3.3 Vous trouverez alors la dernière question de cette affaire, qui est intéressante d'un point de vue juridique comme économique. C'est celle de savoir quelles conséquences tirer, pour la légalité d'un acte réglementaire, de la conclusion en amont d'une convention par laquelle la commune s'engageait à mettre en œuvre son pouvoir réglementaire en ce sens. Il s'agit ici d'une convention passée avec les promoteurs du centre d'œnotourisme afin que le POS soit modifié pour permettre la construction.

Il y a, en la matière, un décalage très net entre le droit et la pratique. La pratique de ce genre de conventions est très répandue, notamment pour faire venir les entreprises et autres porteurs de projets sur le territoire communal et préciser ce que les uns et les autres feront pour permettre sa réalisation.

Le droit interdit en principe de contracter sur l'exercice d'une prérogative unilatérale. Mais l'illégalité d'une telle convention doit-elle systématiquement rejaillir sur l'acte par lequel l'autorité administrative exerce sa prérogative unilatérale ? Nous ne le pensons pas et nous ne pensons que telle soit votre jurisprudence.

Certes, par votre décision « Football club des Girondins de Bordeaux » où était contestée la transaction conclue entre la ligue nationale de football et le club de Monaco

moyennant une importante somme d'argent et la modification du règlement de la ligue concernant l'organisation du championnat de France, vous avez semblé déduire de la conclusion d'une convention en amont, l'illégalité de l'acte réglementaire aval pour détournement de pouvoir (9 juillet 2015, n^{os} 375542, 375543 rec.).

Mais malgré la généralité des termes que vous avez employés dans ce précédent, nous pensons que vous n'avez pas entendu juger qu'un règlement adopté à la suite d'une convention et dans le sens prévu par celle-ci serait invariablement illégal. Dès lors que le règlement en question a bien été pris pour un motif d'intérêt général correspondant au but pour lequel un pouvoir réglementaire a été conféré à l'autorité administrative, nous ne voyons pas de raison de le vouer à l'annulation du seul fait que son auteur aurait eu l'imprudence de conclure une convention en amont exprimant son intention de le faire.

Nous pensons que le précédent « Football club des Girondins de Bordeaux » s'inscrit dans un cas particulier, assez caricatural à la vérité, où la convention en cause était une transaction dont la conclusion était autorisée par la même délibération que celle qui autorisait la modification de l'acte réglementaire, le tout dans un contexte où l'opération d'ensemble pouvait apparaître assez sulfureuse. Dans ce type de configurations de « détournement de pouvoir massif », on peut entendre que le texte réglementaire pris en vertu de la convention soit annulé. On peut aussi l'envisager dans des cas moins extrêmes où ce n'est pas le fait même d'avoir contracté sur l'exercice du pouvoir réglementaire qui pose problème mais l'intention de contourner par ce moyen certaines règles ou procédures (v. par un exemple pour le cas d'une commune cherchant à éviter par là une procédure de déclaration d'utilité publique : 23 oct. 2013, Commune de Crolles, n^o 350077,). Nous pensons aussi aux cas où l'autorité investie du pouvoir réglementaire se serait crue tenue de l'exercer du fait de la convention qu'elle a conclue en amont³. Hors ces cas de figure, nous ne voyons pas de raison de regarder le règlement comme illégal.

En l'espèce, la révision du POS qui a rendu possible le permis litigieux a été décidée afin de favoriser le développement économique et touristique de la commune, buts qui peuvent être légitimement pris en compte pour l'élaboration des documents d'urbanisme et on ne perçoit pas de détournement de pouvoir.

Si vous nous suivez, vous écarterez donc ce dernier moyen dirigé contre le permis initial de 2010 qui survivra donc finalement à tout ceci.

PCMNC :

- à l'annulation de l'article 3 de l'arrêt ;
- à l'annulation de l'arrêté modificatif du maire du 9 février 2016 ;
- au rejet des conclusions de la requête présentée par l'association NARTECS devant la cour contre le jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 4 novembre 2014 en tant qu'il avait rejeté ses conclusions tendant à l'annulation de l'arrêté du 3 décembre 2010 ;
- au rejet des conclusions présentées par les parties au titre des frais de procédure.

³ Cas qui devrait en toute rigueur s'analyser comme une erreur de droit mais qui pourrait être absorbé par le détournement de pouvoir dans ces configurations particulières.