

N° 401384

Commune de Cogolin

Section du contentieux

Séance du 8 février 2019

Lecture du 15 février 2019

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

1. L'affaire qui vient d'être appelée concerne le permis de construire, à l'angle de la rue des mines et de la rue du juge Michel, à Cogolin, commune littorale du Var de 12 000 habitants, un petit immeuble d'habitation de six logements, d'un peu moins de 300 m². L'histoire que raconte le dossier est banale. Le permis a été délivré le 4 juillet 2012 à la société Les Bougainvilliers et attaqué par les voisins, M. et Mme B.... Leur recours fait cinq pages, complété par une réplique de sept pages. Le tribunal administratif de Toulon a estimé le permis légal, le 2 juillet 2014, à l'exception d'une partie de la toiture qui était en polycarbonate transparent pour couvrir une sorte de loggia ou jardin d'hiver, au dernier étage côté sud. Le tribunal a jugé que le toit devait être entièrement en tuile. Un permis modificatif a été délivré le 23 juin 2015. En appel, la cour administrative d'appel de Marseille a, elle, confirmé ce premier vice mais estimé, en outre, que le coefficient d'occupation des sols était méconnu. Elle a donc annulé tout le permis de construire. La commune se pourvoit en cassation.

Depuis plusieurs années, le législateur est intervenu afin de permettre qu'un recours contre une autorisation d'urbanisme puisse aboutir, en cas d'illégalité, à sa régularisation et non à son annulation. Il s'agit d'une transformation profonde de la structure de ce contentieux, qui déploie progressivement ses effets. Cette régularisation peut, comme vous le savez, emprunter deux chemins : elle peut être conduite, sur le fondement de l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme, *à l'intérieur du prétoire*, par un avant-dire-droit qui offre un délai aux parties pour produire et critiquer des actes de régularisation ; elle peut avoir lieu, sur le fondement de l'article L. 600-5, *hors du prétoire*, et se traduit alors par une annulation partielle de la partie identifiable mais indivisible du projet affectée par l'illégalité. L'illégalité d'une partie indivisible de l'autorisation aurait dû conduire à son annulation totale mais cette forme d'annulation partielle, artificielle, permet l'adoption d'un acte de régularisation nécessaire à la légalité de ce qui subsiste de l'autorisation. Juger le litige du permis de construire de la rue des mines va vous faire endosser successivement trois rôles juridictionnels distincts : juge de cassation, juge d'appel du permis initial, premier juge du permis de régularisation. L'affaire permet de trancher certaines des questions d'application que pose l'office du juge de la régularisation. A chaque fois, nous nous limiterons à la seule configuration de l'espèce, qui illustre d'ailleurs combien il est difficile de dresser une théorie générale.

2. Votre premier rôle sera **celui du juge de cassation** d'un arrêt qui a refusé de permettre la régularisation d'un permis de construire jugé illégal. L'un des moyens de cassation nous semble fondé et vous permettra de réaffirmer une jurisprudence largement engagée. Comme

nous vous le disions, la cour a annulé le permis de construire parce qu'elle estimait que le coefficient d'occupation des sols (COS) prévu par l'article UB 14 du plan local d'urbanisme était méconnu. Autrement dit, la surface de plancher était trop importante par rapport à la surface du terrain. Pour arriver à cette conclusion, la cour a été confrontée à une difficulté qui est récurrente : les pièces du dossier de la demande de permis de construire ne permettaient pas de justifier la « surface de plancher » déclarée, telle que définie par l'article R.* 112-2 du code de l'urbanisme alors en vigueur. Cette surface est calculée en déduisant certaines surfaces particulières de la surface réelle, notamment les caves et celliers accessibles depuis les parties communes d'un immeuble d'habitation collectif. En l'espèce, dans son calcul, le pétitionnaire retranche 10 m² de tels caves ou celliers.¹ Or, dès lors que, parmi les pièces du dossier de permis de construire énumérées aux articles R. 431-4 et suivants du code, dans leur rédaction alors applicable,² ne figurait aucune information sur l'aménagement intérieur de l'immeuble, l'affirmation du pétitionnaire sur ces 10m² de cellier était invérifiable à partir des plans fournis.

Dans le droit commun, vous jugez que l'administration peut demander à l'auteur d'une demande des renseignements ou pièces supplémentaires si elles sont « *nécessaires pour statuer sur sa demande* » (CE, 22 juillet 2016, *Ministre de l'intérieur c/ M. R...*, n° 397345, T. p. 804).³ Lorsqu'un texte fixe une liste de pièces à fournir à l'appui d'une demande, la jurisprudence détermine au cas par cas si cette liste doit être regardée comme limitative. En droit de l'urbanisme, le caractère limitatif de la liste d'informations et de pièces à fournir, fixé par les articles R. 431-4 et suivants alors en vigueur, ne fait aucun doute.⁴ Vous jugez depuis longtemps que les auteurs d'un document d'urbanisme ne peuvent la compléter pour s'assurer du meilleur respect des règles qu'ils posent (CE, 26 avril 1993, *Epoux B...*, n° 121413, T. p. 1089) et que l'instruction d'une demande de permis de construire ne peut donc pas conduire à demander d'autres pièces (CE, 15 décembre 2015, *Commune de Saint-Cergues*, n° 374026, T. p. 910 ; CE, 21 octobre 2013, *SA Orange France*, n° 360481, T. sur un autre point).

Cette contrainte dessine l'office du service qui instruit la demande d'autorisation. Si on laisse de côté le cas particulier de la vérification de la qualité du pétitionnaire, pour laquelle joue la théorie du propriétaire apparent revisitée par votre décision de section *Commune de Salbris* du 19 juin 2015 (CE, sect., n° 368667, Rec. P.211), vous distinguez deux cas de figure :

- celui où une pièce ou information du dossier contredit un fait, la réalité matérielle : la surface du terrain n'est pas exacte, sa pente n'a pas été prise en compte, l'environnement du projet est présenté de façon biaisé etc. Dans un tel cas

¹ Il est certain que le projet décrit par le dossier de demande ne comporte pas de cave souterraine puisque le plan de coupe ne montre aucun sous-sol. En revanche, un cellier peut être au rez-de-chaussée et n'a donc pas à apparaître sur les plans de coupe et de masse. Il est même, d'après le dictionnaire d'Emile Littré, dans l'essence du cellier d'être « *au rez-de-chaussée, d'une maison, pour serrer le vin et autres provisions* ».

² Depuis l'intervention du décret n° 2015-482 du 27 avril 2015, l'article R.* 431-34-1 dispose que « *Lorsque le projet porte sur la construction de logements collectifs, le dossier joint à la demande de permis de construire comprend, si le maire en a fait la demande, le plan intérieur de l'immeuble.* »

³ Votre célèbre décision d'assemblée *Notre-Dame-du-Kreisker* a jugé que le chef de service peut dresser la liste des renseignements qui doivent permettre d'examiner une demande mais que cela ne peut pas être à peine d'irrecevabilité de la demande, seule l'autorité compétente pour statuer sur une demande pouvant décider s'il faut ou non y faire droit au vu des pièces fournies.

⁴ Cet article R. 431-4 indique d'ailleurs que « le dossier est réputé complet lorsqu'il comprend [ces] informations », l'article R. 432-22 donnant en outre à l'administration un délai d'un mois pour signaler qu'il manque une pièce ou information figurant dans la liste, faute de quoi le dossier est réputé complet. Pour dissiper toute ambiguïté, l'article R. 431-4 a été complété par le décret n° 2015-482 du 27 avril 2015 d'une mention selon laquelle « Aucune autre information ou pièce ne peut être exigée », mais il nous semble qu'elle ne fait que préciser ce qui était déjà l'esprit de ces dispositions.

l'administration doit vérifier et, le cas échéant, refuser l'autorisation (CE, 17 juin 2015, *M. et Mme L...*, n° 365955, inédit ; v. concl. E. Crepey). Si elle se trompe, le juge censurera l'illégalité du permis ;

- s'agissant en revanche du projet du pétitionnaire, l'administration doit s'en tenir à ses déclarations, ne pouvant demander davantage de plans, descriptions ou justifications. Le reste regarde l'exécution du permis (CE, 13 novembre 1992, *Commune de Nogent-sur-Marne et D...*, n° 110878, T. p. 1389 ; CE, 13 juillet 2012, *Mme E...*, n° 344710, T. p. 1024 ; CE, 3 juin 2013, *Commune de Lamastre*, n° 342673, T. p. 879), l'éventuelle procédure de récolement ou les diverses sanctions que peuvent amener le non-respect du permis. Vous réservez bien sûr le cas où il apparaît d'ores et déjà que le pétitionnaire tente de frauder (ibid). Il nous semble que vous devez aussi réserver le cas où le dossier présente des contradictions, telle une incohérence entre deux plans. Dans ce cas, il est loisible à l'administration de demander au pétitionnaire un éclaircissement, qui le conduira probablement à modifier une des deux pièces. Cela n'est pas rare en pratique.

En l'espèce, la cour a fondé sa censure sur le fait qu'aucune pièce du dossier ne justifiait de la construction d'un cellier à l'intérieur de l'immeuble, alors que cette pièce n'avait pas à être fournie. La cour n'a pas non plus retenu une fraude. Elle a donc commis une erreur de droit. Nous vous proposons de casser l'arrêt et de régler l'affaire au fond

3. Avant d'endosser les habits du juge d'appel, il vous faudra répondre à une question : **quelle est la portée de la cassation emportée par l'accueil de ce moyen ?** Les principes sont simples mais leur application en contentieux de l'urbanisme s'avère complexe. Le principe est ancien et relève de l'évidence : un juge n'annule pas des actes légaux. Qu'il s'agisse de l'acte administratif ou d'une décision juridictionnelle, le juge administratif n'annule que la ou les parties divisibles de cet acte qui sont atteintes par l'illégalité qu'il retient et laisse subsister les autres. En outre, dès lors qu'on ne peut, en contentieux administratif, attaquer les seuls motifs d'un acte, la portée d'une annulation se mesure à l'aune de son dispositif, lequel se limite aux éléments ayant un effet dans l'ordonnement juridique.

Ces principes ont été appliqués en 2005 à l'office particulier du juge de cassation par votre célèbre décision de section *Commune du Barcarès* (CE, sect., 22 avril 2005, n° 257877, Rec. p. 170). En particulier, lorsqu'un arrêt d'annulation repose comme ici sur plusieurs motifs, ce qui peut fréquemment se produire en contentieux de l'urbanisme du fait de la renonciation à l'économie de moyens imposée par l'article L. 600-4-1 du code, le juge de cassation doit examiner les différents motifs qui justifient l'annulation, pour censurer les motifs erronés et vérifier si les motifs non censurés la justifie encore. Si l'annulation continue de trouver un soutien juridique dans les motifs non censurés, vous rejetez entièrement le pourvoi, par une décision dont les propres motifs modifient toutefois l'autorité de chose jugée de la décision juridictionnelle attaquée, pour son exécution. Ce sont donc les motifs de la décision du juge de cassation qui rectifient l'autorité de l'arrêt du juge d'appel, et non une annulation de certains motifs de cet arrêt.

L'enrichissement de l'office du juge du fond par ses pouvoirs de régularisation vient compliquer cette mécanique, qui se décompose en deux étapes : quand devez-vous prononcer une annulation ? Le cas échéant, quelle doit être la portée de cette annulation ?

3.1 **Quand faut-il casser l'arrêt attaqué ?** La difficulté continue de se concentrer sur les pourvois contre des décisions juridictionnelles invalidant des autorisations d'urbanisme, pour

un ou plusieurs motifs. Cela recouvre plusieurs hypothèses qui sont complexes à présenter, du fait des possibilités de régularisation. Le principe directeur nous semble toutefois le même : le juge doit se demander si les moyens du pourvoi qu'il accueille sont suffisants pour déstabiliser le dispositif de l'arrêt attaqué ou si, malgré les censures, les motifs non censurés continuent de tracer un chemin juridique suffisant pour arriver au même dispositif. La censure de certains motifs peut en faire tomber d'autres, par voie de conséquence.

Le cas dont vous traiterez aujourd'hui est celui d'une censure du permis fondée sur deux vices de légalité, suivie d'un refus de recourir à une mesure de régularisation. Si vous censurez aujourd'hui le principal motif de l'arrêt, tiré de la méconnaissance du coefficient d'occupation des sols, il ne reste plus que le motif non critiqué de l'arrêt invalidant la toiture transparente au sud de l'immeuble. Il faut vous demander si ce motif justifie encore le refus par la cour de faire usage de ses pouvoirs de régularisation, comme l'avait demandé la commune, et l'annulation complète du permis qui s'en suit. Une telle appréciation comporte une dimension factuelle qui sied mal au juge de cassation, mais elle nous semble nécessaire pour éviter des annulations injustifiées et inutiles. En outre, elle ne fait que prolonger votre jurisprudence *Commune du Barcarès* qui conduisait déjà le juge de cassation à se demander s'il confirmait l'annulation d'un permis en conséquence des seuls motifs non censurés de l'arrêt. En l'espèce, la solution nous semble évidente puisque le seul motif d'annulation non censuré ne concerne qu'une partie limitée et identifiable du projet initial. Votre censure affecte donc le refus de la cour d'ouvrir la voie à une régularisation, que l'arrêt fonde explicitement sur le caractère non régularisable des vices. Vous le jugerez au regard de la motivation particulière de l'arrêt, sans qu'il soit besoin de s'interroger sur les conséquences qu'il y aurait à tirer du fait que vous jugiez jusqu'à présent que le recours à une mesure de régularisation constituait un pouvoir propre du juge dont celui-ci n'était pas toujours tenu de faire usage (CE, 15 octobre 2014, *SCI des Fins et Commune d'Annecy*, n°s 359175 359182, T. p. 912 ; CE, 6 décembre 2017, *Société Nacarot Saint-Jean*, n° 405839 405840, aux Tables sur un autre point ; CE, 28 décembre 2017, *Sté PCE e.a.*, n° 402362, T. p. 860). Cette discussion serait d'ailleurs purement théorique puisque la récente loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018, dite loi ELAN, a fait de l'octroi d'une mesure de régularisation, lorsqu'elle est possible, une obligation pour le juge, dont le refus doit être motivé. Signalons que, si vous nous suivez, la cassation ne sera pas automatique et que la jurisprudence *Commune du Barcarès* continuera de pouvoir s'appliquer, adaptée : par exemple, si vous aviez à l'inverse estimé que la partie du toit en plastique était conforme au PLU mais que le COS était méconnu, et que ce vice n'était pas régularisable, vous auriez confirmé l'annulation du permis prononcée par la cour, en rectifiant seulement l'exécution de son arrêt par l'autorité de chose jugée de votre propre décision. Cette solution nous semble conforme à la pratique que vous avez spontanément adoptée jusqu'ici (CE, 27 mars 2015, *CH Pierre Oudot*, n° 367896, inédit).

3.2 Une fois admis que votre censure de cassation ne permet pas de maintenir le dispositif de l'arrêt, et doit donc conduire à l'annuler en tout ou en partie, **reste à déterminer ce qui doit tomber**. Là encore, la jurisprudence est subtile. Si l'on s'en tient au principe que l'étendue de l'annulation est déterminée en fonction des éléments du dispositif affectés par les moyens retenus par le juge, on aboutit à la conclusion qu'il faut annuler tout l'arrêt : dans notre hypothèse, le dispositif est une annulation du permis, qui repose en partie sur le refus d'essayer de le régulariser ; dès lors que la censure du juge de cassation implique de reconsidérer ce refus, elle remet en cause l'annulation prononcée au dispositif.

Cependant, il vous arrive de décomposer implicitement les dispositifs des arrêts en plusieurs étapes logiques distinctes dont vous pouvez n'annuler qu'une partie. Cette technique est

ancienne et courante en contentieux de la responsabilité : il est fréquent que vous n'annuliez un arrêt qu'en tant qu'il a statué sur l'évaluation du préjudice, laissant ainsi subsister la partie de l'arrêt qui a statué sur la faute, alors que d'un point de vue juridique, la seule disposition du dispositif est celle qui condamne ou non au paiement d'une indemnité et que la censure d'une partie des motifs remet en cause entièrement cette disposition.⁵ Cette logique a sa limite : vous la cantonnez à certains contextes contentieux, où l'on peut distinguer des étapes distinctes et relativement indépendantes. Vous n'annulez ou ne maintenez en principe pas un arrêt « en tant qu'il a statué sur tel ou tel moyen ».

Une telle logique peut-elle s'appliquer ici ? C'est ce qu'a jugé votre décision *Sté Udicité* du 22 février 2018 (n° 389518, T. p. 810). Il s'agissait d'une hypothèse où le juge de cassation rejetait tous les moyens critiquant l'appréciation par la cour de la légalité du permis mais censurait une erreur de droit dans l'application de l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme. Cela aurait pu vous conduire à maintenir l'arrêt en tant qu'il statue sur la légalité du permis et à ne l'annuler qu'en tant qu'il examine la question de la régularisation, distinguant ainsi clairement deux étapes, deux blocs dans l'arrêt, comme en contentieux de la responsabilité. Mais, à examiner de plus près les motifs de la décision *Sté Udicité*, ce n'est pas exactement ainsi que vous avez procédé puisque vous avez précisé que le juge d'appel pourrait à nouveau examiner les moyens de légalité du permis qu'il avait écartés, voire d'autres moyens des requérants de première instance. Autrement dit, cette annulation partielle revient à annuler tout l'arrêt, sauf ceux de ses motifs qui ont retenu les vices de légalité du permis de construire non censurés par le juge de cassation. Il s'agit réellement du maintien de certains motifs de l'arrêt, relatifs à certains moyens, alors que tout le reste est annulé. Le nouveau procès d'appel permettra de discuter à nouveau des autres questions de la légalité du permis, puis de la question de sa régularisation. Cette approche peut se prévaloir de l'intention du législateur de favoriser la sécurité juridique dans ce contentieux, et d'accélérer son traitement. En revanche, elle déroge à l'interdiction traditionnelle de n'annuler ou de ne maintenir que des moyens, des motifs de l'acte attaqué : elle va plus loin que ce que vous pratiquez dans le contentieux de la responsabilité. Cette terre inconnue ne sera pas sans difficultés : il faudra préciser la frontière entre le moyen dont il n'est plus possible de rediscuter et des moyens proches, par exemple lorsque des exigences analogues se retrouvent dans plusieurs dispositions (ce qui est fréquemment le cas lorsque le règlement local d'urbanisme reprend une exigence du règlement national d'urbanisme). Il faudra également déterminer l'autorité de ce qui aura été définitivement jugé pour un moyen sur l'examen d'autres moyens qui soulèvent des questions similaires : ce que l'on juge sur la hauteur ou la distance aux limites du terrain n'est pas sans incidence sur les bandes de constructibilité ou le gabarit-enveloppe ; ce que l'on juge du respect de la législation sur les monuments historiques n'est pas sans incidence sur l'intégration dans le paysage...

Ces difficultés ont pris corps, trois mois après la décision *Société Udicité*, à travers une autre décision du Conseil d'Etat *Ville de Paris* du 23 mai 2018 (CE, n° 405937, T. p. 957). Dans cette décision, la cour avait retenu plusieurs motifs d'illégalités du permis mais le Conseil d'Etat, en cassation, a lui-même censuré une partie de cette analyse de la cour, tout en validant le reste. La cour avait refusé qu'il soit recouru à une mesure de régularisation. La

⁵ Vos dispositifs juridictionnels sont, en effet, rédigés comme ceux d'une décision administrative, et ne comportent que des dispositions *constitutives*, qui modifient l'ordonnement juridique, et non de simples dispositions *déclaratives*, jugeant, par exemple, que la faute est établie, comme on les trouve dans les jugements du juge judiciaire. Vous ne regardez d'ailleurs comme de véritables « conclusions » devant vous que de telles demandes modifiant l'ordonnement juridique et non des demandes tendant à ce que vous déclariez qu'il y a faute ou qu'un préjudice existe.

cassation partielle initiée par la décision *Sté Udicité* aurait pu trouver à s'appliquer mais vous avez procédé à une cassation totale de l'arrêt attaqué, et non à une cassation partielle sanctuarisant les motifs de l'arrêt ayant retenu à bon droit certaines illégalités du permis.

Dans ce labyrinthe intellectuel, une chose nous paraît simple et sûre : si vous souhaitez pouvoir pratiquer la cassation partielle dans cette matière, vous ne pouvez pas le faire de façon simple, en vous contentant de distinguer la partie de l'arrêt qui statue sur la légalité du permis et la partie qui s'interroge sur la régularisation. Pourquoi ? Parce que si vous censurez la partie de l'arrêt qui refuse la régularisation, cela implique de rouvrir le débat sur la légalité. En effet, en présence d'un arrêt annulant le permis de construire, seul son bénéficiaire et son auteur ont intérêt à l'attaquer en cassation. Dès lors, l'autre partie ne peut se voir imposer comme intangible la partie de l'arrêt qui juge légaux les autres aspects du permis de construire, qu'elle ne pouvait pas attaquer, alors que certains motifs qu'elle entend critiquer, peut-être à bon droit, peuvent avoir une incidence sur la possibilité et l'étendue d'une régularisation du permis. Cela est d'ailleurs également vrai, symétriquement, lorsque le juge d'appel a fait usage de ses pouvoirs de régularisation. En outre, vous jugez qu'une régularisation à l'intérieur du prétoire, par un avant-dire-droit, ne peut se faire qu'après avoir écarté tous les moyens non fondés par des motifs explicites (CE, 16 oct. 2017, *M. B...* et autres, n°398902 T. p. 859), alors que l'arrêt soumis à cassation n'a parfois écarté ces moyens que par une formule générique que vous acceptez lorsqu'il n'est pas fait usage de cette faculté (CE, 10 mars 2010, *SCI GFM*, n° 323543, T. p. 1023) : il faut rouvrir un espace au juge d'appel pour examiner à nouveau ces moyens et y répondre.

Vous avez donc le choix entre deux conceptions possibles de la cassation d'un arrêt refusant de mettre en œuvre les pouvoirs de régularisation du juge :

- une conception simple et un peu rustique : si le juge de cassation remet en cause le refus du juge d'appel de faire usage de ses pouvoirs de régularisation, il annule tout l'arrêt, en toute hypothèse. S'agissant des motifs d'illégalités du permis non censurés en cassation, le juge d'appel pourra les reprendre, s'il s'y croit fondé. Il y sera d'ailleurs parfois en partie contraint par l'autorité de chose jugée qui s'attache aux points de droit du litige tranché par le juge de cassation (CE, 8juill. 1904, *Botta*, Rec. p. 557 ; CE, 1^{er} juin 1949, *Le Bris*, Rec. p. 259 ; CE, sect., 12 juillet 1955, *Grunberg*, p. 407 ; CE, 11 janv. 1967, *Cabrol*, T. p. 907 ; CE, 23 dec. 1970, *Chevreuil*, T. p. 789). C'est la conception retenue par le précédent *Ville de Paris* de mai 2018. Elle conduit ici à annuler tout l'arrêt ;
- une conception plus fine où vous pratiquez une cassation partielle originale qui revient en réalité à casser tout l'arrêt sauf ceux de ses motifs qui retiennent des vices de légalité du permis de construire et qui ne sont pas censurés en cassation. Dans ce cas, le juge d'appel rouvrira la discussion sur les seuls autres aspects de légalité du permis, puis s'interrogera sur la possibilité d'une régularisation. L'intérêt est de clore définitivement certains aspects importants du litige dès l'issue du pourvoi en cassation. C'est l'approche retenue par votre décision *société Udicité*, mentionnée aux tables. Elle conduirait ici à une cassation partielle.

Nous ne sommes pas sûr de la solution qu'il faille choisir : la simplicité pousse à en rester au droit commun et à privilégier l'annulation totale, mais votre jurisprudence s'est déjà, non sans arguments, engagée dans une cassation par moyen à travers la jurisprudence *Udicité*. Nous n'avons qu'une conviction : une fois la règle posée, l'étendue de la cassation ne doit pas résulter d'un choix d'opportunité du juge de cassation. Le fait de prononcer une annulation totale ou partielle, et donc l'étendue de ce qui peut être rediscuté devant le juge du fond, doit

être la conséquence nécessaire des censures retenues par le juge de cassation, à la mesure de leur impact juridique, et non un choix d'opportunité dans la main du juge. On ne sort pas du prétoire muni d'une annulation plus ou moins large pour des motifs d'opportunité.

Pour le reste, nous admettons ne pas maîtriser toutes les configurations possibles. Il n'est pas aisé de théoriser les cas dans lesquels pourrait être maintenue la faculté de cassation partielle initiée par la décision *Société Udicité*. Dès lors que vous invalidez en partie l'analyse de la légalité du permis par le juge d'appel, vous vous trouvez exactement dans la même configuration que celle de votre décision *Ville de Paris* et nous vous proposons donc d'en rester, comme dans cette affaire, à une cassation totale, d'autant plus que nous vous proposons de régler immédiatement le litige au fond.

4. Si vous nous suivez vous endosserez donc entièrement **les habits du juge d'appel** de ce litige. Vous êtes saisis d'un jugement du 2 juillet 2014 qui a validé pour l'essentiel le permis de construire litigieux et n'a prononcé qu'une annulation partielle d'une partie de la toiture sud, sur le fondement de l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme. Il s'agissait bien d'un élément indivisible de la construction. Un permis modificatif a été demandé par le pétitionnaire et accordé le 23 juin 2015. Ce permis a modifié légèrement la configuration du dernier étage côté sud, pour supprimer complètement la couverture en question, créant ainsi une grande terrasse.

Cette affaire vous permettra de **préciser qui peut faire appel de quoi** dans cette configuration et quel est l'objet de la discussion d'appel, c'est-à-dire quels sont les moyens opérants.

4.1 Il est d'abord certain que les requérants qui ont contesté le permis en première instance, en l'espèce les voisins, peuvent faire appel du jugement en tant qu'il valide la plus grande partie de ce permis et en tant qu'il a ouvert la voie à sa régularisation. Nous pensons que l'ensemble des moyens soulevés en appel par les voisins doivent être écartés : l'article UB 7.2 du plan local d'urbanisme permettait de déroger à la distance de 4 mètres des limites séparatives lorsque cela facilite l'intégration d'un groupe d'habitation, ce qui est le cas ici, puisque les différents bâtiments du secteur ont fait l'objet d'une conception d'ensemble et que le bâtiment précédent dérogeait déjà à cette règle. Le projet ne comporte pas de « *terrasses prises à l'intérieur des couvertures en tuiles* » au sens de l'article UB 11.2. Et pour les motifs déjà indiqués, le coefficient d'occupation des sols nous semble respecté par la construction décrite dans la demande de permis.

4.2 La difficulté consiste à savoir ensuite si le bénéficiaire et l'auteur du permis peuvent faire appel du jugement en tant qu'il annule une partie du permis initial alors que, à la suite de l'annulation partielle prononcée par le tribunal, ils ont demandé et accordé un permis modificatif de régularisation. En l'espèce, un tel appel incident a été formé par la commune. Deux logiques contradictoires sont à l'œuvre.

L'une s'ancre dans un courant jurisprudentiel bien établi, qui remonte au moins à une décision *SARL Seri* de 1994 (CE, 9 décembre 1994, n° 116447, T. p. 1261 ; CE, 8 décembre 1995, *Association de défense des riverains de Central Park*, n° 122319, aux T. p. 1098), et qui a été élargi et systématisé en 2004 par la jurisprudence *SCI La Fontaine de Villiers* (CE, 2 février 2004, n° 238315, T. p. 914). Selon ces décisions, lorsque le permis de construire attaqué est modifié au cours de la première instance, le juge doit statuer sur le permis ainsi modifié et rejette comme inopérantes les critiques dirigées contre les aspects du permis qui ont été

modifiés. Cette dérogation aux règles strictes de l'excès de pouvoir permettait, à une époque où l'article L. 600-5 permettant d'annuler une partie indivisible de la construction n'existait pas, d'éviter l'annulation entière du permis, illégal à la date où il avait été édicté. Le pétitionnaire, qui modifie son projet avant que la décision du juge n'intervienne, est regardé comme ayant renoncé à son *projet initial* au profit de son *projet modifié*.

L'autre logique consiste à voir dans le permis initial et le permis modificatif deux actes distincts, faisant l'objet de contentieux distincts. Lorsque le législateur a introduit le mécanisme de régularisation hors prétoire de l'article L. 600-5, il a ouvert la voie à des permis modificatifs intervenant après le jugement de première instance et permettant la régularisation du permis. Se posait alors la question de savoir si l'appel ne devait pas porter lui aussi sur le *projet modifié* et non plus sur le *projet initial*, ce qui aurait rendu irrecevables, ou frappées de non-lieu, des conclusions d'appel tendant à remettre en cause ce qui avait été annulé en première instance, et aurait fait regarder comme inopérants les moyens dirigés contre les dispositions du permis ainsi annulées et remplacées par celles du permis modificatif. Ce n'est pas ce qu'a jugé votre décision *Commune de Saint-Martin-le-Vinoux* du 9 avril 2014 (CE, n° 338363, T. p. 913)⁶ qui en restée à l'idée simple que le permis modificatif est un autre acte, qui peut être attaqué devant le tribunal administratif et donner lieu à un contentieux distinct. Une solution simple mais qui ralentit encore l'achèvement du contentieux, et donc souvent la réalisation du projet.

Faut-il revenir sur la jurisprudence selon laquelle le juge d'appel se prononce sur le *permis initial* et non sur le *permis modifié* ? Nous ne pensons le pas : malgré l'intervention d'un permis modificatif, il faut laisser au bénéficiaire du permis initial et à son auteur la possibilité de défendre leur projet initial, c'est-à-dire, en l'espèce, de faire appel du jugement en tant qu'il a annulé la couverture transparente côté sud.

Nous voyons à cela deux raisons :

- en premier lieu, la solution inverse mettrait le porteur de projet devant l'alternative suivante : renoncer à son projet initial en demandant le permis modificatif ou poursuivre son projet initial en s'abstenant de demander le permis modificatif avant l'intervention de l'arrêt d'appel, voire après une instance en cassation. En droit, lorsque le juge de première instance impose un délai pour demander le permis modificatif de régularisation, comme le permet explicitement l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme, le pétitionnaire n'a en fait pas le choix. Il doit demander immédiatement le permis modificatif s'il souhaite pouvoir mener à terme son projet, même modifié, et ne peut attendre l'intervention du jugement d'appel. En fait, exiger un tel choix du porteur de projet avant l'issue finale du contentieux le mettrait dans une situation difficile et incertaine : il peut douter de ce que le juge d'appel lui donnera raison et il ne sait pas quelle sera l'issue de sa demande de permis modificatif, qui peut parfois demander une instruction complexe et être assorti de diverses prescriptions. Il doit pouvoir défendre au contentieux son projet initial sans perdre le bénéfice de la possible régularisation ;
- en second lieu, une telle fermeture nous semblerait justement aller à l'encontre de l'esprit de la loi, en incitant, quand il le peut, le porteur de projet qui souhaite défendre son projet initial

⁶ L'espèce de la décision *Commune de Saint-Martin-le-Vinoux* concerne un cas particulier où le juge d'appel, devant lequel est invoqué le permis modificatif, statue sur l'affaire après annulation du jugement pour irrégularité et évocation. Le Conseil d'Etat a assimilé cette hypothèse particulière à celle du juge d'appel statuant sur le permis initial par l'effet dévolutif de l'appel, et jugé que dans tous les cas le juge d'appel statue sur le permis initial et non le permis tel que modifié par le permis modificatif.

à retarder le plus possible la demande de permis modificatif, ouvrant alors, le cas échéant, un nouveau front contentieux et retardant d'autant la réalisation du projet modifié.

Il n'y a pas lieu, selon nous, de faire une différence selon que l'appel est formé par le bénéficiaire de l'autorisation ou son auteur : cela introduirait une nouvelle complexité dans ce contentieux et la loi ne porte aucune trace d'une telle différenciation. Nous vous proposons donc d'examiner l'appel incident de la commune, et de rejeter son unique moyen. L'article UB 11.3 du règlement du plan local d'urbanisme prévoit que les couvertures doivent être uniquement en tuiles et cette prescription nous semble s'appliquer à la partie de la couverture au sud du bâtiment, qui protège une large pièce ouverte, sorte de terrasse abritée. Cette partie de la couverture ne pouvait donc pas être en polycarbonate.

4.3 Si vous nous suivez pour examiner l'appel incident de la commune, vous serez peut-être tentés par une voie permettant d'atténuer les inconvénients de cette solution : au lieu de renvoyer le procès du permis modificatif à un nouveau contentieux devant le tribunal administratif, ne pourrait-on pas attirer cette discussion devant le juge d'appel, pour solder en une seule instance le litige relatif à cet immeuble ? C'est naturellement ce qui se passe lorsque la régularisation est conduite dans le prétoire, sur le fondement de l'article L. 600-5-1, puisque l'acte est alors partie intégrante du jugement de première instance (CE, 19 juin 2017, *Syndicat des copropriétaires de la résidence Butte Stendhal*, n° 398531 et n° 394677, T. p. 859). Mais en l'espèce, le permis modificatif de régularisation intervient après le jugement de première instance et en dehors du litige. Cependant, et cela fait tout l'intérêt de l'affaire, les parties l'ont spontanément attiré dans le débat puisque la commune a produit le permis modificatif et que les voisins en ont critiqué la légalité dans leur mémoire du 9 septembre 2015. Ils ont demandé que le permis de construire soit annulé « dans sa totalité », c'est-à-dire y compris avec cette modification, et il vous faut donc déterminer si de telles conclusions sont recevables.

Lorsque l'affaire a d'abord été examinée par vos 6^e et 1^{ère} chambres réunies, nous leur avons proposé d'en rester à la jurisprudence *Commune de Saint-Martin-le-Vinoux* : le permis modificatif étant un acte distinct, intervenu après le jugement de première instance, il relève du tribunal administratif. Nous leur avons présenté un certain nombre d'arguments, qui nous convainquaient qu'il ne fallait pas adopter une solution qui vous aurait conduits à déroger au vieil adage latin *Tantum devolutum quantum judicatum* : n'est dévolu au juge d'appel que ce qui était en litige en première instance.⁷ Mais ces arguments, peut-être un peu conservateurs, n'ont convaincu que nous puisque l'affaire a été renvoyée devant votre formation de jugement pour examiner cette question et surtout qu'en parallèle, il ne s'est pas écoulé six mois sans qu'un rapport de spécialistes du contentieux du droit de l'urbanisme⁸ ne propose d'inscrire un dispositif analogue dans la loi, que le gouvernement convaincu de son bien-fondé n'insère une disposition en ce sens dans un projet de loi, et par la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 dite ELAN, les chambres du Parlement unanimes ont adopté ladite disposition et l'ont codifié à l'article L. 600-5-2 du code de l'urbanisme. Selon cette disposition, « Lorsque (...) une mesure de régularisation intervient au cours d'une instance portant sur un recours dirigé contre le permis de construire (...) et que (...) cette mesure de régularisation [a] été communiquée aux parties à cette instance, la légalité de cet acte ne peut être contestée par les

⁷ V. par ex., Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Montchrestien, n° 1362, p. 1233.

⁸ *Propositions pour un contentieux des autorisations d'urbanisme plus rapide et plus efficace*, rapport d'un groupe de travail présidé par Mme Christine Maugué.

parties que dans le cadre de cette même instance ». Désormais, il ne fait donc pas de doute que les conclusions des époux B... contre le permis modificatif obtenu par leur voisin seraient recevables devant le juge d'appel, et même uniquement devant lui (par analogie, CE, 19 juin 2017, *Syndicat des copropriétaires de la résidence Butte Stendhal*, n° 398531, précitée.).

5. Avant d'aller plus loin dans l'examen des conclusions d'appel, il faut donc s'interrompre pour déterminer si ce nouvel article L. 600-5-2 est ou non applicable au litige en cours. L'application dans le temps des dispositions régissant les recours contre les décisions administratives obéit aux principes posés par votre jurisprudence *Sieur Bacqué* du 13 novembre 1959 (CE, sect., 13 novembre 1959, Secrétaire d'Etat à la construction et au logement et ministre des anciens combattants et victimes de la guerre c/ *Sieur Bacqué* n° 38805 p. 593) : sauf disposition contraire, les dispositions déterminant la consistance du droit au recours, notamment les délais de recours et les voies de recours, ne s'appliquent qu'aux décisions intervenant postérieurement à leur entrée en vigueur tandis que toutes les autres dispositions régissant la forme et la procédure des recours s'appliquent immédiatement aux instances en cours (CE, 15 nov. 2010, *Conseil départemental de l'ordre des médecins des Bouches-du-Rhône*, n° 314674, Rec. P. 436). Vous appliquez les mêmes principes au droit à former un recours contre une décision juridictionnelle (CE, 27 mars 2000, *Mme L...*, n° 196836, Rec. P. 139 ; CE, 11 juin 2003, *Mme H...*, n° 246456, T. p. 881), ce qui implique que lorsque la voie de l'appel est fermée par décret, cela ne vaut en principe que pour les jugements de première instance intervenus après l'entrée en vigueur de ce décret.

Notre article se situe dans une situation hybride : facialement, il se présente comme une simple disposition déterminant le juge compétent, laquelle est en principe d'application immédiate (Assemblée, 4 janvier 1957, *Sieur Lamborot*, n° 985921, p. 12 ; CE, 13 novembre 1963, *Ministre des armées c/ Rémond*, n° 57139, T. p. 813 ; avis de Section du 28 juillet 1995, K..., n° 168438, p. 315 ; CE, 26 janvier 2015, *M. S...*, n° 373715, T.). Mais, en l'espèce, un tel transfert de la compétence de premier ressort pour connaître du permis modificatif du tribunal à la cour administrative d'appel a aussi, *de facto*, pour conséquence de supprimer la faculté d'appel lorsqu'elle était ouverte, ce qui en principe ne vaut que pour l'avenir. Vous avez jugé que dans cette configuration il faut généralement faire prévaloir l'idée qu'il s'agit d'une règle de compétence et l'appliquer immédiatement (CE, 4 mars 2016, *Mme C...*, n° 389513, T. p. 696).

Au surplus, il serait difficile de dire que la disposition a pour objet de priver les intéressés de la voie de l'appel. Il s'agit davantage d'un aménagement des conditions d'examen d'un unique litige impliquant deux actes, et l'attraction du deuxième acte dans le contentieux du premier a un effet relatif : elle ne joue, ainsi que le précise le texte, que si les parties produisent le permis de régularisation dans l'instance, et tant que l'instance est ouverte. Si personne n'a produit l'acte et s'il se trouve que les délais de recours sont encore ouverts, le permis de régularisation pourra être attaqué devant le tribunal, selon le droit commun. Si l'instance d'appel est close avant que le permis de régularisation ne soit délivré, il en ira de même. L'esprit de cette disposition est que les parties communiquent cet acte au juge saisi du permis initial, en première instance ou en appel ; en principe le bénéficiaire y aura toujours intérêt, afin de clore le litige au plus vite et le plus complètement possible. La disposition nous semble donc permettre un aménagement, bienvenu, de la compétence du juge d'appel dans ce cas particulier, pour les parties au litige du permis initial et dans certaines limites. Elle n'affecte pas la substance de leur droit au recours contre ces actes et est donc applicable immédiatement. Il faudra en revanche, le moment venu, vous poser la question d'une

connexité en cas de recours d'un tiers devant le tribunal administratif en même temps que l'instance d'appel.

Ces dispositions ne pourront bien sûr pas s'appliquer si la voie de l'appel est fermée et que le tribunal statue en premier et dernier ressort, pas plus que dans l'hypothèse où le permis de régularisation intervient à la suite de l'arrêt d'appel.

6. Appliquant immédiatement cette loi, vous en adopterez également le nouveau vocabulaire puisque le législateur a souhaité que l'acte pris pour régulariser un permis ou une déclaration préalable dont le juge a constaté qu'il est irrégulier ne soit plus assimilé à un permis modificatif ou à une déclaration modificative mais désigné comme une « mesure de régularisation », en l'espèce un permis de régularisation.

Nous vous proposons donc d'examiner les conclusions des époux B... contre le permis de régularisation. Elles nous semblent recevables : les formalités de l'article R. 600-1 sont sans objet dans cette configuration et vous n'avez jusqu'ici dégagé aucune règle de forclusion lorsqu'une partie attaque une mesure de régularisation atraite dans le litige en cours d'instance (CE, 19 juin 2017, *Syndicat des copropriétaires de la résidence Butte Stendhal*, n° 394677, et n° 398531, précitée ; CE, section, 22 décembre 2017, *Commune de Sempy*, n° 395963, Rec. P. 380), les conclusions ayant en tout état de cause été formées très rapidement. Au fond, le permis nous semble légal : il prend le parti de supprimer le toit à l'endroit litigieux pour créer tout simplement une véritable terrasse ; il régularise le vice sans créer aucune irrégularité invoquée au regard du règlement d'urbanisme. Aucun autre moyen n'est invoqué contre cet acte.

7. L'exercice vous aura donc conduits comme juge d'appel à exercer deux offices différents, juxtaposés, et qui auraient pu être complétés d'un troisième.

Dans un premier temps, vous avez été un juge d'appel du permis initial, sans tenir aucun compte du permis modificatif intervenu après l'annulation partielle prononcée par le tribunal. Ce faisant, vous avez examiné l'appel principal des voisins, qui demandaient d'annuler ce qui subsistait du permis initial et contestaient son caractère régularisable, et l'appel incident de la commune qui soutenait que le projet initial était entièrement conforme à son règlement d'urbanisme. Cet office correspond au droit commun de l'appel.

Vous avez ensuite, de façon dérogatoire au droit commun, examiné la légalité du permis de régularisation, comme premier juge de ce permis, en vertu de la nouvelle loi. Cet office se juxtapose au premier, puisque le permis modificatif ne rend pas sans objet, ou inopérante, la discussion de la partie du permis initial qu'il modifie, c'est-à-dire le projet de toiture transparente. Si vous aviez, dans votre premier office, annulé entièrement le permis initial, vous n'auriez pu qu'annuler par voie de conséquence le permis de régularisation. Si vous aviez au contraire validé entièrement ce permis initial, y compris pour sa toiture transparente, nous pensons que vous auriez pu examiner la légalité du permis modificatif, ouvrant ainsi la possibilité pour le pétitionnaire de réaliser son projet avec ou sans cette couverture transparente, le projet initial ou le projet modifié. Ce point n'est pas totalement évident car, à côté de jurisprudences qui ont estimé qu'en contentieux de l'urbanisme, un acte pris pour l'exécution d'un jugement ensuite annulé ne tombe pas par lui-même, mais doit être retiré par l'administration, quand cela est possible et dans un délai raisonnable (CE, sect., 7 octobre 2016, *Commune de Bordeaux*, n° 395211, Rec. p. 409 ; CE, avis cont., 25 mai 2018, *Préfet des Yvelines*, n° 417350, Rec. p. 240), il existe un courant de jurisprudence qui retient que

l'acte doit tomber ou être privé d'effet de *jure* (v. par ex. CE, 7 juin 2017, *Société Margo Cinéma*, n° 404480, T. p. 751). Dans notre hypothèse, la sécurité juridique du porteur de projet doit primer : si les deux projets, initial et modifié sont légaux, il aura donc le choix et ne doit pas pouvoir être privé du permis modificatif qu'il a entre temps pu exécuter. C'est d'ailleurs exactement ce qui s'est passé en l'espèce.

Rien ne s'oppose enfin à ce que le juge d'appel ouvre lui-même une phase de régularisation des actes qu'il examine.

8. En l'espèce, si vous nous suivez, vous allez rejeter toutes les conclusions formées en appel. Cette conclusion simple est l'aboutissement d'un chemin contentieux complexe, qui peut faire marquer un temps d'hésitation : la combinaison des différents mécanismes procéduraux mis en place par le législateur aboutit, selon les hypothèses, à un système d'un raffinement formidable qui pourrait s'avérer difficile à manier par les différents acteurs du procès. Or, les mêmes règles procédurales s'appliquent pour le permis de construire une nouvelle tour à La Défense ou pour la déclaration préalable à l'installation d'une cabane de jardin de 6 m². Pourtant, à chaque étape du raisonnement, prise séparément, nous sommes convaincu de la solution que nous vous avons proposée : elle nous semble à chaque fois la plus conforme aux textes et la plus équilibrée pour atteindre les objectifs du législateur tout en respectant les droits de chacun. Votre décision contribuera à éclairer le fonctionnement de cette nouvelle mécanique contentieuse. Cette complexification est le prix de cette évolution fondamentale qui consiste désormais à subordonner l'annulation d'une autorisation d'urbanisme à l'impossibilité ou à l'échec d'une procédure de régularisation.

PCM nous concluons donc :

- à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille n° 14MA03518 du 12 mai 2016 ;
- au rejet des conclusions d'appel des époux B... dirigées contre le jugement n° 1202308 du 2 juillet 2014 du tribunal administratif de Toulon et contre le permis de construire initial du 4 juillet 2012 ;
- au rejet de l'appel incident de la commune de Cogolin contre ce même jugement ;
- au rejet des conclusions additionnelles des époux B... contre le permis de régularisation du 23 juin 2015 ;
- au rejet, dans les circonstances de l'espèce, de toutes les conclusions tendant au remboursement des frais exposés sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.