

CONCLUSIONS

M. Vincent VILLETTE, rapporteur public

Si les enceintes résidentielles fermées ne constituent pas un phénomène nouveau¹, elles ont cependant connu un important développement au cours des vingt dernières années, à la faveur – notamment – d’un discours sécuritaire plus prégnant². **Cette propension à « s’isoler ensemble » a également été facilitée par un double assouplissement de la législation.** D’une part, la fermeture d’une copropriété peut, depuis 2006, être décidée à la majorité simple de l’assemblée des copropriétaires, alors que l’unanimité, puis la majorité qualifiée à compter de 1985, étaient auparavant requises³. D’autre part, la possibilité reconnue à l’autorité compétente de refuser l’édification d’une clôture « *lorsque celle-ci fait obstacle à la libre circulation des piétons admise par les usages locaux* »⁴ a été supprimée à compter d’octobre 2007, privant ainsi les maires d’un levier commode pour s’opposer à une enclosure⁵. Reste que la multiplication de ces *gated communities* à la française suscite la vigilance des maires, soucieux d’éviter une fragmentation sociale excessive de leur ville. L’affaire qui vient d’être appelée en constitue une illustration, même si son principal intérêt contentieux sera de vous conduire à revenir sur les conditions dans lesquelles le juge peut, après avoir annulé l’opposition à une déclaration préalable, enjoindre à l’autorité compétente de la délivrer.

¹ Que l’on songe, par exemple, au Parc de Montretout à Saint-Cloud (1832) ou à la villa Montmorency à Paris (1853)

² *Les gated communities aux Etats-Unis et en France : une innovation dans le développement périurbain ?*, R. Le Goix, Hérodote 2006/3 n° 122

³ V. les évolutions de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 (désormais art. 25, avant art. 26 c))

⁴ Ancien art. L. 441-3 du code de l’urbanisme, modifié sur ce point par l’ordonnance n° 2005-1527 du 08-12-2005 relative au permis de construire et aux autorisations d’urbanisme

⁵ Désormais, ainsi que vous l’avez jugé par votre récente décision *M. R.* (CE, 18-12-2019, n° 421644, B) seules « *les dispositions du règlement de plan local d’urbanisme (PLU) édictées spécifiquement pour régir* » la situation des clôtures leur sont opposables (v. *Sur quelles normes le mur de clôture doit-il s’appuyer ?*, M. Revert, RDI 2020.156)

Le litige vous transporte à Roquefort-les-Pins, située dans le département des Alpes-Maritimes. **Lassés d’actes d’incivilités récurrents qui troublaient leur tranquillité**, les copropriétaires du lotissement privé Giroval sud (composé de 32 maisons individuelles) ont voulu fermer leur entrée sur la voie publique grâce à deux portails. Le lotissement étant situé en site inscrit, l’association syndicale libre (ASL) chargée de sa gestion a dû déposer une déclaration préalable auprès de la mairie⁶. Le maire s’y est opposé au motif qu’une telle fermeture réduisait la défense contre l’incendie du secteur. L’association a attaqué cet arrêté du 26 octobre 2012 devant le tribunal administratif de Nice, qui en a prononcé l’annulation pour insuffisance de motivation en droit. En appel, la cour de Marseille, statuant dans le cadre de l’effet dévolutif, a confirmé la solution du tribunal et enjoint au maire de prendre une décision de non-opposition dans un délai de deux mois. C’est donc la commune qui persiste devant vous en cassation.

L’examen du pourvoi laisse une **impression contrastée**, puisque la fragilité de la décision du maire n’a d’égale que la fragilité du raisonnement de la cour. Détaillons-les successivement avant de déterminer les conséquences à en tirer en cassation.

S’agissant de la décision du maire, nous l’avons dit, elle se fonde à titre principal sur le fait qu’un portail réduirait **la défense contre l’incendie du secteur**. C’est donc une considération de sécurité publique qui justifie le refus litigieux, conformément à ce qu’autorise l’article R. 111-2 du code de l’urbanisme. Au soutien de cette analyse, le maire se prévalait de la proximité du lotissement avec une zone classée rouge par le plan de prévention des risques d’incendie de forêts (PPRIF), et d’un avis négatif émis par la SDIS. D’apparence implacable, le doute quant à la robustesse de cette motivation vient de ce que cet avis du SDIS, non motivé, a été rendu 2 mois après un premier avis qui estimait que « *la fermeture du lotissement ne pos[ait] aucun problème de défense incendie !* », et qu’il a été suivi, trois mois plus tard, d’un troisième avis, lequel, après une visite approfondie des lieux, concluait également à l’absence de risques. C’est cet enchaînement singulier – voire troublant – qui conduisait l’association à voir derrière cet avis négatif intercalaire l’influence du maire, par ailleurs vice-président du conseil départemental.

⁶ Art. R. 421-12 du code de l’urbanisme

Mais en réaction la cour, pour justifier l'annulation de cet arrêté, a développé **une motivation qui n'est pas non plus sans susciter un certain malaise**. En effet, les juges d'appel ont relevé que le projet n'aggravait pas le risque incendie *« dès lors, notamment, que le lotissement n'est pas classé en zone rouge du [PPRIF] »* et que *« le SDIS avait délivré, antérieurement à son avis défavorable, un avis favorable à ce projet de fermeture »*.

Or, d'une part, le fait que le lotissement ne soit pas classé en zone rouge ne permet pas, par lui-même, **de conclure à l'absence de risque incendie**. S'agissant des plans de prévention des risques en effet, votre approche se veut asymétrique : si l'appartenance à une zone rouge justifie généralement l'opposition puisque les prescriptions des plans⁷ s'imposent directement au pétitionnaire⁸, la non-appartenance à une telle zone ne fait pas obstacle à ce que le maire puisse, après une appréciation concrète des risques⁹, s'opposer au projet s'il n'est pas possible de l'assortir de prescriptions spéciales pour parer à ces risques¹⁰. D'autre part, vous savez que votre jurisprudence admet qu'un organe administratif consulté pour avis (conforme ou non) puisse, spontanément ou après avoir été sollicité une seconde fois, en changer tant que la décision afférente n'a pas été prise. Dans une telle hypothèse, c'est alors le second avis qui prévaut, sauf à ce qu'il apparaisse que ce changement de pied résulte d'une manœuvre ou d'une pression¹¹. Aussi, dans la mesure où la cour n'a pas ici explicité semblable détournement de pouvoir, le fait de se fonder uniquement sur l'avis initial en faisant abstraction du second paraît, en droit, assez fragile.

Face à cette situation de guingois, **vous avez en réalité deux options**. Soit, comme vous y invite le pourvoi, vous vous en tenez à une lecture stricte de l'arrêt. Dans ce cas, force est alors de constater que l'addition de deux arguments en eux-mêmes inopérants ne suffit pas à construire un raisonnement convaincant, de sorte que vous serez amenés à censurer l'erreur de droit commise par la cour. Soit vous estimez que, nonobstant une rédaction maladroite, les juges d'appel ont entendu apprécier – au prisme d'un contrôle normal – si le contexte justifiait le refus opposé par le maire. Au bénéfice de cette lecture, il devient clair que le rattachement du lotissement à la zone classée

⁷Le cas échéant complétées par l'autorité d'urbanisme (CE, 17-06-2015, *Mme L... Scotto*, n° 370181, C)

⁸CE, 04-05-2011, *Commune de Fondettes*, n° 321357, B

⁹CE, 15/02/2016, *M. N...*, n° 389103, B

¹⁰CE, 26-06-2019, *M. D...*, n° 412429, A ; v. pour une rédaction nette CE, 1CJS, 26-04-2017, *EURL 2B*, n° 400457, C

¹¹V., s'agissant d'une CAP, CE, 28-04-2006, *Commune de Toulon*, n° 278087, B

« danger incendie faible », de même que les attermoissements du SDIS, pouvaient être pris en compte au titre d'une pesée globale. Il n'y a donc pas d'erreur de droit, et l'appréciation portée dans ce cadre, suffisamment motivée, est exempte de dénaturation¹².

C'est cette seconde solution que nous vous proposons car elle nous semble **plus fidèle à ce qu'a voulu faire la cour** – qui, au surplus, avait sûrement en tête le troisième avis positif rendu par le SDIS, mais sans pouvoir en faire état car il était postérieur à la décision attaquée. Si vous nous suivez pour confirmer la cour, alors vous aurez à connaître des moyens dirigés contre la partie de l'arrêt relative à l'injonction faite au maire de délivrer une **décision de non-opposition à déclaration préalable**.

Sous l'empire des textes désormais applicables, la question serait plus facile à traiter.

En effet, la loi du 6 août 2015 (dite « loi Macron ») a modifié l'article L. 424-3 du code de l'urbanisme pour prévoir que lorsqu'une décision s'oppose à une déclaration préalable, elle doit désormais indiquer « *l'intégralité des motifs justifiant la décision de rejet ou d'opposition* ». En combinant cette nouvelle exigence (dont vous avez toléré qu'elle puisse se concrétiser dans votre prétoire, via la substitution de motifs) avec la prohibition de l'économie de moyens en cas d'annulation propre à ce contentieux¹³, vous en avez déduit dans votre avis *Préfet des Yvelines*¹⁴ que lorsque tous les motifs susceptibles de fonder l'opposition avaient été annulés, alors le juge devait, saisi de conclusions en ce sens, ordonner à l'autorité compétente de prendre une décision de non-opposition, sous réserve qu'un changement dans les circonstances de fait n'y fasse pas obstacle – l'évolution défavorable éventuelle des circonstances de droit étant, quant à elle, paralysée par le jeu de l'article L. 600-2¹⁵. C'est ainsi en considération de **cette double exigence législative d'exhaustivité** pesant à la fois sur l'administration et sur son juge que vous avez consacré ce pouvoir d'injonction-délivrance en urbanisme. Plaidait aussi dans le sens de cette lecture interventionniste l'intention nette du législateur en 2015, qui souhaitait dénouer

¹² V. sur ce degré de contrôle, votre décision *M. N...* (précitée)

¹³ Art L. 600-4-1 de ce code

¹⁴ CE, avis, 25-05-2018, *Préfet des Yvelines et autres*, n° 417350, A

¹⁵ La condition tenant à ce que l'intéressé en forme la demande étant regardée comme remplie lorsque le juge enjoint (CE, 23-02-2017, *Société Côte d'Opale*, n° 395274, C), tandis que la condition tenant à ce que l'annulation soit devenue définitive a été neutralisée

au plus vite les contentieux d'urbanisme pour éviter que les pétitionnaires, de guerre lasse, ne finissent par « *jeter l'éponge* »¹⁶.

Avant l'intervention de la loi du 6 août 2015 en revanche, force est de constater que vous vous montriez plus timorés puisqu'on ne trouve dans votre jurisprudence **aucune trace nette**¹⁷ **d'une telle injonction**. A dire vrai, cette absence – critiquée par une partie de la doctrine¹⁸ – ne s'explique pas par un interdit de principe, mais plutôt par une sorte de réflexe, né d'une réserve et d'une crainte¹⁹. **Une réserve, d'abord** : l'urbanisme suppose une instruction complexe, faisant intervenir une multiplicité de règles et ménageant souvent un pouvoir d'appréciation non négligeable à l'autorité administrative²⁰. Par suite, il s'avérait difficile de postuler que l'administration, quand bien même elle n'en aurait pas fait état au cours du débat contentieux, était insusceptible de se fonder sur d'autres motifs, légaux ceux-là, pour fonder un refus. L'administration n'étant ainsi pas en situation de « *compétence liée post-juridictionnelle* »²¹, l'existence de cette marge de manœuvre plaidait plutôt pour une simple injonction de réexamen²², conformément d'ailleurs à ce que se bornaient à solliciter, la plupart du temps, les requérants. **Une crainte, ensuite**. Au travers de cette retenue, il s'agissait aussi – de façon plus prosaïque – d'épargner au juge un travail supplémentaire d'instruction, en évitant d'ajouter au débat d'excès de pouvoir sur la légalité du refus un débat de plein contentieux sur la délivrance de l'acte en cause.

Ce cadre étant posé, il nous faut à présent en revenir à l'arrêt contesté. Sur ce point, la cour a repris le considérant *Préfet des Yvelines*, mais sans se référer à l'article L. 424-3 **qui n'était pas applicable *ratione temporis***. Sur cette base, d'une part, elle a relevé qu'il ne résultait pas de l'instruction qu'un autre motif de droit serait susceptible de fonder le refus. D'autre part, elle a estimé qu'aucune circonstance de fait intervenue entretemps ne faisait obstacle à ce qu'il soit fait droit à l'injonction demandée.

¹⁶ Accélérer les projets de construction, simplifier les procédures environnementales, moderniser la participation du public, rapport du préfet JP Dupont, 03-04-2015

¹⁷ Un seul contre-exemple, mais sans que ni votre décision, ni les conclusions du rapporteur public n'abordent véritablement cet aspect du litige : CE, 07-11-2012, *Consorts G...*, *Commune de Grans*, n° 334424, B

¹⁸ Pour la fin de l'inhibition du pouvoir d'injonction du juge administratif, B. Hachem, AJDA 2014.197

¹⁹ V. en ce sens : *Refus de permis illégal : le Conseil d'Etat redonne la main au pétitionnaire !*, M. Richard, AJDA 2018.1506

²⁰ V. *To do or not to do ... Le juge peut-il enjoindre de délivrer une autorisation d'urbanisme en conséquence de l'annulation de son refus ?*, E. Carpentier, AJDA 2018 p. 484

²¹ *Droit du contentieux administratif*, M. Guyomar et B. Seiller, Dalloz, coll. Hypercours, 2017, § 925

²² V. en ce sens CE, 07-02-2003, *SCEA Le Haras d'Achères II*, n° 200215, C ; CE, 29-01-2010, *Mme Lagravère*, n° 330480, C

Ce raisonnement est d'abord contesté sous **l'angle de l'erreur de droit**, le pourvoi reprochant en substance à la cour de s'être éloignée de la retenue qui était la vôtre avant la loi du 6 août 2015. A la réflexion, nous ne vous proposons pas de suivre la commune sur cette censure de principe, ce pour trois raisons.

Premièrement, pour légitimes qu'elles soient, **les considérations justifiant votre retenue ne constituent pas des obstacles juridiques insurmontables**. Il suffit ici de relever que dans d'autres matières, parfois tout aussi complexes et sujettes aux appréciations de fait, vous vous autorisez à enjoindre la délivrance d'un acte sans autre base légale que l'article L. 911-1 du code de justice administrative (CJA). Il en est ainsi, par exemple, en matière de visa²³, d'autorisation provisoire d'installation pour un dentiste²⁴ ou encore d'agrément en vue d'une adoption²⁵. Par ailleurs, si vous avez déjà pu censurer des juges du fond qui avaient enjoint une délivrance de permis²⁶, l'absence de fichage et le poids des considérations d'espèce excluent à nos yeux de donner une portée de principe à ce précédent.

Or, et c'est notre deuxième point, **il nous semble que le litige se prêtait bien à l'audace des juges d'appel**. D'une part, l'édification d'une clôture n'est soumise qu'à un nombre limité de normes, et les éléments factuels ne sont pas d'une complexité redoutable. Vous n'êtes donc pas ici face à une injonction de délivrer un permis de construire, autorisation qui peut soulever des questions bien plus épineuses et variées. D'autre part, l'examen du dossier montre que le maire a ici fait preuve d'une « *mauvaise volonté caractérisée* »²⁷ – ce qu'illustrent non seulement l'imbroglio autour de l'avis du SDIS mais aussi son refus, avant l'intervention de la CADA, de communiquer le premier avis du SDIS tout comme l'opposition qu'il a réitérée à la suite de l'annulation du tribunal. Au total, la simplicité relative de l'objet, couplée à l'obstination du maire, pouvaient conduire les juges d'appel à estimer que **tous** les éléments du débat de légalité étaient « sur la table », alors même que l'administration n'était pas encore soumise à l'obligation explicite d'abattre toutes ses cartes contentieuses.

²³ CE, 04-07-1997, *B...*, n° 156298, A

²⁴ CE, Section, 28-02-2001, *P... et L ;;;*, n°s 230112-230520, A

²⁵ CE, 28-07-2006, *Département des Yvelines c/ Mme S...*, n°s 289621-622, B

²⁶ CE, 03-06-2013, *Commune de Challex*, n° 350681, C

²⁷ Pour reprendre l'expression de X. de Lesquen dans ses conclusions sur CE, Section, 07-10-2016, *Commune de Bordeaux*, n° 395211, A

Troisièmement, le litige se rattache à une **queue de comète contentieuse** puisque les dispositions de l'article L. 424-3 ont désormais cinq ans d'âge. Dans ces conditions, l'assouplissement marginal que vous apporteriez, sur le tard, à votre jurisprudence nous semble peu susceptible d'engendrer des effets de bord mal maîtrisés.

La possibilité même d'une injonction-délivrance étant ainsi validée, reste à voir si les juges d'appel ont pu valablement, en l'espèce, y avoir recours. La commune ne faisait pas valoir de réels autres motifs devant les juges du fond et, symptomatiquement, elle ne soutient pas devant vous que des éléments de droit inédits auraient pu fonder son refus. Sa contestation en cassation se concentre seulement sur deux points.

Premièrement, elle reproche à la cour d'avoir entaché son arrêt de dénaturation en jugeant qu'il n'y avait pas de circonstances de fait nouvelles susceptibles de justifier le refus à la date de son arrêt. Mais la cour nous semble avoir bien jugé, **les pièces de son dossier ne faisant pas apparaître d'obstacles nouveaux rédhibitoires**²⁸.

Deuxièmement, sous l'angle de l'erreur de droit, la commune reproche à la cour de n'avoir pas tenu compte de la décision du 29 août 2017 par laquelle elle a réédité, après réexamen, son opposition à déclaration préalable. Mais l'existence de cette seconde décision ne saurait en elle-même suffire **à faire obstacle à une injonction-délivrance**, sauf à paralyser le pouvoir d'intervention du juge. Une telle paralysie serait du reste d'autant plus malvenue qu'il pourrait arriver que cette seconde décision soit fondée sur des considérations de droit qui, par le jeu du L. 600-2, ne seraient pourtant pas applicables au juge de l'injonction, lequel statue au regard de l'état du droit applicable à la date de la décision d'opposition annulée. En réalité, ce n'est donc pas la seconde décision d'opposition mais uniquement les motifs qui la sous-tendent dont le juge d'injonction doit tenir compte pour déterminer si ces motifs, soit qu'ils se rattachent à un motif de droit applicable *ratione temporis*, soit qu'ils mettent en lumière une circonstance de

²⁸ D'abord, le troisième avis du SDIS de janvier 2013, déjà évoqué, confortait l'absence de risques incendie, ce que confirmait également une autre lettre datée du 9 novembre 2017. Ensuite, contrairement à ce que soutient la commune, la lettre du SDIS en date du 1^{er} juillet 2017 ne portait pas sur le portail litigieux, mais sur deux accès piétons annexes. Enfin, si la requérante reproche à la cour d'avoir jugé que la commune avait « spontanément » réexaminé la déclaration préalable alors que ce réexamen résultait d'une demande de l'association consécutive à l'annulation, par le tribunal administratif, de la décision d'opposition, le recours à l'adverbe « spontanément » doit se comprendre ici non dans son sens littéral mais par opposition à « sur injonction du juge ».

fait pertinente, doivent conduire à rejeter les conclusions d'injonction-délivrance. En l'occurrence, la décision du 29 août 2017 se fonde toujours sur le risque incendie, en se prévalant de la lettre du SDIS en date du 1er août 2017. Toutefois, nous l'avons dit, cette lettre concernait non le portail mais des accès secondaires et, en tout état de cause, il ressort des pièces du dossier que les difficultés alors identifiées par les pompiers avaient été levées à la date de l'arrêt²⁹. En conséquence, ce courrier ne pouvait constituer une circonstance nouvelle susceptible de s'opposer à l'injonction délivrance. Au total, même s'il est vrai que la cour aurait gagné à mieux expliciter son raisonnement sur ce point, il nous semble donc qu'elle n'a commis aucune erreur de droit et que son arrêt peut être regardé comme suffisamment motivé.

PCMNC au rejet du pourvoi et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la commune de Roquefort-les-pins au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

²⁹ Cf. courrier du 11 juin 2018