

N° 437429

Epoux V... et autres

1^{ère} et 4^{ème} chambres réunies

Séance du 12 mai 2021

Lecture du 28 mai 2021

CONCLUSIONS

M. Vincent VILLETTE, rapporteur public

Co-fondateur de l'ouvroir de littérature potentielle – l'OULIPO – Raymond Queneau aimait à dire que ses membres avaient en commun de « *se construire eux-mêmes le labyrinthe dont ils se propos[ai]ent ensuite de sortir* ». Le juge de l'urbanisme pourrait faire sienne cette devise, tant les contraintes procédurales propres à ce contentieux, contraintes dont il a encouragé l'essor, forment désormais **un écheveau duquel il s'avère périlleux de sortir indemne**. La présente affaire en fournit une saisissante illustration, à propos du maniement du mécanisme de régularisation prévu par l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme.

En l'espèce, tout part d'un projet d'ampleur, porté par M. Dos Santos et tendant à la construction de 14 villas individuelles en bordure du parc national des Calanques. Le maire de Marseille lui a délivré un permis de construire à cette fin en juin 2013. Plusieurs voisins ont formé un recours contre cet arrêté devant le tribunal administratif de Marseille. Après que leur jugement de rejet a été annulé en cassation pour dénaturation, les premiers juges à qui vous avez renvoyé l'affaire ont estimé que ce permis était entaché d'un vice et, conformément à la logique prescrite par l'article L. 600-5-1, **ils ont sursis à statuer en laissant au pétitionnaire 4 mois pour régulariser son projet**. Un permis de régularisation a alors été délivré par la municipalité en janvier 2019 et la requête a finalement été rejetée par un jugement en date du 7 novembre 2019, ce qui explique que les voisins mécontents vous saisissent à nouveau en cassation.

Ce second jugement nous paraît problématique **sur deux points**.

Premièrement, le tribunal a rejeté comme irrecevable la contestation contre la mesure de régularisation, motif pris de ce que les requérants ne justifiaient pas **avoir satisfait à l'obligation de notification prévue à l'article R. 600-1 du code de l'urbanisme**. Ce raisonnement nous paraît assurément erroné, même si la manière d'arriver à cette conclusion mérite quelques développements.

En l'état des textes, ce raisonnement traduirait **une méconnaissance frontale de la lettre même de cet article R. 600-1** puisque le décret¹ du 10 avril 2019 est venu le modifier pour préciser que cette exigence de notification ne s'appliquait pas en cas de contestation d'une

¹ N° 2019-303

mesure de régularisation intervenue en cours d'instance. Cette circonstance ne saurait toutefois s'avérer ici déterminante dès lors que cette modification ne trouvait pas à s'appliquer au présent litige. En effet, si vous avez déjà jugé que la règle prévue à l'article R. 600-1 était **de pure procédure**², et à ce titre applicable immédiatement³, encore faut-il que l'espèce se soit déroulée «*sous son empire*»⁴. Or, en l'occurrence, quand bien même le jugement date de novembre, les conclusions dirigées contre la mesure de régularisation étant intervenues antérieurement à l'entrée en vigueur de ce décret, de sorte le tribunal n'aurait pu en faire application sans méconnaître le principe de non-rétroactivité des actes administratifs.

Ceci étant, cette inapplicabilité de la règle de droit nous semble sans incidence sur le sens de la solution dans la mesure où, à nos yeux, **le décret du 10 avril 2019 n'a fait qu'explicitier ce qui se déduisait de votre jurisprudence et de l'économie des textes**. En effet, à partir du moment où vous estimiez, avant même que cela ne soit formalisé par l'article L. 600-5-2⁵, que la contestation de la mesure de régularisation se retrouvait nécessairement attraitée dans l'instance relative au permis initial⁶, il s'en déduisait déjà que l'article R. 600-1 devenait, dans cette mesure, «*sans objet*»⁷. En effet, il n'est pas besoin de rappeler longuement que l'exigence de notification a avant tout été conçue **dans une optique de sécurité juridique** pour permettre au pétitionnaire comme à la collectivité de mesurer au plus tôt les risques contentieux auxquels le projet s'exposait⁸. Or, l'on perçoit d'emblée que cette préoccupation n'a pas véritablement de sens dans une telle configuration⁹ puisque, par hypothèse, le titulaire des droits à construire comme l'autorité de délivrance savent que **le projet est contesté par les requérants initiaux**. Il y aurait d'ailleurs un singulier et piègeux paradoxe à faire jouer cette obligation de notification alors même que l'article L. 600-5-1 prévoit expressément que le juge doit inviter les parties à présenter leurs observations sur la mesure de régularisation une fois que celle-ci lui a été notifiée...

Même si vous n'êtes pas obligés de trancher ce point, soulignons que la question se pose en revanche en des termes différents s'agissant des tiers, c'est-à-dire des requérants qui **attaquent la mesure de régularisation sans avoir auparavant contesté le permis originel**.

Précisons d'abord que **ces tiers ne relèvent pas de l'article L. 600-5-2, qui couvre uniquement les parties à l'instance initiale**. Par suite, les dispositions du décret du 10 avril 2019, dont le champ est calé sur celui de cet article législatif, ne s'appliquent pas à eux.

Malgré cette absence de dispense expresse, le doute peut naître de ce que vous avez décidé de rattacher également la contestation de ces tiers à **l'instance initiale**, non par le truchement

² CE, 13-03-1998, *Vanslebrouck*, n° 171295, B et CE, avis, 19-11-2008, *Société Sahelac et Mme Juventin*, n° 317279, A

³ à la différence des «*règles affectant la substance du droit de former un recours (...) contre une décision administrative*» (Conclusions A. Courrèges sur : CE, 11-07-2008, *Association des amis des paysages bourganiauds*, n° 313386, B), lesquelles ne peuvent trouver à s'appliquer aux décisions administratives prises antérieurement à leur entrée en vigueur

⁴ Citation du Doyen Roubier mentionnée par M. Vialettes dans ses conclusions sur CE, 17-02-2012, *SCI 14 rue Bosquet*, n° 337567, A

⁵ Texte d'application immédiate, y compris aux instances en cours (décision *Commune de Cogolin* (précitée))

⁶ V. CE, 19-06-2017, *Syndicat des copropriétaires de la résidence Butte Stendhal et autres*, n° 398531, B

⁷ V. sur ce point les conclusions de L. Dutheillet de Lamotte sur CE, Section, 15-02-2019, *Commune de Cogolin*, n° 401384, A

⁸ Nous renvoyons sur ce point à nos conclusions sur la décision CE, 15-07-2020, *M. et Mme Fabre*, n° 433332, C

⁹ Le rapport de la présidente Maugué recommandait d'ailleurs de supprimer l'obligation de notification dans cette mesure, celle-ci devenant «*superflue*»

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.

spécifique de l'article L. 600-5-2 mais par la voie, générale, de la connexité¹⁰. **En conséquence, ce recours des tiers n'ouvre pas une nouvelle bataille : il en étend simplement la ligne de front.** Cette circonstance pourrait vous conduire à penser, là encore, que l'obligation de notification perd de son sens puisque les défendeurs sont déjà sur la brèche. Nous serions toutefois réticents à aller jusqu'à désactiver cette obligation par la voie prétorienne, pour deux raisons. D'une part, même si son acuité s'émousse, l'exigence de sécurité juridique qui est au fondement de l'obligation de notification conserve ici un objet puisque cette notification permet au pétitionnaire de connaître au plus tôt l'intégralité du risque contentieux auquel son projet s'expose, pour pouvoir décider en toute connaissance de cause s'il en suspend l'exécution tant que le litige est pendant. D'autre part, quoique cette dimension soit plus secondaire, l'obligation de notification a aussi été pensée comme une manière de responsabiliser les requérants, en les poussant à réaliser que le dépôt d'une requête n'est pas anodin et porte préjudice à autrui. Or, à cette aune, **l'on s'aperçoit que les requérants initiaux et les tiers sont dans une situation bien différente** : là où, en quelque sorte, les premiers ont déjà franchi le Rubicon au moment ils ont attaqué le permis originel, les seconds n'ont pas encore été amenés à conscientiser l'importance d'un recours contentieux. Ce double standard justifie, selon nous, une application différenciée de l'article R. 600-1.

Au total, nous vous invitons donc à juger que les requérants initiaux ne sauraient être soumis à l'obligation de notification lorsqu'ils contestent la mesure de régularisation prise en application de l'article L. 600-5-1, tandis que les tiers qui engagent un contentieux contre cette même mesure doivent, eux, continuer à satisfaire à cette exigence. A cette aune, le tribunal a donc commis une erreur de droit.

Mais le jugement attaqué est aussi entaché d'une deuxième erreur puisque **le tribunal a malmené la logique de l'article L. 600-5-1.** En effet, la mise en œuvre d'une régularisation sur ce fondement suppose en principe que la situation contentieuse soit devenue binaire : d'une part, le juge doit avoir écarté l'ensemble des moyens infondés¹¹ dirigés contre le permis attaqué et, d'autre part, il doit avoir identifié les vices entachant l'autorisation pour ensuite déterminer si ceux-ci sont régularisables. Une telle dichotomie s'avère indispensable puisque c'est elle qui, en épuisant le débat contre le permis initial dans le cadre de l'avant-dire-droit, justifie ensuite de **focaliser la suite de la discussion contentieuse sur la mesure de la régularisation, pour déterminer si cette dernière a bien régularisé les vices identifiés ou si elle est entachée d'illégalités propres**¹². C'est ce principe que vous venez de réaffirmer par votre décision *M. et Mme B...*¹³.

Or, dans la présente affaire, le tribunal a ici sursis à statuer sur des moyens **qu'il ne se sentait pas en mesure d'examiner dans le cadre de son jugement avant-dire-droit.** Cette situation prend racine dans le fait qu'en l'espèce, le vice retenu était tiré de l'insuffisance du dossier de

¹⁰ V. sur cette question : *Le médecin malgré lui*, C. Malverti et C. Beaufiles, AJDA 2019.752

¹¹ CE, 05-02-2021, *M. et Mme B...*, n° 430990, B

¹² V. les conclusions d'A. Bretonneau sur votre décision CE, 19-06-2017, *Syndicat des copropriétaires de la résidence Butte Stendhal et autres*, n°s 394677 397149, B

¹³CE, 05-02-2021, n° 430990, B

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.

demande : les premiers juges ont estimé que cette insuffisance les mettait dans l'impossibilité de se prononcer sur deux autres moyens, de fond, tenant à l'insertion du projet dans le site et il a par suite sursis à leur examen. Nous comprenons une telle gêne. Toutefois, il nous semble que la réponse ensuite apportée par les premiers juges n'a pas été la bonne. En effet, malgré l'irrecevabilité qu'il avait opposée, à tort, à la contestation de la mesure de régularisation, le tribunal a quand même examiné, à la lumière de la régularisation, les moyens qu'il avait laissés en suspens. En quelque sorte, il a raisonné en scindant intellectuellement la mesure de régularisation : il a accepté d'en tenir compte en tant qu'elle lui permettait de vérifier si les moyens accueilli ou laissés en suspens dans le cadre de l'avant-dire-droit étaient bien régularisés. En revanche, il a refusé d'examiner cette mesure en tant qu'elle faisait l'objet d'une contestation autonome. Or, semblable raisonnement nous semble procéder d'une erreur de droit dans la mesure où il repose en quelque sorte sur le postulat, erroné, selon lequel la mesure de régularisation ne serait susceptible que de purger les vices initiaux, sans pouvoir être elle-même entachée d'un vice propre.

S'agissant d'une seconde cassation, **vous devrez alors régler l'affaire au fond**. Dans ce cadre, vous l'aurez compris, vous vous retrouvez liés par le choix fait dans le cadre de l'avant-dire-droit et consistant à sursoir à l'examen de certains moyens.

A la réflexion, il nous semble que **vous avez deux possibilités**. Soit vous rouvrez, à titre exceptionnel, une fenêtre de tir contre le permis initial en tirant toutes les conséquences de ce que les premiers juges n'avaient pas totalement purgé le litige contre cet acte au stade du premier jugement¹⁴. Soit vous estimez que le permis originel, pris isolément, n'est plus l'objet du second litige, de sorte que c'est à l'aune du permis initial tel que modifié par la régularisation qu'il vous faudra alors apprécier si ces vices hypothétiques s'avèrent en définitive fondés.

La seconde option nous semble clairement la plus adaptée. D'une part, elle évite qu'une décision du Conseil d'Etat ne donne à penser que le second jugement pourrait être l'occasion d'un nouveau débat contre le permis initial, ce qui – nous l'avons dit – ne correspond pas à la logique induite par l'article L. 600-5-1. D'autre part, si vous vouliez achever proprement le premier litige et si vous jugiez fondés les moyens dirigés contre le seul permis originel au regard des dispositions alors applicables, une telle solution serait assez platonique dans la mesure où, au moment de vous interroger sur la possibilité d'une régularisation, vous seriez conduits à vous interroger sur le point de savoir si ces vices subsistent compte tenu du permis ultérieurement délivré. En somme, vous vous retrouveriez à vous prononcer sur du droit dépassé. L'espèce est à cet égard symptomatique des difficultés induites par un tel choix puisque les éléments fournis après l'avant-dire-droit pour compléter le dossier portaient non pas sur le projet dans son état originel mais bien sur le projet tel qu'il avait vocation à évoluer au bénéfice de la régularisation, de sorte qu'il serait difficile, voire vain, sur la base de ces éléments, d'apprécier la légalité de l'insertion du projet correspondant au strict permis initial.

¹⁴ Cette possibilité pouvant se réclamer de votre décision *M. et Mme B...* (précitée) à l'occasion de laquelle vous avez jugé que le second jugement n'était pas irrégulier du seul fait qu'il écartait un moyen dirigé contre l'autorisation initiale auquel le premier jugement avait omis de répondre

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.

En conséquence, vous aurez d'abord à déterminer non seulement si le vice clairement identifié a été régularisé, **mais aussi si les deux vices laissés en suspens ont été corrigés par l'intervention du second permis.**

S'agissant de l'insuffisance du dossier de demande, il est clair que le renforcement du dossier de demande après le premier jugement **a régularisé la méconnaissance de l'article R. 431-10 du code de l'urbanisme**, en permettant à l'autorité administrative, grâce à la production de nombreuses photographies, de se prononcer de façon éclairée sur l'insertion du projet dans son environnement – proche comme lointain.

S'agissant des deux autres vices, **vous ne pourrez que constater qu'en tout état de cause, ils n'affectent plus le permis après la mesure de régularisation.** D'une part, l'article UI 11 du règlement du POS n'était plus applicable en janvier 2019. D'autre part, si les requérants soutiennent que le projet méconnaît l'article R. 111-27 du code de l'urbanisme, cette argumentation n'apparaît pas davantage susceptible de prospérer. En effet, en appliquant la méthode issue de votre décision *Association Engoulevent*¹⁵, il ressort des pièces du dossier que le site, quoique situé à l'ouest du parc des Calanques, jouxte une zone déjà urbanisée et hétéroclite – le quartier Sormiou – tandis que l'impact du projet litigieux sur ce site a vocation à rester limité compte tenu du repositionnement des villas, de leur architecture sobre et du fait qu'elles sont entourées de végétations. Il n'y a donc pas d'erreur manifeste¹⁶ sur ce point, et l'appartenance de la parcelle à une zone naturelle d'intérêt écologique, faunistique et floristique (ZNIEFF) n'est pas, à elle seule, de nature à modifier cette analyse¹⁷.

Les **autres moyens** soulevés à l'encontre de la régularisation, que le tribunal n'avait pas examinés à raison de l'irrecevabilité opposée à tort, ne sauraient davantage vous retenir. D'abord, les changements apportés dans ce cadre – à savoir avant tout la suppression de 2 des 14 villas initialement envisagées – ne sont pas tels qu'ils traduiraient un bouleversement de la nature même du projet au sens de votre avis *Barrieu*¹⁸. Ensuite, les requérants soutiennent que le maire de Marseille aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en refusant de surseoir à statuer sur la demande de régularisation alors pourtant que le projet méconnaissait le PLU intercommunal en cours d'adoption. Mais, sur ce point, ils se bornent à faire valoir que le projet comportait une emprise au sol supérieure à celle qui avait vocation à être autorisée par le futur plan. Or, dans la mesure où la régularisation n'a pas modifié la surface d'emprise en sol par rapport au permis initial, il s'en déduit qu'un tel moyen doit être écarté comme inopérant, conformément à la logique rappelée par votre récente décision *Mme W...*¹⁹. Enfin, les contestations relatives à l'absence d'aire de retournement, au risque incendie (distance excessive à un hydrant) et à l'incompatibilité avec l'orientation d'aménagement dite « frange urbaine » nous paraissent elles aussi inopérantes dès lors que le permis initial n'a pas été affecté, sur ces différents points, par la régularisation litigieuse.

Vous devez donc rejeter la requête.

¹⁵ CE, 13-07-2012, n°s 345970 346280, B

¹⁶ Sur ce degré de contrôle : v. CE, 21-07-1989, *F.A.S.E et autres*, n°s 95755-895, B

¹⁷ V. en ce sens : CE, 03-06-2020, *Commune de Piana*, n° 422182, B

¹⁸ CE, Section, 02-10-2020, n° 438318, A

¹⁹ V. sur cette inopérance : CE, 17-03-2021, *Mme W...*, n° 436073, B

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.

En guise de bouquet final, cette affaire pourrait aussi constituer l'occasion d'apporter une inflexion à **votre jurisprudence en matière de frais irrépétibles**. De prime abord, dès lors que les voisins mécontents voient *in fine* leur requête rejetée, ils devraient être envisagés comme la partie perdante pour l'essentiel, ce qui entraîne la mise à leur charge des frais. Pour autant, **cette approche nous semble faire trop peu de cas du fait que ce rejet intervient à l'issue d'une régularisation**. Certes, nous n'ignorons pas que vous avez déjà jugé – et fiché²⁰ – dans votre décision *Syndicat des copropriétaires de la résidence Butte Stendhal et autres* que cette circonstance était sans incidence sur le fait que les requérants initiaux devaient être regardés comme la partie perdante.

Mais, d'abord, il nous semble que l'ampleur prise depuis lors par les mécanismes de régularisation invite à revenir sur cette jurisprudence, dans la mesure où ces mécanismes permettent désormais, au prix d'importantes modifications, de passer l'éponge sur des illégalités pourtant grossières – illégalités qui justifiaient donc pleinement que le juge fût saisi d'un recours contre l'autorisation initiale. Ensuite, et de façon plus principielle, force est de constater que l'évolution du droit de l'urbanisme assigne désormais le requérant à une posture altruiste puisque son intervention consiste à aiguillonner l'autorisation de construire vers la légalité, la perspective d'une annulation devenant quasi-chimérique. A nos yeux, cette tendance – qui relativise l'avantage²¹ qu'un requérant peut espérer tirer de son recours – est déjà suffisamment pesante pour que vous n'ayez pas à ajouter un facteur de dissuasion supplémentaire. Enfin, pour le dire familièrement, cette jurisprudence est perçue – par la doctrine²² et une partie des praticiens²³ – comme « la goutte d'eau qui fait déborder le vase », c'est-à-dire comme le symbole de ce que le mouvement de balancier, en urbanisme, est allé trop loin dans le sens de la protection des droits à construire en transformant la procédure juridictionnelle en « *une session de rattrapage pour l'administration (...) voire en la dernière étape du processus décisionnel* »²⁴. **En infléchissant cette jurisprudence, vous enverriez ainsi un signal de tempérance qui nous semblerait très opportun.**

Au total, en prolongeant ce que vous aviez timidement esquissé par votre décision *Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier sis 86 à 94 rue Gutenberg*²⁵, nous vous proposons donc de juger que dans une telle configuration, **le requérant ne devrait pas, en principe, être regardé comme la partie perdante**. Et, en l'occurrence, il n'y aurait pas lieu de déroger à ce nouveau principe de sorte que vous pourriez rejeter les conclusions présentées en défense au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

PCMNC :

- **A l'annulation du jugement en tant qu'il a rejeté la demande de M. V... et autres ;**
- **Au rejet de la demande présentée par M. V... et autres ;**

²⁰ N°s 394677 397149 (précitée)

²¹ Alors qu'E. Laferrière lui-même affirmait « *qu'on n'a pas d'action si l'on ne peut retirer aucun effet utilement du jugement que l'on sollicite* » (v. son Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, t. 2, Berger-Levrault, 1^{re} édition, 1888, p. 4056)

²² V. par exemple : *Les décisions régularisées*, B. Seiller, RFDA 2019.791 ou les différentes interventions au colloque qui s'est tenu à Perpignan le 14 mars 2019, consacré au droit au juge à l'épreuve de l'évolution du contentieux de l'urbanisme

²³ V. pour un billet d'humeur en ce sens : *La légende de l'annulation*, F. Martin, RFDA 2021.134

²⁴ *Les décisions régularisées* (précitées)

²⁵ CE, 24-07-2019, *Syndicat des copropriétaires de l'ensemble immobilier sis 86 à 94 rue Gutenberg*, n° 430473, C

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.

- **Au rejet de l'ensemble des conclusions présentées en défense au titre de l'article L. 761-1 du CJA.**

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.