N° 426346 – M. ... et autres

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 15 janvier 2020

Lecture du 30 janvier 2020

CONCLUSIONS

M. Alexandre Lallet, rapporteur public

Les requérants ont saisi le tribunal administratif de Lyon, le 1^{er} février 2017, d'un recours contre un permis de construire portant sur un immeuble d'habitation collectif et un parking à Chaponnay, dans l'agglomération lyonnaise. Il ne s'est rien passé dans ce dossier pendant près de neuf mois. Trouvant le temps long, le tribunal a d'abord notifié aux parties, sur le fondement de l'article R. 611-7-1 du code de justice administrative, une ordonnance dite de cristallisation des moyens, fixant au 30 novembre 2017 la date à compter de laquelle celles-ci ne pourraient plus invoquer de nouveaux moyens. Puis, ne voyant toujours rien venir du côté des défendeurs, il a fixé la clôture de l'instruction au 26 janvier 2018. La commune et la société bénéficiaire des permis ont alors produit leur premier mémoire en défense les 23 et 25 janvier, ce qui a conduit le tribunal à fixer une nouvelle date de clôture au 30 mars, date à laquelle les requérants ont répliqué en soulevant un nouveau moyen tiré de la méconnaissance des règles d'implantation des constructions par rapport aux limites séparatives.

La décision que le tribunal a finalement rendue en octobre 2018 écarte comme irrecevable le moyen nouveau soulevé en réplique contre le permis initial, au motif que le débat contentieux était cristallisé depuis le 30 novembre 2017.

A l'appui de leur pourvoi en cassation¹, les requérants soutiennent que le tribunal ne pouvait, sans méconnaître l'article R. 611-7-1 et, plus précisément, l'exigence qu'il pose que l'affaire soit « *en état d'être jugée* », décider de cristalliser le champ du débat contentieux alors qu'aucune défense n'avait encore été produite.

L'article R. 611-7-1, introduit par le décret dit JADE (n° 2016-1480 du 2 novembre 2016), est le fruit de la généralisation adaptée de l'ancien article R. 600-4 du code de l'urbanisme qui prévoyait que, saisi d'une demande motivée en ce sens, le juge pouvait interdire l'invocation de moyens nouveaux contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager à compter d'une certaine date. Il permet, en amont de la clôture de l'instruction qui fige le débat

¹ Ce qu'est ce recours, car le permis porte sur un immeuble d'habitation et Chaponnay figure sur la liste des communes soumises à la taxe sur les logements vacants (V. le décret n° 2013-392 du 10 mai 2013).

contentieux², d'empêcher son élargissement, parfois orchestré par le requérant à des fins dilatoires, sans faire obstacle à son approfondissement : les parties peuvent continuer de débattre des moyens soulevés en produisant des pièces et arguments nouveaux, mais pas invoquer de nouveaux moyens, sous réserve, sans doute, des moyens d'ordre public, que le juge devrait de toute façon relever d'office, et peut-être et par analogie avec la notion de moyens nouveaux en cassation, des moyens nés de mémoires en défense présentés après la cristallisation³. Précisons qu'en tout état de cause, le moyen soulevé en réplique en l'espèce ne relève ni de l'une, ni de l'autre de ces catégories.

Le rapport du groupe de travail présidé par Odile Piérart qui est à l'origine de cette innovation relative ne fournit aucun indice sur la portée que les auteurs du texte ont pu vouloir conférer à la formule introductive « *Lorsque l'affaire est en état d'être jugée...* ». On comprend seulement que son objectif est d'éviter un corsetage prématuré du débat contradictoire qui pourrait être mû par la volonté d'améliorer les statistiques de la juridiction ou le confort des magistrats plus que par celle de faire barrage à la pratique dilatoire de l'égrenage des moyens.

La notion d'« affaire en l'état d'être jugée » est assez mystérieuse. Elle n'est pas définie par le code de justice administrative, si ce n'est pour le cas particulier des référés d'urgence⁴. Elle ne l'est pas non plus de manière claire et univoque par la jurisprudence, alors qu'elle conditionne depuis toujours la possibilité de juger l'affaire en dépit du décès du requérant ou de la perte du dossier, c'est-à-dire d'écarter le « non-lieu en l'état », et, jusqu'en 1981, celle d'évoquer l'affaire après annulation d'un jugement par le juge d'appel⁵.

Dans une première acception de cette notion, qu'on trouve dans les développements que le Président Odent consacre à l'évocation par le juge d'appel, une affaire est en l'état **lorsqu'il peut y être statué sans nouvelle mesure d'instruction**⁶. Mais il va de soi qu'on ne saurait

² Sous réserve de sa réouverture et des possibilités offertes par les articles R. 611-7 et R. 613-1-1 du code de justice administrative pour organiser un débat postérieurement à la clôture de l'instruction sans la rouvrir entièrement.

³ La question mériterait une analyse plus approfondie que celle à laquelle nous nous sommes livré. Mais notre intuition est qu'un moyen que le requérant n'était pas raisonnablement en mesure de soulever avant cristallisation et dont la pertinence n'a été révélée que par les écritures en défense, devrait être admis. D'une part, il serait très sévère d'interdire à un requérant qui a soutenu avant cristallisation que le signataire de la décision attaquée ne disposait d'aucune délégation de signature ne puisse, en réplique à un mémoire en défense produisant cette délégation après cristallisation, soutenir qu'elle n'a pas été publiée ou qu'elle est irrégulière. D'autre part, une approche trop rigoriste inciterait les requérants à multiplier les moyens de pure précaution (quitte à invoquer « à l'aveugle » la méconnaissance de tous les articles du PLU) pour se ménager la possibilité de les approfondir au vu de la défense. Le résultat serait aux antipodes des objectifs recherchés par le dispositif. Enfin, dès lors que la cristallisation prononcée en première instance ne produit pas d'effet en appel, il sera possible au requérant de soulever le moyen à ce stade (sauf pour les recours régis par l'article R. 811-1-1 du CJA). Ceci plaide pour une approche raisonnable des effets de la cristallisation. La condition d'une telle exception est que la notion de « moyen né du mémoire en défense » soit définie restrictivement.

⁴ « Une affaire est réputée en état d'être jugée dès lors que la requête a été notifiée aux défendeurs et que les parties ont été régulièrement convoquées à une audience publique pour y présenter leurs observations » (art. R. 522-7 du CJA).

⁵ On la trouve également, et plus logiquement, à l'article R. 611-11-1 du CJA, pour ce qui concerne l'information des parties sur la date à laquelle il est envisagé d'appeler l'affaire à l'audience.

⁶ Ce qui n'est pas le cas, par exemple, lorsqu'il y a matière à question préjudicielle au juge judiciaire : CE,

contraindre à ce point la cristallisation des moyens. A défaut, le juge ne pourrait plus, fût-ce pour tirer au clair les mérites d'un moyen antérieurement soulevé, procéder à une mesure supplémentaire d'instruction nécessaire, par exemple en faisant produire une pièce, sans décristalliser tout le débat contentieux. Plus largement, limiter la possibilité de cristallisation au cas où l'instruction est close ou sur le point de l'être revient à priver ce dispositif de tout effet utile, d'autant que la clôture d'instruction met fin aux effets de l'ordonnance de cristallisation (avis CE, 13 février 2019, *Société Active immobilier*, n° 425568, aux T.). On aboutirait à l'absurdité relevée par notre consœur Anne Iljic dans ses conclusions sur cet avis : la mise en l'état du dossier serait la condition de la cristallisation alors qu'elle devrait en être une conséquence.

Dans une autre acception, plus subjective, une affaire est en état d'être jugée **lorsque le juge estime qu'elle l'est**, au vu des productions et sans préjudice de leur poursuite et de mesures supplémentaires d'instruction, ce alors même qu'aucun mémoire en défense n'a encore été produit. Vous avez ainsi jugé que, si le défendeur n'a pas produit de mémoire en défense, la juridiction qui estime l'affaire en l'état peut statuer sans être tenue de le mettre en demeure de présenter ses observations en défense⁷ (CE, Assemblée, 8 avril 1987, *Ministre de la santé c/ Tête*, n° 45172, au Rec.)⁸. C'est du reste une pratique courante au Palais-Royal.

On trouve trace de cette conception subjective dans deux décisions qui, pour l'application de l'article R. 611-7-1 du code de justice administrative et pour celle de l'article R. 600-4 du code de l'urbanisme qui n'en disait pourtant rien, permettent au juge de cristalliser les moyens « *lorsqu'il considère que l'affaire est en état d'être jugée* » (V. respectivement votre avis *Société active immobilier* précité et la décision *B... et autres* du 24 avril 2019, n° 417175-417198, aux T.).

Mais on ne peut s'en remettre entièrement à la libre appréciation du juge, sauf à escamoter purement et simplement ce qui se présente, dans la lettre du texte, comme une condition. Condition dont nous suspectons qu'elle est la contrepartie de l'abandon de l'exigence d'une demande d'une partie qui figurait à l'article R. 600-4 du code de l'urbanisme. On le peut d'autant moins que, sans en expliciter la portée, vous y avez vu une garantie permettant d'admettre la conformité de ce dispositif au droit au recours constitutionnellement et conventionnellement garanti (CE, 13 février 2019, *Syndicat de la juridiction administrative et autres*, n° 406606, 410872, 419467⁹). Il faudrait donc poser une **limite** à la liberté du juge.

Vous pourriez considérer, au cas par cas, qu'une utilisation trop précoce du pouvoir de cristallisation peut en caractériser un **usage abusif**. Il n'y a aucune raison, en effet, de ne pas transposer en la matière la jurisprudence que vous avez rendue pour les ordonnances de rejet

Assemblée, 14 avril 1967, *Association d'éducation populaire de l'école de l'enfant Jésus*, n° 63810, au Rec.

⁷ Dans le même sens, l'article 760 du code de procédure civile prévoit expressément le renvoi à l'audience d'une affaire en état d'être jugée sur le fond, alors que le défendeur n'a pas comparu.

⁸ V. aussi CE, 24 février 1989, *Secrétaire d'Etat à la mer c/ A...*, n° 92525, aux T., le fichage précisant que l'affaire est en état même si aucun mémoire en défense n'a été produit. Il s'agissait toutefois d'un contentieux de grande voirie.

⁹ Avec les conclusions de Sophie-Justine Lieber qui insiste sur la condition que l'affaire soit en l'état.

pour défaut manifeste de fondement¹⁰, pour le désistement d'office prévu à l'article R. 612-5-1¹¹ et pour le désistement d'office en l'absence de production du mémoire récapitulatif exigé dans le délai imparti¹². Mais il n'est pas évident de distinguer les cas où la cristallisation prématurée serait abusive et celle où elle ne le serait pas. Il y a là une casuistique qui serait source de contentieux.

Alternativement, vous pourriez autoriser le juge à ordonner la cristallisation à tout moment, y compris avant la production du premier mémoire en défense, tout en attachant à la communication de ce mémoire **un effet de décristallisation automatique**, comme vous l'avez fait pour la clôture d'instruction. Mais cette construction ne trouverait aucun appui dans le texte. Elle reviendrait, dans un premier mouvement, à ignorer la condition que l'affaire soit en état pour, dans un second mouvement, en corriger prétoriennement les effets excessivement pénalisants. Surtout, faute de mesure d'information spécifique, elle serait susceptible d'induire en erreur des requérants peu avertis, qui pourraient croire à tort qu'il leur est interdit de produire de nouveaux moyens en réplique¹³. Et nous croyons difficile de créer de toutes pièces l'obligation de formaliser la décristallisation par une ordonnance. Le parallèle avec la clôture de l'instruction, dont l'effet décristallisant a d'abord pour objet de restaurer une pleine liberté de débat en appel, a ses limites.

Nous pensons surtout que vous n'avez pas besoin d'échafauder une telle construction alors qu'il existe une dernière conception de la notion d'affaire en l'état d'être jugée, utilisée pour le non-lieu en l'état, que vous pourriez appliquer telle quelle. En la matière, une affaire est réputée en l'état d'être jugée **lorsque le défendeur a produit son premier mémoire** (V. CE, 25 novembre 1955, *M...*, aux T. p. 777 ; CE, 19 juin 1968, *B...*, aux T. p. 1060, dans un cas où le défendeur n'a produit que pour information ; V. aussi les conclusions de Pascale Fombeur sur la décision *Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ C...*, n° 244844, aux T., reprises par Aurélie Bretonneau dans le dossier *Société Patrice Parmentier Automobiles* - 23 mars 2018, n°406802)¹⁴.

En suivant cette logique, le juge ne pourrait **recourir à la cristallisation avant la production ou, plus logiquement, la communication du premier mémoire en défense**. Cette solution est simple, facile à appliquer et cohérente avec l'objectif du dispositif. Très clairement, il n'a pas été conçu pour cristalliser les moyens contenus dans la requête introductive d'instance, avant même que le défendeur ait réagi. La cristallisation vise à abrégé des échanges de fond

¹⁰ CE, Section, 5 octobre 2018, *SA Finamur*, n° 412560, au Rec.

¹¹ S'agissant des affaires dont le juge soupçonne qu'elles n'intéressent plus personne (CE, 17 juin 2019, *E... B...*, n° 419770, au Rec.)

¹² CE, 24 juillet 2019, *Sté Crédit Mutuel Pierre I*, n° 423177, aux T. ; CE, 22 novembre 2019, *Société SMA*, n° 420067, aux T., qui juge qu'il appartient au juge d'appel de s'assurer de la « juste application » des dispositions, et pas seulement de l'usage « abusif ».

¹³ Cette objection vaut aussi, il est vrai, lorsque l'instruction est rouverte après avoir été close, anéantissant ainsi les effets de la cristallisation conformément à l'avis que nous avons mentionné. Mais à ce stade aval de la procédure, l'incertitude est beaucoup moins préjudiciable aux parties.

¹⁴ V. aussi CE, 10 octobre 1990, *R...*, n° 94808, aux T. : affaire en l'état dès lors que le défendeur a produit, quand bien même le « mémoire complémentaire » annoncé par les requérants n'a jamais été produit.

de cours qui s'éternisent, et non à condamner le requérant à faire un ace pour gagner la partie. On voit bien que, dans notre espèce, l'enjeu n'était pas de bâillonner le requérant trop prolix mais, au contraire, de faire parler des défendeurs taiseux, à l'aide d'autres instruments de coercition comme la mise en demeure ou la clôture d'instruction.

L'importance du premier mémoire en défense dans la construction de l'argumentaire du requérant justifie que sa communication serve de référence¹⁵. C'est ce qui explique le nouveau dispositif de l'article R. 600-5 du code de l'urbanisme, qui prévoit une cristallisation automatique des moyens deux mois après la communication du premier mémoire en défense, dans les litiges portant sur les décisions d'occupation ou d'utilisation du sol introduits à compter du 1^{er} octobre 2018.

Le seul inconvénient de cette solution tient à ce qu'elle prive le juge d'un outil pour discipliner un requérant qui s'amuserait à jouer seul en attendant que l'adversaire veuille bien rejoindre le terrain, en envoyant d'initiative et sans contradiction des salves successives de moyens nouveaux. Mais il s'agit d'un cas pour le moins atypique, pour ne pas dire pathologique, qui ne doit pas vous influencer outre-mesure dans l'interprétation du texte ; un cas à l'égard duquel le juge n'est pas démuni, puisqu'il peut, le cas échéant après avoir sollicité un mémoire récapitulatif, clôturer l'instruction ; un cas dans lequel le défendeur peut difficilement se plaindre de l'absence de cristallisation alors que c'est sa propre inertie qui retient la main du juge. De ce dernier point de vue, l'inconvénient se mue en avantage puisqu'il incite le défendeur à produire.

Si vous nous suivez pour juger que l'ordonnance de cristallisation ne peut être notifiée avant la communication du premier mémoire en défense, il restera à déterminer le **terrain de censure** du jugement.

Il y a deux façons de raisonner :

- La première consiste à sanctionner l'édiction même d'une ordonnance de cristallisation prématurée. Vous devriez alors casser le jugement pour **irrégularité**, qui est l'une des branches du moyen. L'idée sous-jacente serait que le requérant peut avoir été dissuadé de produire de nouveaux moyens par une ordonnance de cristallisation prématurée, ce qui vicierait entièrement la procédure.
- La seconde consiste à reprocher au juge d'avoir, à tort, écarté comme irrecevable un moyen qui ne l'était pas. Il s'agirait dans ce cas de censurer **l'erreur de droit** du tribunal, et non l'irrégularité de son jugement¹⁶.

¹⁵ Même si le principe de l'estoppel n'a pas de droit de cité dans votre prétoire (CE, 1^{er} avril 2010, SAS Marsadis, n° 334465, au Rec. ; CE, 23 décembre 2015, Territoire des Iles Wallis-et-Futuna, n° 376018, au Rec.) et que rien n'interdit ainsi au défendeur de changer complètement de pied dans un autre mémoire en défense.

¹⁶ Le fait, pour un tribunal, d'avoir écarté à tort un moyen comme irrecevable n'affecte pas la régularité de son jugement. Le juge d'appel statue dans ce cas dans le cadre de l'effet dévolutif (CE, Section, 16 mai 2003, M..., n° 242875, au Rec.).

Nous vous proposons d'adopter ce second terrain, qui, certes, discipline moins le juge, mais qui présente deux avantages pratiques :

- d'une part, lorsqu'aucun moyen nouveau n'aura été soulevé postérieurement à la cristallisation, le jugement ne pourra être attaqué de ce chef. Cela permet de parer à un pur effet d'aubaine, lorsque le requérant n'avait de toute façon aucune intention de produire un nouveau moyen ;
- d'autre part, lorsque le moyen sera irrecevable pour un autre motif ou inopérant, ou que l'absence de bien-fondé ne requerra aucune appréciation de fait, vous pourrez procéder par substitution de motif en cassation¹⁷, ce qui est exclu en matière de régularité. Tel n'est pas le cas ici.

PCMNC à l'annulation du jugement, au renvoi de l'affaire au tribunal, au rejet des demandes de frais irrépétibles présentées par les défendeurs et à ce qu'une somme de 1500 euros soit mise à la charge de chacun d'eux à ce titre au profit des requérants.

¹⁷ Et il éviterait un « effet d'aubaine » dans le cas où le requérant n'envisageait de toute façon pas d'invoquer un nouveau moyen.