

N° 427620

M. et Mme D...

2^e et 7^e chambres réunies

Séance du 28 septembre 2020

Lecture du 16 octobre 2020

CONCLUSIONS

M. Guillaume Odinet, rapporteur public

M. et Mme D... ont sollicité un permis de construire en vue de l'édification d'un immeuble collectif sur le territoire de la commune de l'Ile Rousse. Aucun document d'urbanisme n'étant applicable sur ce territoire, le maire de l'Ile Rousse a, en application de l'article L. 422-5 du code de l'urbanisme, recueilli l'avis conforme du préfet de Haute-Corse. Celui-ci a rendu un avis défavorable et le maire a, en conséquence, refusé d'accorder le permis de construire.

M. et Mme D... ont saisi le tribunal administratif de Bastia de ce refus du maire. Le tribunal a mis en cause la commune et l'État ; seul le préfet a produit devant lui. Le tribunal a ensuite annulé le refus dont il était saisi, en se fondant sur l'illégalité de l'avis du préfet.

La commune de l'Ile Rousse, qui n'avait pas défendu en première instance, n'a pas fait appel de ce jugement. En revanche, le ministre de la cohésion des territoires a saisi la cour de Marseille, qui a jugé son appel recevable et y a fait droit, en annulant le jugement et en rejetant la demande de première instance de M. et Mme D....

1. Les motifs par lesquels la cour a jugé, pour l'application des dispositions particulières au littoral (qui figuraient alors à l'article L. 146-4 du code de l'urbanisme), que le terrain d'assiette du projet n'était pas situé en continuité de l'urbanisation et que le projet ne constituait pas une extension limitée de l'urbanisation sont dépourvus de dénaturation et échappent donc à votre contrôle. Vous l'aurez compris, c'est la question de la recevabilité de l'appel du ministre, que conteste le pourvoi, qui a justifié l'inscription de cette affaire au rôle de votre formation de jugement.

2. Depuis votre décision de section Sieur de Harenne du 9 janvier 1959 (Rec. p. 23), vous jugez avec constance¹, en excès de pouvoir, qu'est recevable à faire appel la personne qui

¹ V. not. 28 novembre 1970, Syndicat des pharmaciens de la Seine-Maritime, Rec. p. 623 ; 5 juillet 1985, Vassas et autres, n° 45001, T. pp. 692-747-749 ; 11 janvier 1995, Fédération des services CFDT, n° 136436, T. pp. 1002-1065 ; 29 juillet 1998, Mme Beauvais et autres, n° 165339, Rec. p. 331 ; 26 janvier 2011, Association de défense contre la déviation au nord de Maisse et commune de Courdimanche-sur-Essonne, n° 307317, T. pp. 1104-1110-1189 ; 28 septembre 2016, Association Lubéron nature, n° 390111, T. pp. 837-909-915.

avait la qualité de partie en première instance, c'est-à-dire la personne qui, si elle n'avait pas été dans la cause², aurait eu qualité pour former tierce opposition. C'est ainsi le critère de recevabilité de la tierce opposition qui permet de déterminer lesquelles des personnes présentes ou représentées dans l'instance ont la qualité de parties et peuvent, en conséquence, faire appel. En d'autres termes, parmi ces personnes, seules sont recevables à faire appel celles aux droits desquels le jugement préjudicie, selon la formule que l'arrêt Boussuge (29 novembre 1912, Rec. p. 1128) avait reprise du code civil, qui figure aujourd'hui à l'article R. 832-1 du code de justice administrative et que votre jurisprudence a pris soin d'éclairer et d'atténuer³ – le pt. Stahl, dans ses conclusions sur votre décision SARL QSCT et SA France restauration rapide du 3 décembre 2003 (n° 248840, T. pp. 720-964-1013), soulignait que vous exigez en réalité une atteinte à des intérêts bien établis.

En même temps que la recevabilité de l'État à faire appel du jugement du tribunal administratif, vous déterminerez donc sa qualité de partie à l'instance devant ce tribunal, sa recevabilité à faire tierce opposition du jugement s'il n'est pas présent (ou représenté) dans cette instance et la nécessité, en conséquence, de le mettre en cause.

3. Pour juger que l'État aurait eu qualité pour former tierce opposition s'il n'avait pas été appelé en cause devant le tribunal et que le ministre était par suite recevable à faire appel de son jugement, la cour s'est fondée, dans une formule sibylline comme vous les aimez, sur « la nature des compétences conférées au représentant de l'État par les dispositions des articles L. 422-5 et L. 422-6 du code de l'urbanisme ».

3.1. L'Etat, vous l'avez compris, n'est pas, formellement, l'auteur de la décision attaquée ; en revanche, le préfet dispose d'un pouvoir d'avis conforme, dont vous savez comme il est original. Les avis conformes sont, selon les mots du pt. Laferrière⁴ « quelque chose de plus que des avis, ils constituent une collaboration effective à la décision ; celle-ci ne peut pas être prise sans le concours de deux autorités, celle qui fait l'acte et celle qui lui donne son assentiment sous forme d'avis » ; il en résulte que « si (...) l'auteur de la décision n'a pas pris ou n'a pas suivi l'avis, le vice de forme qui entache son acte participe de l'incompétence, car il a fait seul ce qu'il ne pouvait faire qu'en s'associant une autre autorité ; il a ainsi usurpé la part de pouvoir réservée à cette autorité ». En d'autres termes, le pouvoir d'avis conforme confie à son détenteur un rôle de co-auteur de la décision.

Votre jurisprudence en porte la marque.

A la suite du pt. Laferrière, vous liez en effet l'attribution d'un pouvoir d'avis conforme à un partage de la compétence décisionnelle (v. Section, 7 janvier 1955, Sieur Ged, Rec. p. 11 ;

² Qu'elle y ait été appelée ou qu'elle y soit intervenue.

³ Selon les mots du pt. Stahl, « il nous paraîtrait plus exact, ou plus fidèle à la substance de la jurisprudence, de parler de lésion portée à un intérêt bien établi, au regard duquel le tiers opposant aurait dû être appelé dans l'instance (v. par exemple Ass. 9 octobre 1965, Veuve Béry, p. 565 ; 15 juin 1992, Sté du canal de Provence, p. 235) » (conclusions sur 3 décembre 2003, SARL QSCT et SA France restauration rapide, n° 248840, T. pp. 720-964-1013).

⁴ *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1888, t. 1, p. 505.

12 janvier 1972, Caisse des dépôts et consignations c/ sieur Picot, Rec. p. 32). Vous jugez en conséquence que le défaut de recueil d'un avis conforme entache la décision adoptée d'incompétence (v. 29 janvier 1969, Dame veuve Chanebout, Rec. p. 43)⁵, tout comme l'adoption d'une décision distincte de celle proposée par l'autorité dotée d'un pouvoir de proposition (21 novembre 1980, COFRADEP, T. p 433 ; 30 juillet 1997, Confédération nationale de la production française des vins doux naturels d'appellation d'origine contrôlée, n° 147826, Rec. p. 304).

Par ailleurs, si vous affirmez en principe qu'un avis conforme négatif ne constitue pas une décision susceptible de recours mais peut être contesté dans le cadre du recours contre la décision qui en tire les conséquences (Assemblée, 26 octobre 2001, M. et Mme E..., n° 216471, Rec. p. 495⁶), vous dérogez néanmoins à cette ligne de jurisprudence, non seulement lorsque c'est l'autorité chargée de prendre la décision après l'avis conforme qui conteste cet avis (v. par ex. 15 avril 1996, Mme Rakotomavo, n° 136079, aux Tables sur un autre point), mais encore, et surtout, lorsque l'avis conforme, ou l'expression d'un pouvoir analogue – notamment de proposition – conduit, lorsqu'il est négatif, à mettre fin par lui-même à une procédure, sans qu'une décision ultérieure ne vienne en tirer les conséquences : vous regardez alors l'avis conforme négatif ou le refus de proposition comme une décision susceptible de recours (v., s'agissant du refus de la commission paritaire des publications et agences de presse de proposer aux ministres intéressés la réinscription d'une société sur la liste des agences de presse, 19 juin 2002, Société TCT Actualités télévisées, n° 223026, T. pp. 836-839-893 ; s'agissant du refus de la commission d'avancement des magistrats de donner son accord à la nomination d'un candidat au second grade de la hiérarchie judiciaire, Section, 30 décembre 2003, Mme M..., Rec. p. 535 ; s'agissant de l'avis négatif de la commission de validation pour l'accès aux fonctions de chef de service, directeur adjoint ou sous-directeur des administrations centrales de l'Etat, 11 octobre 2004, Mme C..., n° 263349, Rec. p. 368 ; s'agissant de l'avis conforme négatif émis par le Conseil supérieur de la magistrature sur la nomination d'un magistrat du siège, 29 octobre 2013, M. V..., n° 346569, Rec. p. 259 ; s'agissant de l'avis de l'ARAFER faisant obstacle à ce qu'une autorité organisatrice de transports ferroviaires limite ou interdise une desserte intérieure, 30 janvier 2015, Région PACA, n° 374022, T. pp. 527-536-833-887 ; s'agissant du refus d'accord préalable à l'implantation d'une éolienne près d'un radar, 11 mai 2016, Société Météo France, n° 387484, T. pp. 784-862 ; s'agissant du refus du garde des sceaux de proposer la nomination d'un magistrat, 29 mars 2017, Mme B..., n° 397724, T. pp. 528-656). Dans ces hypothèses, l'auteur de l'avis conforme est ainsi regardé, au contentieux, comme l'auteur de la décision attaquée ; il dispose en conséquence du statut de partie en première instance et peut par suite interjeter appel.

Enfin, vous avez déjà admis, dans certaines hypothèses particulières de participation d'une personne tierce à la décision de l'autorité compétente, à travers un pouvoir d'accord, d'avis conforme ou de proposition, que cette personne était recevable à faire tierce opposition du

⁵ Moyen qui se soulève donc d'office (19 décembre 1956, Dame Lancrin, T. p. 733 ; Assemblée, 13 juillet 1962, Conseil national de l'ordre des médecins, Rec. p. 479).

⁶ V. aussi 25 mars 2020, Société Le Parc du Béarn, n° 409675, à mentionner aux Tables.

jugement rendu dans une instance où elle n'avait été ni présente, ni représentée. Ainsi avez-vous jugé que la décision qui annule des dispositions du cahier des charges d'une appellation d'origine protégée (AOP) préjudicie aux droits de l'organisme de défense et de gestion et à ceux de l'Institut national de l'origine et de la qualité (INAO) qui sont chargés d'élaborer ce cahier des charges et d'en proposer l'homologation aux ministres compétents (v. 13 mars 2019, Syndicat de la Clairette de Die et des vins de Diois et autre, n° 423752, T. pp. 558-964). De même, vous avez jugé que l'annulation du refus d'abroger un arrêté ne pouvant être pris que sur demande et après accord des syndicats d'employeurs et de travailleurs d'une profession préjudicie aux droits de ces syndicats, ce qui les rend recevables à former tierce opposition au jugement qui la prononce (v. 3 décembre 2003, SARL QSCT et SA France restauration rapide, n° 248840, T. pp. 720-964-1013). Et nous notons, *a contrario*, que, lorsque vous avez jugé qu'une commune n'avait pas à être appelée dans l'instance opposant un demandeur à l'État au sujet de décisions préfectorales prises sur son avis, vous avez pris le soin de relever qu'elle ne disposait alors que d'un rôle consultatif (v. 16 juin 1976, Guérin, n° 98495, T. pp. 1085-1155 ; 28 septembre 1984, Commune de Limay, n°s 15940 17042, T. pp. 674-721).

En somme, non seulement vous avez reconnu que le pouvoir d'avis conforme emportait participation à la prise de décision, mais vous en avez aussi tiré les conséquences, certes de façon ponctuelle et pragmatique, mais réellement néanmoins, dans la définition du débat contentieux, soit qu'il s'agisse d'admettre que ce débat se noue directement sur l'avis conforme négatif ou le refus de proposition faute d'autre « prise contentieuse », soit qu'il s'agisse d'inclure l'auteur de la proposition dans le débat contradictoire.

3.2. Et il faut bien comprendre que, fondamentalement, c'est là, dans l'existence d'un réel débat contradictoire devant le juge, que réside votre principal sujet de préoccupation. De même que vous avez ouvert votre prétoire aux avis conformes négatifs qui mettent fin à une procédure pour que le droit au recours puisse se matérialiser, de même vous avez jugé que devait être appelée dans l'instance la personne dotée du pouvoir de proposition lorsque le jugement était de nature à remettre en cause le sens de cette proposition afin que le débat contradictoire puisse effectivement se tenir.

Et nous pensons qu'il n'en va pas différemment dans l'hypothèse où la décision attaquée est motivée par un avis conforme négatif. En effet, l'attribution d'un pouvoir d'accord ou d'avis conforme à une autorité distincte de celle qui est compétente pour prendre une décision repose, par construction, sur le constat que ces autorités – fussent-elles toutes deux chargées de poursuivre des intérêts généraux – ne sont pas en charge des mêmes intérêts et sont susceptibles de porter des appréciations divergentes. Il en résulte que, lorsque la décision repose essentiellement sur l'appréciation de l'autorité disposant du pouvoir d'accord ou d'avis conforme – ce qui est le cas, en particulier, lorsque l'avis conforme est négatif –, l'auteur de cette décision peut n'avoir pas intérêt, ou du moins n'être pas en mesure, de défendre les motifs de l'acte qu'il a signé. Dans une telle hypothèse, seule l'autorité disposant du pouvoir d'avis conforme est susceptible d'apporter une réelle contradiction dans l'instance, en justifiant des motifs de son avis (qui sont ceux de la décision attaquée) et en les défendant ; et c'est assurément aux intérêts bien établis dont elle a la charge, bien davantage qu'à ceux dont

l'auteur de la décision a la charge, que l'annulation de la décision sera susceptible de porter une lésion. Si bien qu'en l'absence de l'autorité dotée du pouvoir d'avis conforme dans l'instance, le juge n'a devant lui que les apparences d'une contradiction.

Le cas d'espèce, dans lequel la commune, qui était liée par l'avis conforme négatif du préfet, n'a ni défendu devant le tribunal administratif, ni fait appel de l'annulation, en est une illustration assez pure.

3.3. Est-ce à dire que tout détenteur d'un pouvoir d'avis conforme doit être regardé comme co-auteur de la décision prise sur son avis et traité en conséquence⁷ comme une partie à l'instance dans laquelle est demandée l'annulation de cette décision ?

La cour, prudemment, n'a pas pris un parti aussi général. Et nous ne vous proposerons pas d'aller aussi loin, tant est grande la variété des procédures incluant un pouvoir de proposition, de présentation, d'accord ou d'avis conforme, sur tout ou partie d'une décision à prendre.

Il nous semble néanmoins que ce n'est pas tant, comme l'a relevé la cour, la nature des prérogatives conférées au préfet par les articles L. 422-5 et 6 du code de l'urbanisme – qui, somme toute, ne relèvent que de l'avis conforme « classique » – que la circonstance que la décision, motivée par l'avis conforme négatif, repose essentiellement sur l'exercice de son pouvoir d'avis conforme (c'est-à-dire, dans les mots du pt. Laferrière, qu'elle procède de sa « part » à lui du pouvoir décisionnel), qui justifie que l'État soit regardé comme partie à l'instance dans laquelle est contestée cette décision.

En d'autres termes, nous pensons qu'indépendamment des spécificités (limitées) de la procédure en cause en l'espèce, lorsqu'un texte confie un pouvoir d'avis conforme (ou un pouvoir analogue) à une personne distincte de celle qui dispose du pouvoir de décision et que la décision est fondée sur la circonstance qu'un avis conforme négatif a été rendu, l'auteur de cet avis doit être appelé dans l'instance relative à cette décision dans laquelle il est alors partie et à l'issue de laquelle sera rendu un jugement dont il pourra faire appel.

Cette affirmation, vous le noterez, en posant deux conditions réserve deux questions. La première est celle des autorités devant être mises en cause dans l'hypothèse où l'autorité décisionnaire et l'autorité disposant du pouvoir d'avis conforme émanent de la même personne morale : nous ne vous invitons à ne traiter que de l'hypothèse où ces autorités émanent de deux personnes distinctes. La seconde question réservée est celle de l'avis conforme favorable (le cas échéant avec réserves), qui appelle certainement des réponses plus nuancées selon les procédures : nous ne vous proposons de traiter que de l'hypothèse dans laquelle un avis conforme négatif a été émis, qui fonde une décision de rejet.

Dans l'hypothèse que nous visons avec ces deux conditions, la distinction des personnes entre lesquelles est réparti le pouvoir de décision fait en principe obstacle à ce que celle qui dispose du pouvoir d'avis conforme puisse être regardée comme étant représentée dans l'instance par

⁷ V. 16 décembre 2009, Caisse des dépôts et consignations, n° 300257, T. pp. 863-883-926.

celle qui dispose du pouvoir de décision ; et le caractère liant de l'avis conforme négatif est tel que c'est en réalité l'auteur de cet avis qui assurera l'essentiel de la contradiction dans le débat contentieux et dont les intérêts bien établis sont susceptibles d'être lésés par la décision juridictionnelle. Voilà pourquoi cette personne nous paraît recevable à former tierce opposition du jugement si elle n'a pas été appelée dans l'instance⁸.

Si vous nous avez suivi, vous en déduirez, sans plus vous rattacher à la « nature des prérogatives » que les articles L. 422-5 et 6 confèrent au représentant de l'État et donc par des motifs ayant une portée un peu plus large, que c'est à bon droit que la cour a jugé que le ministre était recevable à faire appel du jugement par lequel le TA a, après avoir mis le préfet en cause, annulé le refus de permis de construire du maire. La solution que vous retiendrez ainsi ne bouleversera pas l'organisation des procédures administratives contentieuses : la présente affaire témoigne de ce qu'elle est déjà pratiquée.

3.5. Notons enfin, pour répondre à l'argumentation du pourvoi, que cette solution n'est nullement contradictoire avec votre jurisprudence Armagnac (1^{er} décembre 1993, n° 127683, T. pp. 556-1083-1105), selon laquelle l'annulation d'un POS n'a pas pour effet de remettre en cause le transfert au maire, au 1^{er} avril 1984, de la compétence relative à l'instruction et à la délivrance des permis de construire. Nous vous l'avons suffisamment expliqué, la solution que nous vous proposons ne part pas du principe que l'annulation du document d'urbanisme de l'Ile Rousse a eu pour effet de redonner compétence au préfet pour délivrer les permis de construire, mais sur le fait que l'absence de document d'urbanisme applicable lui confère un pouvoir d'avis conforme.

Par ces motifs nous concluons au rejet du pourvoi.

⁸ Sous réserve qu'un appel n'ait pas été formé contre le jugement : v. 2 juillet 2014, M. G... et autres, n° 366150, T. pp. 820-832.