

N° 441075 **Communauté de communes de la Ténarèze.**

6^{ème} et 5^{ème} chambres réunies

Séance du 16 décembre 2020

Lecture du 30 décembre 2020

CONCLUSIONS

M. Stéphane Hoynck, Rapporteur public

L'affaire qui vient d'être appelée vous conduira à préciser l'application de deux dispositions assez rarement rencontrées au contentieux mais qui posent des questions délicates.

Le caractère exécutoire du PLU dépend de la question de savoir si son territoire est couvert par un SCOT approuvé. Si c'est le cas, il est exécutoire dès lors qu'il a été publié et transmis au préfet (article L153-23). Si il n'est pas couvert par un SCOT comme c'est le cas dans notre affaire, l'article L153-25 du code de l'urbanisme prévoit que le PLU n'est exécutoire qu'à l'expiration d'un mois à compter de la transmission au préfet. Mais le préfet dans ce délai peut notifier à la collectivité les modifications qu'il estime nécessaires à plusieurs titres énumérés par cet article, et le PLU ne devient exécutoire qu'après l'intervention, la publication et la transmission au préfet des modifications demandées.

En l'espèce, le préfet du Gers a notifié trois modifications du PLUi qu'il estimait nécessaire. Pour tenter de faire échec à cette paralysie de son PLUi, la communauté de commune a saisi le juge des référés du tribunal administratif (TA) de Pau qui a rejeté sa demande de suspension de la décision du préfet mais avant d'examiner cette question délicate de l'office du juge des référés pour suspendre la paralysie du caractère exécutoire du PLU, le pourvoi dont vous êtes saisi pose une autre question.

1. En effet, dans la phase d'élaboration du PLU, la présidente du tribunal a fait usage des pouvoirs que lui donne l'article R123-20 du code de l'environnement, qui prévoit que « *Dans un délai de quinze jours à compter de la réception des conclusions du commissaire enquêteur ..., le président du tribunal administratif ... peut ... intervenir de sa propre initiative auprès de son auteur pour qu'il les complète, lorsqu'il constate une insuffisance ou un défaut de motivation de ces conclusions susceptible de constituer une irrégularité dans la procédure.* ».

En l'occurrence la présidente du TA de Pau après être intervenue pour que les conclusions du commissaire enquêteur sur le PLUi soient complétées, a siégé comme juge des référés sur la demande de suspension de la décision du préfet demandant à la collectivité de modifier son projet de PLU. Cette participation du même magistrat au stade administratif de l'élaboration du PLU puis au jugement de la demande de suspension de la décision du préfet est critiquée par le pourvoi au titre de la méconnaissance du principe d'impartialité.

Votre jurisprudence s'attache à garantir le principe d'impartialité avec rigueur mais pragmatisme.

Il est des situations dans lesquels le défaut d'impartialité est présumé de façon irréfragable. Ainsi, si un magistrat est saisi sur le fondement de l'article R212-1 du CJA par le préfet d'une demande d'avis sur la possibilité de prendre une décision administrative, ce même magistrat ne peut pas siéger dans le recours dirigé contre la décision prise à la suite de cet avis (CE 7 juillet 2008 association des terres minées n° 312022 aux T.).

Il y a derrière cette solution l'idée que celui qui a contribué à la décision administrative ne peut pas en être juge, il serait juge et partie. On trouve ce principe par exemple à l'article R. 122-21-1 du CJA qui dispose que les membres du Conseil d'Etat ne peuvent participer au jugement des recours dirigés contre les actes pris après avis du Conseil d'Etat, s'ils ont pris part à la délibération de cet avis.

La question ici n'est pas de censurer la situation où le magistrat est juge et partie, car le président du TA lorsqu'il demande à la commission d'enquête de faire apparaître les motifs permettant d'éclairer les conclusions de son rapport ne participe pas à l'élaboration du PLU, pas plus a fortiori qu'il ne participe à l'élaboration de la décision du préfet de mettre en œuvre l'article L. 153-25.

La question est celle, plus classique, que l'on retrouve dans votre abondante jurisprudence sur l'application du principe d'impartialité au cumul de fonctions juridictionnelles, où il s'agit de vérifier l'absence d'éléments de nature à faire objectivement craindre au justiciable que le juge a déjà forgé sa conviction sur son affaire et ne souhaitera pas s'en départir. C'est ainsi que votre fameuse décision de section Commune de Rogerville (15 mai 2004 n°265184) rendue en matière de cumul des fonctions de juge des référés et de juge au fond, estime que l'ordonnance rendue en référé ne préjuge pas de la solution au fond, mais réserve le « *cas où il apparaîtrait, compte tenu notamment des termes mêmes de l'ordonnance, qu'allant au-delà de ce qu'implique nécessairement cet office, il aurait préjugé l'issue du litige* »

On trouve cette ligne de raisonnement pour le cumul de tâches administratives et juridictionnelles, lorsque la décision administrative n'est pas l'acte objet du contentieux. C'est ainsi qu'en matière de jugement des comptes des comptables de fait, vous avez posé le principe que le cumul, par un même magistrat de chambre régionale des comptes, des

fonctions de rapporteur de la procédure administrative de vérification de la gestion d'un organisme d'une part, et des fonctions de juge appelé à se prononcer sur la même gestion de fait, d'autre part, constitue une méconnaissance du principe d'impartialité. Toutefois, si lors de la vérification administrative de gestion de la collectivité à laquelle il a procédé, le magistrat **ne s'est pas prononcé sur la gestion de fait** dont la formation de jugement à laquelle il a ensuite appartenu était saisie, il n'est pas disqualifié (CE 25 juin 2014 V... n° 356725 aux T.).

En l'espèce, nous ne voyons pas davantage en quoi la présidente du TA aurait préjugé du litige qui lui était soumis en mettant en œuvre l'article R123-20 du code de l'environnement. Tout au plus a-t-elle prévenue une irrégularité de la procédure d'adoption du PLU, ce qui est précisément l'objet de cette disposition. On peut toujours imaginer des cas de figure où la demande du président du Ta irait **au-delà** de ce que le code de l'environnement l'autorise à faire, et cela laisse la place naturellement à un contrôle in concreto de l'absence de préjugement, mais pour notre affaire nous ne pensons pas que l'usage de l'article R123-20 disqualifie par principe le magistrat pour statuer ensuite, y compris pensons-nous dans un cas plus pur où ce serait la légalité du PLU qui serait en cause. Vous écarterez le moyen tiré du défaut d'impartialité.

2. Vient ensuite la seconde question délicate, la contestation par une collectivité de la mise en œuvre des pouvoirs du préfet sur le fondement de l'article L153-25 du code de l'urbanisme. Les dispositions qui y figurent aujourd'hui trouvent leur origine dans la loi Defferre du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, qui ont instauré cette procédure de contrôle de légalité a priori, déjà s'agissant du caractère exécutoire de documents locaux d'urbanisme non couverts par un document d'urbanisme supérieur. A partir de la loi SRU, ont été précisé les cas dans lesquels le préfet peut s'opposer à l'exécution du PLU, de sorte qu'en dehors des cas énumérés par la loi, c'est le contrôle de légalité du préfet de droit commun qui s'applique.

Pour l'essentiel, vos précédents n'ont pas eu à connaître des résistances éventuelles des collectivités aux demandes des préfets, mais seulement des conséquences des modifications intégrées sur le contentieux dirigé contre le plan initialement approuvé (CE, 18 nov. 1991, n° 81063, Galland aux T. – CE, 24 mars 2011, n° 327373, Commune La Roquebrussanne inédit)

Le seul cas de recours pour excès de pouvoir contre une décision du préfet que vous ayez eu à connaître portait sur les dispositions de l'article L. 123-12, qui sont les mêmes que celles aujourd'hui applicables de l'article L. 153-25 après recodification. Dans l'affaire du 15 oct. 2014, n° 377088, Ministre contre commune de Privat (inédit, AJDA 2014. 2342, RDI 2015. 90), vous aviez alors refusé de transmettre une QPC dirigée contre cette disposition législative en estimant qu'elle ne portait pas atteinte à la libre administration des collectivités locales.

Vous aviez également rejeté le pourvoi contre une ordonnance de référé qui suspendait la décision préfectorale qui demandait des modifications au PLU.

Ainsi, l'effet de l'ordonnance suspendant les effets de l'arrêté préfectoral est de rendre exécutoire le PLU en cause, au moins jusqu'à ce que le TA se soit prononcé au fond.

La situation dans l'affaire commune de Privas était plus simple que la nôtre : le préfet reprochait au PLU de Privas de ne pas tenir compte du risque minier. A partir du moment où le juge des référés a estimé qu'il y avait un doute sérieux sur la légalité de ce motif, ceci emportait mécaniquement, dès lors que la condition d'urgence était remplie, suspension de l'arrêté préfectoral, et suspension de l'effet de cet arrêté, c'est-à-dire la fin du blocage du caractère exécutoire du PLU.

Mais dans notre affaire, le préfet a retenu trois demandes de modifications, qui portaient sur des dispositions différentes du PLU.

Ce qui nous paraît clair à titre liminaire c'est que l'effet de l'article L153-25 est de paralyser le caractère exécutoire de l'ensemble du PLU. Le fait que la collectivité pourrait en application de l'arrêté préfectoral n'avoir qu'à modifier un article du règlement du PLU ou encore une seule zone précise ne peut pas limiter à cet article ou à cette zone le différé du caractère exécutoire.

Mais derrière le caractère indivisible de la suspension du caractère exécutoire du PLU par la décision du préfet se cachent des nuances quant à la façon d'y mettre fin.

Dans la pureté des principes, lorsque l'article L. 153-25 est actionné, une collectivité peut rendre exécutoire son PLU de deux façons alternatives :

- Soit en apportant l'ensemble des modifications exigées par le préfet ;
- Soit en obtenant du juge l'annulation, ou au moins la suspension de l'ensemble des modifications exigées par le préfet

Mais il est possible que dans cet ensemble de modifications préfectorales, une partie est légale et une autre ne l'est pas. Dans ce cas, pour rendre exécutoire son PLU la collectivité n'échappera pas à l'obligation de lui apporter celles des modifications qui sont légales, mais il lui faudra bien faire constater l'illégalité des modifications qu'on exige d'elle et qui n'ont pas lieu d'être.

Ainsi, chacune des modifications figurant dans l'arrêté préfectoral devrait pouvoir être annulée par le juge au fond, et suspendue en référé, soit pour permettre de ce seul fait le caractère exécutoire du PLU, soit pour ne plus nécessiter que les seules modifications qui pouvaient légalement être exigées.

Dans ces conditions, l'ordonnance attaquée a au moins en partie raison, lorsqu'elle note que malgré le doute sérieux qu'elle a sur la légalité d'un des trois motifs, le préfet aurait pris la même décision en ne retenant que les deux autres motifs. C'est le raisonnement bien connu de votre jurisprudence d'assemblée du 12 janvier 1968 ministre des finances c/ Mme Perrot, que le juge des référés peut appliquer pour ne pas suspendre la décision attaquée (voyez JRCE 12 mai 2005 Z... n° 279011 aux T.¹). Elle a raison en ce que, tant qu'au moins une des trois modifications demandées par le préfet demeure, en l'occurrence deux, le PLU n'est **toujours pas** exécutoire.

Mais pour le reste, le pourvoi a raison de souligner que l'ordonnance, en estimant que le moyen tiré que le classement en zone A d'une voie d'accès au projet d'abattoir de Condom ne fait pas obstacle à la réalisation de ce projet d'intérêt général, paraissait, en l'état de l'instruction de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée, **sans en tirer de conséquence**, place la collectivité dans la situation aberrante de devoir mettre en œuvre une modification de son PLU sur la légalité de laquelle le juge des référés a émis un doute sérieux.

C'est qu'en réalité, le choix du classement de la voie d'accès à l'abattoir de Condom n'est pas seulement un **moyen** dirigé contre l'arrêté en litige, c'est aussi une des **prescriptions** de cet arrêté. Chacune des prescriptions est autonome et divisible. Il nous semble donc que le juge des référés a **méconnu son office** en se prononçant comme il l'a fait : s'il avait un doute sérieux sur la légalité de cette prescription du préfet, il lui appartenait, s'il estimait par ailleurs la condition d'urgence remplie, de la suspendre afin que la collectivité soit dégagée de cette contrainte pour permettre que son PLU devienne exécutoire, au moins jusqu'à ce que le juge se prononce au fond.

C'est bien nous semble-t-il l'équilibre du dispositif : une décision du préfet permet d'empêcher un PLU d'être exécutoire, il importe que le contrôle juridictionnel permette de n'imposer aux collectivités que les modifications de leur PLU qui sont nécessaires au respect des principes mentionnés à l'article L153-25. Nous vous proposons donc d'accueillir le moyen d'erreur de droit présenté par la communauté de communes.

Les autres motifs de l'ordonnance, par lesquels le juge des référés JR a indiqué que les moyens relatifs aux autres deux prescriptions préfectorales ne créaient pas de doute sérieux sont également critiqués par le pourvoi, mais nous en examinerons la substance dans un instant, s'agissant du règlement au titre de la procédure de référé.

¹ On trouve cette configuration notamment dans les référés contre des refus de permis de construire fondés sur plusieurs motifs (CE 4 juin 2004, M. N..., n° 264902 ; CE 23 novembre 2005, Commune de Bagnères-de-Bigorre, n° 279721 ; CE 23 juin 2006, Commune de La Valette-du-Var, n° 290695 ; CE 6 mai 2015 commune de Wissous n°387525).

3.1. Avant d'en venir aux moyens dirigés contre l'arrêté préfectoral, il faut vous dire un mot de la condition d'urgence. L'appréciation de l'urgence à suspendre la décision préfectorale, et donc à permettre le PLUi de produire ses effets ne serait pas aisée s'il fallait s'y livrer : on pourrait exiger de la collectivité qu'elle démontre les effets concrets du retard à mettre en œuvre son PLU. S'il s'agit d'une commune dont le POS est caduc et qui bascule dans le régime du RNU, estimera-t-on que la condition d'urgence est remplie, tandis que s'il s'agit seulement d'un nouveau PLU la preuve sera plus difficile ? Faudra-t-il justifier que certaines novations du PLU présentent par elles-mêmes un caractère d'urgence ? C'est ce type d'échanges auxquels se sont livrés les parties en 1^{ère} instance de référé.

De façon plus accommodante, on pourrait aussi estimer, quand on connaît le temps que prend l'élaboration d'un PLU que cet écoulement du temps est ce qui peut justifier de l'urgence à suspendre l'arrêté préfectoral. Vous voyez que ces deux choix conduisent à ne **presque jamais** reconnaître l'urgence ou à la reconnaître **presque toujours**.

En réalité, vous l'aurez compris, cette question se présente dans une **configuration particulière** puisqu'il est demandé au juge des référés de suspendre une décision administrative dont les effets sont de paralyser le caractère exécutoire d'une autre décision administrative. Votre jurisprudence est à juste titre réticente à reconnaître des présomptions d'urgence en matière de référé. Pour en rester à des sujets proches du notre, vous avez ainsi refusé récemment de reconnaître une telle présomption dans une affaire Commune de Neuilly-sur-Seine n° 418700 du 3 octobre 2018 aux T. qui concernait un arrêté préfectoral ayant pour objet de constater la carence d'une commune à respecter son objectif de construction de logements sociaux. Mais les décisions du préfet prises sur le fondement de l'article L. 309-9-1 du code de la construction et de l'habitation portent sur une période **limitée** à trois ans et si certaines ont conséquences automatiques comme le transfert à l'Etat des droits de réservation dont dispose la commune sur des logements sociaux, d'autres conséquences sont laissées à son appréciation et dépendent donc de la teneur de l'arrêté dont la suspension est demandée. C'est la raison pour laquelle la contrainte qu'une telle décision fait peser sur la collectivité est variable selon le cas, ce qui appelle une appréciation de l'urgence propre à chaque affaire.

Dans notre cas, c'est une décision réglementaire **positive** de la collectivité qui est stoppée par l'arrêté préfectoral, de façon **non bornée** dans le temps si le juge ne tranche pas la question et c'est toujours **l'intégralité** du PLU qui n'est pas exécutoire. Reste en outre en surplomb la question de l'atteinte à la libre administration des collectivités locales, qui n'est justifiée **que** parce que le préfet prescrit des mesures qui tendent à assurer la compatibilité du plan avec les principes et documents d'urbanisme que l'article L153-25 mentionne, comme le relève votre décision Commune de Privas.

Ceci nous paraît conduire assez naturellement à proposer que la condition d'urgence à suspendre soit présumée, puisque **seule la légalité des prescriptions préfectorales justifie la**

suspension du caractère exécutoire du PLU. Ceci justifie à son tour que le débat en référé puisse se concentrer sur le doute sérieux sur leur légalité, puisqu'en pratique ce n'est que si le juge des référés a un doute sérieux sur chacune de ces prescriptions préfectorales que le PLU peut enfin devenir exécutoire.

3.2 S'agissant des moyens propres à créer un doute sérieux, est d'abord critiquée la demande de la préfète relative au classement en zone AUenr destinée à des projets de champs de panneaux photovoltaïques des secteurs de Cazeneuve, Lagraulet-du-Gers et Condom, qu'elle estime de nature à entraîner une consommation excessive de l'espace et ne prenait pas en compte les enjeux relatifs à la préservation des continuités écologiques.

Ces deux points, consommation d'espace et préservation des continuités sont des motifs de mise en œuvre de l'article L. 153-25. Le raisonnement de la préfète est qu'il y a des terrains anthropisés dans l'espace de la communauté de commune propices à l'implantation de panneaux photovoltaïques sans qu'il soit nécessaire d'empiéter sur des corridors écologiques et autres espaces à protéger. Ce raisonnement n'est pas de nature à créer un doute sérieux. La situation du dernier des trois secteurs, celui sur la commune de Condom est particulière, puisqu'elle n'est pas concernée par l'enjeu de préservation d'une continuité écologique ou d'un élément du paysage comme pour les 2 premiers secteurs. Toutefois la problématique de gestion économe de l'espace et de maintien en l'espèce de la vocation agricole de la zone apparaît pertinente, le préfet ayant fait valoir qu'au cours de l'enquête publique des projets de PV avaient été mentionnés sur des terrains déjà anthropisés.

Il est ensuite soutenu que la préfète aurait également fait une inexacte application des dispositions de l'article L. 153-25 du code de l'urbanisme, en estimant que l'identification par la plan de plus de 5000 bâtiments situés en zone naturelle ou agricole comme pouvant faire l'objet d'un changement de destination n'était pas compatible avec le principe d'une gestion équilibrée de l'espace au regard de la vocation agricole de ces secteurs. Ce moyen ne paraît pas de nature à créer un doute sérieux au vu de l'objectif de conforter et de développer les espaces agricoles qui figurent dans le PADD qui risque d'être compromis.

Enfin, reste la demande modification du classement de la voie d'accès au futur abattoir de Condom, que le projet de PLU a classé en zone A. Un tel classement ne permettrait pas selon la préfète de construire la voie d'accès à cet abattoir, la construction d'un accès dédié étant nécessaire et le classement en zone A ne permettrait, conformément à l'article L. 151-11 1° du code, que les constructions et installations nécessaires à des équipements collectifs, mais seulement si elles ne sont pas incompatibles avec l'exercice d'une activité agricole. Selon la préfète, l'abattoir est bien un équipement collectif, mais la construction d'une voie d'accès ne serait pas compatible avec une activité agricole.

Le point de savoir si l'installation permet le maintien d'une activité agricole, n'est pas parfaitement évident dans le cadre de l'affaire. Votre décision CE 8 févr. 2017, Sté Photosol,

no 395464 au rec. indique qu'il appartient à l'administration, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, d'apprécier si le projet permet l'exercice d'une activité agricole significative sur le terrain d'implantation, au regard des activités qui sont effectivement exercées dans la zone concernée du plan local d'urbanisme ou, le cas échéant, auraient vocation à s'y développer, en tenant compte notamment de la superficie de la parcelle, de l'emprise du projet, de la nature des sols et des usages locaux.

Ce contrôle doit relever de l'évidence au stade du référé, et la perspective de construire une voie d'accès qui traverse une zone A n'est pas la même chose que l'implantation dans une autre zone A d'un champ de panneaux photovoltaïques comme dans votre précédent Photosol. Il n'est au demeurant pas certain qu'une **route doit être considérée comme une construction ou une installation** au sens de ces dispositions du code de l'urbanisme dont l'autorisation est encadrée, il est en général considéré que ces dispositions visent les constructions liées à l'activité de culture ou d'élevage qui est pratiquée dans l'exploitation en cause et aussi les bâtiments d'habitation des agriculteurs.

L'arrêt Photosol invite en outre à regarder les choses du point de vue du terrain d'implantation. Un tel contrôle est adapté lorsqu'il s'agit de vérifier si une autorisation d'urbanisme respecte les prescriptions applicables aux zones A. Elle est plus difficile s'agissant d'un document local d'urbanisme car nous ne voyons pas pourquoi la voie d'accès au futur abattoir devrait forcément traverser tel ou tel terrain agricole. A cette aune, la possibilité de bloquer l'entièreté du PLUI pour une question de voie d'accès à un équipement spécifique nous paraît soulever un doute sérieux et nous pensons donc que cette dernière prescription de l'arrêt préfectoral doit être suspendue.

PCMNC :

A l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

A la suspension de l'exécution de la décision de la préfète du Gers du 15 janvier 2020 en tant qu'elle a enjoint à la communauté de communes de modifier le plan local d'urbanisme intercommunal pour intégrer dans la zone UX l'emprise de la voie d'accès au futur site de l'abattoir de Condom.

A ce que L'Etat verse une somme de 3 000 euros à la communauté de communes de la Ténarèze au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Et au rejet du surplus