

N° 469380 Mme B...

1^{ère} et 4^{ème} chambres réunies

Séance du 20 octobre 2023

Décision du 9 novembre 2023

CONCLUSIONS

M. Thomas JANICOT, Rapporteur public

1. Lorsque le juge de cassation est saisi d'un pourvoi dirigé contre une ordonnance de référé ayant rejeté une demande de suspension de l'exécution d'un permis de construire, le litige porté devant lui conserve-t-il encore un objet si, dans l'intervalle, le juge du fond saisi du recours en annulation contre ce permis a sursis à statuer sur le fondement de l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme ? Telle est la question posée par la présente affaire.

2. Les faits qui en sont à l'origine sont simples. Le 13 septembre 2022, le maire de la commune girondine de Lanton a délivré à la société Kéna un permis de construire trois maisons individuelles et une piscine. Une voisine, Mme B..., a demandé la suspension de son exécution au juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative (CJA). Ce dernier a rejeté sa demande par une ordonnance du 21 novembre 2022. Elle se pourvoit contre cette décision.

3. Avant d'examiner les moyens dont vous êtes saisis, vous devez vous interroger sur le point de savoir si le litige conserve encore un objet. En effet, le tribunal administratif de Bordeaux a statué au fond sur le litige par un jugement du 22 mars 2023, soit quelques mois après l'intervention de l'ordonnance attaquée¹. Après avoir écarté la plupart des moyens soulevés par Mme B..., il a estimé que celui tiré de la méconnaissance par le permis de l'article 10 du plan local d'urbanisme (PLU) de la commune de Lanton était susceptible d'entraîner son annulation. Ce vice étant selon lui régularisable, il a sursis à statuer sur le fondement de l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme, pour une durée de quatre mois, le temps pour la société de régulariser ce vice.

3.1. Un premier réflexe vous conduira probablement à constater un non-lieu à statuer, puisque c'est ainsi que vous procédez en cassation de référé depuis votre décision du 23 novembre 2001 *A...* lorsque le juge de première instance a statué au fond sur le litige, et ce même si un appel est pendant contre sa décision et quel que soit le sens de l'ordonnance attaquée devant vous ou de ce jugement (CE, Section, n° 233104, p. 575)². Mais le jugement au fond dont il est question en l'espèce n'est pas ordinaire, puisqu'il s'agit d'un jugement avant dire droit ou plutôt d'un premier jugement sursoyant à statuer et ne purgeant donc pas complètement le litige concerné.

C'est pourquoi, tenant compte de cette particularité, vous avez jugé dans une décision du 22 mai 2015 *SCI Paolina* que dans le cas où vous êtes saisis d'un pourvoi contre une ordonnance ayant suspendu l'exécution d'une autorisation d'urbanisme, « la circonstance que, dans l'intervalle, le juge du fond, saisi du recours en annulation contre cette même autorisation, a fait usage du pouvoir de surseoir à statuer et de demander la régularisation de l'autorisation que lui confère l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme, ne prive pas d'objet le pourvoi en

¹ n° 2205648.

² V. aussi CE, 24 octobre 2001, *M et Mme F...*, n° 233035, T. p. 1122

cassation » (CE, n° 385183, T. pp. 804-816-927)³. Il nous semble, à la lumière notamment des conclusions du rapporteur public sous cette affaire, que deux considérations avaient justifié de vous éloigner de la décision A...

La première tient à ce que l'intervention du juge de cassation conserve encore toute son utilité, la décision de sursis à statuer ne remettant pas en cause le caractère exécutoire de l'ordonnance de suspension attaquée devant lui. En effet, le sursis à statuer n'épuise pas totalement le litige mais donne seulement le temps au pétitionnaire de régulariser devant le juge le vice identifié. Le juge de cassation peut ainsi encore confirmer ou infirmer la suspension prononcée, le cas échéant en réglant l'affaire au fond. Il ne s'agit pas d'une hypothèse « classique » de non-lieu à statuer en référé où, pour reprendre les mots du président Odent, « *il ne reste plus rien à juger* », à l'image des cas où l'acte en cause a épuisé ses effets, n'existe plus ou lorsqu'une nouvelle ordonnance a mis fin, sur le fondement de l'article L. 521-4 du CJA, aux effets d'une ordonnance de suspension faisant l'objet d'un pourvoi⁴.

La seconde raison tient probablement au fait que vous étiez saisis d'un pourvoi dirigé contre une ordonnance suspendant l'exécution d'un permis et protégeant certains requérants du risque de voir débiter des travaux aux conséquences potentiellement irréversibles. Cette configuration relativement « rassurante » d'un point de vue psychologique, a, semble-t-il, conforté votre choix de ne pas retenir la caducité de l'ordonnance du fait de l'intervention au fond du sursis à statuer pour préserver l'exécution de la suspension ordonnée jusqu'à l'intervention du jugement mettant fin à l'instance.

Ces arguments vous ont ainsi conduit à admettre un enchevêtrement temporel de procédures distinctes concernant un même litige. Cette situation peut étonner puisqu'elle amène le juge de cassation de référé à interférer avec une procédure au fond et à potentiellement contredire son juge, par exemple en retenant le caractère sérieux d'un moyen écarté au stade du premier jugement ou, pire encore, en refusant tout caractère sérieux à un moyen jugé fondé dans la décision de sursis à statuer. Ce risque de cacophonie, ou du moins de polyphonie au sein de la juridiction administrative, a de quoi désorienter le requérant. Il peut aussi placer l'éventuel juge d'appel de la décision de sursis à statuer dans une position délicate, compte-tenu de la force attachée à vos décisions, même en cassation de référé. Reste que vous avez surmonté cet obstacle et décidé de préserver aux parties la totalité « *des voies de droit s'offrant à elles, quelles que soient les procédures en cause* »⁵.

3.2. Compte-tenu de ces éléments, la décision *SCI Paolina* est-elle transposable au cas, qui est celui de l'espèce, où l'ordonnance attaquée rejette la demande de suspension du permis ? Il nous semble que oui. En effet, que le juge de cassation soit confronté à une ordonnance de suspension du permis ou à une ordonnance de rejet, ces deux décisions préservent l'objet du litige, puisque dans le premier cas c'est l'ordonnance qui produit des effets de droit en suspendant l'exécution du permis et dans le second cas c'est le permis lui-même qui continue d'être exécutoire. Dans les deux hypothèses, l'intervention du juge de cassation dispose donc d'un effet utile, le sursis à statuer dans l'instance au fond ne faisant disparaître aucun de ces effets.

Par ailleurs, il semblerait difficile de réserver l'application de votre décision de 2015 aux seules ordonnances de suspension. Un acte aussi radical que le non-lieu à statuer ne peut dépendre des intérêts en présence et du sens de la décision faisant l'objet d'un pourvoi en cassation. C'est votre ligne de conduite depuis votre décision A... et nous ne voyons aucun motif de s'en éloigner au cas d'espèce.

A ce stade, vous pourriez donc aisément considérer, en vous appuyant sur la décision *SCI Paolina*, que le pourvoi de Mme B... conserve un objet, nonobstant l'intervention du sursis à statuer dans le cadre de la procédure au fond. Et nous n'avons aucune hésitation à affirmer qu'il s'agit probablement de la solution la plus conforme à vos canons jurisprudentiels en matière de non-lieu à statuer.

³ Cette décision a également fermé la voie de l'usage de l'article L. 600-5-1 du code de l'urbanisme au juge des référés.

⁴ CE, 12 février 2003, *Commune de Sainte-Maxime*, n° 249498, T. p. 925 ; CE, 27 juillet 2001, *SA Sollac-Lorraine*, n° 234146, p. 418 ; CE, 5 avril 2004, *S...*, n° 260149, T. p. 824.

⁵ V. le commentaire de la présidente Vialettes au BJDJ, 2015, numéro 5.

3.3. Nous avouons toutefois n'être pas pleinement convaincus (mais vous l'aviez peut-être déjà pressenti) par la solution retenue en 2015, qui nous semble devoir être réexaminée à l'aune des offices particuliers du juge de l'autorisation d'urbanisme et du juge du référé suspension.

3.3.1. Nous ne nous attarderons pas sur le nouvel office du juge des autorisations d'urbanisme né des mécanismes de régularisation offerts par les articles L. 600-5 et L. 600-5-1 du code de l'urbanisme, que vous ne connaissez que trop bien. Il nous semble toutefois utile de revenir un instant sur les deux séquences contentieuses qui découlent de l'usage de cette dernière disposition et dont vous avez progressivement dessiné les contours.

La première séquence est celle durant laquelle le juge saisi de conclusions dirigées contre un permis estime qu'un vice entraînant l'illégalité de cet acte est susceptible d'être régularisé et sursoit à statuer, jusqu'à l'expiration du délai qu'il fixe pour cette régularisation. A ce stade, le juge doit donc toujours vérifier le caractère infondé de tous les autres moyens (CE, avis, 18 juin 2014, *Société Batimalo et autre*, n° 376760, p. 164.). Ce premier jugement ne peut être contesté qu'en tant qu'il écarte ces moyens et en tant qu'il met en œuvre la procédure de sursis à statuer, ces conclusions étant privées d'objet à compter de la délivrance du permis destiné à régulariser le vice (CE, 19 juin 2017, *Syndicat des copropriétaires de la résidence Butte Stendhal*, n° 394677, 397149, T. pp. 525-743-750-756-857-858-859-862).

A l'issue de ce jugement s'ouvre une seconde séquence contentieuse, normalement marquée par la production, dans la même instance, d'un permis régularisant le permis initial. Le débat relatif au caractère fondé ou non des moyens soulevés dans la première séquence est alors définitivement clos, y compris s'agissant du vice regardé comme régularisable. Cette « *crystallisation des vices* »⁶ pour reprendre les termes de notre collègue Marie Sirinelli, conduit alors la discussion contentieuse à se concentrer seulement sur la légalité propre de la mesure de régularisation et sur le point de savoir si elle a bien pour effet de régulariser le vice (CE, 16 février 2022, *Ministre contre Société MSE La Tombelle*, n° 420554, 420575, p. 27). Si le juge n'y trouve rien à redire, il en tirera les conséquences et mettra fin à l'instance. Et l'auteur d'un recours contre ce second jugement pourra seulement contester la légalité du permis de construire modificatif par des moyens propres et au motif que le permis initial n'était pas régularisable (CE, 24 juin 2022, *M... et Mme P...*, n° 456348, T. pp. 860-876-887-988).

Le séquençage contentieux que vous avez organisé nous amène à formuler deux observations pour notre affaire.

D'une part, en actant le caractère fondé, mais régularisable, d'un ou plusieurs vices entachant le permis initial et en écartant tous les autres moyens, le premier jugement « *épueuse la question de la légalité du permis initial* »⁷. Loin d'être un avant dire droit « classique », posant une question préjudicielle ou ordonnant une mesure d'instruction, il prend donc parti de manière nette sur la légalité du permis. Son intervention clôt d'ailleurs ce débat au sein de la même instance et relègue ainsi le jugement mettant fin à l'instance à un rang plus résiduel, puisqu'il s'agira seulement d'acter la production du permis modificatif, lequel se substitue au permis initial, et de vérifier sa légalité et l'effectivité de la régularisation. Autrement dit, s'il est vrai que le premier jugement n'épuise pas entièrement le litige au fond, il statue presque entièrement sur les seuls points qui comptent d'un point de vue de la légalité, à savoir le caractère fondé ou non des moyens soulevés par le requérant contre le permis initial, ce qui ne sera pas le cas du jugement mettant fin à l'instance.

Vu sous cet angle, le contrôle du juge du fond apparaît d'une certaine manière redondant avec celui du juge de cassation en référé. Il apporte même une réponse plus aboutie au requérant en se prononçant sur le bien-fondé et non sur le caractère sérieux de ses moyens et en déclenchant le processus de rétablissement de la légalité qu'il recherche. Le débat est ainsi trop engagé sur le fond de l'affaire pour justifier une prise de position, qui plus est provisoire, du juge de cassation.

⁶ Marie Sirinelli sous CE, 21 décembre 2022, *Commune de Vauréal*, n° 458040, inédite.

⁷ Selon Aurélie Bretonneau, sous CE, 19 juin 2017, *Syndicat des copropriétaires de la résidence Butte Stendhal*, n° 394677, 397149, T. pp. 525-743-750-756-857-858-859-862.

D'autre part, la distinction entre les différentes phases contentieuses nées de l'usage de l'article L. 600-5-1 et la logique « *de corridors* »⁸ sur laquelle elle repose nous paraît affaiblir l'intérêt du débat devant le juge de cassation. En effet, dès la décision de sursis à statuer intervenue, le centre de gravité de la discussion contentieuse s'est déplacé vers l'instance au fond, soit sur le terrain de l'appel contre cette décision, soit dans le cadre de l'instance suivant la mesure de régularisation, soit les deux. Dans ce contexte, le débat en référé sur le caractère sérieux ou non des moyens dirigés contre le permis apparaît en quelque sorte « *décalé* » par rapport au renouvellement du débat devant le juge du fond.

3.3.2. Il nous semble également souhaitable de revisiter la jurisprudence *SCI Paolina* eu égard, non plus à l'office du juge de l'urbanisme, mais à celui du juge du référé-suspension.

Vous le savez, l'article L. 521-1 du code de justice administrative le place dans une position subsidiaire par rapport au juge du fond. Ainsi, sans recours au fond, aucun référé-suspension ne peut être introduit contre une décision administrative. Cette disposition affirme également, au sujet de l'éventuelle suspension prononcée, qu'elle prend fin au plus tard lorsqu'il est « *statué sur la requête en annulation* », ce qui n'est pas tout à fait la même chose que d'indiquer « *lorsqu'il est mis fin définitivement au litige* » ...

Ce caractère subsidiaire s'explique aisément. Juge de l'évidence, le juge des référés n'a pas vocation à épuiser le litige mais à statuer en urgence et de manière provisoire sur celui-ci par une décision non revêtue de l'autorité de chose jugée⁹. Son office ne se substitue donc pas à celui du juge du fond, qui possède des caractéristiques propres et des bénéfices non négligeables pour le requérant, comme l'allongement de la procédure contradictoire, une collégialité plus systématique, la possibilité de prononcer des mesures d'injonction plus étendues ou encore avec (mais nous le disons avec modestie) l'intervention d'un rapporteur public.

Selon nous, la coexistence d'une décision du juge du fond et d'une décision du juge des référés (ou de son juge de cassation) portant toutes les deux sur la légalité d'un même permis contreviendrait à ce partage des rôles. Placé dans une position subsidiaire, il appartient au juge des référés de tirer toutes les conséquences de l'intervention du juge du fond sur le litige, en examinant si, pour l'avenir, cette intervention ajoute ou diminue la valeur ajoutée de sa propre intervention. Dans cette dernière hypothèse, il lui revient de s'effacer au profit du juge de première instance.

Le même réflexe semble vous avoir conduit à juger, dans votre récente affaire de Section *M. H...*, que dans le cas où le demandeur, après le rejet d'une demande de suspension, saisit à nouveau le juge des référés de conclusions ayant le même objet et se pourvoit en cassation contre la première ordonnance ayant rejeté sa demande, l'intervention, postérieurement à l'introduction de ce pourvoi, d'une nouvelle ordonnance rejetant la nouvelle demande rend sans objet les conclusions dirigées contre la première ordonnance, alors même que la seconde n'est pas devenue définitive (CE, 22 septembre 2023, n° 472210, p. 251).

Au regard des conclusions du rapporteur public, cette solution vise ainsi, notamment, à prévenir une prise de position du juge de cassation sur la légalité de la décision ayant fait l'objet de la première ordonnance. Il s'agit donc de prévenir toute interférence avec le déroulement de la procédure pendante devant le juge du fond, perturbatrice pour le fonctionnement de la justice administrative. Le même objectif nous semble conduire à prononcer un non-lieu dans la présente affaire.

Une telle solution pourrait faire naître deux types de craintes mais qui semblent pouvoir être levées.

D'une part, vous pourriez hésiter à prononcer un non-lieu à statuer alors que le litige conserve *stricto sensu* un objet. Mais comme le rappelait Jean Lessi, « *le non-lieu est prononcé de manière souple en référé* » puisque « *la mission du juge étant de prendre des mesures provisoires, s'inscrivant dans un contexte donné, tout changement substantiel de contexte prive son intervention d'objet* »¹⁰. Surtout, vous avez développé, à côté des cas plus classiques déjà mentionnés, des hypothèses de non-lieu à statuer, non pas fondées sur une perte stricte

⁸ Idem.

⁹ CE, 29 juin 2020, *SCI Eaux douces*, n° 435502, T. pp. 897-898-1052.

¹⁰ CE, Section, 5 mai 2017, *M. Z...*, n° 391925, p. 148.

de l'objet du litige mais sur des considérations plus subjectives, relatives à la perte d'intérêt du litige et que certains ont qualifié « *d'opportunité* »¹¹».

Vous avez ainsi admis le non-lieu dans des cas où la perte d'objet ou d'intérêt résulte d'un acte administratif non définitif ou d'une décision juridictionnelle non irrévocable C'est le cas d'un recours contre une décision de refus de prendre un acte si l'administration prend la mesure positive recherchée par le requérant, alors même que cette mesure peut être attaquée ou fait l'objet d'un recours (CE, 27 juillet 2005, *Association Bretagne Ateliers*, n° 261694, p. 350). Vous jugez aussi que l'intervention d'un jugement de décharge frappe de caducité les actes tendant au recouvrement forcé de l'imposition, de sorte que le juge saisi de ces actes doit constater le non-lieu, alors même que le jugement de décharge ne serait pas encore devenu irrévocable (CE, 27 juillet 2015, *PP...*, n° 359368, T. pp. 546-625-628-817).

Comme le souligne le professeur Chapus, vous êtes en présence « *d'une jurisprudence qui, récemment libérée des contraintes de l'analyse juridique tend à un réalisme qui a l'intérêt, en facilitant les non-lieux, de simplifier le cours de la justice* ». ¹² Votre décision de Section *M. H...* s'inscrit dans ce courant jurisprudentiel pragmatique, puisque vous avez fermé la porte de votre prétoire alors même que la deuxième ordonnance attaquée devant vous disposait encore d'un caractère exécutoire et qu'aucune décision au fond n'était déjà intervenue. L'effort pour constater le non-lieu dans cette affaire semblait ainsi plus important à réaliser au regard des canons de votre jurisprudence que dans le présent dossier, où le juge du fond a déjà pris position - et largement - sur le fond du litige.

D'autre part, vous pourriez également craindre que le non-lieu ferme une voie de recours au requérant, en méconnaissance du droit existant même sans texte de se pourvoir en cassation (CE Assemblée, 7 février 1947, *Z...*, n° 79128, p. 50). Mais ce droit n'est jamais absolu et surtout il nous semble que les requérants pourront toujours s'adresser au juge des référés lui-même pour qu'il tire les conséquences de l'intervention du premier jugement sursoyant à statuer.

Comme le soulignait le rapport du groupe de travail ayant précédé l'adoption de la loi du 30 juin 2000, « *en matière de procédures d'urgence, c'est l'instance de premier ressort qui est déterminante* ». Cette priorité a conduit à fermer la voie de l'appel en référé suspension et à ouvrir la possibilité de saisir à tout moment de nouveau le juge des référés, notamment en cas de changement de circonstances de fait ou de droit. Dans notre configuration, l'intervention de la décision de sursis à statuer laisse intacte la possibilité pour le tiers au permis d'en obtenir à nouveau la suspension devant le juge des référés, sur le fondement de l'article L. 521-1, en se prévalant cette fois de ce que le premier jugement a retenu l'existence d'un moyen fondé, ce qui poussera selon nous presque systématiquement le juge du référé à retenir celle d'un moyen sérieux. Conjuguée à la présomption d'urgence applicable dans une telle hypothèse, le requérant aura donc de bonnes chances d'obtenir sa suspension.

Une voie de droit continue donc d'être ouverte après l'intervention du jugement au fond pour le requérant. Cela nous paraît être fidèle à l'intention des auteurs de la loi du 30 juin 2000, pour lesquels le rôle du juge de cassation en référé est moins déterminant que celui qu'il exerce sur une affaire au fond, comme en témoigne par exemple le contrôle distancié qu'il effectue sur une erreur de droit ou sur la condition d'urgence¹³. Précisons pour finir que vous prononcerez d'autant moins souvent un non-lieu à statuer que vous traiterez avec célérité les pourvois formés devant vous.

4. Compte-tenu de l'ensemble de ces éléments, nous vous proposons donc de revenir sur la jurisprudence *SCI Paolina* et de prononcer un non-lieu à statuer. Vous ne prendriez pas les parties en défaut, puisqu'elles ont été averties en amont, par vos soins, de cette hypothèse. Si vous ne nous suivez pas, vous examinerez les moyens de Mme B..., dont aucun ne paraît fondé.

¹¹ René Chapus, DCA 13ème éd. p. 945

¹² Contentieux administratif, Montchrestien Domat 2008, p. 945, n° 1067

¹³ CE, Sect, 29 novembre 2002, *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne*, 244727, p 421 ; CE, Section, 25 avril 2001, *Association des habitants du littoral du Morbihan*, 230025, p. 220

4.1. En premier lieu, le permis litigieux, assorti de prescriptions, est suffisamment motivé, puisqu'il renvoie aux avis des services qu'il vise et qui sont joints en annexe. Le juge des référés pouvait donc sans erreur de droit ni dénégation écarter le caractère sérieux du moyen soutenant le contraire.

4.2. En deuxième lieu, la notice du projet présentée aux services instructeurs comportait de nombreuses informations sur son environnement proche et répondait aux standards de votre décision *Mme L...*. Le juge des référés n'a commis aucune erreur de droit ou dénégation en écartant le moyen afférent de la requérante.

4.3. En troisième lieu, il est vrai que l'article UC 3.1 du PLU exige que « *les accès ou bandes de desserte desservant plus d'un logement doivent avoir une largeur minimale d'emprise de 6 mètres, incluant une chaussée de 3,50 mètres, sur toute leur longueur* ». Mais si la requérante soutient que la desserte du projet méconnaît ces dispositions, celles-ci ne concernent pas ce type de voie mais les « *bandes de dessertes* », qui ne sont pas ouvertes à la circulation publique ainsi que l'indique la définition qu'en donne le PLU.

4.4. N'était pas non plus sérieux, en quatrième lieu, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article UC 10 sur la hauteur des constructions. La limite de hauteur de 3,50 mètres au faîtage n'est pas applicable à la première, dite « M1 », dès lors que la voie de desserte interne, en indivision, fait partie intégrante du projet et que cette maison n'est par conséquent pas située dans la bande de trois mètres depuis une limite séparative. En outre, si la maison dite « M2 » est située pour partie dans la bande de trois mètres depuis la limite séparative, cette partie de la construction n'excède pas 3,50 mètres au faîtage et la partie située au-delà de la bande de trois mètres n'excède pas 8 mètres au faîtage.

4.5. En dernier lieu, le permis de construire ne paraît pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation, au regard des exigences de sécurité et de salubrité publiques fixées par l'article R. 111-2 du code de l'urbanisme.

Le pourvoi pourra donc être rejeté si vous ne constatez pas de non-lieu à statuer. Relevons que votre solution se distinguera de celle adoptée par le juge du fond, qui a retenu le caractère fondé du moyen tiré de la méconnaissance de l'article UC 10 du PLU et sursis à statuer le temps pour la pétitionnaire de régulariser ce vice.

Par ces motifs, nous concluons à ce qu'il n'y ait pas lieu de statuer sur les conclusions du pourvoi de Mme B... dirigées contre l'ordonnance du 21 novembre 2022 du juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux et au rejet des conclusions des parties présentées au titre de l'article L. 761-1 du CJA.
