

Chronique de jurisprudence du Conseil d'État - contentieux administratif et convention européenne des droits de l'Homme

GPL430w8

Par
Benjamin DEFOORT
Professeur de droit public
à l'université de Tours,
IRJI François Rabelais (EA
7496)

L'essentiel

La jurisprudence du Conseil d'État, concernant le contentieux administratif et les exigences de la convention européenne des droits de l'Homme en la matière, est avant tout marquée, dans ce second semestre de l'année 2021, par l'arrêt *Association Elena*, du 19 novembre 2021, et la reconnaissance de la recevabilité, en excès de pouvoir, de conclusions – subsidiaires – à fin d'abrogation d'un acte réglementaire (CE, sect., 19 nov. 2021, n° 437141), dont les modalités de contestation par la voie de l'exception sont également précisées, en matière fiscale, par l'arrêt *Société Ceetrus* du 4 octobre 2021 (CE, 4 oct. 2021, n° 448651). On relève également un nombre important de décisions rendues dans le domaine du contentieux de l'urbanisme, dont la complexité croissante est fréquemment remarquée et dénoncée et qui fait, ici, l'objet de solutions allant dans le sens d'une simplification relative ou d'une plus grande souplesse dans l'appréciation de la recevabilité des recours. Des limites à la régularisation des autorisations d'urbanisme sont ainsi posées, en excluant la méconnaissance de la jurisprudence *Thalamy* du champ des dispositions des articles L. 600-5 et L. 600-5-1 du Code de l'urbanisme (CE, 6 oct. 2021, n° 442182), la présomption d'urgence pour demander la suspension d'une autorisation d'urbanisme est confortée (CE, 6 oct. 2021, n° 445733) et l'absence d'intérêt à agir pour contester une telle autorisation est considérée comme ne pouvant faire l'objet d'un rejet pour irrecevabilité manifeste sans l'envoi préalable d'une invitation le régulariser (CE, 14 oct. 2021, n° 441415). Le Conseil d'État juge également que le refus de délivrer un permis de régularisation, à la suite d'un sursis à statuer sur le fondement de l'article L. 600-5-1 du Code de l'urbanisme, ne peut être contesté que dans le cadre d'une nouvelle instance (CE, 9 nov. 2021, n° 440028). D'autres arrêts sont également relevés en ce qu'ils retiennent des solutions qui bien que ponctuelles n'en sont pas moins remarquables, qu'il s'agisse de l'exercice de l'action en reconnaissance de droits (CE, avis, 15 nov. 2021, n° 454125), de l'appréciation stricte de l'intérêt à agir contre un acte de droit souple (CE, 15 déc. 2021, n° 444759), des conditions d'indemnisation en plein contentieux des frais de justice engagés en excès de pouvoir (CE, 15 oct. 2021, n° 436725) ou de la dispense de contradictoire, en appel, dans le cadre d'un référé-constat concernant un immeuble menaçant ruine (CE, 30 nov. 2021, n° 439491).

PLAN

I. LES JUGES	p. 1	A. La détermination de l'objet du litige	p. 5
A. La répartition des compétences	(néant)	B. L'instruction	(néant)
B. La distinction des contentieux.....	p. 2	IV. LA DÉCISION JURIDICTIONNELLE	p. 6
C. Les juridictions administratives spéciales.....	(néant)	A. Le jugement.....	p. 6
II. L'ACTION.....	p. 3	B. L'exécution du jugement.....	p. 9
A. La liaison du contentieux.....	p. 3	V. LES VOIES DE RECOURS.....	(néant)
B. La recevabilité	p. 4	VI. LES RÉFÉRÉS.....	p. 11
III. L'INSTANCE	p. 5	VII. LES EXIGENCES DE LA CEDH.....	(néant)

I. LES JUGES

[...]

B. La distinctions des contentieux

Le pouvoir d'abrogation du juge de l'excès de pouvoir GPL431h7

L'essentiel Le Conseil d'État admet pour la première fois la recevabilité, en excès de pouvoir, de conclusions subsidiaires à fin d'abrogation d'un acte réglementaire, poursuivant la refonte de l'office du juge de l'excès de pouvoir.

CE, sect., 19 nov. 2021, n° 437141, Association des avocats Elena France et a., Lebon, M. Tonon, rapp., M^{me} Roussel, rapp. publ. ; SCP Rocheteau, Uzan-Sarano, SCP Foussard, Froger, av. : JCP A 2021, 710, veille L. Erstein ; Dr. adm. 2022, repère 8, note A. Courrèges ; AJDA 2021, p. 2582, chron. C. Malverti, C. Beaufils

Note

Rarement un arrêt du Conseil d'État, portant sur une pure question de contentieux administratif relative à l'office du juge administratif, fut attendu (dans le petit monde des administrativistes) avec autant d'impatience. En effet, après avoir annulé, dans son arrêt du 2 juillet 2021 (CE, 2 juill. 2021, n° 437141 : Dr. adm. 2021, alerte 116), la liste des pays d'origine sûrs en tant qu'était maintenue sur celle-ci l'inscription de deux pays d'Afrique malgré le sort que ces pays réservent aux personnes homosexuelles, les 2^e et 7^e chambres réunies ont sursis à statuer, et renvoyé à la section du contentieux le soin de se prononcer sur les conclusions à fins d'abrogation de cette même liste, présentées en cours d'instance par l'Association des avocats Elena France, au vu de circonstances nouvelles depuis l'adoption, en 2019, de la délibération fixant la liste en cause. C'est ainsi au bout d'un insoutenable suspense de plus de 4 mois que la section a rendu son arrêt et adopté une solution dont le caractère éminemment innovant n'est qu'en partie atténué par le fait que ce qu'elle aurait pu avoir de surprenant s'était trouvé très largement relativisé par l'annonce et l'anticipation de cette solution à venir.

Quel est donc ce bouleversement ? Le juge de l'excès de pouvoir peut valablement être saisi de conclusions à fin d'abrogation d'une décision administrative. Plus précisément, la section redéfinit « l'office du juge de l'excès de pouvoir » de la manière suivante : « Lorsqu'il est saisi de conclusions tendant à l'annulation d'un acte réglementaire, le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité de cet acte à la date de son édicton. S'il le juge illégal, il en prononce l'annulation. Ainsi saisi de conclusions à fin d'annulation recevables, le juge peut également l'être, à titre subsidiaire, de conclusions tendant à ce qu'il prononce l'abrogation du même acte au motif d'une illégalité résultant d'un changement de circonstances de droit ou de fait postérieur à son édicton, afin que puissent toujours être sanctionnées les atteintes illégales qu'un acte réglementaire est susceptible de porter à l'ordre juridique. Il statue alors prioritairement sur les conclusions à fin d'annulation. Dans l'hypothèse où il ne ferait pas droit aux conclusions à fin d'annulation et où l'acte n'aurait pas été abrogé par l'autorité compétente depuis l'introduction

de la requête, il appartient au juge, dès lors que l'acte continue de produire ses effets, de se prononcer sur les conclusions subsidiaires. Le juge statue alors au regard des règles applicables et des circonstances prévalant à la date de sa décision. S'il constate, au vu des échanges entre les parties, un changement de circonstances tel que l'acte est devenu illégal, le juge en prononce l'abrogation. Il peut, eu égard à l'objet de l'acte et à sa portée, aux conditions de son élaboration ainsi qu'aux intérêts en présence, prévoir dans sa décision que l'abrogation ne prend effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine ».

Cet arrêt pourrait appeler de très nombreuses remarques et ne manquera pas de faire l'objet d'importants commentaires doctrinaux. Nous voudrions, dans le cadre de cette chronique, insister sur quelques points seulement qu'on se permettra de ramasser ici de façon quelque peu désordonnée et nécessairement succincte.

Tout d'abord, on doit insister – comme le fait la rapporteure publique Sophie Roussel dans ses conclusions (disponibles sur ArianeWeb) – sur le fait que les conclusions à fin d'abrogation ne peuvent être soulevées qu'à titre *subsidiaires*. Si l'acte est illégal *ab initio*, il doit être annulé. Ce n'est que s'il était légal et est devenu illégal qu'une abrogation juridictionnelle peut être envisagée.

Ensuite, l'insistance portée sur le caractère subsidiaire de ces conclusions rejaillit sur le fait que l'annulation demeure le principe en excès de pouvoir, et avec elle la règle selon laquelle la légalité d'une décision administrative s'apprécie en fonction des circonstances existant à la date de son édicton. Cela n'avait pas été aussi clairement formulé dans l'arrêt *Association des Américains accidentels* (CE, ass., 19 juill. 2010, n° 424216 : Lebon).

Cette dernière remarque invite à s'interroger sur l'articulation à venir entre ce qui s'apparente à deux courants distincts mais complémentaires dans le plus vaste mouvement d'appréciation dynamique de la légalité. D'un côté, le « canal historique » (*Américains accidentels*) conduit le juge à prendre en compte les circonstances existant à la date de sa décision lorsqu'il est saisi de conclusions dirigées contre le refus d'abroger un acte administratif (réglementaire ou, dans une mesure encore moins clairement déterminée, individuel), assorties de conclusions à fin d'injonction de procéder à une telle abrogation. De l'autre, le présent arrêt ouvre un second canal, dont l'objet est de se dispenser du « détour » par la demande d'abrogation devant l'administration. Le paradoxe est que ce second canal, creuse un sillon ouvert par l'arrêt *Stassen* (CE, 28 févr. 2020, n° 433886 : Lebon) à propos d'une décision *individuelle* de police devenue illégale, alors qu'il se trouve, par l'arrêt ici commenté, explicitement cantonné à la contestation d'actes *réglementaires*. On se permettra de souligner ici que la constatation d'un tel changement de circonstances constitue à la fois la condition de recevabilité et du bien-fondé de ces nouvelles conclusions. Par hypothèse, le juge ne pourra que faire droit à ces

conclusions dès que des circonstances nouvelles les rendront recevables, sous la seule réserve qu'il décide d'en moduler les effets sur le fondement de la jurisprudence *Association AC !* [CE, ass., 11 mai 2004, n° 255886 : Lebon, p. 197]. On notera, d'ailleurs, au passage, que cette dernière jurisprudence permettait déjà de longue date au juge de l'excès de pouvoir de ne prononcer des annulations, dans certaines conditions strictement définies, que pour l'avenir. L'abrogation en excès de pouvoir n'est donc pas entièrement neuve (même si elle est plus habituelle en plein contentieux : CE, 21 janv. 2002, n° 234227, Min. Aménagement du territoire c/ Sté Schweppes : Lebon, p. 13).

En outre, ce nouveau pouvoir d'abrogation du juge de l'excès de pouvoir repose sur l'initiative des parties. Ce n'est que saisi de conclusions en ce sens, et selon la hiérarchie exposée ci-dessus, que le juge pourra faire usage de cette nouvelle faculté. Bien entendu, il est légitime de se demander si ce garde-fou ne pourra pas, par la suite, faire l'objet de la même évolution que celle qu'a connue, par une voie législative, la faculté de prononcer des injonctions, initialement subordonnée à la présentation de conclusions en ce sens et qui, désormais, relève de l'office du juge (2^e alinéa des articles L. 911-1 et L. 911-2 du CJA, issus de la loi n° 2019-22 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice).

On terminera par une série d'interrogations sur les suites qui pourront être données à l'arrêt *Elena*. La première concerne le périmètre de ces conclusions. On l'a dit, si, en l'état, l'abrogation juridictionnelle est réservée au contentieux de l'acte réglementaire, rien, selon nous, ne

s'opposerait à une généralisation vers les décisions individuelles et la question est plutôt de savoir quand elle va s'opérer et non si elle aura lieu. La seconde interrogation concerne une éventuelle prise en compte de circonstances postérieures rendant non plus illégales mais *légal* des décisions administratives, comme c'est le cas en plein contentieux objectif [CE, 26 mars 1997, n° 135974, Sté Elf Antargaz : Lebon, p. 111] et dans le cadre de l'arrêt *Américains accidentels*. Pourquoi, en effet, ne pas envisager une généralisation de l'appréciation dynamique dans ce sens-là également, conduisant au constat d'une légalité rétablie de l'acte réglementaire (et non exclusivement au rétablissement, par l'intervention du juge, d'une légalité postérieurement compromise) ? Une telle extension modifierait toutefois profondément l'équilibre auquel l'arrêt *Elena* tente de parvenir et ruinerait la condition de subsidiarité de ces conclusions puisque cela aboutirait, dès que le moyen sera soulevé en défense par l'administration, à s'opposer à l'annulation d'un acte pourtant illégal *ab initio*. Faudrait-il alors songer à bâtir un régime d'*annulation exclusivement pour le passé* ? L'impératif de protection de la légalité et de son rétablissement – qui constitue la boussole au regard de laquelle la rapporteure publique a entendu orienter la position de la section – serait bien évidemment à ce prix. Car si la fonction même de l'excès de pouvoir réside dans la préservation de la légalité, en tant qu'« exigence continue » et non pas exclusivement dans une perspective disciplinaire, il serait dangereux que la « préoccupation que le chemin emprunté pour atteindre ce but soit le plus court possible » (S. Roussel, concl. préc.) conduise à faire l'impasse sur des illégalités passées.

(...)

II. L'ACTION

A. La liaison du contentieux

Précisions sur les modalités de liaison du contentieux dans le cadre de l'action en reconnaissance de droits GPL431h8

L'essentiel Le Conseil d'État précise que la réclamation préalable, qui conditionne la recevabilité de l'action en reconnaissance de droits introduite par la loi de modernisation de la justice du 21^e siècle n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, est une demande au sens de l'article L. 114-2 du Code des relations entre le public et l'administration. Le contentieux doit donc être regardé comme lié à la date à laquelle la réclamation a été adressée à une autorité administrative, quand bien même celle-ci serait incompétente, à charge pour elle de la transmettre à l'autorité compétente. La formation d'une telle réclamation interrompt également, à cette date, les délais de prescription et de forclusion.

CE, avis, 8-3, 15 nov. 2021, n° 454125, Union fédérale des consommateurs Que Choisir Nancy et sa région, Lebon, M^{me} Champeaux, rapp., M^{me} Ciavaldini, rapp. publ. ; SCP

Duhamel – Rameix – Gury-Maître, av. : Dr. adm. 2022, veille 9, note A. Courrèges

Note

Dans un avis rendu le 15 novembre 2021, le Conseil d'État précise la portée de la réclamation préalable qu'il incombe à l'auteur d'une action en reconnaissance de droits de former pour lier le contentieux, notamment dans l'hypothèse où cette réclamation préalable ne serait pas adressée à l'autorité compétente pour statuer sur la question posée. Issue de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au 21^e siècle, et codifiée à l'article L. 77-12-1 du Code de justice administrative (CJA), l'action en reconnaissance de droits « permet à une association régulièrement déclarée ou à un syndicat professionnel régulièrement constitué de déposer une requête tendant à la reconnaissance de droits indivi-

duels résultant de l'application de la loi ou du règlement en faveur d'un groupe indéterminé de personnes ayant le même intérêt, à la condition que leur objet statutaire comporte la défense dudit intérêt ».

Dans cet avis, le Conseil d'État précise, d'une part, que la réclamation préalable – exigée par l'article R. 77-12-4 du CJA – doit être regardée comme une demande au sens de l'article L. 114-2 du Code des relations entre le public et l'administration si bien que, lorsqu'elle est adressée à une autorité incompétente, cette dernière a l'obligation de la transmettre à l'autorité compétente et d'en aviser l'intéressé. Par voie de conséquence, le fait d'adresser sa réclamation préalable dans le cadre d'une action en reconnaissance de droits à une autorité incompétente n'est pas de nature à faire obstacle à ce que le contentieux soit lié, en cas de silence gardé par l'autorité compétente pendant le délai de 4 mois prévu à l'article R. 77-12-4 du CJA. La circonstance que l'autorité incompétente saisie initialement n'ait pas transmis la demande à l'autorité compétente et ait rejeté explicitement la demande avant l'expiration de ce délai de 4 mois est sans incidence. Dans une telle configuration, la liaison du contentieux résulte donc d'une décision de rejet imputée à l'autorité compétente de manière doublement implicite : d'un côté, l'obligation de transmission à l'autorité compétente qui s'impose à l'autorité incompétente saisie permet de considérer que la réclamation doit être réputée implicitement transmise ; de l'autre, le silence de l'autorité compétente est réputé signifier le refus implicite d'y faire droit. Cette interprétation du silence est ici toutefois originale dès lors que l'autorité administrative se trouve alors regardée comme ayant rejeté une demande dont elle n'a jamais eu connaissance... L'efficacité de l'action en reconnaissance de droits, qui suppose que son exercice soit autant que faire se peut à l'abri d'éventuelles chausse-trappes

procédurales, est à ce prix et s'accommode fort bien d'un tel degré de fiction.

D'autre part, et dans un prolongement cohérent, le Conseil d'État juge que l'exercice de cette réclamation préalable, même adressée à une autorité administrative incompétente, est bien de nature à interrompre les délais de prescription et de forclusion opposables aux personnes susceptibles de se prévaloir des droits dont la reconnaissance est demandée, « et ce y compris les délais de réclamation et recours prévus par le livre de procédures fiscales », à la date de cette réclamation, c'est-à-dire à la date à laquelle l'autorité incompétente a été initialement saisie.

Que ce soit pour interrompre les délais de forclusion ou de prescription ou pour lier le contentieux afin de pouvoir saisir un juge d'une action en reconnaissance de droits, la compétence de l'autorité à laquelle est adressée la réclamation préalable exigée par les textes est indifférente. Seul compte le fait de s'être adressé à une autorité administrative, quelle qu'elle soit, charge à elle de faire suivre la demande auprès de l'administration compétente pour que cette réclamation soit effectivement instruite, sauf à ce qu'une décision implicite de rejet naisse en tout état de cause au bout d'un délai de 4 mois, sans véritable examen *administratif* de la réclamation, faisant ainsi, et par la suite, porter exclusivement sur le juge la charge de statuer sur les mérites de l'action intentée et des droits dont la jouissance est ainsi invoquée. Ces solutions ont, indubitablement, le mérite de la simplicité du point de vue de l'exercice de l'action en reconnaissance de droits ; elles interrogent néanmoins sur l'utilité de la soumettre à un examen administratif préalable qui, bien souvent, sera purement et simplement escamoté faute d'avoir été porté devant l'autorité compétente.

B. La recevabilité

L'absence de souplesse dans l'appréciation de l'intérêt à agir contre un acte de droit souple GPL431h9

L'essentiel Le communiqué de presse par lequel le garde des Sceaux annonce l'ouverture d'une enquête administrative à l'encontre de magistrats du Parquet national financier est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir eu égard à ses effets notables. En revanche, ni une association de défense des libertés constitutionnelles ni un syndicat de magistrats n'ont intérêt à agir contre un tel acte de droit souple.

CE, 6-5, 15 déc. 2021, n° 444759, Association de défense des libertés constitutionnelles, Syndicat unité magistrats SNM FO, Lebon T., M. Bachini, rapp., M. Fuchs, rapp. publ.

Note

La décision rendue par le Conseil d'État le 15 décembre 2021, dans une affaire médiatiquement remarquée, retient l'attention, pour ce qui concerne ses aspects de contentieux administratif, pour trois raisons principales qui tiennent toutes aux conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Rappelons au préalable, brièvement, les circonstances de l'espèce. Par un communiqué de presse rendu public le 18 septembre 2020, le garde des Sceaux a fait savoir qu'il avait fait usage de la faculté qu'il tient de l'article 2 du décret n° 2016-1675 du 5 décembre 2016 de saisir l'inspection générale de la justice (IGJ) afin que celle-ci diligente une enquête administrative sur le comportement professionnel de trois magistrats judiciaires, affectés au Parquet national financier (PNF). Cette décision avait indigné les magistrats judiciaires, car elle révélait selon eux une atteinte manifeste à l'indépendance de la justice, dès lors notamment que ce qui était reproché aux magistrats en cause

concernait leur choix de consulter – dans l'affaire dite des « écoutes » – les relevés téléphoniques de certains avocats – dont ceux de celui qui deviendra garde des Sceaux et qui a demandé l'enquête administrative en cause – afin d'identifier qui avait pu informer Nicolas Sarkozy et son avocat qu'ils étaient sur écoute dans une enquête pour des soupçons de corruption d'un magistrat. Le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur les mérites, au fond, des prétentions des requérants.

Avant d'en voir les raisons, soulignons que la haute juridiction prend, au préalable, la peine de se prononcer sur la nature des actes dont l'annulation est demandée et d'identifier s'ils sont ou non, par nature, susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Sur ce point, le Conseil d'État juge, sans surprise, que la décision du ministre de saisir l'IGJ n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours, dès lors qu'il s'agit d'une simple décision par laquelle un ministre demande à l'un des services relevant de son ministère d'exercer l'une de ses compétences et constitue, en ce sens, bien que ce ne soit pas explicitement, une mesure d'ordre intérieur. Plus remarquable, bien qu'également peu surprenant, le choix du Conseil d'État de juger que le communiqué de presse rendant publique cette décision peut, lui, être critiqué par la voie du recours pour excès de pouvoir s'explique par le fait que, en l'occurrence, il ne fait guère de doute qu'un communiqué pointant les « manquements » des magistrats et indiquant qu'une enquête administrative est en cours est susceptible de produire des effets notables, notamment sur leur réputation. Il y a ici une application logique de la jurisprudence *GISTI* (CE, ass., 12 juin 2020, n° 418142, *GISTI*).

Les requêtes sont toutefois rejetées comme « manifestement irrecevables », sur le fondement de l'article R. 351-4 du Code de justice administrative, dès lors que les requérants étaient dépourvus d'intérêt à agir pour demander l'annulation de ce communiqué de presse qui ne concernait que les magistrats en cause. C'est, d'abord, la trop grande généralité de l'objet social de l'association de défense des libertés constitutionnelle qui, pour le Conseil d'État, s'oppose à ce qu'elle ait intérêt à demander l'annulation du communiqué de presse du 18 septembre 2020.

Si la solution repose sur un raisonnement classique (cf. CE, 9 déc. 1996, n° 155477, *Assoc. de sauvegarde du patrimoine martiniquais* : Lebon, p. 479), selon lequel un objet social trop large ne permet pas de contester des mesures de faible portée, il reste que, en l'occurrence, la faible portée présumée de la mesure contestée était discutable. Quel intérêt de juger, dans un premier temps, que ce communiqué produit des effets suffisamment notables pour pouvoir faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir pour juger, dans un second temps, et implicitement, que ces effets sont toutefois trop faibles pour qu'une association (dont l'objet est, de façon générale, de « développer et de soutenir, par tous moyens, y compris par la voie contentieuse, les actions en vue de la reconnaissance et le respect de l'effectivité des droits et libertés en France et en Europe, y compris les droits sociaux, économiques et culturels, environnementaux ou des générations futures », comme l'association ici requérante) puisse avoir intérêt à en demander l'annulation ? Il y a là un paradoxe dans la nouvelle justiciabilité du droit souple car, pour le Conseil d'État, seuls les magistrats visés auraient eu intérêt à agir contre le communiqué de presse, alors même que ce communiqué, qui relève des « manquements au devoir de diligence, de rigueur et de loyauté » chez trois magistrats du PNF, peut être aussi regardé comme jetant, de façon générale, le discrédit sur le PNF et donc, au-delà, sur l'ensemble des magistrats judiciaires. S'agissant, ensuite, du syndicat, c'est en application d'une jurisprudence bien établie que le Conseil d'État considère que, s'il est recevable à intervenir à l'appui d'un recours en annulation contre une décision favorable à l'un de ses membres (CE, 15 juin 1979, n° 08940, *Synd. général de la Police* : Lebon, p. 281), il n'est pas recevable à en demander lui-même et directement l'annulation (CE, sect., 13 déc. 1991, n° 80709, *Synd. interco CFDT Vendée* : Lebon, p. 444), dès lors que seule une mesure individuelle favorable à l'un des membres du syndicat est susceptible de léser l'intérêt collectif défendu par le syndicat puisqu'elle écarte les autres membres de son bénéfice (CE, 18 janv. 2013, n° 354218, *Synd. de la magistrature* : Lebon, p. 5 ; Dr. adm. 2013, n° 31, note G. Eveillard).

III. L'INSTANCE

A. La détermination de l'objet du litige

Quand l'illégalité d'un acte réglementaire a disparu à la date à laquelle le juge statue sur une décision prise pour son application GPL431i0

L'essentiel Lorsqu'un acte réglementaire, dont il est expié de l'illégalité dans le cadre d'un contentieux portant sur une décision individuelle d'imposition, est devenu légal à la date à laquelle le juge se place pour statuer – i.e. la date du fait générateur de l'imposition –, son éventuelle illégalité initiale doit être regardée comme transparente et le moyen l'invoquant comme inopérant.

CE, 8-3, 4 oct. 2021, n° 448651, Min. de l'Économie, des Finances et de la relance c/ SA Ceetrus France, Lebon, M. Burnod, rapp., M^{me} Ciavaldini, rapp. publ. ; SCP Duhamel – Rameix – Gury-Maître, av. : GPL 14 déc. 2021, n° GPL429w8, note M. Charité ; JCP A 2021, n° 2352, note A.-M. Halpern, K. Ciavaldini

Note

Dans un arrêt qui sera publié au *Recueil Lebon*, le Conseil d'État a posé un principe général qu'il décline ensuite à la matière fiscale. Il considère en effet que « dans l'hypothèse où l'illégalité d'un acte réglementaire a cessé, du fait d'un changement de circonstances, à la date à laquelle le juge doit se placer pour apprécier la légalité d'un acte pris pour son application ou dont il constitue la base légale, il incombe au juge, saisi d'une exception d'illégalité de cet acte réglementaire soulevée à l'appui de la contestation de ce second acte, de l'écarter. De la même façon, lorsque le juge de l'impôt est saisi, au soutien d'une contestation du bien-fondé de l'impôt, d'une exception d'illégalité de l'acte réglementaire sur la base duquel a été prise une décision individuelle d'imposition, il lui appartient de l'écarter lorsque cet acte réglementaire est, par l'effet d'un changement de circonstances, devenu légal à la date du fait générateur de l'imposition ».

Ces motifs appellent de notre part plusieurs remarques : Tout d'abord, le principe général ici posé semble applicable aussi bien en excès de pouvoir qu'en plein contentieux et dépend de « la date à laquelle le juge doit se placer pour apprécier la légalité » de l'acte dont il est saisi par voie d'action. Cette date, on le sait, est susceptible de varier selon que le juge statue en plein contentieux, où il doit en principe se placer à la date de sa propre décision, ou en excès de pouvoir, où, selon les cas, il statue en fonction des circonstances de droit et de fait existant à la date de la décision attaquée (c'est le principe) ou de celles existant à la date de sa propre décision, lorsque l'effet utile de son intervention commande qu'il se livre à une appréciation dynamique de la légalité (c'est le cas, notamment, lorsqu'il est saisi de la légalité du refus d'abroger un acte réglementaire, cf. CE, ass., 19 juill. 2010, n° 424216, Assoc. des Américains accidentels, Lebon).

Ensuite, si le contentieux fiscal est bien rattaché au plein contentieux objectif (CE, sect., 29 juin 1962, Sté aciéries de Pompey : Lebon, p. 438 ; JCP G 1963, II, 13026, concl. M. Poussière, note M. Tourdias), il se singularise toutefois car le juge ne statue pas en fonction des circonstances de droit et de fait existant à la date de sa décision. Le Conseil d'État rappelle ici que, en matière fiscale, en effet, la date de référence pour déterminer si l'acte réglementaire dont l'illégalité est invoquée est ou non devenu légal est celle

du « fait générateur de l'imposition » (cf., sur ce point : CE, 18 mars 1988, n° 73693).

En outre, on peut estimer que cette décision constitue une application à l'exception d'illégalité dirigée contre un acte réglementaire, dont les modalités ont été restreintes depuis l'arrêt *Fédération CFDT Finances* (CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583, Féd. des fin. et des aff. éco. de la CFDT : Lebon, p. 187) du raisonnement de l'arrêt *Américains accidentels* précité (CE, ass., 19 juill. 2010, n° 424216). Ce dernier conduit, dans un contentieux du refus d'abroger un acte réglementaire, à prendre en compte le fait qu'un tel acte soit devenu entre-temps *légal*, et qu'il ne doive plus, de ce fait, être obligatoirement abrogé (CE, 10 oct. 2013, n° 359219, Féd. française de Gymnastique : Lebon, p. 251). C'est pourtant sur ce point que la décision apparaît la moins innovante car le juge administratif apprécie depuis longtemps, dans le cadre d'une exception d'illégalité, la légalité d'un acte réglementaire en fonction de circonstances postérieures à son édicton, puisqu'il se place (en principe, en excès de pouvoir) à la date de l'adoption de l'acte directement attaqué et pris pour son application. Ainsi, le juge administratif a déjà pu constater qu'un tel règlement, dont il était excipé de l'illégalité, avait cessé d'être légalement applicable en raison d'un changement de circonstances (CE, ass., 22 janv. 1982, n° 36128, B. : Lebon, p. 27).

Notre dernière remarque prend la forme d'un étonnement. Alors même que cet arrêt s'inscrit incontestablement dans la logique de l'arrêt *Association des Américains accidentels* et de l'appréciation dynamique de la légalité, sa motivation est exempte de toute référence à la notion d'effet utile de l'intervention du juge, qui pourtant semble indubitablement se trouver au fondement – logique si ce n'est juridique – de la solution (sur la notion d'effet utile, cf. B. Defoort, « Juger de la légalité et effet utile des décisions du juge administratif », in B. Defoort, B. Lavergne, *Juger de la légalité administrative, Quel(s) juge pour quelle(s) légalité(s) ?*, 2021, LexisNexis, p. 227). On constate la même disparition de l'arrêt *Elena* (CE, sect., 19 nov. 2021, n° 437141). L'effet utile serait-il cette étoile filante du contentieux administratif qui, par son passage rapide dans le ciel jurisprudentiel, en a néanmoins bouleversé la structure, sans que l'on ait même plus à s'y référer explicitement ?

(...)

IV. LA DÉCISION JURIDICTIONNELLE

A. Le jugement

Le charme discret de la régularisation des autorisations d'urbanisme – et ses limites !

GPL431i1

L'essentiel La méconnaissance des principes issus de la jurisprudence *Thalamy* ne peut pas donner lieu à un sursis à statuer en vue d'une régularisation ou à une annulation

partielle assortie d'une invitation à obtenir un permis de régularisation, sur le fondement des articles L. 600-5-1 ou L. 600-5 du Code de l'urbanisme.

CE, 1-4, 6 oct. 2021, n° 442182, Société Maresias, Lebon, M^{me} Fauvarque-Cosson, rapp., M. Villette, rapp. publ. ; SCP Gaschignard, SCP Sevaux, Mathonnet, av. : Constr.-Urb. 2021, comm. 127, note L. Santoni ; JCP N 2021, act. 986 ; JCP A 2021, comm. 2350, note F. Polizzi ; RDI 2021, p. 609, note P. Soler-Couteaux

Note

Non, tout n'est pas possible, tout n'est pas régularisable, par la voie des articles L. 600-5 et L. 600-5-1 du Code de l'urbanisme ! L'avis B. (CE, sect., avis, 2 oct. 2020, n° 438318 : Lebon ; RFDA 2021, p. 146, concl. O. Fuchs ; AJDA 2020, p. 2016, chron. C. Malverti, C. Beauflis) avait, en élargissant considérablement le champ de la régularisation en matière d'urbanisme, mis comme unique garde-fou l'exigence que, par cette voie, la « nature même » du projet n'en soit pas changée, « même si cette régularisation implique de revoir l'économie générale du projet en cause ». L'arrêt ici relevé, *Société Maresias*, ajoute une seconde limite d'importance, non dénuée – une fois encore – de complexité potentielle dans sa mise en œuvre, en jugeant que la méconnaissance des principes issus de la jurisprudence *Thalamy* (CE, 9 juill. 1986, n° 51172 : Lebon ; AJDA 1986, p. 648, concl. M. Fornacciari) – dont le Conseil d'État reprend ici les principes au point 2 de l'arrêt commenté – ne peut pas donner lieu à un sursis à statuer en vue d'une régularisation (sur le fondement de l'article L. 600-5-1 du Code de l'urbanisme) ou à une annulation partielle assortie d'une invitation à obtenir un permis de régularisation (sur le fondement de l'article L. 600-5 du même code).

Pour rappel, l'arrêt *Thalamy* est un vénérable monument jurisprudentiel du contentieux de l'urbanisme, par lequel le Conseil d'État est venu poser, il y a un peu plus de 35 ans, le principe selon lequel, devant une construction irrégulièrement édifiée ou modifiée, sans permis de construire ou déclaration préalable ou en méconnaissance de telles autorisations, de tels travaux n'ont pas d'existence juridique. Par suite, pour y réaliser de nouveaux travaux, il faut solliciter une autorisation pour le tout, ce qui a pour effet de régulariser les constructions illégalement réalisées. L'objectif est d'éviter que, par la voie de modifications ponctuelles, des pétitionnaires parviennent à obtenir « la consolidation subreptice d'une situation illégale » (concl. V. Villette, disponibles sur ArianeWeb). Cette jurisprudence, particulièrement exigeante à l'égard des pétitionnaires, a connu depuis de nombreux aménagements et atténuations des conséquences qu'elle est susceptible d'entraîner : de la consécration législative d'une régularisation automatique au bout de 10 ans des irrégularités entachant une construction, sur le fondement de l'article L. 421-9 du Code de l'urbanisme, et à condition que cette construction initiale n'ait pas été réalisée sans

aucun permis (CE, 13 déc. 2013, n° 349081, M^{me} C. et a.), à l'exclusion de la jurisprudence *Thalamy* lorsque l'irrégularité de la construction résulte d'une non-conformité que l'administration n'avait pas contestée, alors qu'elle aurait pu le faire (CE, 26 nov. 2018, n° 411991, S. : RDI 2019, p. 117, note P. Soler-Couteaux).

Dans l'arrêt ici commenté, le Conseil d'État juge que : « lorsque l'autorité administrative, saisie dans les conditions mentionnées au point 2 d'une demande ne portant pas sur l'ensemble des éléments qui devaient lui être soumis, a illégalement accordé l'autorisation de construire qui lui était demandée au lieu de refuser de la délivrer et de se borner à inviter le pétitionnaire à présenter une nouvelle demande portant sur l'ensemble des éléments ayant modifié ou modifiant la construction par rapport à ce qui avait été initialement autorisé, cette illégalité ne peut être regardée comme un vice susceptible de faire l'objet d'une mesure de régularisation en application de l'article L. 600-5-1 du Code de l'urbanisme ou d'une annulation partielle en application de l'article L. 600-5 du même code ». L'illégalité résultant d'une absence de demande tendant à ce qu'une construction se trouve, dans son ensemble, régularisée à l'occasion d'une demande d'autorisation portant sur une partie seulement de celle-ci ne peut pas être, elle-même, régularisée, devant le prétoire, par le jeu des mécanismes législatifs.

La solution se fonde à la fois sur des motifs tirés de l'extraordinaire complexité qu'une telle articulation entre les mécanismes aurait engendrée et sur des motifs d'opportunité tirés de ce que ces deux techniques – jurisprudentielle et législative – reposent sur des logiques distinctes et poursuivent des finalités différentes. Ainsi, la jurisprudence *Thalamy* vise à donner une seconde chance à un propriétaire parce que l'illégalité ne réside pas dans son projet mais – de son fait très antérieur ou de celui d'un précédent propriétaire – dans la construction à laquelle ce projet s'arrime (la régularisation consistant alors à changer le *périmètre* de sa demande, qui doit porter sur le tout et aboutir à un nouveau permis de construire, dont la légalité sera examinée, au besoin, à travers le prisme de la jurisprudence *M^{me} S.*, CE, sect., 27 mai 1988, n° 79530, conduisant à n'autoriser des travaux de modification que pour autant qu'ils rendent l'immeuble entier « plus conforme » aux exigences réglementaires actuelles). Les mécanismes de régularisation législatifs visent, quant à eux, à permettre au pétitionnaire d'obtenir la correction des illégalités – régularisables – qui entachent son projet précis (la régularisation consistant alors à modifier certains aspects du projet, sans précisément changer sa nature, c'est-à-dire à modifier le contenu de la demande et non ses contours, par une demande de permis modificatif). En un mot : régularisation (C. urb., art. L. 600-5-1) sur régularisation (*Thalamy*) ne saurait valoir.

L'intérêt à agir contre une autorisation d'urbanisme à l'épreuve des ordonnances de tri

GPL43112

L'essentiel Le recours d'un requérant ne justifiant pas suffisamment de son intérêt à agir contre une autorisation d'urbanisme ne peut être rejeté par ordonnance comme manifestement irrecevable, sur le fondement du

4° de l'article R. 222-1 du Code de justice administrative, sans l'envoi au préalable d'une invitation à régulariser la requête.

CE, 10-9, 14 oct. 2021, n° 441415, M. H. G. c/ Commune de Puteaux et SCI JNH Holding, Lebon T., M. Moreau, rapp., M. Skrzyerbak, rapp. publ. ; SCP Krivine, Viaud, Cabinet Rousseau et Tapie, av. : DIU déc. 2021, n° DIU200m0, obs. M. Scheffer ; RDI 2021, p. 681, note P. Soler-Couteaux

Note

Le Conseil d'État juge dans cette affaire que la demande d'un requérant ne justifiant pas suffisamment de son intérêt à agir contre une autorisation d'urbanisme ne peut être rejetée par ordonnance comme manifestement irrecevable, sur le fondement du 4° de l'article R. 222-1 du Code de justice administrative (CJA), sans l'avoir au préalable invité à régulariser sa requête. Cet alinéa permet de rejeter par ordonnance « les requêtes manifestement irrecevables, lorsque la juridiction n'est pas tenue d'inviter leur auteur à les régulariser ou qu'elles n'ont pas été régularisées à l'expiration du délai imparti par une demande en ce sens ». Ces dispositions impliquent, comme le rappelle le Conseil d'État dans la décision ici relevée, que les requêtes manifestement irrecevables qui peuvent être rejetées par ordonnance en application de ces dispositions « sont, d'abord, celles dont l'irrecevabilité ne peut en aucun cas être couverte, ensuite, celles qui ne peuvent être régularisées que jusqu'à l'expiration du délai de recours, si le délai que la juridiction avait imparti au requérant à cette fin, en l'informant des conséquences qu'emporte un défaut de régularisation, comme l'exige l'article R. 612-1 du Code de justice administrative, est expiré » (CE, 14 oct. 2015, n° 374850, G. : Lebon T.).

S'agissant spécifiquement de l'intérêt à agir, la haute juridiction avait déjà considéré que le défaut d'intérêt à agir est susceptible de constituer une irrecevabilité manifeste au sens desdites dispositions (CE, 23 juill. 2014, n° 362559, Féd. des synd. de fonctionnaire : Lebon T.). Il a également été jugé que cette irrecevabilité pouvait être « régularisée » (CE, 23 nov. 2015, n° 364757, SARL New Margin), ou « couvertes en cours d'instance » (CE, 10 déc. 1997, n° 158064, Sté Norminter Gascogne Pyrénées et Commune de Pia : Lebon T., p. 1002), notamment parce

que le requérant peut se prévaloir de circonstances postérieures à l'introduction de son recours pour justifier de son intérêt (CE, ass., 1^{er} avr. 1938, Sté L'Alcool dénaturé de Coubert et Legrand : Lebon, p. 337 ; CE, 25 juin 2003, n° 233119, Commune de Saillagouse : Lebon T.) ou faire état, en cours d'instance, d'un intérêt autre de celui qu'il avait initialement invoqué (CE, 3 mai 1993, n° 124888, Sté industrielle de construction : Lebon T., p. 941-981-1116).

La question ici posée était donc de savoir si, dans de telles circonstances, le juge est ou non tenu d'inviter le requérant à « régulariser » sa requête, pour justifier de son intérêt à agir, avant que celle-ci puisse être rejetée par ordonnance de tri sur le fondement du 4° de l'article R. 222-1 du CJA. La difficulté tenait au fait que la jurisprudence rejette parfois comme une irrecevabilité manifeste insusceptible d'être couverte en cours d'instance le défaut d'intérêt à agir, pour l'application de l'article R. 351-4 du CJA, permettant de rejeter des conclusions manifestement irrecevables mais ne relevant pas de la compétence du Conseil d'État (cf. par ex. : CE, 13 juill. 2020, n° 435869, M. A.).

La haute juridiction adopte toutefois ici une solution inverse, en imposant au juge d'inviter le requérant à régulariser sa requête, ce qui constitue, en réalité, pour reprendre l'expression du rapporteur public, une « invitation à justifier de la recevabilité de la requête » (concl. A. Skrzyerbak disponibles sur ArianeWeb), hypothèse qui avait pourtant été explicitement écartée, il y a peu, s'agissant du dépassement du délai raisonnable issu de la jurisprudence *Czabaj* (CE, 13 juill. 2016, n° 387763) qui peut fonder un rejet par ordonnance sans invitation du requérant à indiquer si des circonstances particulières justifiaient ou non un délai supérieur (CE, 10 févr. 2020, n° 429343, M. M.).

La solution aura-t-elle vocation à s'appliquer au-delà du seul contentieux de l'urbanisme et des seules contestations des autorisations d'urbanisme ? Rien n'est moins sûr car elle s'appuie, selon le rapporteur public, sur les particularités de l'article L. 600-1-2 qui fait dépendre l'intérêt à agir des justifications apportées par le requérant sur l'atteinte portée aux conditions de jouissance de son bien.

Remboursement ou indemnisation en plein contentieux des frais de justice engagés en excès de pouvoir ? GPL431i3

L'essentiel Les frais de justice engagés en excès de pouvoir sont réputés remboursés dans le cadre de l'instance tendant à l'annulation d'une décision administrative, sur le fondement de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative, si bien que le préjudice correspondant ne peut plus être invoqué et indemnisé dans le cadre d'une instance tendant à l'engagement de la responsabilité de l'administration du fait de cette illégalité fautive.

CE, 5-6, 15 oct. 2021, n° 436725, Société 2 AB et Commune de Pézenas, Lebon T., M^{me} Le Tallec, rapp., M. Polge, rapp. publ. ; SCP Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, Sebah, Carbonnier, av. : Procédures 2021, comm. 337, obs. S. Deygas

Note

La distinction et l'articulation entre l'excès de pouvoir et plein contentieux, aussi fragiles et remises en cause qu'elles puissent être aujourd'hui, conservent des conséquences d'une remarquable subtilité dans l'hypothèse, somme toute banale, où un particulier chercherait à obtenir l'indemnisation des préjudices qu'une décision illégale – et dont il a antérieurement obtenu l'annulation – lui a causés. Cette hypothèse doit être distinguée de celles où l'excès de pouvoir viendrait se substituer au plein contentieux pour que soient obtenues, sans ministère d'avocat, les sommes refusées par une décision pécuniaire illégale, sur le fondement de la jurisprudence *Lafage* (CE, 8 mars 1912, n° 42612 : Lebon ; S. 1913, III, p. 7, note M. Hauriou), comme de celles où le plein conten-

tieux viendrait se substituer au recours pour excès de pouvoir, au-delà du délai de recours en annulation, pour obtenir l'indemnisation des préjudices causés par une décision illégale, dont les modalités résultent des arrêts *Blanc, Arguing, Bezie* (CE, 31 mars 1911, n° 34727 : Lebon, p. 407) et *Lafon* (CE, sect., 2 mai 1959 : Lebon, p. 252). Dans l'arrêt ici commenté, le Conseil d'État précise les conditions de mise en œuvre de l'article L. 761-1 du Code de justice administrative (CJA ; qui dispose que « dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens », lorsque sont successivement engagées une instance en excès de pouvoir tendant à l'annulation d'une décision administrative, puis une instance en plein contentieux tendant à l'indemnisation des préjudices causés par cette illégalité fautive. La haute juridiction juge ainsi que : « Les frais de justice exposés devant le juge administratif en conséquence directe d'une faute de l'administration sont susceptibles d'être pris en compte dans le préjudice résultant de la faute imputable à celle-ci. Toutefois, lorsque l'intéressé avait qualité de partie à l'instance, la part de son préjudice correspondant à des frais non compris dans les dépens est réputée intégralement réparée par la décision que prend le juge dans l'instance en cause ». Si la première phrase confirme la jurisprudence antérieure, la haute juridiction modifie, sur le second point, la solution résultant d'un arrêt du 16 avril 2012, *M. et Mme A.* (CE, 16 avr. 2012, n° 311308 : Lebon T., p. 826). Dans ce dernier arrêt, en effet, le Conseil d'État avait jugé que « lorsque l'intéressé a fait valoir devant le juge une demande fondée sur l'article L. 761-1 du Code de justice administrative, le préjudice est intégralement réparé par la décision que prend le juge sur ce fondement ; qu'il n'en va autrement que dans le cas où le demandeur ne pouvait légalement bénéficier de ces dispositions ».

En l'occurrence, une société avait recherché la responsabilité pour faute d'une commune qui avait, à tort, ordonné la fermeture d'un établissement ouvert au public que la société gérait au motif qu'elle ne disposait pas de l'autorisation préalable nécessaire. Dans le cadre de cette action en responsabilité, la société avait demandé l'indemnisation de son préjudice résultant des frais de justice qu'elle avait dû engager pour contester, au préalable, la légalité de la mesure de fermeture administrative, en première instance, puis en appel où elle avait finalement obtenu gain de cause. Sur ce point, le Conseil d'État juge que la société aurait dû demander, dans le cadre de l'instance en excès de pouvoir, l'indemnisation des frais qu'elle avait exposés à cette occasion. Ces frais ayant pu être remboursés dans le cadre de l'instance en excès de pouvoir, la société n'est plus fondée à en solliciter l'indemnisation dans le cadre de l'instance, engagée ultérieurement, tendant à l'engagement de la responsabilité pour illégalité fautive de la commune, dès lors qu'ils sont « réputés » avoir été

intégralement réparés par le juge dans sa décision rendue en excès de pouvoir, par la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 761-1 du CJA.

Certes, la solution repose sur des considérations de bon sens : éviter qu'un même « préjudice » soit indemnisé deux fois, sur le fondement de l'article L. 761-1 du CJA en excès de pouvoir, puis au titre d'un préjudice indemnisable dans l'action en responsabilité. On voudrait toutefois souligner le fait que, ce faisant, le Conseil d'État érige ici une forme, non pas de présomption de préjudice – comme il a pu le faire en matière de méconnaissance du délai raisonnable de jugement (CE, 19 oct. 2007, n° 296529, B. ; CE, sect., 17 juill. 2009, n° 295653, Ville de Brest) ou lorsqu'une intervention médicale a été réalisée sans le consentement du patient (CE, 24 sept. 2012, n° 336223, C.) – mais, en sens inverse, une forme de présomption de *réparation* d'un préjudice. Ainsi, désormais, la seule circonstance que la victime d'une illégalité fautive ait été partie à l'instance tendant à l'annulation en excès de pouvoir de la décision administrative illégale suffit à rendre non indemnisable le préjudice en cause, qui est présumé avoir été réparé par le seul jeu de l'article L. 761-1 du CJA. La limite de ce raisonnement tient, d'une part, au fait que le juge n'est pas tenu d'accorder une telle somme en remboursement des frais exposés et non compris dans les dépens, qui ne sont pas à proprement parler considérés comme des « préjudices », si bien que ces frais « réputés » réparés ne l'ont pas toujours été. En effet, le juge peut « dire qu'il n'y a pas lieu à condamnation ». Surtout, et d'autre part, le juge du plein contentieux aurait pu, sans recourir à cette règle de principe, s'assurer, en application du principe de réparation intégrale du préjudice, que ces mêmes sommes n'ont pas, en pratique, d'ores et déjà été accordées sur un fondement quelconque – et notamment sur celui de l'article L. 761-1 – pour en déduire le montant du préjudice devant être effectivement réparé dans le cadre de l'instance relative à l'engagement de la responsabilité pour faute de l'administration (cf., à propos du cumul de certains postes de préjudice avec le versement d'une prestation sociale : CE, 23 sept. 2013, n° 350799, Centre hospitalier de Saint-Étienne). Ainsi, contrairement à ce qui prévalait jusqu'ici, le préjudice résultant des frais de justice exposés dans le cadre d'une action tendant à l'annulation d'une décision illégale sera maintenant réputé indemnisé par la décision prise par le juge de l'excès de pouvoir dans cette instance, quand bien même le requérant n'aurait pas invoqué le bénéfice des dispositions de l'article L. 761-1 du CJA, ce qui n'était pas possible sur le fondement de la jurisprudence antérieure. L'idée est probablement de responsabiliser le requérant qui entend voir réparer le préjudice qu'il subit du fait de devoir agir en justice en raison d'une illégalité commise par l'administration. L'automatisme ainsi prévue par la règle posée en principe par le Conseil d'État pourrait toutefois, à l'usage, s'avérer problématique.

B. L'exécution du jugement

Quelles conséquences en l'absence de régularisation d'une autorisation d'urbanisme ?

GPL431i4

L'essentiel Si, à la suite d'un sursis à statuer ou d'une annulation partielle assortie d'une invitation à obtenir un permis de régularisation sur le fondement des articles L. 600-5-1 ou L. 600-5 du Code de l'urbanisme, aucun permis n'est notifié au juge, celui-ci prononce l'annulation de l'autorisation d'urbanisme critiquée devant lui. Le refus de délivrer un tel permis de régularisation ne peut être contesté que dans le cadre d'une nouvelle instance.

CE, 2-7, 9 nov. 2021, n° 440028, Société civile de construction vente (SCCV) Lucien Viseur, Lebon T., M^{me} Vera, rapp., M. Ranquet, rapp. publ. ; SCP Marlange, de La Burgade, SCP Ricard, Bendel-Vasseur, Ghnassia, av. : JCP A 2021, comm. 2392, note F. Polizzi

Note

Le Conseil d'État était saisi d'un pourvoi dirigé contre un jugement ayant annulé un permis de construire, faute de production du permis modificatif à l'expiration du délai que le tribunal avait fixé, après avoir sursis à statuer en écartant certains moyens, pour produire un tel permis afin de régulariser les vices dont le permis initial était entaché, sur le fondement de l'article L. 600-5-1 du Code de l'urbanisme. Après avoir rappelé les principes désormais classiques qui gouvernent la mise en œuvre des dispositions des articles L. 600-5 et L. 600-5-1 (cf. CE, 19 juin 2017, n° 394677, Synd. des copropriétaires de la résidence Butte Stendhal et autres), la haute juridiction précise dans cette décision les conséquences qu'il faut tirer de l'absence de production du permis de régularisation dans le délai fixé par le juge. Elle considère ainsi que : « si aucune mesure de régularisation ne lui est notifiée, il appartient au juge de prononcer l'annulation de l'autorisation de construire litigieuse, sans que puisse être contestée devant lui la légalité du refus opposé, le cas échéant, à la demande de régularisation présentée par le bénéficiaire de l'autorisation. Une telle contestation ne peut intervenir que dans le cadre d'une nouvelle instance, qui doit être regardée comme dirigée contre le refus d'autoriser le projet dans son ensemble, y compris les modifications qu'il était envisagé d'y apporter ». Au cas d'espèce, la société requérante, qui avait sollicité le permis de régularisation en cause, n'avait pu le produire dans le délai imparti dès lors que l'autorité administrative avait refusé de le délivrer. En application du principe ci-dessus exposé, il incombera à la société pétitionnaire de contester le refus de délivrer un tel permis modificatif dans le cadre d'une nouvelle instance, le refus de régulariser devant être regardé comme un refus d'autoriser le projet dans son ensemble, malgré le fait que dans un avant-dire-droit le tribunal avait pu écarter certains moyens (et alors que dans l'hypothèse où un permis de régularisation est délivré, sa contestation doit s'opérer dans le cadre de l'instance dirigée contre le permis initial : CE, 5 févr. 2021, n° 430990, M. et M^{me} B.).

La solution semble toutefois logique. D'une part, elle a le mérite de rappeler que, si les multiples procédures de

régularisation ont pour objectif assumé de permettre de « sauver » le plus grand nombre possible d'autorisations d'urbanisme afin de pouvoir, presque toujours, les rendre légales, il ne saurait s'agir d'une martingale où le pétitionnaire « gagnerait » à tous les coups. Il demeure en effet l'hypothèse où l'autorité administrative compétente ne souhaiterait pas (ou plus) délivrer le permis dans les conditions lui permettant d'être juridiquement régulier. Si un tel refus doit pouvoir être contesté par le pétitionnaire – dans le cadre d'une nouvelle instance nous dit le Conseil d'État – on doit insister sur le fait que son issue n'est pas certaine dès lors que l'autorité administrative peut parfaitement légalement refuser de régulariser un permis de construire. L'autorité bénéficie en effet, dans bien des cas, d'une marge d'appréciation discrétionnaire lui permettant, tout aussi légalement, de délivrer comme de refuser un permis de construire. Dit autrement, l'élargissement constant des facultés de régularisation des autorisations d'urbanisme ne peut avoir pour effet de transformer un pouvoir discrétionnaire en compétence liée, quand bien même le juge constaterait qu'un permis est régularisable. Le juge administratif, même en matière d'urbanisme, ne peut pas – encore ? – faire totalement œuvre d'administrateur...

Et d'autre part, le choix de renvoyer la critique du refus de régulariser à une nouvelle instance résulte des irréductibles différences, dans l'office du juge, entre le contrôle de l'octroi d'une autorisation et celui du refus opposé à cette même demande. La solution inverse, qui aurait conduit le juge à examiner la légalité du refus de régulariser dans la même instance que la contestation de la délivrance du permis initial, par un tiers, et ayant d'ores et déjà été en partie validé avant-dire-droit, aurait conduit à une forme de trou noir contentieux, dès lors que le permis modificatif peut aller au-delà des seules régularisations exigées par le juge tant qu'il n'apporte pas un bouleversement tel qu'il changerait la nature du projet (CE, sect., avis, 2 oct. 2020, n° 438318, B.). Statuer sur la légalité du refus de régulariser dans la même instance que l'instance initiale aurait ainsi conduit à devoir « distinguer, selon les motifs du refus et leurs liens avec les vices à régulariser, quels refus peuvent voir leur légalité discutée dans la même instance que celle du permis initial et lesquels ne peuvent pas, au prix d'une complexité certaine pour les juges du fond » (concl. P. Ranquet, disponibles sur ArianeWeb). Pire, si le pétitionnaire initial obtient le constat de l'illégalité du refus de régulariser, cela ne saurait impliquer pour autant, pour les raisons évoquées plus haut, que le permis soit automatiquement régularisé. Le juge devrait alors nécessairement passer par une nouvelle injonction, avec un nouveau délai, ce qui, *in fine*, reviendrait à rallonger le traitement contentieux du litige autant qu'en renvoyant l'affaire à une nouvelle instance. Il semblerait donc que, par petites touches successives, le Conseil d'État fasse prendre conscience que régulariser n'est pas toujours simplifier et que la régularisation *en cours d'instance* n'est pas toujours la panacée.

[...]

VI. LES RÉFÉRÉS

Des subtilités du référé-suspension contre une autorisation d'urbanisme : présomption d'urgence, obligation de diligence et cristallisation des moyens GPL431i5

L'essentiel La présomption d'urgence à demander la suspension d'une autorisation d'urbanisme en référé n'est pas renversée pas le seul manque supposé de diligence du requérant qui n'aurait saisi le juge qu'après l'expiration du délai de cristallisation des moyens dans le litige au principal.

CE, 2-7, 6 oct. 2021, n° 445733, M^{me} Florence M. et a., Lebon T., M^{me} de Margerie, rapp., M. Ranquet, rapp. publ. ; SCP Benabent, Cabinet Munier-Apaire, av. : Constr.-Urb. 2021, comm. 116, note L. Santoni ; RDI 2021, p. 682, note P. Soler-Couteaux

Note

La complexification structurelle du contentieux des autorisations d'urbanisme semble paradoxalement s'accroître à mesure que sont précisées les modalités de mise en œuvre des pouvoirs du juge censées permettre sa rationalisation. Si ce constat a pu être opéré s'agissant des différentes possibilités de régularisation susceptibles d'être opérées devant le juge de l'urbanisme (cf. B. Seiller, « Les décisions régularisées », RFDA 2019, p. 871 ; B. Defoort, « La régularisation des autorisations d'urbanisme : technique à toute épreuve ? », note sous CE, 17 mars 2021, n° 436073 : Dr. adm. 2021, n° 38), la présente espèce illustre, une nouvelle fois, la confusion à laquelle peut aboutir le contentieux des permis de construire, examiné ici au stade du référé-suspension, lorsque l'on doit combiner entre elles les règles spéciales, législatives ou jurisprudentielles, du contentieux de l'urbanisme.

La première question était ici de savoir si la présomption d'urgence, en cas de référé suspension contre permis de construire, d'aménager ou de démolir, dégagée par la jurisprudence (CE, 27 juill. 2001, n° 230231, Commune de Tulle ; CE, 27 juill. 2001, n° 231991, Commune de Meudon) et consacrée par le législateur à l'article L. 600-3 du Code de l'urbanisme, issu de la loi *Elan* n° 2018-1021 du 23 novembre 2018, pouvait être regardée comme étant renversée par une méconnaissance manifeste de l'obligation de diligence qui pèse, dans le contentieux général, sur la personne qui entend obtenir la suspension de l'exécution d'une décision administrative (CE, ord., 6 déc. 2003, n° 261518, Assoc. AC !). Si le Conseil d'État avait déjà pu considérer que le délai mis à saisir le juge des référés ne

pouvait, à lui seul, être regardé comme de nature à renverser la présomption d'urgence (cf. par ex. : CE, 14 mars 2003, n° 251335, Assoc. Air pur Environnement), la difficulté se trouvait accrue, dans la présente affaire, par l'ajout, dans ce même article L. 600-3 du Code de l'urbanisme, de l'irrecevabilité du référé-suspension après l'expiration du délai de cristallisation des moyens dans le litige principal. Le Conseil d'État juge toutefois ici que cette circonstance ne remet pas en cause le principe issu de l'arrêt *Association Air pur environnement* (CE, 14 mars 2003, n° 251335, préc.) et ne permet pas de déceler, entre les lignes de l'article L. 600-3, une obligation latente de diligence spécifique au contentieux de l'urbanisme et susceptible de renverser la présomption d'urgence applicable en la matière. Ainsi, en l'espèce, en estimant en sens inverse que la seule absence de diligence des requérants « était de nature à renverser la présomption d'urgence (...), le juge des référés a commis une erreur de droit ».

La seconde difficulté tenait, plus précisément, aux conséquences qu'il fallait tirer, spécifiquement en référé, du mécanisme de cristallisation des moyens, dans ses modalités propres au contentieux de l'urbanisme fixées à l'article R. 600-5 du Code de l'urbanisme, par dérogation aux dispositions de l'article R. 611-7-1 du Code de justice administrative. Cet article du Code de l'urbanisme prévoit que « les parties ne peuvent plus invoquer de moyens nouveaux passé un délai de deux mois à compter de la communication aux parties du premier mémoire en défense ». On l'a dit, une telle cristallisation au principal entraîne l'irrecevabilité du référé-suspension, sur le fondement de l'article L. 600-3. L'arrêt est ainsi l'occasion, pour le Conseil d'État, de préciser que le « premier mémoire en défense », au sens de l'article R. 600-5 doit être entendu strictement : il s'agit, nous dit le Conseil, du premier mémoire en défense enregistré « par l'un quelconque des défendeurs » (puisque dans des contentieux « triangulaires » comme celui des autorisations d'urbanisme, tant le bénéficiaire de l'autorisation que l'autorité administrative sont susceptibles de défendre). Ce faisant, la haute juridiction fait une application extensive de la notion de cristallisation, eu égard aux objectifs poursuivis, et s'oppose à ce qu'une possible « défaillance » de l'un des défendeurs puisse vider le mécanisme de toute substance et de toute portée.

Des conséquences, en appel, de la dispense de contradictoire dans la procédure de référé-constat GPL431i6

L'essentiel Le Conseil d'État juge pour la première fois de façon explicite que lorsqu'il est saisi en appel d'une

ordonnance de référé-constat, prise sur le fondement de l'article R. 531-1 du Code de justice administrative (CJA),

le juge des référés n'est pas tenu de mettre en œuvre une procédure contradictoire avant de rendre son ordonnance.

CE, 5-6, 30 nov. 2021, n° 439491, Syndicat des copropriétaires de l'immeuble du 65 avenue de la République, Lebon T., M^{me} Nguyễn Duy, rapp., M^{me} Barrois de Serrigny, rapp. publ. ; SCP Buk Lament – Robillot, SCP Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, av.

Note

Dans l'arrêt ici relevé, le Conseil d'État juge pour la première fois de façon explicite que lorsqu'il est saisi en appel d'une ordonnance de référé-constat, prise sur le fondement de l'article R. 531-1 du Code de justice administrative (CJA), le juge des référés n'est pas tenu de mettre en œuvre une procédure contradictoire avant de rendre son ordonnance, pas plus qu'il n'était tenu de le faire en première instance en vertu d'une jurisprudence classique (CE, 21 déc. 1979, n° 17362, Commune d'Arnouville-lès-Gonesse c/ M. et MO : Lebon T.). Si le principe est simple, ses modalités de mise en œuvre s'avèrent éminemment complexes et pleines de surprises, lorsqu'il est appliqué, comme dans la présente espèce, au cas d'une procédure pour péril imminent d'un immeuble menaçant ruine. La procédure de référé-constat – dispensée de tout contradictoire – est en effet applicable en la matière pour la désignation d'un expert, en vertu de l'article R. 556-1 du CJA, alors que le référé expertise est lui, par principe, soumis à une procédure contradictoire. Ainsi, en appel comme en première instance, le juge, saisi d'une demande de constat d'un péril imminent par une commune, n'a pas à mettre en cause le propriétaire du bâtiment ou d'autres défendeurs éventuels avant de rendre son ordonnance « y compris dans le cas où ceux-ci auraient été mis en cause en première instance ». À cet égard, s'il n'en est pas tenu, le juge des référés a la faculté d'organiser un débat contradictoire en communiquant la requête à toute personne qu'il identifierait comme défendeur (CE, 21 mars 2012, n° 353511, Garde des Sceaux, Min. de la Justice c/ A.).

Le contradictoire ne retrouve pleinement droit de cité que si, dans le cadre d'un tel référé-constat, le juge nomme un expert, « l'expertise devant avoir lieu en présence [des] défendeur » puisqu'elle peut conduire l'expert à porter une appréciation sur les faits et non à se borner à en faire une photographie objective (cf. CJA, art. R. 531-1 qui prévoit l'information du défendeur éventuel ; CE, sect., 7 févr. 1969, n° 67774, Sieur Y.). En cas de contestation d'une telle ordonnance désignant un expert, le juge des

référés, saisi soit par la voie de l'appel (par un défendeur identifié dès la première instance) soit par celle de la tierce-opposition (par une personne n'ayant pas été mise en cause en première instance), doit mettre en cause la commune, requérante initiale, avant de statuer, mais pas les autres personnes auxquelles avait, le cas échéant, été notifiée l'ordonnance ayant nommé l'expert. Enfin, « dans le cas particulier où la commune fait appel d'une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif ayant, à la demande d'un tiers-opposant, déclarée nulle et non avenue une précédente ordonnance ayant nommé un expert à la demande du maire, le même principe du caractère contradictoire de la procédure impose au juge des référés statuant en appel d'appeler à l'instance ce tiers-opposant ».

On se trouve ici devant une situation où l'office du juge d'appel n'est pas entièrement corrélé à la nature de la décision juridictionnelle dont il est saisi (en référé ou non, en plein contentieux ou en excès de pouvoir), mais à la qualité des personnes ayant eu effectivement la qualité de partie en première instance. Le juge d'appel dans le cadre d'un référé-constat est donc un juge d'appel à double visage : tantôt, et c'est le principe en référé (CE, 24 juin 2002, n° 240271, Département de la Seine-Maritime : Lebon T.), il est à nouveau juge des référés et (re)saisi (pour ainsi dire « au fond ») du constat qui avait été demandé par la partie requérante (lorsque, en première instance, le juge des référés n'avait pas fait droit à cette requête) ; tantôt le juge d'appel devient juge de l'ordonnance de première instance, lorsque celle-ci a fait droit à la demande de constat. Dans la première hypothèse, le juge d'appel statue en bénéficiant de la dispense de contradictoire prévue pour la première instance (même si un défendeur avait été identifié en appel, il n'a pas à être mis en cause par le juge si le demandeur initial fait appel contre un refus de dresser le constat demandé) ; dans la seconde, une telle dispense n'est plus possible car le juge « n'est plus saisi d'une demande de constat mais de remise en cause du constat ordonné » (concl. C. Barrois de Serrigny disponibles sur ArianeWeb). Cette dernière conclusion vaut autant que le premier juge ait été saisi par la voie d'une tierce-opposition exercée par un défendeur non appelé à la procédure de référé-constat, ou par la voie de l'appel par un défendeur identifié et mis en cause dès la première instance. L'arrêt ici chroniqué confirme également une situation relativement rare en contentieux administratif où une procédure juridictionnelle est exemptée du principe du contradictoire, sans que cela soit justifié par l'urgence, qui n'est plus une condition, depuis la réforme du 30 juin 2000, pour former une demande de référé-constat.

[...]