



Hebdo édition publique n°498 du 5 avril 2018

[Urbanisme] Jurisprudence

La régularisation par un permis modificatif d'un permis de construire contraire aux dispositions réglementaires en vigueur à sa délivrance *via* l'effet d'une modification réglementaire

N° Lexbase : N3423BX3

*par Olivier Savignat, Avocat au barreau de Paris***Réf. : CE 2^e et 7^e ch. — r., 7 mars 2018, n° 404 079, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A2823XGN)**

La décision du Conseil d'Etat n°404 079 et 404 080 rendue le 7 mars 2018 apporte des précisions très utiles sur différents aspects du contentieux de l'urbanisme : d'une part, elle met un terme aux hésitations jurisprudentielles sur la portée d'un recours dirigée uniquement contre le rejet d'un recours gracieux, d'autre part, et c'est le principal intérêt de l'arrêt, il valide la possibilité de régulariser par un permis modificatif un permis de construire contraire aux dispositions réglementaires en vigueur à sa délivrance par l'effet d'une modification réglementaire.

1 - Revenons d'abord sur les faits de l'espèce.

Une riveraine a contesté un permis de construire -valant autorisation d'exploitation commerciale— délivré par le maire de la commune de Wissembourg à une SNC pour la réalisation d'un supermarché qui devait porter emprise sur une parcelle en face de sa résidence.

Elle a d'abord formé un recours gracieux à l'encontre dudit permis que le maire a rejeté de manière explicite par une décision du 15 décembre 2015.

La requérante a demandé l'annulation de cette décision de rejet de son recours gracieux auprès du tribunal administratif de Strasbourg.

Mal dirigée, le tribunal administratif a transmis par ordonnance la requête à la cour administrative d'appel de Nancy, au titre de l'article L. 600-10 du Code de l'urbanisme (N° Lexbase : L5009I3W) qui dispose que "les cours administratives d'appel sont compétentes pour connaître en premier et dernier ressort des litiges relatifs au permis de construire tenant lieu d'autorisation d'exploitation commerciale prévu à l'article L. 425-4".

Par un arrêt du 5 août 2016, la cour administrative d'appel a cru pouvoir considérer n'avoir été valablement saisie dans le délai de recours que de la contestation du rejet du recours gracieux et a ainsi estimé que les conclusions ultérieures visant directement le permis de construire étaient irrecevables car tardives.

Elle a en revanche fait droit à la demande d'annulation de la décision de rejet, en tant que le projet portait emprise sur une parcelle grevée d'un emplacement réservé (pour la réalisation d'un parking poids lourds).

Entre temps, la commune de Wissembourg avait obtenu du conseil communautaire par révision simplifiée du plan local d'urbanisme intercommunal la disparition de l'emplacement réservé et a donc délivré à la SNC un permis de construire modificatif pour des modifications mineures du projet (déplacement du bâtiment de quelques centimètres, modification des espaces verts et de façades...).

La requérante a demandé à la cour administrative d'appel de Nancy l'annulation du permis modificatif. Ce recours a été rejeté par un arrêt du 5 août 2016, concomitant du premier.

Elle s'est donc pourvue en cassation contre les deux arrêts. Elle a demandé la cassation partielle du premier dès lors qu'il lui était, pour une partie, favorable.

La commune de Wissembourg a quant à elle formé pourvoi incident contre cette dernière partie de l'arrêt.

2 - Premièrement, le Conseil d'Etat va mettre un terme aux hésitations jurisprudentielles sur la portée d'un recours contentieux uniquement dirigé contre la décision de rejet du recours gracieux demandant le retrait d'une décision, à l'exclusion de la décision elle-même (en l'occurrence, un permis de construire).

Comme d'autres juridictions avant elle, la cour avait considéré la décision prise sur le recours gracieux comme distincte de la décision initiale, de sorte qu'à défaut d'avoir contesté cette dernière explicitement en même temps que la décision de rejet du recours gracieux, la demande d'annulation devait être considérée comme portant sur cette seule décision.

Les conclusions dirigées contre le permis de construire ultérieurement produites par la requérante ont donc été jugées irrecevables, car tardives.

Ce n'était assurément pas la ligne jurisprudentielle ancienne et communément admise qui faisait de la décision de rejet d'un recours gracieux "l'interface" de la décision initiale et qui identifiait donc, au travers de la contestation contentieuse de la première, celle de la seconde.

C'est d'ailleurs pour cette raison que le Conseil d'Etat a rendu inopérant les critiques tenant aux vices propres entachant la décision de rejet du recours gracieux (CE Sect., 6 mars 2009, n° 309 922 N° Lexbase : A6914EDG, Rec. p. 93, JCP éd. A, 2009, act. 335).

C'est cette position qui est explicitement rappelée par le Conseil d'Etat dans la présente décision lorsqu'il énonce "que l'exercice du recours gracieux n'ayant d'autre objet que d'inviter l'auteur de la décision à reconsidérer sa position, un recours contentieux consécutif au rejet d'un recours gracieux doit nécessairement être regardé comme étant dirigé, non pas tant contre le rejet du recours gracieux dont les vices propres ne peuvent être utilement contestés, que contre la décision initialement prise par l'autorité administrative; qu'il appartient, en conséquence, au juge administratif, s'il est saisi dans le délai de recours contentieux qui a recommencé de courir à compter de la notification du rejet du recours gracieux, de conclusions dirigées formellement contre le seul rejet du recours gracieux, d'interpréter les conclusions qui lui sont soumises comme étant aussi dirigées contre la décision administrative initiale".

Le Conseil d'Etat a cassé l'arrêt pour ce motif.

Il a fait de même s'agissant du second, par l'effet de la cassation du premier.

En effet, tirant les conséquences de sa décision d'irrecevabilité du recours dirigé contre le permis de construire initial, la cour administrative d'appel de Nancy avait jugé qu'à défaut d'avoir contesté cette autorisation, l'intérêt à agir de la requérante devait s'apprécier au regard des seules modifications autorisées par le permis modificatif et a dès lors rejeté, pour défaut d'intérêt à agir, le recours à son encontre.

Cette jurisprudence encadrant l'intérêt à agir contre un permis modificatif a depuis été confirmée par le Conseil d'Etat (CE, 17 mars 2017, n° 396 362 N° Lexbase : A2872UCD, au Recueil, AJDA, 2017. 605).

Censurant l'erreur de droit commise par la cour sur la portée du recours, le Conseil d'Etat censure également celle qui en procède pour ce qui concerne l'appréciation de l'intérêt à agir contre le permis modificatif.

Dès lors que le recours contre la décision de rejet du recours gracieux devait être considéré comme dirigé, en même temps, contre l'autorisation initiale, l'intérêt à agir contre le permis modificatif devait s'apprécier au regard de l'ensemble du projet.

Le second arrêt est donc cassé.

3 - Décidant de régler l'affaire sur le fond (CJA, art. L. 821-2 N° Lexbase : L3298ALQ) et donc saisi de la légalité de l'autorisation d'urbanisme telle que modifiée par le permis de construire modificatif du 30 mars 2016, le Conseil d'Etat a ainsi eu l'occasion d'apprécier la possibilité de régulariser un permis de construire irrégulier par la délivrance d'un permis modificatif à la suite d'une évolution favorable du règlement d'urbanisme.

On sait que la délivrance d'un permis de construire modificatif en cours d'instruction -qui forme avec le permis primitif une autorisation unique— permet de purger les vices (d'incompétence, de forme, de procédure et de fond) affectant l'autorisation initiale.

Cette technique permet de présenter au juge une autorisation *a priori* légale alors qu'elle ne l'était assurément pas à la date de sa saisine.

Ainsi, il est de jurisprudence constante que les vices ainsi régularisés avant que la juridiction administrative ait statué ne peuvent plus être utilement invoqués à l'appui d'un recours contre le permis initial (CE, 2 février 2004, n° 238 315 N° Lexbase : A2547DBX).

L'affaire commentée a ceci d'original que ce n'est pas le permis modificatif qui a positivement rendu le projet conforme à la norme applicable mais c'est la norme applicable qui a été modifiée pour rendre le projet conforme à son égard, le permis de construire modificatif n'intervenant alors que de manière passive pour produire, par sa seule délivrance, son effet de régularisation en permettant de "raccrocher" l'autorisation à la nouvelle réglementation.

Si jusque là, le changement de norme intervenue entre un permis de construire et son modificatif a donné lieu à une jurisprudence fournie de la Haute cour, c'est dans l'hypothèse inverse d'une modification de la réglementation qui aurait rendue impossible la délivrance du permis primitif.

On sait que dans ce cas, le permis modificatif ne peut être légalement délivré que s'il est de nature à rendre la construction plus conforme à la règle applicable, ou s'il n'aggrave pas sa violation ou s'il reste étranger aux règles méconnues par la construction existante (CAA Lyon, 1ère ch., 12 août 2014, n° 13LY00 605 N° Lexbase : A1202NAR; CE, 4 juin 1997, n° 131 233 N° Lexbase : A0059AEW).

En l'espèce, c'est le changement de norme dans un sens favorable et la délivrance subséquente d'un permis modificatif qui a permis de purger l'autorisation primitive d'un vice d'illégalité (dirimant) qui l'affectait.

Cette hypothèse n'avait jamais été appréciée par le Conseil d'Etat, même si des cours administratives d'appel avaient eu l'occasion d'appliquer cette solution.

La cour administrative d'appel de Nancy (CAA Nancy, 1er août 2013, n° 11NC00 819 N° Lexbase : A7603KKS) avait ainsi jugé que la délivrance d'un permis de construire modificatif intervenant en suite de la suppression des prescriptions relatives au coefficient d'occupation des sols permettait de régulariser le permis de construire initial qui ne respectait pas cette règle.

Le Conseil d'Etat va valider logiquement cette nouvelle solution de régularisation et donc juger, dans le droit fil de sa jurisprudence, inopérants les moyens tirés de l'irrégularité du permis de construire initial : *"lorsqu'un permis de construire a été délivré en méconnaissance des dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'utilisation du sol ou sans que soient respectées des formes ou formalités préalables à la délivrance des permis de construire, l'illégalité qui en résulte peut être régularisée par la délivrance d'un permis modificatif dès lors que celui-ci assure le respect des règles de fond applicables au projet en cause, répond aux exigences de forme ou a été précédé de l'exécution régulière de la ou des formalités qui avaient été omises; qu'il peut, de même, être régularisé par un permis modificatif si la règle relative à l'utilisation du sol qui était méconnue par le permis initial a été entretemps modifiée; que les irrégularités ainsi régularisées ne peuvent plus être utilement invoquées à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre le permis*

initial".

C'est ici l'apport principal de cet arrêt qui ouvre, par le seul effet d'un permis de construire modificatif intervenu à la suite d'une évolution favorable de la réglementation d'urbanisme, la possibilité de régulariser un permis de construire qui était contraire à la norme en vigueur à sa délivrance.

Le permis modificatif -même ne modifiant pas ou peu le projet— devient alors une démarche de pure opportunité.

Il est, par le seul effet de sa délivrance, le moyen de rendre opposable au permis de construire primitif avec lequel il forme une autorisation unique, la nouvelle norme favorable et d'ainsi, en quelque sorte, "décontaminer" l'ensemble de l'autorisation des vices qui l'affectaient initialement.

Cet arrêt confère ainsi au permis modificatif une nouvelle propriété (importante) dans son office de régularisation de l'autorisation initiale.

4 - Le pendant à cette nouvelle possibilité de régularisation à l'initiative conjointe de l'administration (qui fait évoluer son document d'urbanisme dans un sens favorable) et du titulaire du permis primitif (qui demande un permis modificatif) est, l'on s'en doute, le risque du détournement de pouvoir.

En l'espèce, la régularisation étant finalement rendue possible par la décision administrative révisant celles des dispositions réglementaires qui obéraient le projet, la requérante a naturellement invoqué, par voie d'exception, l'illégalité de la délibération d'approbation de la révision pour détournement de pouvoir (elle l'a par ailleurs contesté par voie d'action).

La jurisprudence est toutefois bien établie sur cette notion et les juridictions ne se satisfont pas de la seule constatation que la délivrance des autorisations nécessaires a été rendue possible par l'effet d'une modification réglementaire.

Ainsi et dans la mesure où la décision a été prise dans un but d'intérêt général, la révision permettant la régularisation du projet ne peut être constitutive d'un détournement de pouvoir (CE Sect., 7 février 1986, n° 36 746 [N° Lexbase : A4653AMB](#), Rec., p.29 ; CE, 31 mars 1995, n° 160 774 [N° Lexbase : A3238ANA](#), Rec. p. 143).

Le Conseil d'Etat a donc, dans le prolongement de sa jurisprudence sur ce point, jugé "*que si Mme [X] soutient que cette délibération serait illégale, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'elle serait intervenue pour un motif étranger aux attributions de la communauté de communes en matière d'aménagement et d'urbanisme ; que le détournement de pouvoir allégué à cet égard n'est pas établi*".

5 - Enfin, à l'occasion de cet arrêt, le Conseil d'Etat rappelle le principe d'indépendance des législations lorsque le permis de construire délivré vaut également autorisation d'exploitation commerciale (C. urb., art. L. 425-4 [N° Lexbase : L1771KGP](#)).

En l'espèce, la requérante soutenait que le dossier de permis de construire (initial et modifié) n'était pas conforme au dossier soumis à la CNAC, de sorte qu'il était selon elle nécessaire de le soumettre à nouveau à l'instruction à cette commission.

Ce faisant, la requérante critiquait le permis de construire en tant qu'il tenait lieu d'autorisation d'exploitation commerciale, ce qu'interdisent les dispositions de l'article L. 600-1-4 du Code de l'urbanisme ([N° Lexbase : L4985I3Z](#)) pour les personnes mentionnées à l'article L. 600-1-2 du Code de l'urbanisme ([N° Lexbase : L4348IXC](#)), c'est-à-dire celles disposant d'un intérêt à agir à l'encontre de la décision de construire (1) : "*les moyens relatifs à la régularité de ce permis en tant qu'il tient lieu d'autorisation d'exploitation commerciale sont irrecevables à l'appui de telles conclusions*".

Le Conseil d'Etat a donc jugé le moyen inopérant.

(1) Différentes de celles visées à l'article L. 752-17 du Code de commerce ([N° Lexbase : L5111I3P](#)) qui ne peuvent quant à elles et à l'inverse critiquer le permis qu'en tant qu'il tient lieu d'autorisation d'exploitation commerciale.