

Amarsada

Éditeur : Aix-Marseille analyse le droit administratif

2024/0

L'avis conforme défavorable du préfet ne fait pas obstacle à la naissance d'un permis tacite

 <https://publications-prairial.fr/amarsada/index.php?id=329>

Référence électronique

« L'avis conforme défavorable du préfet ne fait pas obstacle à la naissance d'un permis tacite », *Amarsada* [En ligne], 2024/0, mis en ligne le 26 janvier 2024, consulté le 27 juin 2024. URL : <https://publications-prairial.fr/amarsada/index.php?id=329>

Droits d'auteur

CC BY-NC-SA 4.0

DÉCISION DE JUSTICE

CAA Marseille, chambres réunies – N° 22MA02284 – M. B. c/ Préfet de la Corse-du-Sud – 23 mars 2023

TEXTES

Résumé

Conclusions du rapporteur public (Jean-Laurent Pecchioli)

Note universitaire :

L'avis conforme défavorable du préfet ne fait p... / Cristelle Poletto

RÉSUMÉ

Droits d'auteur

CC BY-NC-SA 4.0

- 1 Bien que l'avis conforme défavorable émis par le préfet, avant l'expiration du délai d'instruction, sur le fondement de l'article L. 422-5 du code de l'urbanisme, emporte compétence liée du maire pour rejeter la demande de permis de construire, cette circonstance ne fait néanmoins pas obstacle, en l'absence de disposition réglementaire expresse contraire, à ce qu'une décision implicite d'acceptation naisse dans les conditions prévues par les articles L. 424-2, R. 424-1 et R. 423-23 du même code.
- 2 Un permis de construire un petit local de restauration, au sein d'une forêt territoriale en Corse, avait été l'objet d'un recours gracieux du préfet de la Corse-du-Sud. Le pétitionnaire avait alors déposé une nouvelle demande de permis sur laquelle le maire de la commune, dépourvue dans ce secteur de document d'urbanisme, n'a pas statué de manière expresse, et qui avait donné lieu à un avis conforme défavorable du préfet avant l'expiration du délai d'instruction. Celui-ci a néanmoins considéré que le pétitionnaire bénéficiait d'un permis de construire tacite dont il a demandé l'annulation au tribunal administratif de Bastia.
- 3 Pour confirmer l'annulation du permis de construire prononcée par le tribunal sur le fondement de l'article L. 121-8 du code de l'urbanisme, prescrivant l'urbanisation en continuité de l'existant, et tel que

précisé par le plan d'aménagement et de développement durable de la Corse, la cour juge que, en l'absence de dispositions réglementaires contraires, l'intervention d'un avis conforme défavorable du préfet au cours de l'instruction de la demande de permis ne fait pas obstacle à la naissance d'un permis tacite, et que, en raison de cet avis, émis au motif de la méconnaissance du texte précité, et dont le pétitionnaire ne démontre pas l'illégalité, le maire était tenu de refuser cette autorisation.

CONCLUSIONS DU RAPPORTEUR PUBLIC

Jean-Laurent Pecchioli

Rapporteur public

Autres ressources du même auteur

IDREF : <https://www.idref.fr/075225700>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000431432826>

Droits d'auteur

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

DOI : 10.35562/amarsada.331

- 1 Les deux affaires que vous avez à juger impliquent des conclusions communes, dès lors qu'elles partagent une question d'importance, celle de savoir si une autorisation d'urbanisme peut naître tacitement à la suite d'un avis défavorable du préfet¹. Avant de tenter de répondre à cette problématique, examinons les faits respectifs des deux affaires :
- 2 Dans le premier dossier n° 22MA02284, M. B. souhaitait faire édifier un local commercial destiné à la restauration rapide, au lieu-dit Cufa dans la forêt d'Uspedali. Il a déposé pour ce faire, le 21 janvier 2020, auprès de la mairie de la commune de Zona, une demande de permis de construire². Ce qu'il faut préalablement savoir, c'est que depuis le 12 juillet 2018, M. B. était titulaire d'une concession l'autorisant à occuper le domaine public³. Ce qu'il faut encore savoir, c'est que M. B. avait déjà demandé et obtenu, du maire de Zona, un permis de construire express, le 4 septembre 2019. Le préfet avait alors exercé le contrôle de légalité et avait adressé un recours gracieux au maire le 13 novembre 2019 avec notification au pétitionnaire. Ce recours gracieux faisait état de l'absence d'avis préfectoral conforme et de l'incomplétude du dossier sur plusieurs aspects. Le maire n'ayant pas répondu, le préfet avait alors saisi le tribunal d'une demande d'annulation de l'arrêté du 4 septembre 2019. Toutefois, sans attendre la réponse du tribunal, M. B. a déposé le 21 janvier 2020, à la mairie,

une demande de régularisation. Elle a été transmise au contrôle de légalité : le préfet a, par suite, rendu un avis défavorable le 14 avril 2020 au motif de la méconnaissance de l'article L. 121-8 du code de l'urbanisme. Puis, le confinement est arrivé. Et le maire n'a rendu aucune décision expresse ; le préfet⁴ a alors considéré, s'appuyant certainement sur quelques jurisprudences de cours, qu'à l'issue du délai d'instruction, un permis tacite était né. Il a saisi, de nouveau, le tribunal administratif de Bastia d'un 2^e déféré dirigé contre ce permis qu'il a qualifié de tacite.

- 3 La juridiction de première instance a annulé, d'une part, le premier permis, au double motif de l'absence d'avis conforme du préfet et l'incomplétude du dossier⁵ (c'est le dossier de PI n° 2000234) et le second, né le 20 juillet 2020⁶ au motif de l'illégalité du projet au regard de l'article L. 121-8 du code de l'urbanisme et de l'incomplétude du dossier au regard de l'assainissement. (C'est le dossier de PI n° 2001261). M. B. vous a saisis régulièrement et vous a demandé d'annuler les deux jugements⁷ ; Vous avez rejeté la requête dans le dossier 21MA01003, conformément à une jurisprudence bien établie (voyez CE, 29 janvier 1969, Dame veuve C., Rec. p. 43⁸). Le dossier 22MA02284 avait été audiencé, en même temps, mais dès lors qu'il partage ce problème juridique commun avec un autre dossier relevant initialement de la 1^{re} chambre, il a été renvoyé.
- 4 Dans le second dossier n° 21MA00790, un pétitionnaire, M. C. a déposé, le 20 juillet 2017, une déclaration préalable en vue de la division d'une parcelle initialement cadastrée section A n° 1205 pour devenir la parcelle AK n° 49. La parcelle est située 16 chemin du Castellaras sur le territoire de la commune du Rouret⁹. Il s'agit d'une « division en vue de construire »¹⁰. Le plan d'occupation des sols de la commune du Rouret étant devenu caduc à compter du 27 mars 2017, en application des articles L. 174-1 et L. 174-3 du code de l'urbanisme, le maire du Rouret¹¹ se devait de saisir, en application des dispositions du a) de l'article L. 422-5 du même code, le préfet des Alpes-Maritimes pour avis conforme. Ce qu'il a fait. Le délai d'instruction était d'un mois. Et c'est là que les choses se compliquent. Le préfet a émis le 25 août 2017, soit après le délai d'instruction, lequel avait expiré le 20 août 2017, un avis conforme défavorable au projet de division, au motif que le terrain d'assiette n'est pas situé dans une partie urbanisée de la commune au sens de

l'article L. 111-3 du code de l'urbanisme. Le maire a alors considéré qu'une autorisation tacite, plus précisément une décision tacite de non-opposition à cette déclaration était née ; mais soucieux de la légalité, il a engagé la procédure contradictoire préalable au retrait de cette décision tacite. Par une décision du 26 septembre 2017, le maire du Rouret, agissant au nom de la commune a donc retiré la décision litigieuse et s'est opposé à cette déclaration. M. C. relève appel du jugement du 30 décembre 2020 par lequel le tribunal administratif de Nice a rejeté sa demande tendant à l'annulation des décisions de retrait et d'opposition à déclaration.

- 5 À titre liminaire, vous pourrez écarter dans ce dossier le moyen tiré de ce que la minute du jugement attaqué ne comporterait pas l'ensemble des signatures requises en vertu de l'article R. 741-7 du code de justice administrative comme manquant en fait. M. C. reproche ensuite au tribunal de s'être référé, au point 11 du jugement attaqué, à l'article L. 422-6 du code de l'urbanisme alors que seul était applicable l'article L. 422-5 du même code. Il est vrai que l'avis du préfet a été émis sur le fondement du a) de l'article L. 422-5 et non sur celui de l'article L. 422-6 qui ne concerne pas l'hypothèse, ici en cause, de la caducité du POS. Quoi qu'il en soit, l'erreur matérielle dont le requérant se prévaut est, à mon sens, sans incidence sur la régularité du jugement attaqué. Vous noterez que l'article L. 422-5 est au demeurant cité au point 2 et mentionné au point 6 du jugement attaqué.

Revenons au principal point de droit qui concerne la naissance des autorisations d'urbanisme tacites.

- 6 L'état du droit : le droit administratif général¹² a pendant longtemps estimé que le silence gardé par l'administration sur une demande valait décision de rejet. Cette solution était justifiée par le fait que le droit a horreur de l'incertitude et une décision tacite crée de l'incertitude, parfois lourde de conséquences : en effet, une décision tacite est une décision qui ne s'assume pas (sauf lorsque le silence

vaut refus). Pourtant, le droit de l'urbanisme a très tôt opté pour une solution inverse, une solution d'exception par rapport aux autres branches du droit administratif ; cette solution a été justifiée par le fait que le droit de construire était un « attribut fondamental du droit de propriété ». Les réformes de 2005/2007 ont réaffirmé et renforcé le principe de l'autorisation tacite en posant que si aucune décision n'était notifiée au demandeur à l'issue du délai d'instruction, il était bénéficiaire d'une autorisation tacite (voyez les articles R. 424-1 à R. 424-4 du code de l'urbanisme). Ont été ajoutées également de nouvelles exceptions¹³. Toutefois, avant la réforme, les modalités d'intervention des décisions tacites étaient différentes. Voyez le commentaire dans le code de l'urbanisme Dalloz sous la section 1 consacrée aux décisions tacites et expresse.

- 7 En l'espèce, deux positions s'offrent à vous, soit de dire qu'une autorisation d'urbanisme tacite peut naître même lorsque l'avis conforme du préfet est défavorable, (c'est la solution dominante), soit qu'elle ne peut pas naître. La première position se fonde sur une lecture littérale des textes alors que la seconde se réfère davantage à l'esprit des textes et plus généralement du droit. Ce qui est sûr dans les deux affaires, c'est qu'une décision tacite est née.
- 8 La première position, celle favorable à la naissance d'une autorisation tacite avance plusieurs arguments¹⁴ mais pour l'essentiel elle se fonde sur la lettre des textes. En effet, la loi a désormais posé le principe du « silence vaut acceptation » sauf exceptions, dans lesquelles le « silence vaut refus ». Une liste limitative d'exceptions aurait été posée par les articles R. 424-2 et R. 424-3 du code de l'urbanisme, laquelle n'a pas intégré notre cas de figure. La doctrine se contente d'en prendre acte : l'émission d'un avis conforme défavorable formulé dans le délai d'instruction ne fait donc pas obstacle à l'obtention d'un permis de construire tacite ; des cours ont clairement souscrit à ce raisonnement, qui traduit le choix de faire prévaloir le principe le plus récent¹⁵ : voyez notamment CAA Lyon, 2 oct. 2012, Société Domaine du Pas du Ventoux, n° 12LY00334, classé en C+ ; voyez aussi CAA Douai, 25 janvier 2023, commune du Landin, n° 21DA00937. Voyez aussi de nombreux tribunaux administratifs¹⁶. La position est clairement assumée¹⁷ ; voyez notamment les conclusions du rapporteur public sur l'arrêt de la CAA Douai de 2023. Enfin, le système en place est complet et il

fonctionne puisqu'il suffit que le préfet saisisse le tribunal, s'il est en désaccord.

- 9 Ceci étant dit, on pourrait tout d'abord douter du caractère limitatif de la liste, de par l'emploi de l'expression ambiguë « préciser les cas » de l'article L. 424-2 du CU. Cette expression peut signifier soit fixer (sous-entendu de manière limitative), soit simplement apporter des précisions, sans cette connotation d'exhaustivité. De plus, si l'article R. 424-2 ne dit effectivement pas « notamment », l'on peut souligner d'emblée que la liste posée par cette disposition n'est pas complète (c'est-à-dire exhaustive) dès lors qu'il faut lui adjoindre l'exception posée par l'article R. 424-3. Ainsi, il serait possible de soutenir que le décret donne des précisions sur les cas qui méritent des précisions¹⁸, (ce qui a d'ailleurs été fait abondamment) alors que le fait de prendre une décision de refus après un avis conforme défavorable n'appelle aucune précision, l'avis se suffisant à lui-même. Mais, en fait, ce n'est pas tant le problème limitatif de la liste dans un texte qui pose, à mon avis, difficulté, dès lors qu'il pourrait être assez facilement surmonté, que la question de l'existence d'un mécanisme permettant la prise de connaissance par le pétitionnaire.
- 10 Avant d'exposer les arguments en faveur de la thèse défavorable à la naissance d'une autorisation tacite qui sera fondée sur l'esprit des textes et du droit en général, je souhaiterais faire deux remarques préalables :
- 11 Toute « science » au sens large du terme, toute discipline, tout système normatif, et le droit est un système normatif, obéit à une loi que l'on appelle le principe de non-contradiction¹⁹. Kelsen²⁰ affirmait, dans sa Théorie pure du droit, (je cite) qu'« une science normative ne peut admettre de contradiction entre deux normes appartenant au même système ». Ce principe est à la base de la construction des systèmes juridiques. Non respecté, il peut conduire à des absurdités. Autrement dit, dans un discours, il n'est pas possible de dire à la fois A et non A, c'est-à-dire d'affirmer quelque chose et son contraire. Or, c'est ce qu'il se passe avec les autorisations tacites. S'affirme tout d'abord la règle selon laquelle une autorisation (express ou tacite) ne peut naître lorsque le préfet a rendu un avis conforme défavorable²¹ : le maire est tenu de suivre l'avis, étant en position de compétence liée : la compétence est une règle d'ordre

public liée au principe de la légalité (le maire commet une illégalité en octroyant le permis et ledit permis sera illégal). Est aussi affirmé avec force depuis la réforme qu'une autorisation tacite ne peut que naître au terme du délai prévu, peu importe la nature de l'avis, dès lors que l'on ne se trouve pas en face d'une exception. Autrement dit, sont formulées en même temps deux règles, deux affirmations contraires : « en cas d'avis défavorable du préfet, une autorisation tacite ne peut pas naître et une autorisation tacite ne peut que naître ». Le principe de non contradiction est bafoué. Et il ne s'agit pas de normes pouvant être conciliables comme peuvent l'être certains principes (par exemple le principe du droit de grève et le principe de la continuité de service public). Il s'agit de normes, de normes-règles. Précisons que je me situe bien ici au niveau des normes, du système, pas des faits : le fait que le maire puisse légalement s'opposer à l'avis en soutenant qu'il est illégal est une autre question qui ne change rien à ce constat effectué sur le plan de la logique formelle.

- 12 La seconde remarque concerne la nature, la raison d'être du principe posé par l'article L. 424-2 : dans ses conclusions sur l'affaire SCI Maison médicale Edison (CE, Sect., 25 juin 2004, n° 228437, A), Denis Piveteau exprimait la véritable nature de ce principe, laquelle est liée à sa finalité : il le définissait comme « Le principe selon lequel l'administration ne peut pas faire obstacle, par son silence, au droit de construire », sous-entendu au droit légitime de construire. Autrement dit, ce principe énonce l'idée que l'administration ne peut utiliser son silence pour « faire du droit d'opposition » car le droit de construire a disons une « valeur » supérieure ; le principe a été posé pour ne pas pénaliser les pétitionnaires et pour forcer l'administration à répondre dans des délais convenables ; mais ce principe n'a jamais été pensé et posé pour contourner la loi et se voir octroyer à tort des droits, même si c'est pour un temps limité. Et c'est la question qui se pose ici, celle de savoir si l'administration peut faire obstacle par son silence à l'avis conforme défavorable du préfet et faire naître ainsi une décision favorable. Ce qui nous renvoie à l'examen de l'esprit des textes et du droit.
- 13 Premier argument : après la réforme, la compétence liée s'avance à mon avis comme une exception qui ne dit pas son nom, une exception en puissance. Certes, idéalement, si tous les maires se pliaient à la règle de la compétence liée, sauf de rares oublis, il n'y

aurait pas vraiment de difficultés pratiques. Or, on constate que de plus en plus de maires s'opposent à l'avis défavorable du préfet, le rapporteur public le constatait dans l'affaire commune du Landin précitée. Et pas seulement en prenant une décision expresse, ce qui peut être tout à fait admissible et légal dès lors que le maire justifie que l'avis est selon lui illégal mais par son seul silence, ce qui apparaît plus discutable. Ainsi, la première position me paraît assez incitative envers les maires, qui sont favorables à accorder le permis, de garder le silence (puisque c'est a priori possible et que cela ne devrait pas être illégal puisque la loi le permet) et donc de laisser faire le « cours des choses » et de se dire après tout « c'est le problème du préfet, ce n'est pas le mien ! ». Or, la compétence liée est toujours d'ordre public et son importance est toujours soulignée par le CE. D'ailleurs, Louis Dutheil de la Mothe a pu écrire sur CE, n° 410790, 4 mai 2018, à propos d'un autre cas de figure différent du nôtre que « si le préfet confirme l'avis défavorable de l'ABF, le maire n'a pas, à se prononcer à nouveau sur la demande de permis » et l'auteur justifie de manière approfondie ce silence²² par la logique et par là même l'esprit du droit, relevant qu'il est logique que le maire ne se prononce pas, « puisque le maire a compétence liée pour confirmer son refus. » En fait, comme il le souligne un peu plus loin, c'était surtout pour échapper à la naissance d'une autorisation tacite à la suite d'un double avis défavorable ; mais du coup, il est bien rappelé l'importance de la compétence liée²³.

- 14 Inconvénients pratiques : La position dominante présente des inconvénients pratiques qui m'apparaissent importants : (je ne parle pas ici du principe de non-contradiction). Je me réfère au factuel : concrètement, dans cette solution le maire qui garde le silence fait naître une autorisation tacite. Il bafoue clairement et sans l'assumer la règle de la compétence liée. Le fait l'emporte sur le droit mais de manière anormale, au sens de pathologique. Si le maire, après avoir pris une décision conforme à l'avis, s'oppose expressément à l'avis, il affirme sa position et la défend avec des arguments assumés : le jeu du droit est respecté. En cas de silence, rien n'est assumé, rien n'est justifié. De plus, comme on le sait, le retrait, en pratique, est seulement une probabilité. Il peut ne pas être. En fait, tout repose sur les services de la préfecture. Ainsi, en l'occurrence, la bonne application du droit repose sur la loi des probabilités. En bafouant

sans l'assumer la règle de la compétence, cette situation participe de l'affaiblissement du pouvoir Etatique et le CE, pragmatique, n'est pas insensible à cet argument comme il a pu le montrer dans la décision Dalmasso (CE, n° 427620, 16 octobre 2020). Après avoir constaté le laisser faire des maires qui « ne défendent pas devant le tribunal administratif, ni ne font appel en cas d'annulation » des décisions de refus qu'ils ont été contraints de prendre, il a admis la recevabilité de l'appel du ministre seule autorité apte à défendre l'avis conforme, ce qui nous amène à bien identifier l'auteur de la décision.

- 15 L'auteur ou les auteurs de la décision : l'article L. 424-2 pose que « Le permis est tacitement accordé (sous-entendu par l'autorité compétente en l'occurrence et a priori le maire) si aucune décision n'est notifiée au demandeur à l'issue du délai d'instruction ». Mais, vous le savez, l'avis rendu par le préfet n'est pas un simple avis. Comme le soulignait le président Laferrière²⁴ « Il constitue une collaboration effective à la décision » ; la décision « ne peut pas être prise sans le concours de deux autorités, celle qui fait l'acte et celle qui lui donne son assentiment sous forme d'avis ». Autrement dit, aux termes de l'article L. 422-5 du CU, les deux autorités sont en quelque sorte co-décisionnaires²⁵. Il s'agit de co-consentements²⁶. Voyez CE Section, 7 janvier 1955, sieur G., Rec. p. 11 ; CE 12 janvier 1972, Caisse des dépôts et consignations c/ sieur Picot, Rec. p. 32. En effet, ce système de la « double approbation » confère au représentant de l'État un véritable pouvoir de décision²⁷ qui s'intègre dans un cadre co-décisionnel. Toutefois, l'intervention des autorités n'a pas la même valeur. Le fait que le préfet intervienne en premier, d'un point de vue chronologique, le place comme l'autorité véritablement compétente : comme l'a souligné M. Hecquart-Théron dans sa thèse²⁸ « l'auteur d'un acte unilatéral est celui qui contribue à son élaboration par une manifestation de volonté en vue de modifier l'ordonnancement juridique [...]. L'auteur de l'acte est donc celui qui participe à l'émission de la norme, à son édicition : il est celui qui crée la norme » en l'occurrence c'est bien le préfet même si formellement l'auteur de l'acte demeure le maire²⁹. C'est quelque peu paradoxal d'être compétent sans véritable pouvoir d'appréciation³⁰. Mais, en cas de silence, c'est le maire qui redevient l'autorité compétente forte, décomplexé d'une absence de justification à apporter.

- 16 Pour finir, il ne faudrait pas oublier le principal intéressé, le pétitionnaire. Les pétitionnaires n'ont effectivement pas été avertis, sachant qu'en l'espèce, dans le premier dossier, la situation est un peu différente car le pétitionnaire ne pouvait l'ignorer dès lors que son premier permis express avait été contesté justement à cause de l'absence de l'avis conforme : mais tentons un raisonnement en général au regard de la notion d'ignorance légitime.
- 17 Comme le souligne Mireille Le Corre sur CE, n° 413995, 1^{er} juillet 2019, la « jurisprudence retient globalement une conception restrictive de l'ignorance légitime. ». Cette notion justificative a été « en effet exclue régulièrement, eu égard au principe sous-jacent selon lequel nul n'est censé ignorer la loi »³¹. Rappelons que le principe général du droit « nul n'est censé ignorer la loi »³² ne signifie pas l'obligation de tout connaître du droit, ce qui serait absurde ; il signifie simplement (véritablement) qu'on ne peut pas se cacher derrière son ignorance du droit et de la loi (bref, d'avancer sa seule bonne foi) pour soutenir notamment que quelque chose ne peut vous être appliqué ou que quelque chose vous est acquis. Il faut toutefois reconnaître qu'en l'espèce, demeure ce problème de l'information du pétitionnaire. Mais dès lors que la liste n'est pas perçue comme exhaustive, cet argument perd de sa force. Mais, j'en conviens, en l'occurrence, tout semble réglé par le jeu des notifications, de l'information notifiée ; voyons tout de même si tout est aussi simple du côté du principal intéressé, à savoir le pétitionnaire.
- 18 Argument de nature sociologique : les pétitionnaires, guidés par le bon sens, généralement se renseignent. Est-ce que dans la commune où je souhaite faire construire il y a un PLU ou pas ? Des avis conformes seront-ils sollicités ? etc... Pourquoi ? Parce qu'il est de la nature de la décision tacite dite favorable de susciter le doute, l'incertitude : or le pétitionnaire a besoin de certitude. Et face à une décision tacite (à l'inverse d'une décision expresse) il n'est jamais certain de savoir s'il s'agit d'une autorisation tacite (d'une autorisation véritable) ou d'un oubli de l'administration de statuer dans les délais. D'où un certain malaise, car cette autorisation pourrait lui être retirée³³. Souvent aussi les pétitionnaires en demandent une confirmation expresse en application de l'article R. 424-13 du CU. D'ailleurs, expliquez le schéma créatif de la naissance d'une autorisation tacite en cas d'avis conforme du préfet à un pétitionnaire

non-juriste et posez-lui la question : considèreriez-vous être titulaire d'un permis tacite ? Il me semble que tout pétitionnaire respectueux du droit dirait, avec ses mots, qu'il résulte de la lecture combinée des articles L. 422-5 et L. 424-2 qu'il n'est ni logique, ni cohérent qu'une décision tacite octroyant un permis de construire naisse puisque l'on devrait ensuite me la retirer. Sauf peut-être les pétitionnaires qui, disons, souhaitent profiter de cette situation et qui vont avancer leur ignorance en toute connaissance de cause. Tout non-juriste qu'il est, le pétitionnaire aura donc tendance à voir une exception en puissance, une exception qui ne dit pas son nom. La solution n'est donc sécuritaire, à mon sens, ni pour le droit ni pour le pétitionnaire car le préfet devrait réagir et demander le retrait du permis, et ce, sans dénier le fait qu'il est pour un temps bénéficiaire d'un acte créateur de droit. En fait, il suffirait de rajouter cette hypothèse dans le récépissé ; certes, cela relève de l'administration mais il pourrait alors être fait application de la jurisprudence SCI Maryse précitée, en l'élargissant et en relevant qu'ayant été informé de ce cas de figure particulier le concernant ou pouvant le concerner, le pétitionnaire a la faculté de se renseigner, auprès du service instructeur, sur le sens de l'avis rendu.

- 19 Dans ce premier dossier, vous avez mopé, comme l'on dit dans le langage interne des juridictions, le fait que le déféré était irrecevable dès lors que l'avis conforme défavorable du préfet faisait obstacle à la naissance d'un permis de construire tacite. Je vous propose de le retenir. Raisonnons maintenant à partir de notre cas. En l'espèce, il faut distinguer deux zones de compétence : celle couverte par la carte communale qui correspond au secteur littoral de la commune (voyez la délibération du conseil municipal du 15 novembre 2003 approuvée par arrêté préfectoral du 7 janvier 2004) où le maire est compétent pour délivrer les autorisations de construire au nom de la commune (l'article L. 422-1 du code de l'urbanisme) ; et le reste du territoire communal qui consiste en un secteur forestier : c'est celui qui nous intéresse, dès lors que le terrain d'assiette du projet y est situé. Raisonnablement, il était nécessaire de solliciter le préfet pour avis. Le préfet a rendu un avis défavorable. Le silence gardé par le maire de la commune de Zona à l'issue du délai d'instruction a fait naître le 20 juillet 20 une décision implicite de rejet. Il s'ensuit que le préfet n'avait, dès lors, pas d'intérêt à la contester. Il suit de là que le

déféré présenté par le préfet de la Corse-du-Sud était irrecevable. Il appartenait donc aux premiers juges de soulever d'office cette irrecevabilité. Ce qu'ils n'ont pas fait, à tort. Je vous propose par suite d'annuler le jugement attaqué et, pour les motifs précités de rejeter les conclusions aux fins d'annulation présentées par le préfet de la Corse-du-Sud comme étant irrecevables. Si vous ne me suiviez pas, il conviendrait de confirmer le jugement.

- 20 Dans le second dossier la question est plus délicate : doit-on appliquer le même raisonnement aux déclarations préalables ? Certes, il s'agit bien d'un régime d'autorisation dès lors que « l'Administration peut, à l'issue d'une instruction de la déclaration, s'opposer aux travaux ou émettre des prescriptions »³⁴. Toutefois, le régime de la déclaration préalable³⁵ est, vous le savez, simplifié au regard du délai d'instruction, qui est plus bref, et des consultations obligatoires, moins nombreuses³⁶, car l'autorisation accordée est, disons, « d'importance moindre ». La réforme de 2007 avait d'ailleurs supprimé la possibilité de procéder au retrait des décisions de non-opposition à déclaration préalable, même illégales. C'est désormais à nouveau possible. Appliquer ce raisonnement aux déclarations préalables, au régime déclaratif, me semble possible, cohérent mais excessif. Mais je ne vais pas développer plus avant la discussion car je vous ai présenté en exorde de notables différences avec le premier dossier ; ce qui me conduira à vous proposer de juger qu'en l'espèce, une autorisation est bien née. Rappelons en effet que M. C. a déposé auprès des services instructeurs de la commune du Rouret, le 20 juillet 2017, une déclaration préalable de travaux. Une décision tacite de non-opposition est donc nécessairement née le 20 août suivant, à la suite du silence gardé pendant un mois sur cette demande, le préfet ayant émis son avis défavorable cinq jours après l'expiration de ce délai (donc postérieurement à la naissance de la décision tacite)
- 21 M. C. conteste donc l'appréciation du préfet et celle du maire concernant le non-respect de la règle de constructibilité limitée énoncée à l'article L. 111-3 du code de l'urbanisme. Ces dispositions interdisent en principe, en l'absence de plan local d'urbanisme, de tout document d'urbanisme en tenant lieu ou de carte communale, les constructions implantées « en dehors des parties urbanisées de la commune », c'est-à-dire des parties du territoire communal qui

comportent déjà un nombre et une densité significatifs de constructions. Il en résulte qu'en dehors du cas où elles relèvent des exceptions expressément et limitativement prévues par l'article L. 111-4 du même code, les constructions ne peuvent être autorisées dès lors que leur réalisation a pour effet d'étendre la partie urbanisée de la commune.

- 22 Ainsi, cette affaire pose un autre problème juridique, celui de savoir préalablement, si le maire se trouvait ou non en situation de compétence liée pour prendre à la fois une décision de retrait et d'opposition ; la question est délicate.
- 23 L'état du droit : Il n'existe pas de symétrie : la compétence liée pour refuser l'édition d'une décision n'entraîne pas automatiquement celle de prendre une décision de retrait : voyez n° 19NC03550, Commune de Suippes, 14 décembre 2021³⁷. Autrement dit, en l'absence d'une demande en ce sens, le maire ne se trouve pas en situation de compétence liée pour retirer une autorisation d'urbanisme illégalement délivrée³⁸. Le maire se trouve en situation de compétence liée, si et seulement si, il est saisi d'une demande en ce sens et qu'il n'est pas conduit à porter une appréciation sur les faits de l'espèce pour relever l'illégalité de cette autorisation³⁹ (Voyez CE, 16 nov. 2009, SNC *Anse de Toulvern*, n° 322554, C, aux conclusions d'Anne Courrèges ; V. également les conclusions d'Alexandre Lallet dans l'affaire commune du Luc-en-Provence : CE, 24 mars 2014, n° 356142, 356143, B). Voyez enfin 20MA04248, commune du Val 10 janvier 2023⁴⁰.
- 24 Pour répondre à cette question de la compétence liée, il faut donc interpréter l'avis conforme défavorable émis postérieurement à la naissance de l'autorisation tacite : est-ce que cet avis peut être (doit être) regardé ayant demandé au maire de retirer le permis de construire tacite litigieux ? Cette solution est assez séduisante ; il n'est pas illogique de dire que l'avis conforme du préfet produit postérieurement vaut demande de retrait ; voyez en ce sens CAA Bordeaux, 9 juin 2022, Mme de L., n° 20BX01964, C – point 12 à 14⁴¹ ; toutefois, cette solution me semble vraiment constructive⁴².
- 25 Pour cette raison, il peut sembler plus prudent de dire qu'il n'y a pas eu demande de retrait et de poser directement la question de savoir si le maire pouvait retirer l'autorisation et donc tout d'abord s'il s'est

cru lié par l'avis du préfet pour prendre sa décision de retrait. On pourrait le penser car le maire se réfère clairement à l'avis du préfet. Mais juger qu'il a méconnu l'étendue de sa compétence⁴³ (voyez CE, Sect., 26 avr. 1939, Bour, Rec. P. 271 ; CE, 4 déc. 1974, Ministre de l'éducation nationale c/ Dame C., n° 93145, A ; voyez également les conclusions du président Morisot relatives à l'affaire sieur Croissant : CE, Ass., 7 juill. 1978, n° 10079, A ; CE, Sect., 20 juin 2003, M. S., n° 248242, A)⁴⁴ serait sévère, car avant de viser l'avis défavorable du préfet⁴⁵, le maire a avancé sa propre motivation indiquant que la parcelle concernée (et donc le projet) n'était pas située dans les parties urbanisées de la commune, autrement dit, que ces dispositions de l'article L. 111-3 du CU étaient applicables aux opérations de divisions d'un terrain pour permettre l'édification de constructions et en a conclu que la parcelle n'était pas constructible.

- 26 Vous constaterez que le maire a eu raison de prononcer le retrait de la décision tacite de non-opposition à déclaration. Le terrain d'assiette du projet a une superficie étendue de plus d'un hectare. Il se situe au sein d'une zone naturelle densément boisée, qualifiée même de « trame verte ». Des constructions éparses sont présentes mais il faut le souligner, leur nombre est très faible ; la densité est également très faible (V. CAA Nantes, 14 nov. 2022, Ministre de la transition écologique, n° 21NT01406, C ; 1^{re} ch., 28 avr. 2022, M. B., n° 20MA00997, C). Le secteur d'habitat diffus est reconnu même s'il est affirmé également que la parcelle en cause serait une « dent creuse », ce qui n'est pas du tout le cas. Ce secteur ne s'inscrit pas non plus dans la continuité des parties urbanisées de la commune telles que définies par la jurisprudence commune de Saint-Bauzille-de-Putois (CE, 29 mars 2017, n° 393730, B). La décision était bien illégale, le retrait était donc justifié en application de l'article L. 424-5 du code de l'urbanisme.
- 27 En ce qui concerne maintenant la légalité de la décision d'opposition à déclaration en litige : voyez CE, Assemblée, 26 octobre 2001, M. et Mme E., n° 216471. C'est la question de l'exception d'illégalité de l'avis conforme défavorable. Le préfet n'a commis aucune erreur de droit, ni d'appréciation. Il a correctement fait application de l'article L. 111-3 du code de l'urbanisme. L'avis conforme défavorable émis par le préfet des Alpes-Maritimes n'étant pas entaché d'illégalité, le maire du Rouret était en situation de compétence liée pour s'opposer à la

déclaration préalable de division de M. C.. Bien sûr, l'autre voie possible serait de considérer qu'il existe une seule et même décision. Vous pourrez donc confirmer le jugement de cette manière dans la seconde affaire.

- 28 Une remarque terminale : je ne vous dirais pas que je n'ai pas hésité à vous proposer cette solution en chambres réunies. La raison qui m'a fait hésiter c'est le chamboulement proposé qui peut sembler excessif par rapport à ce qui a été déjà jugé. Ce qui m'a fait conserver ma position, c'est que je pense qu'il existe des arguments plus nombreux et plus puissants comme la méconnaissance du principe logique de non contradiction, la méconnaissance de la compétence liée, l'incohérence et des solutions non entièrement satisfaisantes. Ainsi, à mon avis, l'antinomie n'a été surmontée par les cours que provisoirement et de manière non entièrement satisfaisante et d'autres difficultés peuvent surgir. Prenons l'exemple suivant : un maire a gardé le silence, une autorisation tacite est née, le pétitionnaire débute les travaux puis le préfet qui avait émis un avis défavorable intervient, les travaux s'arrêtent. Si le pétitionnaire se retourne contre le maire : doit-on juger que le maire a commis une faute en ne suivant pas l'avis conforme du préfet ? Ou bien dire qu'en gardant le silence, comme la loi le lui permet, il n'a pas commis de faute : à nouveau la contradiction dans le système normatif « il a commis une faute ; il n'a pas commis de faute ». Et surmonter cette contradiction n'est pas aisé : soit on fait prévaloir la compétence liée et le maire soulèvera le caractère piègeux des normes, ne lui interdisant pas de garder le silence mais ne lui donnant pas le droit de le faire sous peine de voir sa responsabilité engagée ; dans l'autre solution, outre le fait qu'elle affaiblit un peu plus la compétence liée pour en faire une notion à géométrie variable, elle dit implicitement mais clairement au pétitionnaire qu'il aurait dû préalablement se renseigner avant de commencer les travaux. L'insatisfaction perdure. Ensuite, comme souligné précédemment, j'ai du mal à penser que le législateur et le pouvoir réglementaire aient entendu volontairement faire naître des décisions tacites par définition illégale. Par ailleurs, il ne me semble pas que ce soit véritablement une création prétorienne car l'exception existe déjà dans le droit, en puissance, même si elle n'a pas été expressément formulée ou plus exactement formalisée comme telle. Enfin, un dernier argument : pour l'avoir constaté, les

positions juridiques qui perdurent sont celles qui ont le plus d'arguments en leur faveur (la lettre de la loi, l'esprit de la loi, l'esprit du droit, la logique, la cohérence la justesse, etc.) Tel est le cas par exemple de la solution posée par l'arrêt SCI Maryse qui cumule pratiquement tous les arguments en sa faveur. Bref, au final, il me semble que l'on est face à une anomalie juridique ; certes ce n'est pas à proprement un vide législatif ou un vide juridique ; mais toujours est-il que de telles anomalies, de telles situations tordues, il vous appartient de les prendre en compte, voire de les redresser : la question est de savoir dans quelle mesure ? Certes, ce serait plutôt au législateur ou au pouvoir réglementaire de le faire, mais la situation reste en l'état depuis déjà un certain temps et puis je me suis souvenu des propos de Portalis⁴⁶, qui soulignait déjà ce type de difficulté (je le cite) :

« si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie ; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes. [...] Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles, et qui cependant fut à la portée du moindre citoyen. [...] Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats ; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue ».

Ainsi, au final, même si la solution proposée peut apparaître constructive, j'ai du mal à accepter la solution inverse qui érige en principe la naissance automatique d'un permis (tacite) illégal.

29 Par ces motifs, nous concluons

30 Dans le dossier 22MA02284 :

Annulation du jugement n° 2001261 rendu par le tribunal administratif de Bastia le 4 juillet 2022.

Rejet du déféré du préfet de la Corse-du-Sud dirigé contre le prétendu permis de construire tacite accordé à M. B.

Motif : le déféré présenté par le préfet de la Corse-du-Sud était irrecevable dès lors que l'on considère qu'un permis tacite illégal ne peut naître lorsqu'un avis conforme défavorable a été émis dans le délai d'instruction.

31 Dans le dossier 21MA00790

Rejet de la requête de M. C.

Il sera statué ce que de droit sur les différentes demandes de frais irrépétibles

Tel est le sens de mes conclusions.

NOTES

1 Cette question touche, en l'espèce, à la recevabilité des demandes de première instance.

2 La demande a été produite à l'instance.

3 Il s'agit d'une concession de terrain à usage commercial, de 3 000 m² sur les parcelles cadastrées section E n^{os} 680, 683 et 684, octroyée par la Collectivité de Corse. Celle-ci porte sur le domaine forestier de la collectivité de Corse. Autrement dit, il était prévu, de par l'acte de concession, que M. B. exerce une activité de restauration rapide sur ce terrain. Toutefois, si M. B. a bien déposé une demande de permis de construire, il semble qu'une construction existait déjà sur le terrain en cause. En effet, le préfet souligne dans sa requête de PI, sans être contredit, qu'une buvette était déjà implantée sur le site. Il s'agirait donc plutôt d'une demande de régularisation d'une construction sans autorisation ou alors d'une construction neuve qui devrait faire suite à la démolition de la buvette ; toutefois, aucun permis de démolir n'a été déposé ; mais en fin de compte, peu importe, nous le verrons pour la résolution du litige.

4 Alors que dans l'affaire CAA 21DA00937 le préfet pensait et prétendait que lorsque son accord est requis, aucun permis tacite ne peut naître si cet accord n'est pas donné.

5 1) Absence d'avis conforme du préfet alors que la parcelle est située hors carte communale ; 2) incomplétude du dossier à plusieurs égards : absence de notice permettant d'apprécier le projet architectural, absence d'éléments

sur l'assainissement, sur la sécurité et sur l'accueil des personnes handicapées.

6 Une brève remarque sur la date retenue à la suite du délai de 3 mois qui a couru du 21 janvier au 11 mars : le délai a bien recommencé à courir à partir du 24 mai. Voyez l'article 12 ter de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 qui a prévu la période de suspension eu égard au confinement. Ainsi, si le calcul du préfet était erroné, le TA a correctement rectifié.

7 Le préfet n'a pas défendu dans les deux dossiers.

8 « Le défaut de recueil d'un avis conforme entache la décision adoptée d'incompétence ».

9 Dans les Alpes-Maritimes.

10 Voyez le formulaire Cerfa renseigné par le pétitionnaire.

11 Transfert définitif de compétence au maire même lorsque le PLU est annulé.

12 Comme en droit civil : le droit en général est répulsif à l'idée de dire « qui ne dit mot consent ». Voyez la cour de cassation pour qui le silence a toujours valu refus : « Qui ne dit mot ne consent pas » Cour de cassation 1870.

13 Si le principe de l'autorisation tacite est ancien, il convient de noter deux choses : avant les lois de décentralisation la compétence était étatique et jusqu'à récemment les maires étaient plutôt respectueux de l'autorité du préfet.

14 ... au sens de la théorie de l'argumentation

15 C'est effectivement un des moyens rationnels de surmonter les antinomies.

16 Et peut-être aussi implicitement le CE : cf. la décision CE, n° 410790, 4 mai 2018.

17 Voyez aussi M. F. Polizzi au juris-classeur, dans l'article consacré aux « autorisations d'urbanisme » ; fasc 13012.

18 D'ailleurs la liste a été plusieurs fois modifiée, apportant des précisions bienvenues : l'ajout du « j » : « Lorsque la délivrance du permis est subordonnée, en application de l'article L. 425-13, à l'obtention d'une dérogation prévue par l'article L. 111-4-1 du code de la construction et de l'habitation et que cette dérogation a été refusé » ; le « b » a été complété (le

ministre chargé de la protection des réserves naturelles) ; le « c » a été retiré « ou un immeuble adossé » à un immeuble classé ; le « g » également a été aussi modifié ; le « h » également avec l'ajout de l'article L. 425-4 ; en quelque année l'article a été fortement remanié : il apporte des précisions car sinon il serait difficile de s'y reconnaître ; en revanche l'avis conforme du préfet, tout le monde le sait, n'a pas besoin de précision.

19 « Le droit ne peut en effet se penser que sous la forme d'un ensemble cohérent de règles », « mutuellement compatibles, régies par un principe de non-contradiction » ; cf. « L'internormativité » Jacques Chevallier in Les sources du droit revisitées – Tome 4 : Théorie des sources du droit, 2013. <https://hal.science/hal-01723912/document>.

20 Théorie pure du droit, I, p. 314.

21 Souligné par le professeur **Georges Liet-Veaux** – « En revanche, en cas d'avis conforme défavorable, l'autorité compétente est tenue de refuser l'autorisation sollicitée » (CE, 22 févr. 1957, n° 17140 : Lebon, p. 126 et s.).

22 Outre la lettre de la loi.

23 Ce que je cherche dans les conclusions et dans l'arrêt en question, c'est moins son apport et sa portée que l'esprit du droit qui s'en dégage.

24 Cité par G. Ondinet. Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Paris, Berger-Levrault, 1888, t. 1, p. 505.

25 Par exemple il existe plusieurs cas de figure où existe des co-décisionnaires : voyez les conclusions de T. Olson sur CE, n° 223882, Secrétaire d'Etat au Logement, 7 février 2003, classé en B « L'exigence d'un avis conforme nous paraît conduire à regarder le II de l'article L. 146-4 comme aboutissant à une sorte de codécision ». Cf. aussi P Ferrari Essai sur la notion de co-auteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français, Mélanges Eisenmann, Cujas, 1975, p. 215. Comme lorsque la CNAC rend un avis conforme : « la CNAC étant investi d'un pouvoir d'avis conforme, qui confine à un rôle de co-décision, elle exerce ici un rôle de co-auteur de l'acte et doit à ce titre, en cas de mise en cause de celui-ci, être en mesure de défendre son point de vue. Un parallèle peut être fait sur ce point avec la qualité de partie, reconnue à l'État dans un litige relatif à une décision individuelle en matière d'urbanisme prise sur avis conforme du préfet – qualité qui lui est précisément reconnue pour cette raison (v. CE, 16 oct. 2020, n° 427620 : Lebon) » "Chronique de contentieux administratif Décisions d'octobre à décembre 2021 par Olivier Le Bot professeur de droit

public à l'université d'Aix-Marseille La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 8, 28 Février 2022, n° 2061.

26 G. Dupuis « Quelques remarques à partir du modèle français » in La consultation dans l'administration contemporaine, 1972, p. 916-917.

27 Une « faculté d'approbation », au sens de Charles Eisenmann cf. Cours de droit administratif, t. 1, préc. p. 261." Cité par Seydou Traore. La nouvelle réforme des cartes communales entre décentralisation et recentralisation in Droit Administratif n° 10, Octobre 2003, chron. 17.

28 Cité par Seydou Traore : idem cf. Essai sur la notion de réglementation : thèse, BDP. LGDJ, 1997, p. 60-61.

29 CE, 30 déc. 2002, M. Jeandey, req. n° 239380 J.-Cl. Administratif, Fasc. 452-14, 1011 L'annulation d'un plan d'occupation des sols/plan local d'urbanisme n'a pas d'effet sur le transfert des compétences d'urbanisme au maire, puisque le Code de l'urbanisme prévoit que ce transfert est définitif. Cependant, dans une telle hypothèse, le maire ne peut plus délivrer d'autorisations d'occupation des sols qu'après avoir obtenu l'avis conforme du préfet. Selon le Conseil d'État, cela n'interdit pas au préfet de déférer les permis ainsi délivrés au tribunal administratif.

30 Sinon celui de critiquer expressément l'avis. Voyez également CE, assemblée, du 2 décembre 1994 commune de Pulversheim, au recueil ; voyez les décisions CE du 22 janvier 1986, ministre de l'urbanisme c/ association pour le logement du personnel des administrations financières, aux tables, ou CE du 27 janvier 1982, Ministre de l'environnement c/Mme D.-B., aux Tables. Voyez aussi par exemple l'adoption d'une carte communale qui suppose, en vertu de l'ancien article L. 124-2 du code de l'urbanisme, une double approbation par le conseil municipal et par le préfet, conformément au régime de « décision conjointe » ou de « co-décision » ; voyez sur ce point les conclusions de François Séners sur l'avis contentieux Mme Flory du 28 novembre 2007 (3^e et 8^e ssr, n° 303421, Rec. p. 456). Précisons qu'à l'inverse en cas d'avis favorable du préfet, le maire dispose du choix d'accorder ou pas l'autorisation sollicitée (par exemple le maire peut estimer que l'avis du préfet est erroné ou que le refus de l'autorisation se justifie pour un autre motif) : voyez CE, 3 février 2021, Commune de Cuttoli-Corticchiato, n° 434335. Par ailleurs en cas d'annulation c'est bien pour incompétence que l'acte sera annulé.

31 Voyez aussi, à cet égard : CE, 2 décembre 1991, M. Chaumeil, n° 86674, B ; 20 mai 1994, M. G., n° 143680, A.

32 Utilisé en droit administratif : voyez les conclusions des rapporteurs publics : surtout Le Corre, CE, n° 429343 mais aussi Sirinelli CE, 458050, P. CE, 452733, CE, 443876) « Si nul n'est censé ignorer la loi (publiée), l'Administration doit être censée connaître la loi et a fortiori ses propres actes (même non publiés) » (Y. Gaudemet, Traité de droit administratif LGDJ, 16^e éd., t. I, p. 623). « Ce principe ne pose pas que l'on doit tout savoir, ce qui serait absurde mais qu'il est interdit de se prévaloir de son ignorance pour échapper à l'application de la loi ».

33 L'adage populaire « qui ne dit mot consent » sous-entend la présence de la personne et ainsi dans ces conditions, le fait de ne pas objecter, alors que la personne présente en a la possibilité, peut être considéré ou interprété comme un consentement tacite : son défaut de parole se constate visuellement et surtout auditivement ; mais face à un échange d'écrits, cette même interprétation est beaucoup plus difficile. Cette maxime a une origine latine : cf. le pape Boniface VIII (1235-1303) qui avait retenu une formulation plus prudente : *qui tacet consentire videtur* (« qui se tait semble consentir »).

34 Juris Classeur Géomètre expert - Foncier - Encyclopédies - V° Urbanisme - Fasc. 3 : AUTORISATIONS D'URBANISME. – Règles spécifiques de délivrance et de mise en œuvre.

35 « Les décisions de non-opposition à déclaration préalable, tacites ou expresses, sont exécutoires dès la date à laquelle elles sont acquises ».

36 Ainsi, par exemple, n'est pas applicable en matière de déclaration préalable l'une des exceptions prévues par l'article R. 424-2 (voyez CE, 26 oct. 2012, Commune de Saint-Jean-Cap-Ferrat, n° 350737, B, aux intéressantes conclusions d'Alexandre Lallet) ainsi que l'article R. 424-3 n'est pas applicable (voyez CAA Versailles, 22 mars 2022, Commune de Belloy-en-France, n° 20VE00608, C).

37 Si le maire de Suippes, eu égard à l'avis défavorable de l'architecte des bâtiments de France du 28 juin 2017, se trouvait en situation de compétence liée pour s'opposer à la déclaration préalable de M. et de Mme Caracotte, en revanche, en l'absence de toute demande en ce sens, il n'était pas tenu de procéder spontanément au retrait de la décision implicite de non-opposition, dont les défendeurs étaient devenus titulaires à compter du 26 juin 2017.

38 Cf. la 9^{ème} chambre qui a déjà eu l'occasion de juger, dans la même configuration et en l'absence de demande de retrait présentée au maire, que : « Lorsque le préfet émet un avis défavorable au projet

postérieurement à la délivrance d'une autorisation d'urbanisme tacite, l'autorité compétente ne se trouve pas en situation de compétence liée pour retirer cette autorisation » (18 déc. 2020, M. Perez, n° 19MA04328, C – point 4). Dans cette affaire, était en cause un arrêté portant uniquement retrait d'une autorisation d'urbanisme tacite à la suite d'un avis conforme défavorable du préfet. La cour de Paris a jugé, dans l'hypothèse d'un avis défavorable de l'ABF émis postérieurement à la naissance d'un permis tacite « que si la délivrance d'un permis de construire est subordonnée, lorsque les travaux envisagés sont situés dans le champ de visibilité d'un édifice classé ou inscrit ou en co-visibilité avec celui-ci, à l'avis conforme de l'architecte des bâtiments de France, de sorte que l'autorité administrative aurait été tenue de rejeter la demande de permis de construire initiale en raison de l'avis défavorable de l'architecte des bâtiments de France et aurait donc été en situation de compétence liée pour refuser de prendre l'acte initial, cette circonstance n'est toutefois pas de nature à lier sa compétence s'agissant du retrait de cet acte ; que le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 est donc opérant » (CAA Paris, 29 mars 2018, Commune de Limeil-Brévannes, n° 17PA00622, C – point 13). La cour de Nancy a jugé dans le même sens (CAA Nancy, 29 déc. 2021, Commune de Suippes, n° 19NC03550, C – point 10).

39 Cf. « La compétence liée doit être distinguée de l'obligation d'agir », ainsi que l'indique Karin Ciavaldini dans ses conclusions sous la décision SCIF des Fourneaux et autre (CE, 24 fév. 2020, n° 421086, B). V. également, pour la distinction entre « obligation d'agir » et « compétence liée », les conclusions de Vincent Villette sous la décision Société Les taxis Hurié (CE, 5 fév. 2020, n° 426225, B) ou encore celles d'Anne Courrèges sous la décision SNC Anse de Toulvern (CE, 16 nov. 2009, n° 322554, C). Toutefois l'inaction ne modifie en rien la compétence liée ; elle en peut rejaillir dessus. Il en va différemment en cas d'avis conforme favorable (V. par analogie : CE, 3 fév. 2021, Commune de Cuttoli-Corticchiato, n° 434335, C – point 2).

40 L'autorité administrative compétente ne se trouve en situation de compétence liée pour retirer une autorisation d'urbanisme entachée d'illégalité que lorsqu'elle est saisie d'une demande en ce sens et qu'elle n'est pas conduite, pour relever cette illégalité, à porter une appréciation sur les faits de l'espèce.

41 La cour de Bordeaux a récemment jugé – dans l'hypothèse d'un avis conforme défavorable du préfet émis sur le fondement de l'article L. 422-5 quelques jours après la naissance d'un permis tacite – que, « à défaut d'avoir

recueilli l'avis conforme du préfet en application des dispositions citées au point 3, le permis de construire tacite dont était bénéficiaire Mme De L. était illégal. Par suite, le maire a pu légalement, par sa décision du 6 juin 2018, intervenue dans le délai de 3 mois prévu par l'article L. 424-5 du code de l'urbanisme, retirer ce permis tacite » (CAA Bordeaux, 9 juin 2022, Mme de L., n° 20BX01964, C – point 12). Cet arrêt juge néanmoins, à son point 13, que « par son avis défavorable du 25 mai 2018 le préfet de la Gironde doit être regardé comme ayant demandé au maire de Lège-Cap-Ferret de retirer le permis de construire tacite du 15 mars 2018. Dans ces conditions, dès lors que le maire se trouvait en situation de compétence liée, l'article L. 122-1 du code des relations entre le public et l'administration ne trouvait pas à s'appliquer. Par suite, le moyen tiré du non-respect de la procédure contradictoire préalable au retrait ne peut qu'être écarté ». Cette solution n'était pas évidente au vu des conclusions du rapporteur public relatives à cette affaire jugée par la cour de Bordeaux. En l'espèce, une procédure contradictoire a été engagée et le requérant n'invoque pas l'irrégularité de cette procédure préalable au retrait litigieux.

42 V. pour l'hypothèse d'une demande de retrait présentée par le représentant de l'État, hypothèse dans laquelle le maire est en situation de compétence liée : 1^{ère} ch., 28 avr. 2022, M. B., n° OMA00997, C – point 11. V. les conclusions, disponibles sur Ariane, de Charles-Edouard Minet sur l'arrêt n° 18DA00198 du 3 décembre 2019

43 Dans ses conclusions sur la décision S., Francis Lamy rappelait notamment que : « Suivant une jurisprudence constante le fait pour une autorité administrative de se croire à tort liée par un avis entache sa décision d'illégalité (par exemple CORNEBOIS du 30 juin 1997 aux tables p. 897) ». Il a pu être jugé que le moyen tiré de ce qu'une autorité se serait à tort cru liée par un avis et aurait ainsi méconnu l'étendue de sa compétence est un moyen d'ordre public (V. par exemple : CE, 16 déc. 2008, M. G., n° 297808, C).

Il est indiqué, dans le guide du rapporteur en cour, au point 5.1.3.14, que : « Bien que le Conseil d'État ne se soit apparemment pas encore prononcé expressément sur ce point, il est généralement admis (voir notamment les conclusions de C. M. sur CE, 16 mai 2003, Mlle M., n° 242875) que le fait pour un tribunal administratif de ne pas avoir soulevé d'office un moyen d'ordre public dont le bien-fondé ressortait des pièces du dossier entache son jugement d'irrégularité. / On notera cependant que le juge de cassation annule pour erreur de droit et non pour irrégularité l'arrêt d'une cour

administrative d'appel qui omet de soulever d'office un moyen de fond d'ordre public ressortant des pièces du dossier (CE, 15 avril 2011, M. Neveu, n° 320073) ».

44 de plus il conviendrait de moper : « le maire du Rouret s'est, à tort, cru lié par l'avis défavorable émis par le préfet sur le fondement du a) de l'article L. 422-5 du code de l'urbanisme pour retirer la décision tacite de non-opposition » (V. par analogie : CAA Nantes, 17 juill. 2020, Mme D., n° 19NT01520, C+ – le fichage de cet arrêt est disponible sur Ariane). Le fichage de cet arrêt est le suivant : « Revêt le caractère d'ordre public le moyen tiré de ce qu'en s'estimant, à tort, lié par l'avis défavorable du préfet pour délivrer un certificat d'urbanisme dit négatif, le président d'un EPCI a méconnu l'étendue de sa compétence. Rappr. CE, Section, 20 juin 2003, S., n° 248242, p. 258 ; CE, 16 décembre 2008, G., n° 297808 ».

45 V. CE, Sect., 3 juill. 1981, Mme J., n° 16496, A, aux conclusions du président Robineau.

46 Extrait du discours préliminaire du premier projet de code civil.

NOTE UNIVERSITAIRE

L'avis conforme défavorable du préfet ne fait pas obstacle à la naissance d'un permis tacite.

Cristelle Poletto

FDSP

ATER au LID2MS – EA 4328

Doctorante au Centre de recherches administratives – EA 893 Aix-Marseille

Université

Droits d'auteur

CC BY-NC-SA 4.0

DOI : 10.35562/amarsada.332

-
- 1 La décision en référence porte sur un problème qui n'a pas été clairement tranché par la jurisprudence, preuve en est qu'il a justifié le jugement de l'affaire par une formation de chambres réunies au sens des dispositions des articles R. 222-25 et R. 222-29-1 du code de justice administrative. Le rapporteur public a indiqué dans ses conclusions qu'il s'agissait d'une « question d'importance ». D'ailleurs, l'arrêt est rendu sur ses conclusions contraires, malgré leur caractère extrêmement motivé au soutien de la thèse qui avait sa préférence. Il convient également de préciser que cet arrêt confirme le sens d'une décision de la cour administrative d'appel de Douai, tout juste lue quelques semaines plus tôt¹.
 - 2 La question posée est simple mais assez lourde de conséquences. Elle n'est pourtant pas inédite. Cependant, elle ne trouve pas de réponse tranchée et unanime : un permis de construire tacite peut-il naître malgré un avis conforme défavorable du préfet ?
 - 3 Rappelons que le permis de construire tacite est un objet contentieux toujours renouvelé et au potentiel presque illimité, malgré les ajustements de la codification². Antérieurement, il a même été l'objet

de polémique du fait de son assise simplement réglementaire. Dans un arrêt d'Assemblée commune de Bozas³, le Conseil d'État avait initialement considéré que la règle selon laquelle le silence gardé par l'administration valait décision de rejet n'était pas un principe général du droit⁴, à l'inverse du Conseil constitutionnel qui y voyait un principe général du droit (PGD) auquel seule la loi pouvait déroger⁵. C'est ainsi que le Conseil d'État avait confirmé la légalité de l'article 20 du décret du 13 septembre 1961 relatif à la délivrance du « permis de construire tacite ». Ces divergences sont désormais dépassées puisque des textes législatifs successifs, loi du 12 avril 2000⁶ qui pose le principe et son renversement par la loi du 12 novembre 2013⁷ sont intervenus pour « régler » la question. Il appartient désormais au pouvoir réglementaire, par habilitation législative, de s'extraire expressément du principe au gré des domaines qui le nécessitent en complétant la liste des dérogations. En ce qui concerne les autorisations d'urbanisme, et notamment le permis de construire, le principe du permis tacite est inscrit désormais dans l'article L. 424-2 du code de l'urbanisme qui prévoit en son alinéa second qu'un « décret en Conseil d'État précise les cas dans lesquels un permis tacite ne peut être acquis », décret codifié à l'article R. 424-2 du code de l'urbanisme.

- 4 À dispositions, un permis tacite s'impose. Mais c'est sans compter la complexité de la procédure d'instruction du permis de construire, et plus précisément des textes qui viennent créer, en fonction des circonstances de fait et/ou de droit, l'obligation de recourir à l'avis conforme d'une autorité administrative distincte de l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation d'urbanisme, ce qui constitue « en fait, [...] un partage du pouvoir de décision » selon la formule du Pr. Chapus⁸.
- 5 Dès lors, il y a lieu à une nécessaire lecture combinée des textes, qui impose une conciliation peu aisée des règles. Sur le principe, on voit mal comment pourrait intervenir une décision tacite si l'autorité disposant d'un avis conforme, et partant, « partageant le pouvoir de décision », s'y est valablement opposée. C'est toute la difficulté de ce dossier qui impose de trancher entre une lecture littérale du texte ou une interprétation plus téléologique du code. Aussi, le rapporteur public va-t-il proposer à la cour de lister les avantages de chacune des deux solutions à envisager. Mais avant d'entrer dans

l'argumentation juridique purement éthérée, il convient de replacer la problématique juridique dans son contexte factuel.

- 6 Les faits de l'espèce étaient assez simples, bien que deux instances concernant le même terrain d'assiette aient été pendantes devant la cour. Sur le plan de la réglementation d'urbanisme, d'un point de vue formel, il faut préciser que le terrain d'assiette est situé sur le territoire de la commune de Zonza, qui est partiellement couvert par une carte communale, mais celui-ci n'est pas situé dans son emprise. Aussi, il est constant que, en application des dispositions de l'article L. 422-1a) du code de l'urbanisme, le maire était bien habilité à délivrer les autorisations d'urbanisme. Cependant, l'avis préalable du Préfet était requis puisqu'aux termes des dispositions de l'article L. 422-5a) du même code, ce dernier doit recueillir son avis si le projet est situé sur « une partie du territoire communal non couverte par une carte communale, un plan local d'urbanisme ou un document d'urbanisme en tenant lieu ».
- 7 Sur le fond, la question était celle de savoir si la construction projetée était conforme aux exigences de l'article L. 121-8 telles qu'explicitées par le PADDUC prévu par les dispositions de l'article L. 4424-11, I du code général des collectivités territoriales, c'est-à-dire en conformité avec le principe de construction en continuité de l'urbanisation consacré par la loi « Littoral ».
- 8 Le pétitionnaire, sous couvert de concession, occupe une partie du domaine public de la forêt territoriale d'Uspedali située sur le territoire de la commune de Zonza. Celui-ci a successivement déposé deux demandes de permis de construire un local de petite restauration de 70 m². Manifestement, une construction, irrégulière, existait déjà sur le site, à usage de buvette selon les précisions apportées par les conclusions du rapporteur public. La première demande a donné lieu à un permis de construire exprès visé dans les motifs de l'arrêt en référence. La décision juridictionnelle est toutefois taise sur le sort de cette première demande. Cependant, les conclusions du rapporteur public nous enseignent que le préfet a déferé l'arrêté, motif pris de l'incomplétude du dossier sur le plan de l'assainissement individuel conjuguée à l'omission de solliciter préalablement son avis conforme. Ce premier dossier a donné lieu à un arrêt de la cour confirmant l'annulation du permis. Néanmoins,

avant de connaître l'issue du litige, le pétitionnaire a, en date du 21 janvier 2020, déposé une nouvelle demande censée couvrir les vices affectant la première. Celle-ci a été transmise au préfet qui a rendu un avis défavorable le 14 avril 2020. Nonobstant, le service instructeur ne réagissait et laissait s'écouler les trois mois de délai d'instruction prévus par les dispositions de l'article R. 423-3 du code de l'urbanisme si bien que le préfet a cru bon déférer la décision implicite d'acceptation qui serait ainsi née en application des dispositions de l'article L. 424-2 du code. C'est dans ces conditions que le tribunal administratif de Bastia a annulé le permis de construire délivré « à la suite d'une demande présentée le 21 janvier 2020 », jugement contre lequel le bénéficiaire a interjeté appel.

- 9 À titre liminaire, il convient de noter que le préfet n'a pas eu de doute sur la naissance d'une décision tacite d'acceptation à l'issue du délai d'instruction. Cette question, n'a, semble-t-il, pas fait débat au stade de la recevabilité de la requête de première instance. Le problème n'a pas échappé à la cour et, en conséquence, la cour a informé les parties de ce que l'arrêt pourrait être fondé sur l'irrecevabilité de la requête du préfet tenant à l'absence d'intervention d'un permis en raison de l'avis conforme défavorable du préfet. Une lettre d'information visant ce moyen susceptible d'être relevé d'office a donc été notifiée sur le fondement de l'article R. 611-7 du code de justice administrative. Ce moyen serait effectivement d'ordre public (MOP) dès lors qu'il emporterait l'irrecevabilité de la requête. Dans ses conclusions, le rapporteur public vise un défaut d'intérêt à agir du préfet qui, si l'on suit le présupposé sur lequel se fonde le MOP, ne saurait déférer une décision implicite de rejet conforme à son avis. On aurait pu envisager d'aller sur le terrain de l'inexistence – au sens factuel – de la décision querellée. En effet, le préfet a entendu déférer, non pas la décision implicite née au terme du délai d'instruction, quel qu'en soit le sens, mais bien un permis de construire tacite qui, partant, n'existerait pas.
- 10 Il convient donc de s'intéresser à la question de savoir si la combinaison d'une intervention « quasi-automatique » d'un permis tacite imposé par le code de l'urbanisme et l'existence d'une situation de « compétence liée » du maire pour refuser ledit permis en cas d'avis conforme défavorable du préfet recèle une contradiction

irréductible imposant la création d'une règle prétorienne *praeter legem* voire *contra legem*. Nous verrons que l'arrêt semble – implicitement mais nécessairement – proposer une solution qui révèle la rationalité théorique sous-jacente que consacre le code de l'urbanisme (I.) et qui permet à la cour d'aborder le dossier sur le fond (II.)

Permis de construire sur avis conforme du préfet, un permis potentiellement express mais pas nécessairement exprès

- 11 L'arrêt propose une solution de continuité : un permis de construire sur avis conforme du préfet peut être tacite, par application du principe général « silence vaut acceptation » (SVA). La motivation de cette solution – qui peut sembler évasive – par sa référence au considérant de principe de la décision d'Assemblée Eisenchteter⁹ suffit en réalité à justifier la cohérence intrinsèque du système. La solution précitée s'insère en effet dans un système de normes, constitutif d'un véritable régime général des dérogations à la règle SVA (A.) et s'avère parfaitement conforme à la théorie de la compétence en matière d'urbanisme (B.)

Un constat, l'impossibilité de créer une décision implicite de rejet en raison du régime des dérogations à la règle SVA

- 12 H. Jacquot, F. Priet et S. Marie rappellent que « cet aspect du régime des autorisations d'urbanisme [i.e. le principe du permis tacite] rejoint désormais le droit commun, puisque depuis la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 la non- réponse de l'administration à une demande émanant d'un administré vaut en principe décision d'acceptation »¹⁰. La règle inverse ressort désormais clairement de l'exception qui doit être prévue par les textes.
- 13 Or, la lettre du code prévoit une série de dix situations, listées à l'article R. 423-2, dérogatoires au principe visé à l'article L. 424-2 tel

que précisé par les dispositions de l'article R. 424-1, b). Cette série d'exceptions à la règle de la décision implicite d'acceptation met en jeu un critère matériel. Elle est complétée par les dispositions de l'article R. 423-3 qui concernent spécifiquement le cas de l'avis conforme défavorable de l'Architecte des Bâtiments de France (ABF) notifié dans le délai d'instruction, soit la mise en œuvre d'un critère, a priori, purement procédural. Il en est de même, en cas de recours de l'autorité compétente contre cet avis, lorsque le préfet de région a rejeté le recours. L'exception joue également si l'ABF n'a pas adressé au demandeur notification de son avis défavorable ou favorable assorti de prescriptions comme le lui impose l'article R. 424-4¹¹. Dans toutes ces situations, le silence de l'administration à l'expiration du délai d'instruction vaudra refus de permis. En toute hypothèse, aucune de ces situations n'est concernée par la demande d'autorisation litigieuse.

14 Or, pour remédier à la difficulté, il ne suffit pas de rappeler que l'hypothèse de l'avis conforme du préfet n'y est pas visée puis tenter de rectifier l'omission en considérant la liste comme indicative et non exhaustive afin d'y ajouter, de manière prétorienne, en faisant œuvre d'interprétation constructive, le cas de figure qui nous préoccupe. La question s'inscrit en effet dans une problématique plus vaste. Il faut en effet replacer cette liste dans le cadre général du régime propre aux dérogations au principe SVA. Ce régime semble en effet garantir l'information du pétitionnaire. Il faut alors constater que cette liste relève en réalité d'un système de règles qui en garantissent la cohérence. A titre d'illustration :

15 Le récépissé du permis doit faire état de la date à laquelle un permis tacite peut intervenir (C. urb., art. R. 423-4). Mais en vertu de l'article R. 423-5 du même code, le récépissé doit également indiquer que le demandeur sera informé dans le délai d'un mois si son projet se trouve dans une situation où un permis tacite ne peut pas être acquis (art. R. 424-2) ou ne peut être acquis qu'en l'absence d'opposition ou de prescription de l'ABF (C. urb., art. R. 424-3). Ce faisant, « l'automatisme de l'obtention tacite de l'autorisation est mieux garantie, d'autant plus que cette automatisme s'applique à toutes les autorisations »¹².

- 16 En cas d'avis défavorable de l'ABF dans la dernière situation sus visée, on a vu qu'il appartenait alors à celui-ci d'adresser au demandeur une copie de son avis et de lui faire savoir qu'il ne pourra pas se prévaloir d'un permis tacite¹³ (C. urb., art. R. 424-4).
- 17 Le maire ne peut initier de recours contre l'avis défavorable du préfet, mesure préparatoire insusceptible de recours selon la jurisprudence constante¹⁴, confirmé par l'arrêt d'Assemblée Eisenchteter¹⁵ dont le considérant de principe est repris *in extenso* au §8 de la décision en référence. En revanche, dans le cas particulier de l'avis conforme de l'ABF qui apparaît comme une dérogation expresse au principe, le code prévoit bien un recours de l'autorité compétente contre l'avis de l'ABF, lorsque le préfet de région a rejeté le recours (C. urb., art. R. 423-68).
- 18 Comme le rappellent justement P. Soler-Couteaux et E. Carpentier,
- « les exceptions [à la règle SVA] correspondent à des hypothèses dans lesquelles des intérêts supérieurs méritent d'être préservés¹⁶. Dans ces différents cas de figure, la naissance d'une décision implicite de rejet est associée à la parfaite information du demandeur, voire à la possibilité de recours administratif au cours de la procédure d'instruction ».
- 19 Aussi, si l'on devait considérer qu'une décision implicite de rejet devait naître à l'issue du délai d'instruction dans notre hypothèse, non couverte par les textes, et partant, insusceptible d'être portée à la connaissance du pétitionnaire, le demandeur pourrait croire – à tort – qu'il dispose d'un permis tacite. Il ne s'agirait alors pas d'une erreur dans la notification consécutive à une erreur d'appréciation de l'administration¹⁷ mais bien d'une omission légale, perturbant grandement l'équilibre entre droits du pétitionnaire et sujétions imposées en matière de police de l'urbanisme. La sécurité juridique est par ailleurs bien plus menacée que dans l'hypothèse inverse¹⁸ car, légitimement, le bénéficiaire se croirait bien fondé à construire.
- 20 Ensuite, il n'aurait aucunement bénéficié, contrairement à la situation propre à l'avis conforme de l'ABF, d'une possibilité de contestation au titre de l'article R. 423-68 (appel du maire en cours d'instruction de la demande) et R. 424-14 (recours du pétitionnaire, après un refus de permis, contre le refus d'accord, sauf dans certaines zones)¹⁹.

- 21 Il s'ensuivrait alors un déséquilibre de l'ensemble du régime distinctif attaché au périmètre du SVA et à ses exceptions. La première réaction consistant à considérer qu'il s'agit juste de réparer une omission du code pour améliorer la cohérence de l'ensemble est un leurre. Cette approche biaisée est aussi le fruit d'une dénaturation de la notion de « compétence », et partant, de celle de « compétence liée » (B).

Une conséquence, le non-respect de l'avis conforme du préfet, une question de fond

- 22 La latitude d'action conférée au maire, même après une rapide analyse, s'avère réelle et confirme, si besoin en était, que même en cas d'avis conforme du préfet, le maire demeure « l'autorité compétente ». Ceci s'observe désormais, et non de plus de manière asymétrique²⁰, à la fois en cas d'avis favorable et en cas d'avis défavorable.
- 23 La « compétence liée » du maire au regard de l'avis conforme du préfet est reconnue de longue date. En cas d'avis défavorable ou de refus d'accord « légalement émis »²¹, l'autorité de délivrance est alors tenue au rejet de l'autorisation²² et y sont habituellement attachées les conséquences en termes d'inopérance que l'on connaît²³. Une autorisation délivrée en dépit d'un avis conforme défavorable serait alors illégale. Toutefois, la jurisprudence a reconnu au maire la possibilité de passer outre l'avis conforme défavorable lorsqu'il estime que l'avis défavorable est erroné²⁴ ou illégal²⁵. Comme l'expliquent M. Guyomar et P. Collin dans leur commentaire de la décision Eisenchteter

« lorsque l'autorité investie du pouvoir de décision s'affranchit de l'avis défavorable et délivre l'autorisation sollicitée, le titulaire de l'autorisation peut utilement soutenir, en défense dans le contentieux dirigé contre son autorisation, que l'avis défavorable était illégal et que l'autorité investie du pouvoir de décision pouvait ainsi légalement passer outre. Cette solution revient à conférer au décideur le pouvoir de se faire juge de la légalité de l'avis qui lui est donné et, le cas échéant, de l'écarter. S'il est fait usage de cette

possibilité à bon escient, le juge bénira a posteriori cette entorse à la règle de la compétence liée »²⁶.

Notons toutefois que cette interprétation n'est pas unanime et certains avis autorisés doutent de la portée de l'arrêt d'Assemblée²⁷.

- 24 Aux termes des dispositions de l'article L. 422-5a) précité, si « le maire a compétence liée pour refuser un permis de construire en cas d'avis défavorable du préfet », « il n'est en revanche pas tenu de suivre un avis favorable de ce même préfet et peut, lorsqu'il estime disposer d'un motif légal de le faire au titre d'autres dispositions que celles ayant donné lieu à cet avis, refuser d'accorder le permis de construire sollicité », a rappelé récemment la cour²⁸. En matière d'avis conforme, la jurisprudence n'interdit en rien que le service instructeur refuse l'autorisation au regard d'autres dispositions applicables²⁹. Ainsi, par exemple, malgré un avis favorable de l'ABF, le maire peut estimer que le projet ne respecte pas les prescriptions applicables à la zone concernée³⁰. Il conserve la possibilité d'apprécier, plus généralement, si les travaux envisagés sont de nature à compromettre la protection ou la mise en valeur des quartiers, des monuments et des sites et, le cas échéant, de refuser le permis sollicité ou de l'assortir de prescriptions spéciales.
- 25 Au cas d'espèce, on peut alors reconsidérer la formule selon laquelle « la procédure d'avis conforme confère ainsi à l'autorité consultée un pouvoir de codécision »³¹ étant donné que le maire peut, malgré l'avis conforme du préfet, prendre une décision différente. La compétence qui est visée au cas d'espèce est bien celle du maire, seul auteur de la décision. Elle n'implique pas, pour autant, que le préfet ne disposât pas d'un pouvoir qui est celui de donner son avis, et s'il est défavorable, de voir le projet empêché. C'est d'ailleurs tout le sens de la décision Dalmasso qui fait du préfet une partie à l'instance, lui permettant ainsi de donner pleine mesure au pouvoir d'opposition dont il dispose et de défendre les « intérêts dont le législateur a confié la défense au représentant de l'État »³². Il appartiendra alors au juge de s'intéresser, par voie d'action s'agissant du maire et par voie d'exception en ce qui concerne le préfet, à la légalité de la position de chacun, selon le considérant de principe repris dans le cadre de la présente décision³³. Dans leur commentaire de la décision Eisenchteter, les auteurs précités citent E. Laferrière qui

considérerait que « si donc l'auteur de la décision n'a pas pris ou n'a pas suivi l'avis, le vice de forme qui entache son acte participe de l'incompétence, car il a fait seul ce qu'il ne pouvait faire qu'en s'associant à une autre autorité ; il a ainsi usurpé la part de pouvoir réservée à cette autorité ». Il serait peut-être opportun d'affiner la formule en considérant qu'il y a effectivement usurpation du pouvoir en cas d'absence de consultation du préfet celui-ci disposant de jure du droit de « défendre les intérêts de l'État » et s'en trouvant privé, mais on ne saurait dire qu'il y a usurpation de compétence. M. Revert rappelait ainsi dans son commentaire sur la décision Dalmasso que « la théorie d'origine doctrinale des coauteurs d'une seule et même décision administrative a diversement pris sur le réel de la jurisprudence »³⁴. Pour preuve, il rajoutait alors qu'« en dépit des missions confiées au préfet par les articles L. 422-5 et L. 422-6 du code de l'urbanisme, la théorie des coauteurs échoue à expliquer que ne soit pas d'ordre public, car étranger à la question de la compétence, le moyen tiré de ce que son avis conforme n'a pas été recueilli par le signataire de la décision en litige »³⁵. La décision commentée, qui prolonge la décision Eisenchteter, s'inscrit dans une appréhension plus orthodoxe de la notion de compétence s'agissant de l'article L. 422-5 du code de l'urbanisme. Elle ne met aucunement à mal les solutions qui sembleraient à première vue divergentes mais qui sont en réalité la conséquence de l'exercice d'un véritable pouvoir de co-décision, lorsqu'une autorisation d'urbanisme tient lieu d'autorisation au titre d'une autre législation et vient en réalité sanctionner l'exercice d'une compétence distincte qu'assume une autre autorité dans le cadre d'une consultation, à l'instar de l'ABF et du code du patrimoine, par exemple.

- 26 La question qui mérite d'être posée est enfin celle de savoir ce qu'il serait advenu du permis tacite si l'avis du préfet avait été erroné. Sauf erreur, cette situation ne s'est encore jamais présentée et le juge administratif a toujours censuré, sur le fond, le maire qui s'était départi de l'avis conforme du préfet. Au cas d'espèce, il est important de rappeler que la position du préfet était bien fondée (II.).

L'analyse de l'état d'antériorité, une condition préalable à l'extension sous contrôle du juge

- 27 À titre, liminaire, il convient de noter que la configuration contentieuse inédite du dossier a amené la cour à considérer que le bénéficiaire du permis tacite entendait se « prévaloir, par la voie de l'exception, de l'illégalité de l'avis émis par le préfet » (§9). La formule est un peu curieuse dès lors que l'exception d'illégalité suppose que la décision est fondée sur une autre décision que l'on estime illégale³⁶. Or, force est de constater que le permis tacite n'est aucunement fondé – tant du point de vue du sens de la décision que de par son caractère non formalisé – sur l'avis défavorable du préfet. Cela dit, il est constant que les actes préparatoires peuvent être invoqués par voie d'exception. C'est un moyen habituel qui s'explique car « c'est la contrepartie logique de la fermeture du recours direct contre de tels actes »³⁷ sauf qu'usuellement, il s'agit de contester un acte pris sur un avis conforme -au sens propre - dont la régularité ou le bien-fondé sont ainsi remis en cause de manière incidente. Notons que la décision Eisenchteter ne fait pas directement référence au nom générique du moyen et emploie une périphrase.
- 28 Quoi qu'il en soit, aucune défense n'a été produite par les intimés. L'essentiel du recours repose donc sur la requête initiale de première instance du préfet. Ce dernier invoquait la méconnaissance par le projet constructif des dispositions de l'article L. 121-8 du code de l'urbanisme. Ce faisant, la qualification juridique du terrain d'assiette était en jeu (B.). En défense, le bénéficiaire a tenté de plaider le caractère inopérant des dispositions précitées en invoquant, non pas un projet emportant extension de l'urbanisation mais un projet portant extension d'une construction existante. La cour a rappelé que la qualification de « construction existante » s'entendait d'une construction régulière (A.).

A. Régularité de la construction existante, condition préalable de son extension

- 29 On sait que la notion d'« extension », à défaut de précisions dans les textes, est, en soi, susceptible de débat. On met en avant l'existence de critères qualitatifs (lien physique et fonctionnel) ou encore quantitatifs (surface de plancher créée) au terme d'une jurisprudence qui demeure fluctuante³⁸. En toute hypothèse, en l'espèce, nul besoin de s'interroger sur les caractéristiques du projet car la cour dénie au bâti existant le caractère de « construction existante ».
- 30 La notion de « construction existante »³⁹ au sens de l'article L. 421-1 al. 2 du code de l'urbanisme n'est pas mieux définie. Pourtant, l'affaire est d'importance. À défaut d'une telle qualification, l'extension n'est pas envisageable et les travaux projetés tombent alors sous le coup du régime des constructions nouvelles, excluant le bénéfice du régime des travaux sur existant.
- 31 « La qualification de " construction existante " est, en définitive, subordonnée à une double exigence : celle d'une existence légale et d'une existence physique de l'édifice »⁴⁰. De ces deux conditions cumulatives, la seconde n'est pas discutée dans le cadre du projet constructif en cause. En revanche, la cour va estimer que le bâti existant n'a pas été « régulièrement autorisé », information qui semble ne pas avoir été contredite. S. Traoré cite la formule pertinente de X. de Lesquen selon laquelle « est régulière la construction édifiée dans le respect du régime de police administrative »⁴¹. Il semblerait qu'il n'ait pas été possible au demandeur d'aller plus avant sur le terrain de la démonstration de l'existence d'une éventuelle autorisation initiale du bâtiment existant alors que, vraisemblablement, celui-ci a été édifié à un moment où une autorisation d'urbanisme était nécessaire mais n'a pas été sollicitée ou obtenue. Il n'a pas semblé possible de faire usage des dispositions de l'article L. 421-9 quant à une éventuelle régularisation qu'il appartient à l'administration, de jure, d'instruire. Surtout, le fait que le terrain d'assiette constituât une dépendance du domaine public s'avérait être un obstacle insurmontable (al. 4). Ensuite, la prescription décennale n'était certainement pas écoulee. Dès lors, il

était impossible pour le demandeur de discuter d'une extension de l'existant.

B. Sur l'extension de l'urbanisation en continuité des zones urbanisées en l'état du PADDUC

- 32 L'arrêt commenté s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence habituelle au titre de l'article L. 121-8 du code de l'urbanisme. En effet, le régime d'urbanisation propre à la loi Littoral impose de s'inscrire « en continuité » des zones urbanisées, c'est-à-dire des agglomérations et villages⁴². Cependant, les dispositions de l'article L. 121-8 du code ne peuvent être lues isolément s'agissant de la Corse qui superpose à la fois loi « Littoral » mais aussi loi « Montagne ». En effet, le PADDUC peut, en application des dispositions de l'article L. 4424-11 du code général des collectivités territoriales, « préciser les modalités d'application, adaptées aux particularités géographiques locales » du principe. La cour opère donc une analyse in concreto de la situation au regard des critères posés par le PADDUC, non sans rappeler la compatibilité de ces précisions locales au regard du code⁴³.

NOTES

- 1 CAA Douai, 1^{re} chambre, 25 Janvier 2023, n° 21DA00937.
- 2 Pour aller plus loin, voir la thèse de A. Desprairies, La décision implicite d'acceptation en droit administratif français, Mare & Martin, Coll. *Bibliothèque des thèses*, mars 2022.
- 3 CE, Ass. commune de Bozas du 27 février 1970, Lebon p. 139. Confirmé explicitement par CE 23 avr. 1975, Vilain, Lebon 249.
- 4 Jusqu'à CE, 14 fév. 2001, Ministre de l'emploi et de la solidarité c/ M. Bouraïb, n° 202830, Rec. T. pp. 793 et 955 dans laquelle il fait référence à un « principe général du droit selon lequel le silence gardé par l'administration vaut décision de rejet ».
- 5 Cons. const., n° 69-55 DC, 26 juin 1969, Protection des sites, JORF, 13 juil. 1969, p. 7161, Rec. p. 27, note in L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes*

décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 12^e éd., 2003, n° 18. 618 et Cons. const., n° 94-352 DC, 18 janv. 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, JORF, 21 janv. 1995, p. 1154, Rec. p. 170.

6 Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, JORF n° 0088 du 13 avril 2000, art. 21 : « Sauf dans les cas où un régime de décision implicite d'acceptation est institué dans les conditions prévues à l'article 22, le silence gardé pendant plus de deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet. Lorsque la complexité ou l'urgence de la procédure le justifie, des décrets en Conseil d'État prévoient un délai différent. »

7 Loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens, JORF n° 0263 du 13 novembre 2013 : Art. 21.-I. « Le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision d'acceptation. La liste des procédures pour lesquelles le silence gardé sur une demande vaut décision d'acceptation est publiée sur un site internet relevant du Premier ministre... ».

8 R. Chapus, *Droit administratif général – Tome 1*, LGDJ Collection Précis Domat Sous-collection : Public, 15^e édition, 2001, p. 1028.

9 CE, 26 oct. 2001, M. et Mme Eisenchteter, n° 216471 : concl. S. Austry, BJDU 5/2001, p. 339.

10 Henri Jacquot, François Priet, Soazic Marie, *Droit de l'urbanisme*, 9^e édition, Dalloz, Coll. Précis, Mai 2022, n° 848.

11 CE 29 mars 2017, n° 392940, SCI Maryse, Lebon T. 689, 852 ; Constr.-Urb. 2017, n° 81, note X. Couton ; BJDU 4/ 17. 238, concl. L. Dutheillet de Lamothe ; RDI 2017. 317, obs. R. Decout-Paolini.

12 H. Jacquot, F. Priet, S. Marie, *op.cit.*, n° 833.

13 CE SCI Maryse, *op.cit.* : la méconnaissance de cette règle par l'ABF, qui revêt un caractère informatif, ne fait pas naître de permis tacite.

14 CE Sect. 6 mars 1964, Compagnie l'Union, Lebon p. 162 ; CE 1^{er} octobre 1971, Sieur Ramona, Lebon p. 579 ; CE 13 février 1980, Nal, Lebon p. 82.

15 « Considérant que si, lorsque la délivrance d'une autorisation administrative est subordonnée à l'accord préalable d'une autre autorité, le refus d'un tel accord, qui s'impose à l'autorité compétente pour statuer sur la demande d'autorisation, ne constitue pas une décision susceptible de recours... ».

16 P. Soler-Couteaux / E. Carpentier, Droit de l'urbanisme, 8^{ème} édition, coll. HyperCours, Dalloz, Janvier 2022, p. 613.

17 CE 17 nov. 1999, n° 180320, Cts Abounayan, RDI 2000. 161, obs. L. Touvet : le fait que l'administration ait omis d'informer le pétitionnaire de l'impossibilité pour lui d'obtenir un permis tacite ne fait pas naître de permis pour autant.

18 « Car sinon, cela veut dire que le droit à construire va naître à l'insu de la société " Maison médicale Edison ", puisque celle-ci, au vu de la lettre qu'elle a reçu, interprètera le silence administratif comme valant rejet. Que peut alors signifier un permis qui existe, mais que son titulaire ignore, et qui deviendra caduc au bout de deux ans sans avoir jamais servi ? », conclusions de D. Piveteau sur CE Section, 25-06-2004, n° 228437 visées d'ailleurs par le rapporteur public dans le cadre de la présente affaire. CE sect. 25 juin 2004, n° 228437, SCI Maison Médicale Edison, Lebon T. 261 ; RD publ. 2005. 570, note Ch. Guettier ; RDI 2004. 461, obs. P. S.-C. Dans cette affaire, il est jugé que le fait que l'administration qui a mentionné à tort dans la lettre de notification qu'un permis de construire tacite ne pourrait intervenir, n'empêche pas la naissance d'un permis tacite.

19 RAPO, il s'ensuit que l'autorité compétente pour délivrer le permis de construire ne peut passer outre l'avis défavorable de l'ABF sans avoir préalablement saisi le préfet (CE 26 mars 2001, n° 216936, Sec. d'État au Logement, Lebon p. 1048, 1149, 1154 et 1158 ; RDI 2001. 269, obs. P. S.-C. ; CE, ass., 26 oct. 2001, n° 216471, Eisenchteter, Lebon p. 495 ; AJDA 2002. 118, chron. M. Guyomar et P. Colin). Réciproquement, le pétitionnaire ne peut saisir le juge d'un refus d'autorisation d'urbanisme fondé sur un avis conforme défavorable de l'ABF s'il n'a pas préalablement saisi le préfet (CE 28 mai 2010, n° 327615, Dufour, Lebon T 888, 1020, 1021).

20 C'est le fameux mécanisme de la « double clef » visé par M. Guyomar, P. Collin, « Une autorité administrative peut-elle légalement s'affranchir d'un avis conforme illégal ? », AJDA 2002 p. 118.

21 Utile précision par voie d'expansion du nom ajoutée dans les commentaires du code de l'urbanisme sous l'article L. 422-5, Dalloz, §24.

22 CE, 22 févr. 1957, n° 17140, Lebon, p. 126 ; CE 30 juill. 1997, Mailharro, n° 115920 ; CE, 9 juill. 2010, n° 311468.

23 Neutralisation de la plupart des moyens de légalité externe ou interne, pour un exemple récent, TA Versailles, 4 nov. 2019, n° 1807869 et les

conclusions de S. Mégret, JCP A n° 51-52 du 23 décembre 2019, 2368. Ou encore CAA Marseille, 9 oct. 2003, Ville d'Antibes, n° 98MA01560.

24 CE, 27 juill. 1988, n° 81698.

25 CE, 26 oct. 2001, M. et Mme Eisenchteter, n° 216471 : concl. S. Austry, BJDU 5/2001, p. 339.

26 M. Guyomar, P. Collin, *ibid.*

27 « À lire l'avis du 26 octobre 2001, nous avons toutefois un sérieux doute sur une telle interprétation, car il nous semble plutôt qu'en cas d'avis conforme, l'Administration n'a d'autre choix que de suivre l'avis quelle que soit l'opinion qu'elle puisse en avoir, sauf à demander une nouvelle délibération à l'organisme chargé de donner son avis, ce qui est en principe toujours possible... », précise H. Cassara, in « Transfert de compétences du département à la région : le préfet n'est pas en compétence liée lorsqu'il « constate » le montant des dépenses afférentes », JCP A, n° 48, 29 Novembre 2021, 2361.

28 CE 3 févr. 2021, commune de Cuttoli- Corticchiato, n° 434335.

29 CE, 7 nov. 1980, n° 15459.

30 CE, 11 mars 2009, commune d'Auvers-sur-Oise n° 307656, n° 307656, Lebon T. ; BJDU 2009. 226 ; Constr.- Urb. 2009, note P. Cornille.

31 O. Le Bot, Droit de l'urbanisme 2023/2024. 1^{er} éd, Dalloz, Coll.Dalloz Action, Octobre 2022, n° 335. 221.

32 CE 16 oct. 2020, Dalmasso, n° 427620 B: AJDA 2020. 1993; JCP Adm. 2020. Actu. 588, veille Erstein ; RDI 2020. 697, obs. Revert ; BJDU 2021. 190, concl. Odinet.

33 « ...des moyens tirés de sa régularité et de son bien-fondé peuvent, quel que soit le sens de la décision prise par l'autorité compétente pour statuer sur la demande d'autorisation, être invoqués devant le juge saisi de cette décision ».

34 M. Revert, « Commune dépourvue de document d'urbanisme, avis conforme du préfet et qualité du ministre pour faire appel », RDI 2020. 697.

35 CE 2 nov. 2005, Gâteau, n° 259862.

36 Voir pour une définition, A. Louvaris, « un moyen contentieux qui consiste à soutenir qu'une décision administrative qui fait l'objet d'un recours contentieux est illégale comme reposant sur une autre décision

administrative elle-même illégale et dont on excipe alors de l'illégalité », in « Exception d'illégalité » JurisClasseur Administratif, Fasc. 1160.

37 Ibid., citation des conclusions d'A. Lallet cité sur CE, 30 déc. 2013, n° 355556 et n° 355557.

38 Voir L. Santoni, « Qu'est-ce que l'extension d'une construction ? », Construction - Urbanisme n° 11, Novembre 2022, comm. 117 note sous CAA Versailles, 30 sept. 2022, n° 20VE02243.

39 Pour une approche exhaustive de la notion, voir S. Traoré, « Urbanisme : champ d'application du permis de construire », Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre 1 (folio n° 5230) 2023, §67 s.

40 Etude « Permis de construire », Dictionnaire permanent construction-urbanisme, §18.

41 X. de Lesquen, concl. sur CE 3 févr. 2017, M. Jean-Louis Eber, n° 373898, Lebon ; AJDA 2017. 255 ; RDI 2017. 200, obs. P. Soler-Couteaux ; AJCT 2017. 410, obs. P. Peynet ; BJDU 2017. 160

42 CE 9 nov. 2015, Cne de Porto-Vecchio, n° 372531, R. Vandermeeren, JCP A, 16, 25 avril 2016 ; M. Sousse, JCP A, 51, 21 déc. 2015 ; L. Erstein, « La loi Littoral face à la directive », JCP N, 49, 4 déc. 2015.

43 Sans qu'il soit permis de savoir pour quelle raison la cour opère d'office ce contrôle qui ne semble pas constituer un cas de méconnaissance du champ d'application de la loi.

INDEX

Rubriques

Urbanisme