



Paris, le 21 février 2007

**ETUDE RELATIVE AUX POSSIBILITES D'INTRODUIRE UN RECOURS
CONTRE UN PERMIS DE CONSTRUIRE AUTORISANT UN PROJET
HOTELIER SUR LE SECTEUR DU « *FRONT DE NEIGE* »**

Monsieur le Président,

Vous nous avez sollicités concernant la demande de permis de construire déposée le 3 novembre 2006 par la Société d'aménagement Arve et Giffre (SAG). Cette demande concerne un projet hôtelier portant sur une SHON de 11 499 m² sur le secteur du « *Front de Neige* » sur la commune de Magland.

La SAG est titulaire d'une convention d'aménagement touristique passée le 13 mai 2005 avec le Syndicat Intercommunal de Flaine (SIF), et le projet faisant l'objet de la demande de permis de ce construire s'inscrit dans le cadre de la réalisation d'une unité touristique nouvelle (UTN) autorisée par un arrêté préfectoral en date du 4 novembre 2003.

Vous nous avez interrogés sur la possibilité d'introduire un recours contre le permis qui pourrait être délivré.

Dans cette optique, nous déterminerons les fondements d'un éventuel recours contre le permis de construire et les éventuels risques attachés à cette action pour l'Association en terme de responsabilité (I), puis nous nous interrogerons sur la légalité de la convention d'aménagement touristique permettant aujourd'hui à la SAG de mener une telle opération (II).

I. SUR LES CONDITIONS DE L'INTRODUCTION D'UN RECOURS

La demande d'autorisation de création d'une UTN a donné lieu à l'établissement d'un dossier. Vous nous avez interrogé sur la valeur juridique de ce dossier et plus particulièrement sur son opposabilité à la demande de permis de construire déposée par la SAG, notamment en ce qui concerne la densité des constructions projetées et leur architecture. Il convient donc de déterminer la nature de ce dossier et de manière plus générale de déterminer les règles d'urbanisme opposables en l'espèce au permis de construire sollicité par la SAG (1.1.).

Il convient également de préciser la responsabilité de l'Association dans l'hypothèse d'un échec du recours sur le fond (1.2.).

1.1. Sur les règles d'urbanisme opposables au permis de construire

Au regard de la valeur juridique du dossier de l'UTN, ce dernier ne nous semble pas directement opposable au permis de construire demandé (a), mais en tout état de cause, les constructions envisagées devront respecter les prescriptions contenues dans les documents et règles d'urbanismes opposables en l'espèce (b).

a) Sur la valeur juridique et l'opposabilité du dossier de l'UTN

Aux termes de l'article L. 145-9 du Code de l'urbanisme, une unité touristique nouvelle (UTN) est définie comme une « *opération de développement* » dans une zone de montagne. L'UTN est donc le « *cadre* » d'une opération d'aménagement touristique ; c'est un préalable à l'opération qui ne va pouvoir se concrétiser que par l'obtention par les constructeurs de permis de construire dont la délivrance est subordonnée au respect des documents d'urbanisme locaux. Ainsi, l'article L. 145-11 du Code de l'urbanisme précise que les autorisations d'occupation du sol nécessaires à la réalisation des unités touristiques nouvelles ne peuvent être délivrées que dans les communes dotées d'un plan local d'urbanisme ou d'une carte communale.

Un arrêt en date du 28 décembre 1995¹ de la Cour administrative d'appel de Bordeaux a apporté une importante précision quant à la nature juridique de l'UTN. En effet, en l'espèce la Cour avait jugé que l'article 600-3 du Code de l'urbanisme² relatif aux obligations de notification des recours introduits contre les documents et décisions relatifs à l'occupation ou l'utilisation du sol était applicable au recours introduit contre un arrêté autorisant la création d'une UTN. Ainsi, l'UTN est assimilée à un document ou à une décision relatifs à l'occupation ou l'utilisation du sol. Cependant, on ne saurait déduire de cet arrêt l'opposabilité du dossier de l'UTN au permis de construire sollicité pour la réalisation du projet hôtelier de l'espèce.

D'une part, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de juger qu'en vue de la réalisation d'une UTN, il appartenait aux communes concernées de se doter des documents d'urbanisme nécessaires, c'est-à-dire « *soit d'élaborer, soit, le cas échéant, de réviser leur plan d'occupation des sols, conformément aux exigences de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 145-9 afin que puissent être délivrées les autorisations d'occupations du sol nécessaires* »³. On peut donc déduire de cette nécessité affirmée par la Haute-juridiction que le PLU intègre les dispositions devant permettre la réalisation de l'UTN, qu'a contrario en l'absence d'une telle modification du PLU l'UTN ne peut être réalisée car les dispositions de l'UTN ne sont pas directement opposables aux autorisations d'occupation ou d'utilisation des sols.

D'autre part, dans le cas d'espèce de la station de Flaine, c'est le « *dossier* » de l'UTN qui contient l'ensemble des informations relatives au projet de l'opération immobilière. Or, l'arrêt précité de la CAA de Bordeaux ne vise que l'arrêté autorisant la création de l'UTN. En conséquence, il n'est pas sûr que le dossier de l'UTN ait la même valeur que l'arrêté d'autorisation.

D'ailleurs, aux termes des dispositions des articles R. 145-6 du Code de l'urbanisme le « *dossier* » a seulement pour objet de préciser et d'illustrer la demande de création d'une UTN.

En conséquence, si l'arrêté d'autorisation de l'UTN se voit conférer la valeur d'un document ou d'une décision relatifs à l'occupation ou l'utilisation du sol, il est difficile d'affirmer que le dossier de l'UTN lorsqu'il n'est pas visé par l'arrêté d'autorisation se voit conférer la même valeur juridique.

De plus et en tout état de cause, la nécessité de modifier le PLU afin que celui-ci puisse permettre la réalisation de l'UTN semble indiquer que les dispositions de cette dernière ne sont pas directement opposables aux demandes de permis de construire.

¹ CAA Bordeaux, 28 décembre 1995, Association de défense du lac de Lourdes et de ses environs, n° 95BX00121.

² Devenu l'article R. 600-1 du Code l'urbanisme.

³ CE, 22 janvier 2003, Commune de Saint-Ours-les-Roches, n° 212522.

b) Sur les règles d'urbanisme applicables en l'espèce

b.a) Le Plan local d'urbanisme

Ainsi qu'il l'est rappelé dans le préambule du Titre 1^{er} et dans l'article 1^{er} du Titre 3 de la convention d'aménagement touristique passée entre la SAG et le SIF en date du 13 mai 2005 « *l'ensemble des opérations immobilières envisagées aux présentes devront se conformer aux dispositions prescrites par les plans locaux d'urbanisme des communes concernées et en vigueur au moment des dépôts des permis de construire (...)* ».

En conséquence, c'est au regard des règles relatives à la densité de construction et à l'architecture contenues dans le PLU de la commune de Magland que la légalité de la délivrance du permis de construire sollicité devra être étudiée.

- *Parti architectural*

Dans la note en date du 12 février 2007 que vous nous avez transmise, vous souligniez que le parti architectural du projet faisant l'objet d'une demande de permis de construire, ne s'inscrivait pas dans la « *continuité* » du Flaine « *historique* ». Or, vous indiquiez que cette exigence d'« *harmonisation* » entre les nouvelles constructions et l'existant était expressément inscrite à l'article 11 du règlement du PLU. Sous réserve d'une étude plus approfondie des dispositions précitées du règlement du PLU et des projets de construction de l'espèce, les atteintes aux dispositions architecturales prévues dans le PLU pourraient fonder un recours.

- *Densité des constructions*

Il ressort de la lecture combinée de la note précitée en date du 12 février 2007 et du courrier électronique de M. Heppel en date du 6 février 2007 que les droits à construire sur le secteur du « *Front de Neige* » représentent un total de 13 000 m² de SHON répartis comme suit : la Commune de Magland est propriétaire de 5 000 m², le SAG de 5 000 m², et le SIF de 3 000 m².

Dans la mesure où le projet du SAG sur le secteur du « *Front de Neige* » concerne une SHON de 11 499 m², le permis de construire paraît difficilement attaquant en raison de la densité du projet.

Cependant deux réserves doivent être faites.

D'une part, ainsi que vous l'avez porté à notre connaissance, une demande de permis de construire aurait d'ors et déjà été déposée le 20 avril 2006 en mairie de Magland pour la construction de logements pour les saisonniers et correspondant à une SHON de 3 000 m². Ce projet de construction correspond au bâtiment spécifique pour loger les saisonniers mentionné à l'article 3-4 du titre de la convention d'aménagement touristique.

En conséquence, le total des SHON des deux demandes de permis de construire serait alors de 14 499 m² : il manquerait donc 1 499 m² pour la réalisation du projet hôtelier dont la SAG envisage la réalisation.

D'autre part, ce coefficient d'occupation des sols de 13 000 m² SHON est celui qui ressort du dossier de l'UTN et non du PLU.

En effet, l'article AUf 2-1 du PLU prévoit que « *le secteur AUf a pour vocation d'accueillir une urbanisation complémentaire sur la station de Flaine, secteur Front de Neige et Pré Michalet. Tout projet d'occupation ou d'utilisation du sol devra s'inscrire dans un plan de composition urbaine répondant au parti d'aménagement retenu dans le dossier* ». Quant à l'article AUf 14 relatif au coefficient d'occupation des sols, il précise que « *la superficie de plancher hors œuvre nette restant à créer est fixée par l'arrêté Unité Touristique Nouvelle* ».

Ce renvoi du PLU aux dispositions du dossier de l'UTN et à l'arrêté autorisant celle-ci nous semble problématique. En effet, l'arrêté autorisant l'UTN ne fixe aucun coefficient d'occupation des sols, et c'est le dossier de l'UTN qui fixe celui-ci. Or, ainsi que nous l'avons vu plus haut, la valeur juridique du dossier de l'UTN nous semble difficile à déterminer.

En conséquence, un permis éventuellement délivré pourrait être attaqué en ce qu'il serait pris en application d'un PLU qui est illégal en ce qu'il fixerait le coefficient d'occupation des sols de la zone concernée par renvoi à un document sans valeur juridique.

b.b) Les dispositions spécifiques à la montagne

Les dispositions introduites par la loi 85-30 du 9 janvier 1985 relatives au développement et à la protection de la montagne aux articles L. 145-1 et suivants du Code de l'urbanisme sont directement opposables aux autorisations d'occupation des sols. Or, parmi ces dispositions, se trouvent les principes généraux concernant l'aménagement et la protection du milieu montagnard.

Ces principes posés à l'article L. 145-3 du Code de l'urbanisme concernent la protection de l'agriculture, la préservation des espaces, paysages et milieux caractéristiques de la montagne, ainsi que les conditions du développement touristique.

L'article L. 145-3-III pose également le principe de l'urbanisation en continuité, cependant ces dispositions ne sont pas applicables aux UTN (art. L. 145-10 du Code de l'urbanisme).

Ainsi, dans la mesure où les constructions envisagées seraient de nature à nuire de manière significative au secteur du « *Front de Flaine* », il pourrait être plaidé que le permis de construire délivré soit contraire à l'article L. 145-3-II du Code de l'urbanisme qui prévoit que « *les documents et décisions relatifs à l'occupation des sols comportent les dispositions propres à préserver les espaces, paysages et milieux caractéristiques du patrimoine naturel et culturel montagnard* ».

c) Synthèse

Les dispositions contenues dans le dossier de l'UTN n'apparaissent pas directement opposables au permis de construire sollicité par la SAG pour la réalisation de son projet hôtelier. Les règles d'urbanisme qui devront être respectées par ce permis sont celles contenues dans le PLU et celles issues de la loi « *Montagne* ». En conséquence, seule la violation de ces dispositions ou la démonstration d'une illégalité interne du PLU pourraient permettre de contester la légalité du permis de construire.

1.2. Sur la responsabilité de l'association en cas de recours contentieux

Vous nous avez également interrogés sur les éventuelles conséquences de l'introduction d'un référé-suspension. En effet, l'Association craint que dans l'hypothèse d'un rejet du recours introduit sur le fond contre le permis de construire déposé par la SAG, cette dernière introduise une action en responsabilité.

Le risque d'une telle action nous paraît limité.

D'une part, la possibilité ouverte au juge des référés par l'article L. 521-1 du Code de justice administrative (CJA) d'ordonner la suspension de l'exécution d'une décision est subordonnée à la réunion de deux conditions : l'urgence et le doute sérieux sur la légalité de la décision. Aussi, si le juge des référés décide de prononcer la suspension de l'exécution d'un permis de construire c'est que celui-ci considère que les conditions légales du référé-suspension sont réunies. En conséquence, la SAG ne serait pas fondée à introduire une action en responsabilité contre l'Association Flainoise pour abus du droit à l'exercice d'une action en justice alors même que le juge aurait accueilli la requête de l'Association.

D'autre part, et de manière générale, la jurisprudence estime que l'exercice d'une action en justice constitue en droit et à ce titre « (...) *ne dégénère en abus pouvant donner naissance à une dette de dommages-intérêts que dans le cas de malice, de mauvaise foi ou d'erreur grossière équipollente au dol* »⁴, ou bien lorsque le requérant « *n'avait pas de prétention à faire valoir* »⁵. Or, en l'espèce il ressort expressément des statuts de l'Association que son objet est de préserver le cadre de vie, l'environnement, et la qualité architectural de la Station de Flaine, ce qui implique l'introduction des actions en justice nécessaires à une telle protection. En conséquence, l'introduction d'un recours contre un permis de construire autorisant la construction d'un projet hôtelier d'une SHON de 11 499 m², et qui va donc nécessairement emporter des conséquences sur le paysage de la station, ne constitue pas un abus de droit de la part de l'Association, mais relève simplement de l'accomplissement de son objet.

⁴ Civ. 2^{ème}, 11 janvier 1973, n° 71-12446

⁵ Com., 11 mai 1999, n° 98-11392

II. SUR LA LEGALITE DE LA CONVENTION D'AMENAGEMENT TOURISTIQUE

Ainsi que nous l'avons évoqué dans notre courrier électronique en date du 5 février 2007, une autre stratégie juridique pourrait permettre d'empêcher la construction du projet hôtelier. Celle-ci consiste dans la remise en cause de la légalité de la convention d'aménagement touristique passée entre la SAG et le SIF et ce en ce qu'elle aurait été octroyée sans qu'une procédure de publicité ou de mise en concurrence ait été mise en œuvre préalablement.

En effet, si le juge du contrat venait à constater la nullité de la convention d'aménagement touristique, les conditions de la réalisation de l'opération immobilière serait remise en cause, et il est probable que la SAG renonce à la construction des hôtels et résidences hôtelières prévues dans la convention. D'ailleurs, si la convention venait à être annulée, il n'est pas sûr que le SIF ou la commune de Magland procèdent aux échanges de parcelles nécessaires à la réalisation de l'opération.

1.1. Sur le fondement juridique de la contestation de la légalité de la convention

En application de l'article L. 342-1 du Code du tourisme, la mise en œuvre des opérations d'aménagement touristique s'effectue soit par recours à une régie, soit par la passation d'une convention avec un opérateur, ladite convention portant sur un ou plusieurs objets constitutifs de l'opération (études, aménagement foncier et immobilier, réalisation et gestion des équipements collectifs, construction et exploitation du réseau de remontées mécaniques, gestion des services publics, animation et promotion).

Au regard de l'objet de la convention d'aménagement touristique, il pourrait être opéré un raisonnement analogue à celui qui a permis de considérer que les concessions d'aménagement de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme devaient nécessairement donner lieu à la mise en place d'une procédure de publicité et de mise en concurrence préalablement à leur passation. La Cour administrative d'appel de Bordeaux s'était tout d'abord limitée à juger que cette obligation découlait « *des règles fondamentales posées par le traité de l'Union, qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats* »⁶. Mais, dans un arrêt récent en date du 18 janvier 2007⁷, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) vient d'affirmer que ces concessions d'aménagement sont des marchés de travaux publics au sens de la directive 93/37/CEE.

⁶ CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, Sodegis, n° 01BX00381.

⁷ CJCE, 18 janvier 2007, Jean Auroux c. Commune de Roanne, affaire C-220/05.

L'objet de la convention d'aménagement touristique peut légitimement fonder la question de la soumission de cette dernière à une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable à son octroi. En effet, la convention va permettre à une collectivité de faire financer par un tiers des réalisations qu'elle n'aurait pas forcément les moyens d'assumer financièrement ; la convention permet donc de répondre à un de ses besoins. De plus, l'opération prévue par la convention permet en principe à son titulaire de dégager des bénéfices financiers.

Ainsi, d'une part, il pourrait être discuté de la soumission de la convention d'aménagement touristique passée entre la SAG et le SIF aux dispositions de la directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux⁸, celle-ci définissant ces marchés dans les termes suivants : « *les marchés publics de travaux sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un entrepreneur et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur défini au point b) et ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe II ou d'un ouvrage défini au point c), soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur* ».

En effet, le SIF est un pouvoir adjudicateur, et l'arrêt précité de la CJCE a donné une définition particulièrement large de la notion d' « *ouvrage* » ; en effet, il considère qu'au sens de la directive 93/37/CEE, « *l'existence d'un ouvrage doit être appréciée par rapport à la fonction économique ou technique du résultat des travaux effectués* », et que cette notion est indépendante du fait « *qu'il est prévu ou non que le premier pouvoir adjudicateur soit ou devienne propriétaire de tout ou partie de cet ouvrage* ». Ainsi, au regard de cette jurisprudence, les hôtels et résidences hôtelières construites par la SAG dans le secteur du « *Front de Neige* » pourraient être considérés comme des ouvrages au sens de la directive.

Une difficulté pourra cependant résider dans la démonstration du caractère onéreux de l'opération : l'existence de cet élément dans la convention de l'espèce pourra en effet donner lieu à discussion.

Mais d'autre part, même si la convention d'aménagement touristique ne devait pas entrer dans le champ d'application de la directive 93/37/CEE, il ressort de l'arrêt de la CJCE « *Telaustria* » que même en dehors du champ d'application des directives communautaires relatives aux marchés publics, les contrats des personnes publiques qui ont des implications économiques doivent nécessairement être passés au terme d'une procédure respectant « *les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier* » qui présupposent une obligation de transparence. Or, dans la mesure où les opérations d'aménagement peuvent être réalisées par plusieurs sociétés et ressortent donc d'un secteur concurrentiel, la décision du SIF d'octroyer une convention d'aménagement touristique emporte nécessairement des conséquences économiques, et à ce titre sa passation devrait donner lieu à une procédure minimale de publicité.

⁸ Directive en vigueur au jour de la passation de la convention de l'espèce.

La seule réserve à cette exigence de publicité qui pourrait être avancée et discutée réside dans le fait que la SAG est d'ors et déjà prioritaire de la quasi-totalité des droits à construire sur la station de Flaine.

En conséquence, il pourra être sérieusement plaidé que l'octroi de la convention d'aménagement touristique passée par le SIF aurait dû être précédé au minimum d'une procédure de publicité.

1.2. Schéma procédural de la contestation de la légalité de la convention

La convention d'aménagement passée entre la SAG et le SIF ayant été signée le 13 mai 2005, les seules personnes pouvant aujourd'hui demander au juge du contrat de constater la nullité de la convention sont en principe les parties à ladite convention.

Il n'en reste pas moins que cette saisine du juge du contrat pourra être provoquée. Il conviendra à cette fin que l'Association introduise une demande auprès du SIF le mettant en demeure de saisir le juge du contrat afin que ce dernier constate la nullité de la convention. En cas de refus, l'Association pourra introduire un recours pour excès de pouvoir contre cette décision de refus devant le juge administratif, ce recours étant assorti d'une demande au tribunal d'enjoindre à l'administration de prendre les mesures nécessaires pour anéantir le contrat.

* *

*

CONCLUSIONS ET PRECONISATIONS

- Les dispositions contenues dans le dossier de l'UTN n'apparaissent pas directement opposables au permis de construire sollicité par la SAG. En conséquence, ce permis de construire ne pourra être contesté que dans la mesure où serait démontrée une violation des dispositions de la loi « *Montagne* » ou du PLU, voir une illégalité interne de ce dernier.
Bien-sûr, le permis de construire pourra éventuellement être attaqué sur la forme dans la mesure où la procédure de délivrance n'aurait pas respecté les dispositions du Code de l'urbanisme.
- Concernant le risque pour l'Association Flainoise de voir sa responsabilité engagée en raison du recours et du référé-suspension qu'elle pourrait introduire contre le permis de construire, celui-ci nous paraît très limité.
- La contestation de la légalité de la convention d'aménagement touristique dont est titulaire la SAG pourrait être envisagée, et ce dans la mesure où au regard du droit communautaire l'absence d'une procédure minimale de publicité préalablement à son octroi paraît très discutable.
Il convient cependant de préciser que le choix d'un contentieux contractuel implique une procédure plus longue et complexe.

* *

*

Tel est en l'état des documents le sens de nos observations.

Antoine Alonso Garcia
Avocat associé

Yann Simonnet
Avocat à la Cour