

L'étendue de l'obligation de planification urbaine en droit de l'urbanisme allemand, en tant que préalable à l'autorisation de certains types de projets

ANNE CATHALY-STELKENS *

Juriste, chargée d'enseignement au Centre juridique franco-allemand de l'université de la Sarre

L'affaire dont il s'agit a eu un retentissement important, non seulement dans la presse régionale – il s'agissait en effet d'un projet largement médiatisé –, mais aussi et surtout dans les revues spécialisées, tenant au fait que la Cour fédérale administrative a modifié de façon sensible sa jurisprudence relative à l'obligation de planification, tendant à imposer en règle ce qui n'avait auparavant que valeur d'exception.

Pour l'observateur étranger, elle a également l'intérêt de montrer la manière dont s'articulent les règles de planification et d'autorisation dans le droit de l'urbanisme allemand.

* L'auteur s'est notamment appuyé sur les travaux de Heike Jochum, *Das interkommunale Abstimmungsgebot und die gerichtliche Kontrolle von Planungs- und Genehmigungsentscheidungen der Exekutive*, BauR 2002, p. 1480, et *Die Genehmigung von Großvorhaben im Außenbereich : Von der Planungshoheit zur Planungsobliegenheit der Gemeinden*, BauR 2003, p. 31. Voir également, sur le jugement de l'OVG Rheinland-Pfalz, Olaf Reidt, *Das Gebot der interkommunalen Abstimmung bei der Genehmigung von Factory-Outlet-Centern*, BauR 2002, p. 562.

ABRÉVIATIONS UTILISÉES

VwGO – *Verwaltungsgerichtsordnung* – Loi sur la procédure administrative contentieuse (traduction française disponible sur le site <http://www.bijus.org/>).

BauGB – *Baugesetzbuch* – Code de l'urbanisme (traduction française publiée aux Cahiers du Gridaueh n° 8, *Le droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme en Allemagne*, La Documentation française, 2003).

ROG – *Raumordnungsgesetz* - Loi sur l'aménagement du territoire (*ibid.*).

OVG – *Obverwaltungsgericht* (Tribunal administratif supérieur).

Jugement du 25 avril 2001 de l'OVG Rheinland-Pfalz (Tribunal administratif supérieur de Rhénanie-Palatinat) – 8 A 11441/00, NVwZ-RR 2001, p. 638.

Jugement du 1^{er} août 2002 de la Cour fédérale administrative – 4 C 5.01, publié au recueil des décisions de la Cour, BVerwGE 117, p. 25 (disponible également en ligne, sur le site de la Cour fédérale administrative <http://www.bverwg.de>).

EXTRAIT (TRADUCTION)

1. Les conditions requises pour la délivrance d'un permis de construire en vertu du § 35 BauGB ne sont pas réunies. La juridiction d'appel qualifie l'ensemble du projet de la partie intervenante de « tout autre projet » au sens du § 35, al. 2 BauGB. Selon cette disposition, un tel projet ne peut être autorisé, au cas par cas, que lorsque sa réalisation et l'usage qui en est fait ne portent pas atteinte à des intérêts publics et que l'équipement est assuré. Contrairement à ce qu'estime la juridiction d'appel, le projet porte atteinte à un intérêt public protégeant la requérante en tant que commune riveraine, à savoir l'exigence d'une planification formelle.

1.1. En vertu du § 35 BauGB, la licéité de projets particuliers s'apprécie uniquement sur la base d'une gamme de conditions. Celle-ci est exclusive de toutes considérations touchant à la planification. Il en va de même lorsque le projet affecte des intérêts publics au sens du § 35, al. 3, 1^{re} phrase, n^{os} 1 à 7 BauGB. Ce n'est tout au plus que dans la mesure où le législateur reconnaît à la commune sur le territoire de laquelle le projet doit être réalisé la possibilité de faire jouer à des fins de planification la réserve prévue au § 36 BauGB qu'il a introduit dans la procédure d'autorisation un élément de nature planificatrice susceptible de faire obstacle à la délivrance du permis de construire. Cette réserve permet à la commune, contrairement à l'évaluation des intérêts sur laquelle repose le § 35 BauGB, de faire prévaloir ses propres choix de planifi-

CODE DE L'URBANISME – BauGB

§ 2

Établissement des plans directeurs d'urbanisme (Bauleitpläne), autorisation d'édicter des règlements

(1) Les plans directeurs d'urbanisme sont établis par la commune sous sa propre responsabilité. La décision d'établir un plan directeur d'urbanisme doit être rendue publique dans les formes localement usitées.

(2) Les plans directeurs d'urbanisme de communes voisines doivent être conciliés entre eux.

(3) Il n'existe pas de droit à l'établissement de plans directeurs d'urbanisme et de règlements d'urbanisme; un tel droit ne saurait non plus être fondé par voie de contrat.

(4) Les dispositions du présent code relatives à l'établissement de plans directeurs d'urbanisme sont également applicables lorsque ceux-ci sont modifiés, complétés et abrogés.

(5) Le ministère fédéral pour l'aménagement du territoire, la construction et l'urbanisme est autorisé à édicter par voie de règlement, avec l'approbation du Bundesrat, des dispositions concernant :

1. les représentations (*Darstellungen*) et les spécifications (*Festsetzungen*) contenues dans les plans directeurs d'urbanisme relatives :

a) au type (*Art*) de l'utilisation pour la construction ;

b) à la densité (*Maß*) de l'utilisation pour la construction et à son calcul ;

c) au mode de construction (*Bauweise*) ainsi qu'aux surfaces de terrains pouvant être occupées par des constructions et à celles devant demeurer libres de constructions ;

2. les constructions ou autres installations autorisées dans les zones constructibles ;

3. les conditions de licéité de la spécification prévue au § 9, alinéa 3, portant sur différents types de zones constructibles ou sur différents types de constructions ou autres installations autorisées dans les zones constructibles ;

4. l'élaboration des plans directeurs d'urbanisme, y compris des documents s'y rapportant, ainsi que la présentation du contenu du plan, notamment les signes de légende devant être utilisés.

§ 35

Constructions dans le secteur extérieur (Außenbereich)

(1) Dans le secteur extérieur, un projet n'est licite que lorsque des intérêts publics ne s'y opposent pas, qu'un équipement suffisant est assuré et que le projet en question :

cation au sens du § 1, al. 3 BauGB. La gamme de conditions standard prévue au § 35 BauGB s'avère en règle générale suffisante pour apprécier de manière adéquate une situation conflictuelle naissante dans le secteur extérieur et pour abandonner cette appréciation au processus décisionnel administratif... Toutefois, les intérêts publics qu'énumère le législateur au § 35, al. 3, 1^{re} phrase BauGB n'ont qu'un caractère indicatif. L'exigence d'une planification formelle fait aussi partie des intérêts publics non nommés. Cet intérêt public revêt toutefois une autre qualité que ceux qui sont cités au § 35, al. 3 BauGB. Il révèle que les consignes contenues au § 35 BauGB lui-même ne sont pas suffisantes pour permettre de prendre une décision sur la licéité du projet prévu dans le sens de la gamme de conditions évoquée... Le projet qui doit être réalisé dans le secteur extérieur peut provoquer un conflit d'une telle intensité entre les divers intérêts publics et privés affectés que la situation ne présente plus le degré de maturité que présuppose le § 35 pour permettre un arbitrage dans le cadre de la procédure de délivrance du permis de construire. On conclura le plus souvent à l'existence d'un tel besoin de coordination en cas de nécessité de réaliser, en termes de planification, un équilibre entre les intérêts publics et privés touchés par le projet, ce qui ne peut se faire que par une décision procédant à une mise en balance. La loi ne reconnaît ni à l'autorité chargée de la délivrance du permis de construire, ni à la commune, dans le cadre du § 36, al. 1^{er} BauGB, la possibilité de prendre une décision procédant à une mise en balance ainsi entendue. Une telle décision ne peut être prise que dans le cadre d'une procédure de planification urbaine, conformément aux §§ 1^{er} et suivants du BauGB. Dans l'état actuel de la jurisprudence, le fait de savoir si l'édification, la modification ou le changement d'utilisation de constructions au sens du § 29, al. 1^{er} du BauGB porte atteinte, en l'absence d'une planification à caractère contraignant, à des intérêts publics, dépend essentiellement de la dimension du projet. Cela étant, l'important est la manière dont un projet prévu s'intègre, dans sa substance et dans ses incidences, dans l'environnement donné. L'exigence de

1. répond aux nécessités d'une exploitation agricole ou sylvicole et n'occupe qu'une portion réduite de la surface exploitée,

2. répond aux nécessités d'une exploitation horticole,

3. répond aux besoins de la distribution collective d'électricité, de gaz, services de télécommunications, chaleur et eau, de la gestion des eaux usées ou d'une exploitation industrielle ou commerciale liée aux ressources locales,

4. ne doit être réalisé que dans le secteur extérieur en raison de ses exigences particulières quant à son environnement, de son effet dommageable sur son environnement ou de sa finalité particulière,

5. répond aux nécessités de la recherche, du développement ou de l'utilisation pacifique de l'énergie atomique ou de l'élimination des déchets radioactifs, ou

6. répond aux nécessités de la recherche, du développement ou de l'utilisation de l'énergie éolienne ou de l'énergie hydraulique.

(2) Des projets de toute autre nature peuvent être autorisés au cas par cas lorsque leur réalisation ou l'usage qui en est fait ne porte pas atteinte à des intérêts publics et que l'équipement est assuré.

(3) Il y a notamment atteinte à des intérêts publics lorsque le projet :

1. est contraire aux représentations du plan d'utilisation des surfaces,

2. est contraire aux représentations d'un plan de

paysage ou d'un autre plan, en particulier d'un plan relevant du droit de l'eau, du droit des déchets ou du droit de la protection contre les nuisances,

3. peut provoquer des nuisances environnementales ou leur est exposé,

4. nécessite des investissements non rentables pour le financement de la voirie ou d'autres équipements destinés à la circulation, d'installations de réseaux de distribution ou d'évacuation, de dispositifs pour la sécurité ou la santé, ou de toutes autres tâches,

5. porte atteinte à des intérêts en matière de protection de la nature et de conservation des paysages, de protection du sol, de protection des monuments historiques, nuit au caractère naturel du paysage et à sa fonction de détente, ou défigure la physionomie de la localité et du paysage,

6. compromet des opérations visant à l'amélioration de la structure agraire ou met en péril la gestion de l'eau ou

7. fait craindre l'apparition, la confirmation ou l'extension de l'urbanisation dispersée.

Les projets ayant une incidence spatiale relevant des alinéas 1 et 2 ne doivent pas être contraires aux objectifs de l'aménagement du territoire ; les intérêts publics ne s'opposent pas aux projets ayant une incidence spatiale relevant de l'alinéa 1^{er}, dans la mesure où ces intérêts ont été pris en considération lorsque ces projets ont été présentés comme objectifs d'aménagement du territoire dans les plans visés au § 8 ou 9 de la loi sur l'aménagement du territoire. Même

planification doit être concrétisée au cas par cas selon les circonstances de l'espèce... À cette fin, plusieurs éléments peuvent être déterminants. La question de savoir si un projet fait naître un besoin de planification dépendra d'abord des problèmes que pose l'intégration du projet en question dans son environnement... Pour cette raison, il n'y a pas lieu de maintenir notre jurisprudence antérieure qui n'admettait l'existence d'un besoin de coordination qu'en cas de nécessité d'une coordination interne...

1.2. Par ailleurs, le § 35 BauGB ne constitue pas davantage un critère de licéité utilisable de manière illimitée en ce qui concerne les rapports entre les communes. Le besoin d'une coordination par voie de planification et, partant, l'exigence d'une planification formelle faisant obstacle à la délivrance d'un permis de construire sur la base du § 35, al. 2 BauGB peut résulter du § 2, al. 2 BauGB. Ce dernier dispose que les plans d'urbanisme de communes riveraines doivent être conciliés entre eux. Certes, cette disposition s'adresse d'abord à la commune qui est sur le point d'élaborer un plan d'urbanisme. Cependant, l'idée juridique qu'elle renferme intervient également lorsqu'il est prévu d'autoriser un projet sans planification formelle, sur la base du § 35 BauGB. S'il s'agit d'un projet qui, dans le cas d'une planification d'urbanisme, ne pourrait être déclaré licite qu'après une conciliation avec une commune riveraine, l'obligation de conciliation ne saurait être éludée par l'absence de planification formelle. Plus précisément, il y a lieu d'apporter les remarques suivantes :

Le § 2, al. 2 BauGB est étroitement lié au fond avec le § 1^{er}, al. 6 BauGB. L'obligation de conciliation intercommunale se présente comme un aspect particulier de l'obligation de mise en balance. Si des communes riveraines se trouvent objectivement dans une situation de concurrence, aucune d'entre elles ne peut user de sa souveraineté de planification au détriment de l'autre, et sans égard pour elle... L'obligation de concilier entre eux les plans d'urbanisme de communes riveraines se comprend comme une concrétisation législative du

dans ce cas, les intérêts publics s'opposent en principe à un projet relevant de l'alinéa 1^{er}, n° 2 à 6, lorsque celui-ci s'est vu conférer un autre emplacement dans les présentations du plan d'utilisation des surfaces ou des plans susvisés.

(4) Les projets de toute autre nature visés à l'alinéa 2 et énumérés ci-dessous ne peuvent se voir opposer le fait qu'ils sont contraires à des représentations du plan d'utilisation des surfaces ou d'un plan de paysage, qu'ils portent atteinte au caractère naturel du paysage ou qu'ils font craindre l'apparition, la confirmation ou l'extension d'une urbanisation dispersée, dans la mesure où, pour le reste, ils sont compatibles avec le secteur extérieur au sens de l'alinéa 3 :

1. la modification de l'utilisation antérieure d'un bâtiment visé à l'alinéa 1^{er}, n° 1, dans les conditions suivantes :

- a) le projet répond aux nécessités d'une utilisation opportune de la substance bâtie méritant d'être conservée,
- b) l'aspect extérieur du bâtiment reste pour l'essentiel préservé,
- c) l'abandon de l'utilisation antérieure ne remonte pas à plus de sept ans,
- d) le bâtiment a été construit de manière licite avant le 27 août 1996,
- e) le bâtiment a un rapport spatiofonctionnel avec le bâtiment principal de l'exploitation agricole ou sylvicole,
- f) dans le cas de modification à des fins d'habitation, il est créé au maximum trois habitations par bâtiment princi-

pal d'une exploitation agricole ou sylvicole, outre les habitations antérieurement licites en vertu de l'alinéa 1^{er}, n° 1 et

g) l'engagement est pris de ne pas procéder à de nouvelles constructions pour remplacer celle dont l'utilisation a été abandonnée, sauf si les nouvelles constructions deviennent nécessaires dans l'intérêt du développement de l'exploitation au sens de l'alinéa 1^{er}, n° 1,

2. la reconstruction d'un bâtiment d'habitation du même type au même emplacement, dans les conditions suivantes :

- a) le bâtiment actuel a été édifié de manière licite,
- b) le bâtiment actuel présente des déficiences ou des défauts,
- c) le bâtiment actuel est utilisé depuis un certain temps par son propriétaire même et
- d) des faits portent à croire que le bâtiment reconstruit est utilisé pour les besoins personnels du propriétaire antérieur ou de sa famille ; si le propriétaire a acquis par héritage le bâtiment actuel d'un ancien propriétaire qui l'a lui-même utilisé pendant un certain temps, il suffit que des faits portent à croire que le bâtiment reconstruit est utilisé pour les besoins personnels du propriétaire et de sa famille,

3. la reconstruction la plus prompte possible d'un bâtiment édifié de manière licite, détruit par l'incendie, une catastrophe naturelle ou autres fléaux de caractère extraordinaire, au même emplacement et du même type que ce dernier,

4. la modification ou le changement d'utilisation de bâti-

droit d'auto-administration communale garanti à l'article 28, al. 2 de la Loi fondamentale. Le § 2, al. 2 BauGB repose sur l'idée que des communes riveraines se trouvent dans un rapport d'égalité à égalité quant à leur compétence en matière de planification. Cette disposition exige de trouver un équilibre entre les intérêts des communes et, en outre, de les coordonner. Indépendamment de ses projets de planification pour son territoire, que ceux-ci soient en gestation ou qu'ils aient déjà été mis à exécution, la commune riveraine peut se défendre contre des incidences directes de nature importante sur son territoire. L'élément déterminant est l'étendue de ces incidences...

L'existence d'un tel besoin caractérisé de conciliation au sens où l'entend le § 2, al. 2 BauGB constitue un indice fort de l'insuffisance des limites posées par le § 35, al. 3 BauGB pour statuer sur la licéité du projet envisagé, sans mise en balance dans le cadre d'une planification. La situation est différente lorsque seuls doivent être pris en considération des intérêts de la commune qui ne représentent pas des incidences de nature importante, mais dont il convient seulement de tenir compte dans le cadre de l'obligation de mise en balance « simple » du § 1^{er}, al. 6 BauGB... Inversement, le § 2, al. 2 BauGB ne saurait être interprété en ce sens que toute planification caractérisée par des incidences de nature importante violerait de ce seul fait l'obligation de mise en balance. Là aussi s'applique la règle selon laquelle une mise en balance permet de passer outre même à des intérêts importants, si des intérêts encore plus importants leur sont prioritaires. Le § 2, al. 2 BauGB signifie, dans le cadre de l'obligation générale de mise en balance, qu'une commune qui désire imposer ses propres conceptions même au prix d'incidences importantes pour la commune riveraine est soumise à une obligation de justification renforcée, obligation qui prend la forme d'une obligation de conciliation (formelle et matérielle) dans le cadre d'une planification formelle...

ments constituant un trait marquant de la physionomie du paysage culturel et méritant d'être conservés, même s'ils sont à l'abandon, lorsque le projet répond aux nécessités d'une utilisation adéquate des bâtiments et à la conservation de leur valeur esthétique,

5. l'extension d'un bâtiment d'habitation jusqu'à deux appartements maximum, dans les conditions suivantes :

- a) le bâtiment a été édifié de manière licite,
- b) l'extension est raisonnable, proportionnellement au bâtiment actuel et au regard des besoins en logement et
- c) en cas de construction d'un appartement supplémentaire, des faits portent à croire que le bâtiment est utilisé personnellement par le propriétaire actuel ou par sa famille,

6. l'extension des bâtiments d'une entreprise industrielle édifée de manière licite, lorsque l'extension est raisonnable, proportionnellement au bâtiment et à l'exploitation actuels.

Dans les cas visés à la 1^{re} phrase, n^{os} 2 et 3, des extensions mineures du nouveau bâtiment par rapport au bâtiment démolé ou détruit, ainsi que des écarts mineurs par rapport à l'emplacement antérieur du bâtiment sont licites.

(5) Les projets licites en vertu des alinéas 1 à 4 doivent être exécutés dans le souci d'économiser la surface, de réduire l'emprise au sol au strict nécessaire et de ménager le secteur extérieur. L'autorité compétente pour délivrer les permis de construire doit garantir, par une charge de construction (*Baulast*) prévue par le droit du Land ou d'une

autre manière, le respect de l'obligation prévue à l'alinéa 4, 1^{re} phrase, n^o 1, lettre g. En outre, elle doit garantir, dans les cas énumérés à l'alinéa 4, 1^{re} phrase, que la construction ou autre installation sera utilisée selon le mode prévu une fois le projet réalisé.

(6) La commune peut, pour des secteurs bâtis dans le secteur extérieur et qui ne sont pas orientés de manière prépondérante vers l'agriculture et sur lesquels se trouvent des constructions de type résidentiel d'une certaine importance, décider par voie de règlement que les projets répondant à des buts d'habitation au sens de l'alinéa 2 ne peuvent se voir opposer le fait qu'ils sont contraires à une représentation du plan d'utilisation des surfaces comme surface destinée à l'agriculture ou à des espaces boisés ou qu'ils font craindre l'apparition ou la confirmation d'une urbanisation dispersée. Le règlement peut également être étendu à des projets répondant aux nécessités d'exploitations artisanales et industrielles de taille réduite. Les conditions de la licéité peuvent être précisées dans le règlement. Le règlement doit être compatible avec un développement urbain ordonné. Pour son élaboration, la procédure simplifiée du § 13, n^{os} 2 et 3 est applicable à l'avenant. Le règlement doit être approuvé par l'autorité administrative supérieure ; le § 6, alinéas 2 et 4 et le § 10, alinéa 3, sont applicables à l'avenant. L'application de l'alinéa 4 n'est pas affectée par le règlement.

I. – LES FAITS

Le projet en cause consistait en la construction d'un centre commercial regroupant des magasins « sortie d'usine » à la périphérie de la ville de *Zweibrücken* (38 464 habitants, Land de Rhénanie-Palatinat), plus précisément sur un ancien terrain d'aviation militaire. Dans un premier temps, en 1996, le maître d'ouvrage a posé une demande de procédure d'aménagement du territoire auprès de l'autorité de Land (compétente en matière d'aménagement du territoire), afin d'obtenir une dérogation aux objectifs du plan de développement du Land (de Rhénanie-Palatinat), ainsi qu'aux objectifs du plan d'aménagement du territoire régional pour le Palatinat occidental. En juin 1997, le ministre de l'intérieur (de Rhénanie-Palatinat) a octroyé une autorisation de dérogation aux objectifs desdits plans.

Par ailleurs, l'assemblée d'un syndicat de coopération intercommunale (§ 205 BauGB, syndicat de planification) a adopté, au mois de mars 1998, un plan de construction prévoyant, à l'emplacement susdit, la construction d'un centre commercial comprenant une surface commerciale de 20 000 mètres carrés, incluant notamment 61 magasins, deux restaurants et un complexe multimédia. Ce plan de construction a reçu l'approbation de l'autorité de tutelle, conformément à ce qu'exige le § 10, al. 2 BauGB s'agissant, comme c'était le cas en l'occurrence, d'un plan de construction dit « autonome », c'est-à-dire d'un plan de construction qui ne repose pas sur un plan d'utilisation des surfaces. Le maître d'ouvrage s'est ensuite vu délivrer un permis de construire sur la base dudit plan, alors que celui-ci, n'ayant pas encore été publié (ainsi que l'exige le § 10, al. 3 BauGB), n'était pas encore entré en vigueur. Le § 33 BauGB, dans un souci de pragmatisme, ouvre pourtant la voie à ce genre de pratique, prévoyant à son premier alinéa que « dans les zones pour lesquelles la décision d'élaboration d'un plan de construction a été arrêtée, un projet est licite » lorsque, entre autres (point 2.), « il y a lieu de supposer que le projet n'est pas contraire aux futures spécifications du plan de construction ».

La commune riveraine de Homburg (46 000 habitants), située sur le territoire du Land de Sarre, a estimé que ce projet lui portait un préjudice important : elle avait en effet récemment investi 100 millions de marks (50 millions d'euros) dans une vaste entreprise de rénovation urbaine (*Sanierung*) du centre-ville : création d'un centre-ville attractif, amélioration des conditions de circulation par une déviation du centre-ville, planification de parkings... Le plan de construction n'étant pas encore en vigueur, elle ne pouvait en contester la légalité par la voie du contrôle abstrait des normes (§ 47 VwGO), qui n'est ouvert qu'à l'encontre des actes à caractère réglementaire. Elle a donc intenté un recours en annulation contre la décision de délivrance du permis de construire, faisant valoir

qu'elle était lésée dans ses droits⁽¹⁾. Elle a été déboutée de sa demande en première et en seconde instance, n'obtenant gain de cause que devant la Cour fédérale administrative.

II. – LES BASES JURIDIQUES DE LA DÉLIVRANCE DES PERMIS DE CONSTRUIRE

A. Les dispositions du code de l'urbanisme

1. Le caractère facultatif des plans d'urbanisme locaux

Les communes sont compétentes pour élaborer tous plans d'urbanisme : plans d'utilisation des surfaces, à caractère préparatoire, non opposables aux tiers, et les plans de construction à caractère obligatoire. Cette compétence découle de la garantie d'auto-administration communale, ancrée à l'article 28 de la Loi fondamentale ; elle est rendue en allemand par l'expression de « *Planungshoheit* » (souveraineté de planification), terme particulièrement (et exagérément) fort qui souligne l'autonomie reconnue à la commune dans l'exercice de cette compétence. Le corollaire de la compétence propre ainsi reconnue à la commune pour la planification d'urbanisme est bien entendu que la commune soit également libre de ne pas édicter de plans d'urbanisme. En dépit de la formulation du § 1^{er}, al. 3, BauGB, « Les communes doivent élaborer des plans d'urbanisme dès que et dans la mesure où cela est nécessaire pour le développement et l'aménagement urbains » ; la planification demeure en principe une simple faculté, et non une obligation pour les communes. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'une commune peut être contrainte, par le biais de la tutelle administrative des autorités de Land, compétentes en la matière, d'élaborer des plans d'urbanisme. En tout état de cause, une telle obligation ne peut être fondée que sur le droit objectif : en effet, les particuliers n'ont pas de droit à l'édition d'un plan de construction (§ 2, al. 3 BauGB).

⁽¹⁾ Aux termes du § 42, al. 2 VwGO « le recours [en annulation] n'est recevable que si le requérant fait valoir qu'il est lésé dans ses droits par l'acte administratif en cause » ; par ailleurs, le § 113, al. 1^{er}, 1^{re} phrase VwGO dispose que l'action en annulation est bien fondée « dans la mesure où l'acte administratif (individuel) est irrégulier et que le requérant, de ce fait, est lésé dans ses droits » ; le contentieux administratif allemand des actes administratifs individuels revêt donc un caractère subjectif. Quant à la demande en contrôle abstrait des normes (contrôle qui est prévu au § 47 VwGO et réservé à la contestation des actes à caractère général et abstrait), sa recevabilité est elle aussi subordonnée au fait que le requérant fasse état de ce qu'il est lésé dans ses droits subjectifs par la norme contestée. Voir, sur la question, C. Autexier, *Introduction au droit public allemand*, PUF 1997, p. 315 et s., p. 336.

2. Les normes de substitution (§§ 34 et 35 BauGB)

Aussi le législateur a-t-il édicté toute une série de règles de substitution, à l'aune desquelles les autorités chargées de la délivrance des permis de construire devront apprécier, en l'absence de plans d'urbanisme, la licéité des projets, et sur la base desquelles les tribunaux devront contrôler la légalité des permis de construire ainsi délivrés.

Ces règles sont regroupées sous deux paragraphes, à savoir le § 34 BauGB, qui énonce les critères de licéité des projets situés « à l'intérieur des parties agglomérées de la localité », et le § 35 BauGB, long paragraphe qui pose les conditions de la licéité des projets situés dans le « secteur extérieur » aux parties agglomérées. Ce dernier prévoit d'abord expressément, à son premier alinéa, plusieurs catégories de projets dits « privilégiés » qui, en raison de leurs caractéristiques, doivent de préférence être localisés loin des zones habitées, ou ne peuvent être situés qu'en dehors des zones habitées, ceci dans la mesure où des « intérêts publics ne s'y opposent pas ». Il dispose ensuite par une formulation plus restrictive, à son alinéa 2, que « des projets de toute autre nature peuvent être autorisés au cas par cas lorsque leur réalisation ou l'usage qui en est fait ne porte pas atteinte à des intérêts publics et que l'équipement est assuré ». Il énonce ensuite à son alinéa 3 une série d'hypothèses où il y a « notamment » atteinte à des intérêts publics, précisant *in fine* que les projets ayant une incidence spatiale ne doivent pas être contraires aux objectifs de l'aménagement du territoire. Comme l'indique le choix de l'adverbe, cette liste a un caractère purement indicatif; les intérêts publics qu'elle vise sont par ailleurs formulés de manière suffisamment générale (« peut provoquer des nuisances environnementales ou leur est exposé » [point 3.]; « porte atteinte à des intérêts en matière de protection de la nature et de conservation des paysages, de protection du sol, de protection des monuments historiques, nuit au caractère naturel du paysage et à sa fonction de détente, ou défigure la physionomie de la localité ou du paysage » [point 5.]; « fait craindre l'apparition, la confirmation ou l'extension de l'urbanisation dispersée » [point 7.]) pour laisser une large place à l'interprétation de l'autorité qui délivre le permis de construire, interprétation qui est toutefois, nous y reviendrons, soumise à l'entier contrôle du juge.

3. L'application anticipée du plan de construction (§ 33 BauGB)

Lorsqu'il n'existe pas encore de plan de construction en vigueur, mais que ce dernier se trouve en cours d'élaboration (hypothèse visée par le § 33 BauGB), celui-ci peut servir de référence pour apprécier la licéité du projet et, partant, la régularité du permis de construire lorsque, comme nous l'avons déjà indiqué plus haut, « il y a lieu de supposer que le projet n'est pas contraire aux futures spécifications du plan de construction ». Cela

implique, aux termes de la jurisprudence, que le plan de construction en cours d'élaboration ait atteint un certain stade de maturité (*Planreife*), aussi bien sur un plan formel (la mise à disposition du public du projet de plan et la participation des personnes publiques doivent avoir eu lieu) que sur un plan matériel, ce qui signifie qu'il soit suffisamment certain que le plan de construction entrera en vigueur avec exactement les spécifications prévues par le projet de plan. Cela implique bien entendu que ce dernier soit conforme aux dispositions du code de l'urbanisme : dans le cas contraire, en effet, un maître d'ouvrage pourrait tirer davantage de droits d'un plan de construction non encore entré en vigueur (dont la légalité n'est, partant, pas contestable) que d'un plan de construction dûment arrêté et publié (et susceptible d'être annulé pour illégalité). Cette condition permet aux tribunaux de statuer en quelque sorte de manière incidente et anticipée sur la légalité d'un plan de construction, étant entendu que la sanction d'une telle illégalité, à ce stade, ne peut consister en l'annulation du (projet de) plan de construction, ni même nécessairement en l'annulation du permis de construire, mais seulement en l'inaptitude du (projet de) plan de construction à servir de base juridique pour l'appréciation de la régularité du permis de construire. Cette inaptitude constatée, la question de la régularité (compatibilité avec toute autre règle de droit supérieure) du permis de construire s'analysera en termes de légalité proprement dite (compatibilité avec la loi), puisque celui-ci devra alors répondre aux dispositions subsidiaires du § 34 ou du § 35 BauGB.

B. L'applicabilité du § 35, al. 2 BauGB en l'espèce

1. L'inapplicabilité du § 33 BauGB

Dans l'affaire qui nous intéresse, l'OVG *Rheinland-Pfalz*, saisi par la requérante de l'appel contre le jugement du tribunal administratif de Neustadt, a dans un premier temps considéré que le projet de plan de construction n'était pas doté du degré de maturité requis, car la condition tenant à la légalité du plan de construction n'était pas remplie. Il a en effet estimé que le projet de plan était contraire aux exigences de l'obligation de conciliation intercommunale (§ 2, al. 2 BauGB, *kommunales Abstimmungsgebot*). Cette obligation a pour finalité de protéger l'autonomie de planification communale des communes riveraines et s'analyse en une obligation de prévenance (*Rücksichtnahme*) : en d'autres termes, il s'agit d'exclure qu'une commune planificatrice empiète *de facto* sur la compétence de planification d'une autre commune (riveraine), en la plaçant devant des choix d'urbanisme qui, s'ils sont certes, en termes d'implantation, nécessairement circonscrits au territoire de la commune planificatrice, préjugent néanmoins de l'aménagement urbanistique de la commune rive-

raine. Précisons ici que cette obligation de conciliation intercommunale ne consiste pas en une règle de procédure (en particulier, elle n'implique pas la consultation des communes riveraines), mais en une règle de fond, et se traduit par une obligation de motivation faisant apparaître que la commune planificatrice s'est penchée sur les incidences que son projet de plan est susceptible d'avoir sur l'autonomie de planification d'une commune riveraine. En l'espèce, la construction du centre commercial a des conséquences qui sont en première ligne de nature économique, mais qui peuvent indirectement avoir des répercussions sur l'urbanisme, notamment sur le caractère du centre-ville (risque de désertification). À ce titre, elle affecte la compétence de planification de la commune riveraine.

Or, le syndicat de planification n'avait pas intégré cette réflexion dans la procédure d'élaboration du plan de construction, notamment pour ce qui concerne les incidences sur le centre-ville de la requérante. Cette conséquence urbanistique a été laissée en dehors de la mise en balance (*Abwägung*, § 1^{er}, al. 6 BauGB)⁽²⁾ à laquelle doit procéder toute autorité de planification. La mise en balance est donc affectée d'une insuffisance, elle a été incomplète. Cette insuffisance ne peut par ailleurs être considérée comme étant « négligeable » (*unbeachtlich*) aux termes du § 214, al. 3, 2^e phrase (« Les insuffisances de la mise en balance ne sont susceptibles d'entraîner la nullité que si elles ont eu un caractère manifeste et qu'elles ont eu une incidence sur le sens de la décision »), car il n'est pas possible, sans examen plus approfondi, d'exclure que la configuration urbanistique du centre-ville de la requérante ne soit touchée par le projet de centre commercial.

2. L'appréciation du permis de construire à l'aune du § 35 BauGB

Le projet de plan de construction se trouvant donc éliminé, les deux autres fondements possibles étaient les §§ 34 et 35 BauGB (constructions dans le secteur extérieur [au secteur urbanisé]). Le § 34 (projets licites à l'intérieur des parties agglomérées de la localité) pouvant être exclu d'emblée, l'OVG *Rheinland-Pfalz* a entrepris d'examiner la légalité du permis de construire en question à l'aune du § 35, al. 2 et 3 – le projet de construction d'un centre commercial n'entrant pas dans la liste des projets « privilégiés » énumérés au § 35, al. 1^{er}.

⁽²⁾ « Lors de l'établissement des plans directeurs d'urbanisme, les intérêts publics et privés doivent être équitablement mis en balance, aussi bien les uns par rapport aux autres qu'entre eux-mêmes ».

a) Recherche de la norme de protection : l'obligation de conciliation intercommunale est un intérêt public au sens du § 35, al. 2

Rappelons que la recevabilité et le bien-fondé d'une action en annulation, en droit allemand, sont subordonnés à la violation d'un droit subjectif du requérant (note 1). Aussi la commune de Homburg devait-elle faire état de la violation d'un de ses droits subjectifs, protégé par l'article 35, al. 2 et 3.

Se fondant sur le § 35, al. 3, 2^e phrase (« Les projets ayant une incidence spatiale... ne doivent pas être contraires aux objectifs de l'aménagement du territoire »), la requérante a commencé par invoquer le programme de développement de Land, déclaré obligatoire par un règlement de Land du 27 juin 1995, selon lequel (entre autres) l'implantation de commerces de détail de grande superficie ne saurait porter préjudice à la fonction de lieux centraux riverains. L'OVG a constaté que, sans qu'il soit besoin d'examiner le point de savoir s'il s'agissait ici d'un objectif d'aménagement du territoire contraignant – c'est-à-dire suffisamment précis – au sens du § 3, n^o 2 de la ROG (question controversée), celui-ci ne pouvait en l'espèce avoir pour fonction de protéger la requérante : en effet, le plan de développement de Land n'est, comme son intitulé l'indique, applicable qu'au seul territoire du Land concerné (en l'espèce, la Rhénanie-Palatinat) et la commune requérante est située dans un autre Land (Sarre).

L'OVG a par contre considéré que l'obligation de conciliation intercommunale prévue au § 2, al. 2 BauGB constituait une norme qui, à la fois, relève des intérêts publics auxquels le projet ne saurait porter atteinte au sens du § 35, al. 2 BauGB, et a pour fonction de protéger la commune requérante. Il a, ce faisant, procédé à une extension jurisprudentielle des catégories d'intérêts publics visées au § 35, al. 2 BauGB, jugeant que cet impératif de conciliation intercommunale n'était pas limité au domaine de la planification communale proprement dite, mais consistait en une concrétisation de l'obligation de prévenance, définie plus haut, entre les différentes communes, eu égard à leurs compétences respectives en matière de planification et d'aménagement urbain. Ainsi, décide l'OVG, le § 2, al. 2 BauGB a-t-il vocation à s'appliquer en dehors d'un contexte de planification ; par exemple, en l'espèce, dans un simple contexte d'autorisation.

b) Modalités du contrôle juridictionnel dans le cadre du § 35, al. 2

L'OVG procède en quelque sorte à un dédoublement de cette obligation de prévenance intercommunale : dans le cadre de l'élaboration des plans d'urbanisme, cette obligation signifie que l'intérêt de la commune riveraine doit faire l'objet d'une appréciation dans le cadre de la mise en balance équitable prévue au § 1^{er}, al. 6 BauGB ; faute d'intégrer cet intérêt dans la mise en balance, le processus de mise en balance sera entaché d'un vice de fond susceptible d'entraîner l'illégalité du plan de construction. Par

contre, dans le cadre du § 35, al. 2, le respect de cette obligation de prévenance ne se vérifie plus qu'au regard des conséquences matérielles de la décision adoptée : il n'est plus question de savoir si une mise en balance est intervenue au cours du processus décisionnel, mais si le projet soumis à autorisation a des conséquences intolérables sur l'autonomie de planification de la commune riveraine. Le contrôle exercé par le juge sera alors bien plus intense que dans le cas précédent : lorsque la commune élabore un plan d'urbanisme en vertu du § 1^{er} BauGB, elle jouit d'une autonomie décisionnelle irréductible, l'*Ermessen* ou « discrétionnarité », tenant au fait qu'elle exerce sa « souveraineté de planification », composante essentielle de la garantie constitutionnelle d'auto-administration ; partant, le juge ne pourra sanctionner l'arbitrage (la « mise en balance ») visé au § 1^{er}, al. 6 BauGB, que si la commune est allée au-delà des limites légales de la discrétionnarité, c'est-à-dire si la mise en balance comporte des erreurs ou des insuffisances. Il ne peut toutefois en aucun cas substituer sa propre appréciation à celle de la commune. Par contre, lorsque la commune – en tant qu'autorité chargée de délivrer les permis de construire – accorde un permis de construire sur la base du § 35 BauGB, elle n'exerce qu'une simple compétence d'exécution, et la manière dont elle applique les critères du § 35 BauGB est pleinement soumise au contrôle du juge. Peu importe alors que le permis dont il s'agit porte sur un projet aussi important et complexe que la construction d'un centre commercial. Le fait que le § 35, al. 2 BauGB ait recours, dans l'intérêt de la souplesse de l'action administrative, à des catégories indéterminées laissant largement place à l'interprétation de l'administration – « les intérêts publics », dont il n'est donné qu'une liste indicative – n'est pas davantage susceptible d'affecter le caractère de compétence liée.

L'OVG recherche donc lui-même, de manière particulièrement circonstanciée, si le permis de construire porte une atteinte intolérable au droit de la commune riveraine, étant entendu que la limite de ce qui est considéré tolérable résulte d'une mise en balance, par l'OVG, des objectifs poursuivis par le projet autorisé, avec les intérêts de la commune riveraine concernée. Or, en l'espèce, l'intérêt qui s'attache à la réalisation du projet de centre commercial est prépondérant, si bien que la limite du tolérable ne peut être dépassée que dans le cas où, avec une probabilité suffisante, il y aurait lieu de craindre une destruction importante, aussi bien en termes d'espace que de fonctionnalité, du caractère urbanistique du centre-ville concerné, notamment en tant que lieu d'implantation des commerces de détail, et cela malgré les efforts que l'on peut raisonnablement attendre de cette même ville.

L'OVG conclut qu'il y a certes lieu de s'attendre à une atteinte considérable au centre-ville, mais non toutefois à une menace sérieuse qui ferait craindre une perte du caractère de zone urbaine de type centre-ville.

Ce jugement a été l'objet de vives critiques, l'OVG se voyant reprocher le fait de s'être substitué à la conciliation nécessaire en vertu du § 2, al. 2 BauGB, qui relèverait de la seule compétence – en tant que droit, mais aussi en tant qu'obligation – de la commune⁽³⁾. La solution jurisprudentielle apportée par l'OVG présentait l'avantage d'assurer la sauvegarde, dans la décision qui octroie un permis de construire, de l'intérêt des communes riveraines à la préservation de leur autonomie de planification, sans toutefois obliger l'autorité compétente à procéder à une mise en balance, ce qui serait en définitive revenu à rendre une planification obligatoire, préalablement à tout projet susceptible d'avoir des incidences sur les communes riveraines. C'est toutefois en cela qu'elle a été sanctionnée par la Cour fédérale administrative, qui a ainsi procédé à un revirement de jurisprudence.

III. – LE JUGEMENT DE LA COUR FÉDÉRALE ADMINISTRATIVE du 1^{er} août 2002 : le § 35 BauGB n'est pas une base juridique toujours suffisante pour la délivrance de permis de construire

Dans son jugement du 1^{er} août 2002, la Cour fédérale administrative, saisie d'un recours en révision, a estimé qu'un projet de l'ampleur de celui en cause ne pouvait être autorisé que sur la base d'un plan de construction. Elle a fondé son raisonnement non sur le § 1^{er}, al. 3 BauGB (« Les communes doivent élaborer des plans directeurs d'urbanisme dès que et dans la mesure où cela est nécessaire pour le développement et l'aménagement urbains »), mais sur le § 35, al. 2 BauGB, considérant que les intérêts publics que celui-ci évoque incluaient également l'exigence d'une planification formelle. En cela, elle s'inscrivait en partie – mais en partie seulement – dans sa jurisprudence antérieure.

Dès 1968 en effet, la Cour fédérale administrative a reconnu que certains projets généraient un besoin de planification, ce besoin étant qualifié d'intérêt public au sens du § 35, al. 2 BauGB. Tel était le cas lorsqu'un projet, en raison de sa dimension et de sa complexité (pluralité de constructions), requérait une planification d'urbanisme formelle du fait que la coordination des intérêts potentiellement concernés à l'intérieur de son périmètre (*Binnenkoordination*, coordination interne) ne pouvait être

⁽³⁾ L'OVG Rheinland-Pfalz contredisait en effet la jurisprudence de la Cour fédérale administrative, selon laquelle l'obligation de prévenance du § 2, al. 2 BauGB ne peut être invoquée à l'encontre d'une commune que lorsque cette commune a eu la possibilité d'influer sur les conditions d'autorisation d'un projet – notamment en édictant des mesures de planification préalables – mais non lorsque sa décision est liée par des conditions légales – ce qui est le cas lorsque la commune autorise un projet sur la base des normes de substitution des §§ 34 ou 35 BauGB (BVerwG, jugement du 11 février 1993, 4 C 15/92, NVwZ 1994, p. 285-288).

abandonnée au maître d'ouvrage, mais réclamait une mise en balance dans le cadre d'une véritable planification, tenant en quelque sorte lieu de caution officielle (*gleichsam amtlich einstehend für das Ergebnis*) et permettant seule de préserver la « souveraineté de planification » des communes⁽⁴⁾. Toutefois, le critère déterminant, aux yeux de la Cour fédérale administrative, était uniquement celui de la dimension du projet, et non la question de l'intégration de ce projet dans son environnement. Ainsi avait-elle expressément précisé qu'un projet d'éolienne ne requérait de planification ni aux fins de coordination interne (car il s'agissait d'une éolienne isolée), ni aux fins de coordination externe, cette dernière étant garantie par les intérêts publics énoncés au § 35, al. 3 BauGB, lesquels incluent notamment la protection de la nature et du caractère naturel du paysage et de sa fonction de détente. Même le fait que d'autres projets de même nature fassent l'objet de demandes de permis de construire ne saurait avoir pour effet de rendre un plan nécessaire : en l'espèce, la licéité d'un projet d'éolienne isolée devait être appréciée en elle-même, et non par rapport aux effets d'autres projets d'éoliennes prévus ou autorisés à proximité. La Cour fédérale administrative justifiait sa position par le fait que le législateur, par le § 35, al. 2 BauGB, et dans ses conditions, avait justement entendu permettre des projets directement en vertu de la loi, indépendamment de toute planification formelle⁽⁵⁾. La liste, extensible, des intérêts publics énoncés à l'alinéa 3 était jugée suffisante pour procéder à la conciliation du projet avec son environnement extérieur. La nécessité de planification (*Planerforderlichkeit*), si elle s'était bien vu reconnaître la qualité d'« intérêt public » au sens du § 35, al. 2 BauGB, faisant obstacle à l'autorisation de projets sur la base de ce même paragraphe, ne portait en tout état de cause que sur la coordination dite « interne », et non sur la coordination dite « externe ».

Or, dans son jugement du 1^{er} août 2002, la Cour fédérale administrative a relativisé la valeur de la gamme des « intérêts publics » du § 35, al. 2 et 3 BauGB pour procéder à la conciliation de certains projets avec leur environnement. Elle a d'abord constaté que le § 35, al. 2 et 3 BauGB ne faisait que soumettre l'autorisation de projets à la réunion d'un certain nombre de

⁽⁴⁾ Selon les termes mêmes de la Cour fédérale administrative, « les projets d'une certaine dimension ne peuvent être réalisés sans planification préalable. La question n'est pas celle de savoir si l'on peut se passer d'une planification, mais celle de l'alternative entre une planification formelle, conforme aux principes du code de l'urbanisme et opérée par la commune, ou une planification semblable, mais informelle, effectuée par la personne souhaitant construire. À partir du moment où un projet dans le secteur extérieur atteint une dimension qui ne laisse subsister que cette alternative, la BBauG exige une planification de la commune, ce qui a pour conséquence qu'un projet, sans une telle planification, ne peut être autorisé en vertu du § 35 BBauGB au motif qu'il enfreint un intérêt public » (BVerwG, jugement du 22 novembre 1968 – IV C 98/65 -, BRS 20, p. 128, 130 et s. ; BVerwG, jugement du 26 novembre 1976, IV C 69/74, NJW 1977, p. 1978-1979).

⁽⁵⁾ BVerwG, jugement du 16 juin 1994, 4 C 20.93, BVerwGE 96, p. 95, 107 et s.

conditions, ce qui exclut toute considération planificatrice. En effet, comme nous l'avons déjà évoqué précédemment, si la commune délivre un permis de construire en application du § 35, al. 2 BauGB (pour autant que ce soit elle qui ait qualité pour ce faire en vertu du droit de Land), elle ne bénéficie en aucun cas de la marge d'appréciation qui serait la sienne dans le cadre de l'élaboration d'un plan de construction : en vertu de la garantie du droit de propriété prévue à l'article 14 de la Loi fondamentale, elle est tenue de délivrer le permis de construire dès lors que les conditions du § 35, al. 2 et 3 BauGB sont réunies. La seule concession faite à la compétence de la commune en matière de planification, dans le cadre de l'autorisation d'un projet sur la base du § 35, al. 2 BauGB, est la nécessité, prévue au § 36 BauGB, que celle-ci donne son accord au permis de construire. La Cour rappelle ensuite qu'au nombre des intérêts publics non explicitement mentionnés au § 35, al. 3 BauGB, se trouve l'exigence d'une planification formelle. Cet intérêt public-là se voit revêtu d'une autre qualité que ceux qui sont énoncés au § 35, al. 3 BauGB, car il révèle l'insuffisance des prescriptions explicites du § 35, al. 3 BauGB pour décider de la licéité du projet ; tel est le cas lorsque le projet devant être réalisé dans le secteur extérieur déclenche un conflit d'intérêts, publics et privés, d'une intensité telle que ceux-ci ne peuvent être conciliés que dans le cadre d'une véritable « mise en balance » (*Abwägungsentscheidung*), laquelle « mise en balance » relève exclusivement d'une procédure de planification d'urbanisme. On voit ici poindre un développement jurisprudentiel nouveau, l'exigence d'une planification ne semblant plus principalement justifiée par la nécessité de préserver la compétence de planification des communes (donc la garantie constitutionnelle de libre administration communale) par rapport à celle des aménageurs privés (maîtres d'ouvrage), mais par celle de concilier de manière équilibrée des intérêts publics et privés antagonistes dans le secteur extérieur. C'est en effet au niveau du critère retenu que le tournant jurisprudentiel pris par la Cour apparaît dans toute sa mesure : si c'est certes toujours la dimension du projet qui détermine le fait de savoir si celui-ci requiert une planification, il s'agit désormais de rechercher « de quelle manière un projet prévu, dans sa substance et dans ses effets, s'intègre dans l'environnement donné ». Les incidences que le projet lui-même est susceptible d'avoir sur son environnement extérieur deviennent donc un élément pertinent pour juger de la nécessité d'adopter un plan de construction. Les intérêts publics énoncés au § 35, al. 3 BauGB, et surtout l'importance spatiale d'un projet, citée elle aussi à la deuxième phrase de l'alinéa 3, constituent des indices suggérant indirectement, le cas échéant, qu'il est nécessaire de procéder à une coordination par voie de planification. Celle-ci sera inévitable dès qu'il ne paraîtra plus possible de coordonner de manière adéquate les intérêts en conflits sur la base du § 35, al. 2 BauGB.

La nécessité d'une planification formelle peut notamment résulter de l'obligation de conciliation intercommunale prévue au § 2, al. 2 BauGB : si un projet autorisé sur la base du § 35, al. 2 BauGB ne pourrait, dans l'hypothèse de l'élaboration d'un plan de construction, être reconnu licite qu'à l'issue d'une conciliation avec une commune riveraine, cette obligation de conciliation ne saurait être éludée par l'absence d'élaboration d'un plan d'urbanisme formel. Cette obligation de conciliation repose en effet sur le postulat de l'équivalence des droits entre les communes en matière de planification et découle donc d'une règle à caractère constitutionnel : une commune ne peut empiéter sur les prérogatives de l'autre en la plaçant devant des choix définitifs. Aussi impose-t-elle qu'il soit procédé à un équilibrage entre les intérêts de ces communes, exigeant de surcroît leur conciliation.

Le critère retenu par la Cour est celui de l'étendue – ou, pourrait-on dire aussi, du degré – des conséquences d'un projet. Lorsque la mesure en question est susceptible d'avoir des conséquences suffisamment caractérisées sur l'autonomie de planification de la commune riveraine, il existe une forte présomption en faveur de l'insuffisance des conditions du § 35, al. 2 et 3 BauGB pour statuer sur la licéité du projet et, partant, de la nécessité d'une planification en bonne et due forme. En somme, résume la Cour, le § 2, al. 2 BauGB signifie qu'une commune qui veut faire prévaloir ses propres conceptions au prix de graves inconvénients pour la commune riveraine est soumise à une obligation de justification renforcée, sous la forme d'une conciliation matérielle et formelle dans le cadre d'une planification formelle.

Cette exigence ayant pour fonction de protéger la requérante en tant que commune riveraine, celle-ci s'est donc trouvée fondée à contester le permis de construire délivré.

Le jugement de la Cour fédérale administrative a l'avantage, d'une part de mettre fin à l'ambiguïté qui résultait du jugement de l'OVG *Rheinland-Pfalz*, lequel avait conféré à l'obligation de conciliation prévue au § 2, al. 2 BauGB une valeur juridique duale, selon que celle-ci était appliquée dans le cadre du § 35, al. 3 (simple condition dont l'appréciation par l'autorité administrative chargée de la délivrance des permis de construire pouvait être entièrement contrôlée par le juge), ou dans le cadre de la planification (reconnaissance d'un pouvoir d'appréciation de la commune planificatrice, soustrait au contrôle juridictionnel) ; la différence de nature entre la disposition du § 2, al. 2 BauGB et la « gamme de conditions » (*Konditionalprogramm*) du § 35, al. 3 BauGB est donc bien préservée.

D'autre part, cette solution jurisprudentielle permet une protection plus efficace et plus étendue des droits : en effet, un permis de construire, acte

individuel, ne peut être contesté que par la voie de l'action en annulation, dont les conditions de recevabilité et de bien-fondé sont très restrictives pour le requérant, puisqu'elles exigent la violation d'un droit subjectif de celui-ci. En revanche, un plan de construction, en tant qu'acte à caractère réglementaire, peut faire l'objet d'une procédure de contrôle des normes, à caractère objectif: même si la recevabilité d'un tel recours est toujours liée à la violation d'un droit subjectif du requérant, le juge a la possibilité d'annuler l'acte pour tout autre motif d'illégalité. Ajoutons par ailleurs que dans le cadre du contentieux des plans d'urbanisme, cette condition de recevabilité est largement entendue par le juge: il admet en effet la requête de toute personne se prévalant d'un intérêt insuffisamment apprécié lors de la mise en balance (§ 1, al. 6 BauGB)⁽⁶⁾. Il n'est pas impossible que ce souci de faire respecter plus largement la légalité ait inspiré la Cour fédérale administrative dans l'affaire en cause, afin de mettre fin à la pratique des délivrances anticipées des permis de construire, laquelle pratique fait précisément obstacle à la mise en œuvre du contrôle objectif des normes.

⁽⁶⁾ BverwGE 107, p. 215, p. 219 et s.

