

## Le pragmatisme économique de la Cnac face à la rigueur juridique du Conseil d'Etat

Suite de la page 31

porter l'annulation d'une autorisation d'exploitation est le défaut d'avis du ministre chargé du commerce. Il y a en effet une atteinte manifestement excessive aux intérêts économiques du promoteur eu égard la portée du seul moyen de légalité interne tiré du défaut d'avis du ministre chargé du commerce et l'autorisation peut être régularisée à très bref délai puisqu'il s'agit de quatre mois à compter de la saisine de la Cnac d'une demande de régularisation.

Il est donc possible de remédier aux conséquences économiques découlant de la jurisprudence Communauté d'agglomération du Bassin d'Aurillac du 16 mai 2011.

Si la Cnac a perçu l'urgence de la situation, il importe de sensibiliser le Conseil d'Etat aux possibilités qui lui sont offertes dans le cadre des différentes affaires en cours d'instance, pour minimiser les effets de cette jurisprudence.

En définitive, seule une intervention législative aurait permis, en plus d'éviter un nouvel encombrement de la Cnac, de mettre les opérateurs économiques à l'abri de nouvelles contraintes financières qui pourraient, dans le

contexte actuel, conduire certains promoteurs à abandonner purement et simplement leur projet commercial.

1 - CE 16 mai 2011 Communauté d'agglomération du Bassin d'Aurillac, req. n° 336104 : mentionné aux Tables du Rec. CE sur ce point.

2 - La Cnac remplace la Cnac depuis l'entrée en vigueur de la LME (Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie).

3 - Mesures d'affichage et de publication prévues par les dispositions des articles R. 752-25, R. 752-26 et R. 752-52 du code de commerce.

4 - CE 16 mai 2011 Association En toute franchise des Bouches-du-Rhône, req. n°336227 : « Considérant qu'il résulte de ces dispositions, d'une part, que, s'agissant des personnes pour lesquelles les dispositions de l'article R. 752-52 du code de commerce précitées prévoient une notification, le délai de recours contentieux contre la décision de la Commission nationale d'aménagement commercial court à compter de cette notification ; d'autre part, que, pour les tiers, le délai de recours contentieux court à compter de la plus tardive des deux dates correspondant, l'une au premier jour d'une période d'affichage en mairie d'une durée de deux mois, l'autre à la seconde des deux insertions effectuées dans la presse régionale ou locale ».

5 - Le commissaire du gouvernement de la Cnac recueillait l'avis du ministre de l'économie et des finances en plus de celui du ministre de l'équipement, du logement, des transports et du tourisme : CE 9 juin 1999 Union Versaillaise de commerce, de l'industrie et de l'artisanat, req. n° 190802 : mentionné aux Tables Rec. CE.

6 - Bulletin Meeddm n° 2010/2 du 10 février 2010, p. 77. Cette circulaire est bien publiée sur le site [www.circulaires.gouv.fr](http://www.circulaires.gouv.fr). Ainsi, elle est applicable et opposable en application du décret du 8 décembre 2008 relatif aux

conditions de publication des instructions et circulaires. 7 - En application de l'article R. 751-10 du code de commerce.

8 - Ancien article R. 752-40 du code de commerce codifiant l'article 32 du décret n° 93-306 du 9 mars 1993.

9 - Article R. 752-51 in fine du code de commerce : « Le commissaire du Gouvernement recueille les avis des ministres intéressés, qu'il présente à la commission. Il donne son avis sur les demandes examinées par la Commission nationale d'aménagement commercial au regard des auditions effectuées ».

10 - Il poursuit par une analogie avec de la jurisprudence sur le permis de construire : CE Section 21 décembre 1973, Dame Ane d'Ormay : Rec. CE p. 742 et CE 5 décembre 2005 Ministre de l'équipement c/Gadeyne : Rec. CE T. p. 1138 : nécessité d'un avis écrit et distinct. Egalement pour un avis du directeur départemental de l'agriculture qui ne peut tenir lieu de l'avis du ministre de l'agriculture également requis : CE 7 avril 1999 Sté Soucas : Rec. CE T. p. 900.

11 - Article 1er de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat modifié.

12 - « Le décret d'attribution du 25 novembre 2010 lui donne compétence pour la concurrence, la consommation et la politique en matière de petites et moyennes entreprises, toutes matières qui justifient qu'il soit intéressé à l'ouverture des grandes surfaces » dit Rémi Keller dans ses conclusions sous l'arrêt du 16 mai 2011.

13 - Conclusions Roul sur CE 17 décembre 2003 Commune de Nanterre, req. n° 241471 : mentionné aux Tables Rec. CE : « Pour les équipements commerciaux, la pratique suivie par le commissaire du gouvernement est de recueillir les avis des ministres dont dépendent les services déconcentrés de l'Etat qui étaient chargés de prendre position lors de la procédure devant la commission départementale et ces avis consistent donc à confirmer ou à infirmer devant la commission nationale les positions prises par les services départementaux devant

la commission départementale ».

14 - Conseil Constitutionnel 22 décembre 1999, n° 99-422 DC.

15 - Req. n° 296528.

16 - En application des dispositions de l'article L. 752-17 du code de commerce.

17 - Conseil d'Etat à nouveau compétent en premier et dernier ressort depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2011-921 du 1er août 2011 modifiant l'article R. 311-1 du code de justice administrative.

18 - Pour des arrêts classiques : CE 26 décembre 1925 Rodière : Rec. CE p. 1065 - CE 10 décembre 1954 Cru et autres : Rec. CE p. 659.

19 - CE Ass. 11 mai 2004, req. n° 235886 : Rec. CE p. 197.

20 - Gilles Pellissier, Quatre ans d'application de la jurisprudence Association AC 1 - Une nouvelle dimension de l'office du juge, Revue juridique de l'économie publique n° 656, Août 2008, étude 7.

21 - Gilles Pellissier, Quatre ans d'application de la jurisprudence Association AC 1 - Une nouvelle dimension de l'office du juge, Revue juridique de l'économie publique n° 656, Août 2008, étude 7 précitée.

22 - Gilles Pellissier, Quatre ans d'application de la jurisprudence Association AC 1 - Une nouvelle dimension de l'office du juge, Revue juridique de l'économie publique n° 656, Août 2008, étude 7 précitée.

23 - CE 27 juillet 2001 Tiran, req. n° 222509 : publié au Rec. CE.

24 - TA Amiens 24 mai 2005 M. Dubruque, req. n° 0201856 - Voir plus récemment : TA Lille 27 janvier 2011 Association « les 2sous du grand stade », req. n° 1001030.

### TRIBUNE LIBRE

## La situation devient intolérable aussi bien pour les pouvoirs publics que pour les administrés

### HARO SUR LE CHANTAGE AU RECOURS

Si le principe permettant à tout citoyen intéressé de saisir les tribunaux administratifs aux fins de faire annuler une décision entachée d'illégalité est louable, ce dernier n'en demeure pas moins dangereux en matière d'urbanisme commercial où il devient une véritable arme redoutable permettant de torpiller les projets concurrents... Cette pratique devenant un sport national, les opérateurs immobiliers sont, de plus en plus, les cibles de « recours malveillants ».

Il est donc urgent de trouver une solution pour retrouver un peu de stabilité juridique et désengorger les tribunaux.

Par Damien Richard, Avocat Associé, Racine (cabinet d'avocats)

En matière d'urbanisme, et plus encore sans doute en matière d'urbanisme commercial, le mythe du recours exercé dans un but d'intérêt général semble avoir vécu.

Alors que les professionnels de l'immobilier dénoncent depuis de nombreuses années la multiplication des recours contentieux, dont certains sont motivés par des buts peu glorieux, le droit du contentieux administratif français continue d'affirmer que l'objet du recours en excès de pouvoir est « d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la légalité ».

Il est vrai que la tradition juridique française veut que tout citoyen intéressé puisse saisir le juge administratif afin que celui-ci annule un acte qui serait entaché d'une illégalité. Officiellement, la motivation du recours, dès lors que l'acte contesté est susceptible de faire grief, n'a pas à être communiqué ni, a fortiori, étudié par le juge.

C'est parce que ce principe juridique constitue un fondement de la justice administrative que les revendications des opérateurs immobiliers publics et privés ont eu jusqu'à maintenant tant de mal à être entendus. Il semble cependant qu'aujourd'hui le législateur et, dans une moindre mesure, les juges, entendent qu'il y a un véritable chantage au recours par lequel la recherche d'une prétendue légalité de l'acte n'est qu'un prétexte à un comportement pour le moins critiquable.

Les pistes esquissées, notamment dans le cadre de la démarche pour un urbanisme de projet, demeurent cependant encore floues et d'une efficacité incertaine.

#### 1. Le mythe de la légalité et l'introuvable recours abusif

Le recours d'un tiers contre une autorisation d'urbanisme relève du contentieux dit de la légalité. Ainsi, en droit, le requérant œuvre pour assurer le parfait ordonnancement juridique. C'est pour cette raison qu'après avoir passé le filtre de la recevabilité en démontrant un intérêt à agir, c'est-à-dire un impact réel ou simplement potentiel de l'autorisation administrative sur la situation du demandeur, tous les arguments de droit peuvent être invoqués devant le juge.

A titre d'exemple, le voisin d'un terrain sur lequel va être édifié une construction peut parfaitement se prévaloir devant le tribunal de ce que l'arrêté de délivrance du permis de construire ne comporte pas les nom et prénom du Maire pour solliciter, et obtenir, l'annulation de cette décision par le tribunal administratif compétent<sup>(1)</sup>. Nul doute, pourtant, que ce péché véniel ne lui a pas porté préjudice...

En ne limitant pas les moyens de droit recevables à ceux qui ont un lien direct avec le préjudice actuel ou futur de celui qui les invoque, le droit administratif français poursuit un objectif de perfection des actes administratifs. Ce faisant il penche vers le souci de légalité au détriment, potentiellement, de la sécurité juridique des actes et des montages d'opérations. Surtout, pour ce qui concerne le sujet de cet article, il exclut quasiment la reconnaissance du caractère abusif d'un recours. Nous ne sommes pas en effet dans le cadre d'un contentieux entre deux individus, ni même dans le cadre d'un

contentieux opposant un intérêt personnel à un autre, mais bien dans une situation de droit spécifique par laquelle un citoyen demande au juge de contrôler la légalité d'un acte dans un but que l'on pourrait considérer d'intérêt général.

En gommant l'objectif personnel, du moins dans la phase contentieuse, il est inconcevable de sanctionner le demandeur pour recours abusif, sauf cas particulièrement grossier. Et d'ailleurs, malgré les menaces qui sont parfois proférées, les décisions prononçant une amende pour recours abusif, et les actions en dommages et intérêts pour exercice d'un contentieux administratif sont rarissimes.

Notons enfin que l'amende pour recours abusif prévue à l'article R. 741-12 du code de justice administrative est un pouvoir propre du juge, ce qui interdit à une partie de solliciter une telle condamnation valablement<sup>(2)</sup>, et que par ailleurs cette somme n'est pas destinée à indemniser celui qui est lésé par l'action, mais bien simplement à sanctionner, au profit de l'Etat, l'exercice manifestement injustifié et injustifiable, d'une voie de droit.

Ainsi, la proposition formulée dans le cadre du séminaire « Urbanisme de Projet » du 26 et 27 mai pilotée par le gouvernement qui consisterait à augmenter le montant de l'amende pour recours abusif apparaît comme peu efficace<sup>(3)</sup>. Cette piste fait néanmoins partie d'un arsenal qui témoigne de la prise de conscience de cette difficulté réelle par le législateur.

#### 2. La prise de conscience progressive des dégâts du chantage au recours

A dire vrai cette prise de conscience est pro-

gressive car cela fait de nombreuses années que les professionnels de l'immobilier dénoncent cet état de fait et que l'exigence de sécurité juridique progresse au détriment du souci de légalité développé ci-avant.

La problématique est simple : si en droit le recours contre un permis de construire n'est pas suspensif, c'est-à-dire qu'il n'empêche pas la réalisation des travaux, en fait l'introduction d'un recours, quelle que soit la pertinence des moyens soulevés paralyse le projet.

Cette paralysie est malheureusement incontournable pour trois raisons cumulatives.

- D'une part, aucune analyse juridique de pertinence d'un recours ne peut garantir à l'opérateur immobilier une vraie sécurité. En effet, dès lors que le demandeur a pris soin de développer un moyen de forme et un moyen de fond dans ses premières écritures, il pourra ensuite, tout au long de la procédure, développer de nouveaux arguments.

Par conséquent, analyser le recours initial ne permet pas de se prémunir contre les nouveaux arguments qui seront développés parfois à quelques heures de l'audience. On sait également que, même si la juridiction peut moduler les effets de ses décisions dans le temps, les analyses juridiques conduites par le Conseil d'Etat sont rétroactives. L'analyse d'une situation juridique, même confortée par des jurisprudences, peut être remise en cause à l'occasion d'un revirement de position du Conseil d'Etat.

Suite page 33

## Haro sur le chantage au recours

Suite de la page 32

- Par ailleurs l'acquisition d'un terrain est le plus souvent sous conditions suspensives, d'une part, du caractère définitif des autorisations d'urbanisme nécessaires et, d'autre part, de l'obtention d'un financement extérieur. Ainsi, l'exercice d'un recours entre en contradiction avec la promesse de vente et même si le promoteur entendait passer outre le recours et renoncer à se prévaloir de la condition suspensive, l'établissement de crédit sollicité, qui ne conduit en général pas une analyse de risques selon les mêmes critères, refusera le déblocage financier.

- Enfin, un projet immobilier est le plus souvent destiné à la vente et il est commercialement tout simplement inconcevable d'exposer l'acquéreur au potentiel que le projet qui va lui être livré pourrait, même si cela est très peu probable, être remis en cause par un juge administratif déjà saisi. Nul acquéreur raisonnable n'acceptera de prendre ce risque sans que le prix d'acquisition payé ne soit séquestré ou que des garanties financières de remboursement intégral ne soient souscrites, ce qui est bien évidemment incompatible avec l'économie générale du projet.

Lors de la réforme des autorisations individuelles de construire<sup>69</sup>, un rapport établi par Monsieur Pelletier avait mis en évidence le souci impérieux de sécurité juridique en soulignant que le retard pris en matière de construction, notamment de logements sociaux, trouvait en partie sa cause dans l'insuffisante sécurité juridique des autorisations d'urbanisme.

A la suite de cette première série de réflexions, l'article L. 600-1-1 du code de l'urbanisme a été créé<sup>70</sup> qui précise «qu'une association n'est recevable à agir contre une décision relative à l'occupation ou l'utilisation des sols que si le dépôt des statuts de l'association en préfecture est intervenu antérieurement à l'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire». L'objet de ce dispositif était d'éviter la création d'association de pure opportunité, après l'affichage d'un permis de construire, pour contester celui-ci.

Le législateur avait sans doute espéré, par ce biais, freiner significativement le nombre de recours en interdisant aux requérants, d'une part, de se cacher derrière une association et, d'autre part, de mutualiser le coût d'interven-

tion d'un avocat<sup>71</sup>. Hélas, cette mesure n'a sans doute pas eu l'effet dissuasif prévu puisque le requérant prend soin d'afficher, sans souci d'une parfaite légalité des actes, ce qui justifie son recours et, par ailleurs, la constitution d'une association pour mutualiser les coûts est toujours possible même si, au final, seule la personne physique sera déclarée recevable, ce qui ne change rien aux pratiques.

Cette problématique a ressurgi, y compris dans la presse nationale après que quatre promoteurs immobiliers ont déposé une plainte auprès du procureur de Marseille pour escroquerie à la suite d'une série de recours déposés contre des permis de construire des enseignes Kaufmann & Broad, LC21, Castorama et Nexity<sup>72</sup>.

De quoi relancer le débat avec notamment une réponse ministérielle du 1<sup>er</sup> mars 2011, rédigée par le Ministère du Logement<sup>73</sup> qui indique que «le contentieux de l'urbanisme est un sujet sensible et complexe. Il apparaît en effet nécessaire de faciliter les opérations de construction, ce qui passe par une sécurisation juridique des autorisations de l'urbanisme qu'impliquent ces opérations, tout en préservant le droit au recours protégé par des normes internationales et constitutionnelles».

Après avoir rappelé que le délai de jugement des tribunaux administratifs est en réduction pour atteindre environ un an en première instance comme en appel, divers mesures ont déjà été prises pour minimiser les conséquences juridiques du recours, le Ministère du logement conclue que «le Conseil d'Etat a été saisi récemment afin d'apporter un appui dans la définition des mesures complémentaires susceptibles de réduire le risque et d'améliorer le traitement des contentieux».

### 3. Des pistes intéressantes mais qui restent encore sans doute à renforcer

Dans le cadre du séminaire «Urbanisme de projet» des 26 et 27 mai précité, il a été noté que le contentieux en matière d'urbanisme ne paraît pas statistiquement plus significatif que dans d'autres champs et par ailleurs la durée de traitement de ces contentieux se réduit en moyenne comme dans les autres domaines, ce pour autant différents axes de réflexion peuvent être poursuivis :

- Favoriser l'accès aux pièces du dossier de demande d'une autorisation d'urbanisme pour

permettre aux voisins d'influer en amont sur le projet plutôt que de saisir la justice a posteriori,

- Encadrer temporellement les recours contre les certificats d'urbanisme opérationnels,

- Imposer aux requérants de justifier précisément de leur intérêt à agir contre la décision d'urbanisme en démontrant que le projet aura des incidences directes sur les conditions de leurs biens,

- De permettre des annulations partielles, voire d'accepter qu'une erreur formelle soit couverte par des mesures d'effets équivalents,

- Repréciser le champ d'application de l'article R. 111-21 du code de l'urbanisme qui permet actuellement de discuter de la bonne insertion d'un projet dans son environnement urbain.

- D'augmenter l'amende pour recours abusif, - de promouvoir la conciliation,

- D'instaurer un calendrier de procédure.

Toutes ces pistes de réflexion sont certainement utiles mais, parce qu'elles ne permettent pas nécessairement de distinguer le bon grain de l'ivraie, c'est-à-dire le recours motivé par un véritable objectif juridique de celui qui constitue un chantage, il n'est pas certain qu'elles répondent complètement aux attentes. Car, en réalité, ce qui permet de recours support d'un chantage de prospérer, c'est tout simplement le temps nécessaire à un tribunal pour se prononcer sur la pertinence des moyens juridiques soulevés. Les enjeux économiques étant très forts, bien souvent les acteurs immobiliers n'ont pas le temps d'attendre la sanction du juge (y compris une amende pour recours abusif), et c'est pourquoi ils sollicitent le requérant pour trouver un accord qui prend la forme d'une indemnisation.

C'est pourquoi à notre sens, seule la dernière piste qui consisterait à mettre en place un calendrier de procédure mais, au-delà, une véritable audience de mise en état du dossier pourrait permettre de limiter sensiblement le nombre de recours que l'on pourrait qualifier de dilatoires. En effet, si à l'issue d'une période relativement brève, de deux à trois mois, un juge du tribunal administratif convoquait les parties pour une première analyse des moyens soulevés, alors il sera sans doute en mesure d'apprécier si le recours a, au moins en apparence, une vraie pertinence juridique ou si, au contraire, il n'est qu'un prétexte pour engager une discussion.

Nous pouvons imaginer que, s'il y a un véritable débat juridique à mener, compte-tenu du principe de légalité et de l'attachement légitime des français à un recours très ouvert à la justice administrative, le débat puisse se prolonger durant une période de douze à dix-huit mois habituellement constatée.

En revanche, si le recours ne pose pas de véritable question de droit pertinente, c'est-à-dire qu'en réalité l'objectif du recours n'était pas de soumettre au juge une question de légalité, mais bien de paralyser un projet pour engager une discussion avec l'opérateur, alors le tribunal pourrait juger dans un délai maximal de trois mois.

Ce délai maximal de trois mois est, semble-t-il, gérable, tant du point de vue du vendeur de terrain que des financiers de l'opération et qu'enfin les acquéreurs potentiels du produit fini.

En sortant de cette contrainte de temps, l'opérateur immobilier n'a plus d'obligation de négocié et n'est donc plus dans une relation de chantage.

1 - Termes empruntés à l'arrêt du Conseil d'Etat d'Assemblée Dame Lamotte de 1950 17 février, en Recueil page 110, et présent dans l'ouvrage «Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative».

2 - Voir pour une application récente CAA de Marseille, 1ère Ch., 30 juin 2011, n° 09MA02605

3 - C.E., 13 janv. 1992, Bertin

4 - Voir compte rendu du séminaire sur le site [www.developpement-durable.gouv.fr/seminaire-de-benoist-apparu-des-26.html](http://www.developpement-durable.gouv.fr/seminaire-de-benoist-apparu-des-26.html)

5 - Article 20 de la loi 2004-1343 du 9 décembre 2004, ordonnance numéro 2005-1527 du 8 décembre 2005 et décret 2007-18

du 5 janvier 2007, plus divers décrets d'application et de modification intervenus depuis

6 - Article 14 de la loi numéro 2006-872 du 13 juillet 2006, dite Engagement National pour le Logement

7 - Par ailleurs pas obligatoire en première instance.

8 - Voir notamment l'article dans Le Journal du Dimanche de Laurent Valdiguié du 2 mai 2011 ou de L'Express du 15 avril 2011 par Anne Vidalie.

9 - Question numéro 94237 de l'Assemblée Nationale du 23 novembre 2010, réponse du 1<sup>er</sup> mars 2011

## TRIBUNE LIBRE

### Les autorisations d'ouverture de grandes surfaces sont aussi des dossiers d'investissement

## URBANISME COMMERCIAL : DE L'AMBIGUÏTÉ À LA CONFUSION

En matière d'équipement commercial, la justice administrative tourne trop souvent à vide ! Le juge tente bien de donner du contenu à la volonté du législateur et les justiciables cherchent bien quel chemin ils doivent emprunter pour parvenir à leurs buts - notamment en matière de développement durable, si nécessaire mais qui freine dangereusement la croissance dont nous avons besoin. La confusion est préjudiciable à tous, car des milliards d'investissement et des milliers d'emplois sont en jeu. Méfions-nous des médecins de Molière qui se fichent que le malade meurt si les principes sont respectés...

Par Ph. Cattiaux et J. Perrilliat

L'encombrement de la Commission nationale d'aménagement commercial (Cnac) et des juridictions dont le Conseil d'Etat est chargé d'examiner les recours, la remise en cause des décisions implicites et la préservation (subjective) des prairies humides, conduisent le système d'autorisation de l'urbanisme commercial à la limite de l'apoplexie. Et avec lui les investissements qui l'accompagnent.

Pour plus de sécurité juridique et plus d'équité, il serait urgent de préciser certains dispositifs de cette loi... en attendant une éventuelle nième réforme.

En effet, la malheureuse législation de l'urbanisme commercial, petite fille de la Loi Royer et fille de la Loi de modernisation de l'économie (Lme), n'en finit pas de subir avatar sur avatar. On peut, pour mémoire, rappeler la valse hésitation concernant l'iden-

tité de la juridiction chargée d'examiner les recours contre les décisions de la Cnac.

Celles-ci relevaient à l'origine du Conseil d'Etat ; il y a deux ans, cette compétence fut transférée aux tribunaux administratifs, ce qui entraînait de notables allongements des délais de procédure. Cet été, il fut décidé de revenir à l'état originel : c'est-à-dire au Conseil d'Etat. On peut imaginer les erre-

ments, les erreurs et les malentendus qui ont résulté de ce va-et-vient.

Le premier constat est que les tribunaux administratifs ont travaillé pendant ce laps de temps et ont rendu des arrêts, dont celui de Châlons-en-Champagne du 22 Juillet 2011. Par cette décision, ce dernier revient sur une pratique constante de la Cnac depuis 1992 et modifie la jurisprudence.

Suite page 34