

**N° 355812**  
**Société Coutis**

**SECTION**

**Section du 21 juin 2013**  
**Lecture du 28 juin 2013**

**CONCLUSIONS**

**M. Rémi KELLER, rapporteur public**

Cette affaire va vous permettre de répondre à une question inédite qui n'est pas sans importance : une personne justifiant d'un intérêt est-elle recevable à contester directement devant le juge la décision prise sur un recours administratif préalable obligatoire (RAPO) formé par une autre personne ?

L'affaire se présente de la façon suivante. Le 14 juin 2011, la commission départementale d'aménagement commercial de la Seine-et-Marne a autorisé la société Onagan Promotion à ouvrir à Dammartin-en-Goële un ensemble commercial de 3 273 m<sup>2</sup>, comprenant notamment un supermarché de 1500 m<sup>2</sup> à l'enseigne *Casino*. Cette décision a été contestée devant la commission nationale d'aménagement commercial (CNAC) par un concurrent, la société CSF France. Une décision implicite de rejet est née le 18 novembre 2011 du silence gardé par la commission nationale. Cette décision est attaquée devant vous, non pas par l'auteur du RAPO mais par la société Coutis, qui exploite elle aussi un commerce à dominante alimentaire dans la zone de chalandise.

La requérante soulève un moyen qui justifie l'annulation de la décision attaquée : la commission nationale n'a pas recueilli l'avis du ministre chargé du commerce (16 mai 2011, *Communauté d'agglomération du bassin d'Aurillac*, qui sera mentionné aux tables), ce qui s'explique aisément s'agissant d'une décision implicite mais ne l'entache pas moins d'irrégularité (12 juin 2002, *Sté Janssen-Cilag*, t. p. 591).

Encore faudrait-il que la requête fût recevable, ce qui est contesté par la société Onagan Promotion, bénéficiaire de l'autorisation, qui fait valoir que la société Coutis n'a pas exercé le recours préalable prévu par le dernier alinéa de l'article L. 752-17 : « *La saisine de la commission nationale est un préalable obligatoire à un recours contentieux à peine d'irrecevabilité de ce dernier.* »

**I. - 1.** Tout d'abord, il ne fait aucun doute que le recours des tiers devant la commission nationale d'aménagement commercial constitue désormais un préalable obligatoire à la saisine du juge.

L'évolution des textes et de la jurisprudence a été la suivante. Avant l'intervention de votre décision de section L... du 28 septembre 2005 (n°s 266208 266210, p. 401), vous jugiez que les personnes qui n'étaient pas mentionnées par le texte instituant un RAPO pouvaient attaquer directement la décision initiale de l'administration (voyez, pour les ouvertures de commerce : 6 janvier 1989, *SCI Aménagement Ajaccio-Mezzavia*, t. p. 498).<sup>1</sup>

Toutefois, dans certains contentieux, vous jugiez que le RAPO s'imposait aussi aux tiers non mentionnés par le texte (voyez, pour l'inscription au tableau des ordres professionnels : Section, 13 mai 1970, *Conseil départemental de l'ordre des médecins de l'Eure*, p. 334)<sup>2</sup>. Mais même dans ce domaine, votre jurisprudence n'était pas uniforme : ainsi, en matière d'inscription au tableau des experts-comptables, vous n'imposiez pas le recours préalable aux tiers (section, 25 avril 1975, *B...*, n°s 93335 93358, p. 266).

Pour mettre de l'ordre dans ce paysage jurisprudentiel, votre section du contentieux a décidé de dégager une règle simple et générale à l'occasion de l'affaire L... précitée (n°s 266208 266210), qui concernait l'inscription au tableau de l'ordre des médecins. Vous avez jugé, de façon très prétorienne, que le recours préalable s'imposait à toute personne justifiant d'un intérêt pour l'exercer, même si elle n'était pas mentionnée par le texte instituant ce recours.

Cependant, moins de six mois après, par l'arrêt *Leroy Merlin* du 10 mars 2006 (p. 118)<sup>3</sup>, qui concernait précisément une ouverture de commerce, votre section a souhaité cantonner la solution L... (n°s 266208 266210) aux décisions des ordres professionnels et revenir, pour le reste, à la jurisprudence antérieure. La règle est désormais la suivante : sous réserve du cas particulier des ordres professionnels, « *une procédure de recours administratif préalable n'est susceptible de s'appliquer qu'aux personnes qui sont expressément énumérées par les dispositions qui en organisent l'exercice. Ainsi, en matière d'urbanisme commercial, seules les personnes visées à l'article L. 720-10 du code de commerce sont soumises à l'obligation de recours administratif obligatoire devant la commission nationale d'équipement commercial.* »

Lorsque cette décision *Leroy-Merlin* a été rendue, le recours devant la CNEC n'était ouvert qu'au demandeur, au préfet et à deux membres au moins de la commission départementale dont un élu. Les tiers – notamment les commerçants concurrents du bénéficiaire de l'autorisation d'ouverture - pouvaient donc déférer directement au juge la décision de la commission départementale. Et les travaux préparatoires indiquent que le législateur les avait délibérément dispensés du RAPO, notamment pour ne pas encombrer la commission nationale.

Mais la situation a encore changé avec la loi du 4 août 2008 et la nouvelle rédaction de l'article L. 720-10 du code de commerce, devenu L. 752-17 : « *A l'initiative du préfet, du maire de la commune d'implantation, du président de l'établissement public de coopération intercommunale (...) et de toute personne ayant intérêt à agir, la décision de la commission départementale d'aménagement commercial peut, dans un délai d'un mois, faire l'objet d'un*

---

<sup>1</sup> Pour les autorisations d'ouverture d'établissements privés de soins : 7 avril 1995, *Confédération nationale des syndicats dentaires* et autre, n° 89157.

<sup>2</sup> Egaleme nt, pour les vétérinaires : 2 mai 1990, *T...*, n° 89411, p. 110.

<sup>3</sup> Conclusions contraires Yves Struillou.

*recours devant la Commission nationale d'aménagement commercial. La commission nationale se prononce dans un délai de quatre mois à compter de sa saisine. / La saisine de la commission nationale est un préalable obligatoire à un recours contentieux à peine d'irrecevabilité de ce dernier. »*

Le législateur a donc inclus, cette fois, les tiers dans le champ du RAPO. Pour eux, le RAPO est donc désormais obligatoire en application de la règle de l'arrêt de section *Leroy-Merlin*, que nous ne vous proposerons pas de remettre encore en chantier. Et rien ne s'oppose à ce recours puisque la décision de la CNAC est publiée par voie électronique et affichée à la mairie du lieu d'implantation du projet.<sup>4</sup>

2. Toutefois, votre section n'a pas tranché la question de savoir si, dès lors qu'un recours préalable a été exercé, la décision qui s'ensuit peut être contestée devant le juge par toute autre personne ayant intérêt pour agir.

Cette question ne se pose, bien entendu, que dans l'hypothèse où la décision prise à l'issue du RAPO confirme la décision initiale. Dans le cas contraire, la décision initiale pouvait ne pas faire grief au requérant, et l'on ne saurait évidemment lui reprocher de ne pas l'avoir contestée.

Il existe peu de jurisprudence sur ce point, et aucune ne tranche la question qui vous est posée. Signalons tout de même deux décisions.

D'abord une décision *S.A.R.L. Villerupt Auto-Ecole* du 21 septembre 1990 (t. p. 911), qui juge, à propos de la commission d'accès aux documents administratifs (CADA), que la circonstance que l'administration ait sollicité l'avis de la CADA avant de refuser la communication d'un document ne dispensait pas le demandeur de saisir à son tour la commission avant de contester la décision de refus. Mais cette solution n'est pas directement transposable à l'espèce car la saisine de la CADA par l'administration n'est pas assimilable à un recours administratif préalable.

En sens inverse, par un avis *SARL Château d'Épinay* du 30 juin 2010 (t. p. 888), vous avez estimé que lorsqu'un permis de construire a été refusé en raison d'un avis négatif de l'architecte des Bâtiments de France, le pétitionnaire n'est pas tenu, avant de saisir le juge, de contester l'avis de l'architecte devant le préfet de région, comme le prévoit pourtant le code de l'urbanisme, si cette contestation préalable a déjà été exercée par l'autorité compétente pour délivrer le permis.

Là encore, il ne s'agit pas d'un RAPO à proprement parler, car le recours préalable s'exerce non pas contre la décision administrative contestée – qui est le refus de permis de construire – mais contre l'avis préalable à cette décision. De plus, comme l'expliquait Julien Boucher qui concluait sur cette affaire, « *l'avis rendu par le préfet sur recours préalable de l'autorité compétente pour délivrer le permis se substituera à celui de l'architecte des bâtiments de France, de sorte que la contestation préalable de celui-ci par le pétitionnaire deviendra sans objet* ».

---

<sup>4</sup> Art. R 752-52 code de commerce.

Le terrain jurisprudentiel est donc quasiment vierge.

II. – 1. Quant au texte, il présente une ambiguïté.

Rappelons le dernier alinéa de l'article L. 752-17 : « *La saisine de la commission nationale est un préalable obligatoire à un recours contentieux à peine d'irrecevabilité de ce dernier.* »

La lecture la plus naturelle incite à penser que celui qui forme le recours contentieux doit au préalable avoir exercé le RAPO. Mais l'interprétation contraire n'est pas interdite puisque le texte indique seulement que « la saisine » de la commission nationale – sans en indiquer l'auteur - est un préalable obligatoire à « un recours contentieux ». Et les travaux parlementaires n'apportent aucun éclairage sur ce point.

Vous pourriez donc, au nom du droit au recours, être tentés d'interpréter le texte dans le sens le plus favorable au requérant en disant que le recours contentieux direct est autorisé puisque la loi ne l'interdit pas. Comme l'écrivait le président Odent : « *Le caractère obligatoire des recours préalables et l'interdiction corrélative de former un recours contentieux direct constituent des exceptions interprétées strictement.* »<sup>5</sup>

Mais telle n'est pas la solution que nous allons vous proposer, car des arguments solides plaident en sens inverse.

2. Précisons d'abord que l'existence d'un recours préalable obligatoire n'est pas, par elle-même, contraire au principe du droit au recours. Le Conseil constitutionnel l'a dit, d'abord à propos de la commission d'accès aux documents administratifs<sup>6</sup>, ensuite à propos des refus de validation d'une attestation d'accueil d'un étranger<sup>7</sup>. Vous l'avez vous-même jugé au sujet des autorisations des établissements de santé (3 mars 2002, *Clinique médicale de pneumologie Ste-Anne*, p. 166), solution confirmée à propos de la décision excluant un travailleur du revenu de remplacement (26 février 2003, *D...*, n° 237297, t. p. 784). La Cour européenne des droits de l'homme adopte un point de vue identique, dès lors que la décision prise sur recours peut être déférée à un juge (30 septembre 2004, *Pramov c/ Bulgarie*).

Or, non seulement la décision de la commission nationale d'aménagement commercial peut bien entendu être déférée au juge de l'excès de pouvoir, mais rien n'interdit au requérant de soulever devant le juge d'autres moyens que ceux qu'il avait invoqués à l'occasion du recours préalable (21 mars 2007, *G...*, n° 284586, p. 128)<sup>8</sup>.

3. Des raisons d'opportunité plaident également en faveur de l'obligation du recours préalable pour tous. Comme l'a montré l'étude conduite par le Conseil d'État en 2008<sup>9</sup>, le RAPO présente un intérêt pour l'utilisateur, pour l'administration et pour la juridiction. .

Pour l'utilisateur d'abord : le recours préalable est régi par une procédure plus brève et moins contraignante que le recours juridictionnel. Théoriquement, il permet à son auteur de

---

<sup>5</sup> *Contentieux administratif*, t. V, p. 1646.

<sup>6</sup> 10 mars 1988, n° 88-154 L, rec. p. 42.

<sup>7</sup> 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC, cons. 19.

<sup>8</sup> La seule exception, à cet égard, concerne le contentieux du remembrement et celui des élections administratives.

<sup>9</sup> *Les recours administratifs préalables obligatoires*, La documentation française, Paris 2008.

mieux comprendre la décision de l'administration – et ainsi de mieux apprécier les chances de succès d'une action contentieuse.

Le RAPO permet aussi, à l'administration cette fois, d'établir une relation différente avec les administrés. Certes, l'administration n'est pas naturellement encline à changer d'avis - elle n'est pas la seule ; il n'empêche que le RAPO lui offre l'occasion de purger ses décisions de leurs vices éventuels. Comme l'écrivait Jean-Claude Bonichot dans sa contribution aux *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*<sup>10</sup> : le recours préalable doit être conçu « comme un processus administratif normal de réexamen d'une décision ou d'une position de l'administration. » Et la circonstance que ce réexamen ait déjà eu lieu à l'occasion d'un premier RAPO ne rend pas inutile un nouvel examen à la demande d'une autre personne qui pourra faire valoir d'autres arguments.

En matière d'aménagement commercial, le RAPO donne aussi l'occasion à la commission nationale d'harmoniser les pratiques des commissions départementales.

Enfin, le recours préalable offre bien entendu un intérêt pour la juridiction administrative, s'il peut permettre de désencombrer le prétoire. On peut cependant s'interroger sur cette efficacité dans le domaine de l'aménagement commercial, eu égard au nombre élevé de recours contentieux, dont les deux tiers sont formés contre des décisions d'autorisation par des concurrents mécontents. On ne saurait d'ailleurs s'en étonner eu égard aux enjeux des litiges, et aussi à l'instrumentalisation du recours, certains requérants négociant des compensations financières amiables moyennant le désistement de leur requête.

4. Au-delà de ces considérations d'opportunité, nous croyons que l'obligation du recours préalable pour tous répond à la finalité même du RAPO. Le recours obligatoire, comme son nom l'indique, c'est une étape obligée de la contestation, c'est la porte d'entrée obligatoire pour tous : nous croyons que celui qui ne franchit pas cette étape ne doit pas être qualifié pour la phase contentieuse. En l'affirmant, vous poserez une règle qui a le mérite de la simplicité et de la clarté. Comme l'écrivait encore Jean-Claude Bonichot, que nous nous permettons de citer une seconde fois : « *Le recours administratif préalable [doit avoir] un caractère général. Il appartient au législateur ou au pouvoir réglementaire d'organiser la procédure (...) de telle manière (...) qu'il apparaisse clairement que toute personne qui entend contester tel type d'acte doit exercer le recours administratif* ».

Cette règle répond en outre à des considérations tirées de l'égalité au regard des délais de recours contentieux. En effet, la saisine de la commission nationale doit intervenir dans le mois qui suit la décision de la commission départementale, et seule cette saisine permet de préserver le délai de recours contentieux. En profitant du RAPO d'un autre, le requérant échappe à cette obligation de délai ; tel un passager clandestin, il se transporte directement au prétoire, dispensé de la procédure contraignante que constitue la contestation de la décision initiale. Il serait tout de même paradoxal que l'accès au juge, dans le cas d'une autorisation, soit plus facile pour certains concurrents – comme la société Coutis en l'espèce – qu'il ne l'aurait été, en cas de refus d'autorisation, pour le pétitionnaire obligé de former son RAPO.

---

<sup>10</sup> Dalloz 2007, p. 84.

L'ensemble de ces considérations nous conduit à vous proposer de juger que la voie du recours contentieux contre une décision de la commission nationale d'aménagement commercial n'est pas ouverte à une personne qui n'aurait pas formé elle-même un recours administratif préalable obligatoire.

**III.** - Avant de conclure, nous voudrions apporter trois précisions et examiner brièvement les conséquences d'une telle décision.

1. Première précision, qui va de soi : si vous décidez d'aller au-delà du domaine de l'aménagement commercial et de poser une règle générale applicable à tous les RAPO - sans pour autant remettre en cause la limite fixée par la décision de section *Leroy-Merlin* -, cette règle ne s'appliquera bien entendu qu'en l'absence de dispositions contraires.

2. Deuxième précision : la solution qui vous est proposée ne vaut qu'à la condition que l'autorité chargée d'examiner le recours préalable ne se soit pas prononcée avant l'expiration du délai imparti pour former le RAPO – car sinon, l'auteur du recours contentieux direct pourra soutenir qu'il n'a pas eu le temps de former son RAPO. Toutefois, il s'agit là d'une pure hypothèse d'école, au moins pour ce qui concerne l'aménagement commercial, car cela supposerait que la commission nationale se prononce dans le délai d'un mois suivant la décision de la commission départementale<sup>11</sup>, ce qui est rendu impossible par les nécessités de l'instruction.

3. Dernière précision : nous pensons que cette solution peut s'appliquer aux instances en cours sans que soit méconnu le principe de sécurité juridique. En effet, les tiers ne peuvent légitimement croire qu'ils sont dispensés de l'obligation de recours préalable : d'abord parce que la rédaction de l'article L. 752-17 du code de commerce incite fortement en ce sens, ensuite parce que les articles suivants précisent les modalités de mise en œuvre du recours devant la commission nationale.

C'est d'ailleurs ainsi que la quasi-totalité des requérants interprètent le texte, puisque c'est la première fois que le cas se présente à juger. Votre décision n'aura donc aucune conséquence particulière sur le contentieux de l'aménagement commercial.

4. Quant aux conséquences sur d'autres contentieux, si vous décidez de poser une règle générale, elles seront sans doute tout aussi limitées.

En effet, si les concurrents potentiels sont nombreux en urbanisme commercial, il n'en va pas de même dans les autres matières où il existe un recours administratif préalable obligatoire : les droits des tiers y sont rarement mis en cause car il s'agit le plus souvent de décisions individuelles de refus qui n'ont d'effets qu'à l'égard de la personne directement concernée. Tel est le cas des décisions relatives aux visas d'entrée en France, à la communication de documents administratifs, à l'aide personnalisée au logement, au permis de chasser, à la carte d'identité des journalistes professionnels, ou encore des décisions individuelles des fédérations sportives. Le rapport du Conseil d'État déjà cité indique d'ailleurs que les administrations ne font état d'aucune difficulté particulière sur la question des droits des tiers.

---

<sup>11</sup> Délai prévu à l'article L. 752-17 du code de commerce.

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet de la requête, y compris les conclusions tendant au remboursement des frais exposés et non compris dans les dépens ;
- à ce qu'une somme de 5 000 € soit mise à la charge de la société Coutis au titre des frais de même nature exposés par la société Onagan Promotion.