N° 399713

Confédération du commerce de gros et international

6^{ème} chambre jugeant seule

Séance du 28 juin 2018

Lecture du 16 août 2018

CONCLUSIONS

M. Louis DUTHEILLET de LAMOTHE, rapporteur public

L'article L. 541-10-9 du code de l'environnement, issue de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour une croissance verte, a mis à la charge des distributeurs, et des distributeurs uniquement, de « matériaux, produits et équipements de construction », à destination des professionnels uniquement, l'obligation de reprendre les déchets issus des mêmes produits. La loi prévoit elle-même que l'obligation ne pèsera qu'à partir d'un certain seuil, qu'elle renvoie à un décret. Cette disposition est issue du constat que les déchets de construction, qui du fait de leur poids sont difficilement transportables, ne bénéficiaient pas de lieux de dépôts suffisants : les 700 points de collecte étaient débordés par des dépôts sauvages. Le système prévu par la loi permet de créer un maillage très fin : chaque distributeur est aussi le lieu de reprise des déchets, l'objectif étant d'arriver à valoriser une plus grande part de ces déchets.

Le décret n° 2016-288 du 10 mars 2016 attaqué est le décret d'application de cette nouvelle législation. Le pouvoir réglementaire a fait le choix de définir les débiteurs de l'obligation en utilisant les codes NACE du règlement européen n° 1893/2006 du 20 décembre 2006. Il s'agit d'une nomenclature statistique des activités économiques. La NAF, la nomenclature d'activités française, a la même structure que la nomenclature NACE. En principe, un distributeur peut connaître sans trop de difficulté son code NACE ou NAF et savoir s'il relève de l'obligation en cause. Le décret fait référence à quatre rubriques qui recouvrent les grossistes : intermédiaires du commerce en bois et matériaux de construction (4613) ; commerce de gros de bois, matériaux de construction et appareils sanitaire (4673) ; commerce de gros de quincaillerie et fourniture pour plomberie et chauffage (4674) ; commerce de gros non spécialisé (4690). L'utilisation du code NACE est donc une manière de traduire le « à destination des professionnels » de la loi. Comme ces codes recouvrent d'autres commerces que celui des matériaux de construction, le décret précise qu'il faut bien exercer ce commerce pour être concerné. Il fixe ensuite un seuil : une surface de distribution de 400 mètre carrés au moins pour un chiffre d'affaire supérieur à 1 million d'euros : il faut noter, car c'est un des nœuds du contentieux, que ce critère n'est pas défini en fonction de l'activité relative aux matériaux de construction mais de façon globale. Si le vendeur fait commerce d'autres produits, ils sont inclus dans le seuil. Enfin, le point de reprise des déchets doit être sur place ou à maximum 10 km.

La confédération du commerce de gros et international a formé un recours pour excès de pouvoir contre ce décret et soulève de nombreux moyens. Vous avez renvoyé une QPC au Conseil constitutionnel, qui a apporté quelques précisions intéressantes en interprétant la loi :

1

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

le législateur a voulu, dit-il, faire peser la nouvelle obligation sur les distributeurs « *s'adressant à titre principal aux professionnels du bâtiment et de la construction* », qui sont les « *principaux pourvoyeurs* » de ces produits. Ils ne sont donc pas dans la même situation que ceux qui s'adressent principalement à des particuliers, comme les magasins de bricolage, où peuvent évidemment aussi se fournir des professionnels, mais généralement pour des quantités moindres. Par ailleurs, la loi dispose que le distributeur doit s'organiser pour reprendre les déchets « en lien avec les pouvoirs publiques et collectivités compétentes » : le Conseil constitutionnel a précisé que le distributeur est libre de contracter ou non avec les structures publiques existant à proximité.

Vous écarterez facilement les deux moyens de légalité externe. Nous ne sommes dans aucun des cas où l'article L. 462-2 du code de commerce exige une consultation de l'Autorité de la concurrence, votre jurisprudence est nourrie sur ce point ; et il n'y avait pas non plus à procéder à une notification à la Commission européenne au titre de la directive 2015/1535 du 9 septembre 2015 prévoyant une telle notification pour les projets de normes et réglementations techniques. Certes, au titre des « autres exigences », cette directive inclut les exigences « *imposées à l'égard d'un produit pour des motifs de protection, notamment des consommateurs ou de l'environnement, et visant son cycle de vie après le marché, telle que ses conditions d'utilisation [ou] de recyclage (...)* » mais la jurisprudence de la Cour limite strictement cette notion aux exigences relatives aux produits eux-mêmes, et non à celles qui pèsent, comme ici, sur les acteurs économiques (CJCE, 21 avril 2005, Lingbert, C-267/03 ; CJUE, 4 fevr. 2016, Sebat, C-336/14 ; CJUE, 13 oct. 2016, Naczelnik Urzędu Celnego I w Ł., C-303/15).

Il est ensuite soutenu que le décret serait contraire à l'article L. 541-10-9 du code de l'environnement, sa base législative :

- il serait illégal d'exclure ceux qui ne correspondent pas aux codes NACE mais vendent « *à une clientèle constituée, pour tout ou partie, de professionnels du bâtiment (artisans notamment)* » ; la requête donne 4 exemples, qui tous nous paraissent à juste titre en dehors du champ du décret. D'abord 1° les grandes surfaces de bricolages, mais elles ne vendent pas principalement « à » des professionnels et surtout pas « à destination » des professionnels, même si effectivement les artisans y ont souvent recours. Le Conseil constitutionnel a validé leur exclusion au regard du principe d'égalité. Ensuite, 2° les fabricants et producteurs qui ne sont pas distributeurs par ailleurs : la loi elle-même se limite aux distributeurs, qui ont donc en principe une activité commerciale d'achat et de revente, ce qui est bien le cas des grossistes. Ainsi, une carrière de production qui vend accessoirement directement du matériau à ceux qui s'y rendent n'est pas dans le champ ; de même lorsqu'un industriel producteur expédie ses produits à celui qui les achète voire vend directement sur place à certains professionnels qui viennent le voir. Sur tous ces points, la différence de situation peut parfois sembler ténue, mais tout cela résulte de la loi et le Conseil constitutionnel l'a validée. 3° Les coopératives d'artisans, mais ce sont des structures d'achat et de collaboration et non des distributeurs. 4° Les sites de ventes uniquement en ligne : ils sont hors champ s'ils n'ont pas de site physique de distribution, car la loi parle bien d'une reprise sur le site ou à proximité, ce qui est le cas commun pour ces déchets lourds et volumineux. La loi ne nous semble donc pas méconnue ;
- une critique spécifique vise la définition de « l'unité de distribution » par le décret, c'est-à-dire le lieu où sont disponibles les produits et matériaux à vendre, et qui doit faire 400 mètres carrés pour que le distributeur soit astreint à être centre de reprise des

déchets du même type. Le décret exclut qu'une carrière ou les sites de stockage de sa propre production avant expédition soit considéré comme site de distribution : cette précision ne vaut que pour savoir ce qui doit être comptabilisé pour le calcul de la surface de l'unité de distribution, et il est bien sûr normal d'exclure des espaces où s'entreposent des matériaux mais qui sont sans lien avec la distribution ;

- il n'y a pas non plus de méconnaissance de l'article L. 541-2, qui dispose que tout producteur ou détenteur de déchet doit en faire assurer la gestion, car cette gestion s'effectue conformément aux dispositions légales et réglementaires or en l'espèce la loi a prévu des centres de reprise de ces déchets tenus par les grands distributeurs.

Est ensuite invoquée la méconnaissance de la directive déchets, la directive 2008/98 du 19 novembre 2008 qui permet aux Etats-membres, à ses articles 8 et 15, de mettre en œuvre des filières de « responsabilité élargie du producteur », mais cette directive permet explicitement cette sorte de responsabilité du distributeur. Quant à critiquer l'absence d'étude d'impact de la loi permettant de s'assurer, comme le demande la directive, de la viabilité économique du système, il s'agit là d'un contrôle de conventionnalité de la procédure d'édiction de la loi que vous vous refusez à pratiquer.

Si vous nous avez suivi pour juger la traduction en code NACE du décret conforme à la loi, vous écarterez le moyen d'une atteinte au **principe d'égalité** entre ces distributeurs et d'autres qui vendent aussi, en partie, à des professionnels puisque la différence trouve sa source dans la loi, que le conseil constitutionnel a d'ailleurs validée sur ce point. Il n'y a pas de différence supplémentaire créée par le décret, dès lors qu'on n'identifie pas de distributeur qui devrait être soumis à l'obligation de reprise et qui ne serait pas dans les codes NACE indiqués.

Est ensuite invoquée une rupture d'égalité entre les grossistes soumis à l'obligation, au motif qu'il aurait fallu mieux distinguer entre eux selon les différentes situations. Le moyen s'appuie sur le principe d'égalité du droit de l'Union européenne, qui oblige parfois à différencier, contrairement au principe d'égalité national. Le décret s'appliquant aux sociétés d'autres Etats-membres distribuant en France, le principe nous semble invocable. Il aurait fallu, selon la requête, différencier :

- selon que les grossistes se sont déjà organisés ou non pour la reprise des déchets ;
- selon ceux qui auront la capacité pratique de respecter la loi ou non... ;
- selon qu'il y a déjà une structure publique qui peut reprendre les déchets à proximité ou non ;
- selon qu'ils sont au dessus ou en dessous des seuils de surface et chiffre d'affaire, qui ne sont pas pertinents, comme serait trop limitée la distance de 10 km pour l'aire de reprise.

Mais l'argumentation ne nous convainc pas sur tous ces points : le décret nous semble conforme à ce qu'a voulu la loi. Nous reviendrons plus tard sur l'obligation de différencier le cas des grossistes vendant accessoirement et marginalement certains matériaux de construction.

Vous pourrez ensuite écarter une série de moyens appuyés sur des principes supérieurs (liberté d'entreprendre, liberté de contracter et libre concurrence), mais dont l'argumentation repose en partie sur l'idée que le décret fait porter une atteinte trop forte aux négociants-grossistes, qui sont ceux des codes NACE visés, par rapport à d'autres acteurs vendant des matériaux à des professionnels, qui sont exonérés de l'obligation de reprise. Mais si vous jugez le décret conforme à la loi sur ce point, encore une fois, et n'ajoutant pas de

spécificités, tous ces moyens reviennent à critiquer la loi. Pour le reste, l'argumentation reprend celle sur la méconnaissance du principe d'égalité, en soulignant qu'une partie des distributeurs ne peut s'appuyer sur une structure existante à proximité, sera soumis à la force de négociation des entreprises de recyclage, pourront ou non s'organiser, notamment en mutualisant leurs efforts... Nous pensons que sur tous ces points le décret, qui devait fixer les critères et seuils de l'obligation, pouvait ne pas opérer de distinction et qu'il l'a fait sans méconnaître aucun de ces principes. Nous réservons la question des cas où l'activité de vente de matériaux de construction est totalement marginale.

Le moyen tiré d'une méconnaissance de la **loi n° 2015-991 du 7 août 2015 dite NOTRe** qui a prévu des plans régionaux de prévention et de gestion des déchets, nous semble inopérant, les deux dispositifs législatifs se combinent.

Enfin il ne nous semble pas que le décret méconnaisse les **exigences de la sécurité juridique** : il n'avait pas à définir ce que sont les pouvoirs publics et collectivités territoriales ; le conseil constitutionnel a validé le fait que la loi se soit référée aux déchets « de même type » comme suffisamment précis pour circonscrire l'obligation de reprise ; le décret comme la loi n'exclut pas que la reprise soit confié à un tiers par le distributeur, pour remplir de son obligation ; le dossier ne justifie pas d'une atteinte excessive à des contrats en cours qui auraient spontanément organisé des sites de reprise à plus de 10 km ; les critères en terme de code NACE, chiffre d'affaire et surface de vente ont été définis par le décret et sont d'une clarté suffisante, les cas limites existant toujours ; enfin, l'absence de mesures transitoires résulte de la loi elle-même, qui a fixé la date d'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2017, 16 mois après, le décret étant intervenu environ 8 mois avant.

En dernier lieu, rien ne nous semble attester de ce que les critères soient entachés **d'EMA**.

Reste enfin un point délicat et qui nous semble justifier une interprétation neutralisante ou une annulation ciblée. Le choix de critères globaux, non liés à l'activité de vente de matériaux de construction elle-même, pose la question de ceux dont l'activité est mixte ; il n'y a pas de difficulté de principe à ce qu'ils soient eux aussi chargés de la reprise des déchets, puisqu'ils distribuent en partie ces matériaux. Mais il est vrai qu'on peut arriver à des situations assez extrêmes, puisque les codes NACE recouvrent des grossistes qui ne sont pas spécialisés dans la vente de matériaux de construction. Ainsi, un grossiste qui vendrait des bétonneuses et des grues, non soumises à l'obligation, et qui par ailleurs, écoulerait un peu de sable, devrait ouvrir une décharge pour le sable. La requête souligne qu'un des codes NACE inclut des grossistes divers, par exemple en ameublement : un grossiste en ameublement qui vend du bois doit-il ouvrir une décharge à bois ? Pour ces cas extrêmes, l'existence d'une discrimination vis-à-vis de ceux qui sont exemptés car sous les seuils de 400m² et 1M de chiffre d'affaires alors qu'ils sont spécialisés dans les matériaux de construction, l'obligation de différencier au regard du principe d'égalité européen, l'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, la méconnaissance de la loi telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel qui a jugé qu'elle ne visait que ceux qui sont les « *principaux pourvoyeurs des produits de construction* » : tous ces moyens, pour ce cas particulier, nous semblent fondés. Autrement dit, le fait d'avoir choisi des critères globaux (400m², 1 M) au lieu de critères centrés sur les matériaux de construction impliquait de prévoir une « clause de sauvegarde » liée au fait que l'activité spécifique de vente de matériau de construction ne doit pas être trop accessoire. Encore faut-il que des cas de cette sorte existent vraiment dans la réalité. La requérante qui représente les grossistes l'affirme et, à moins de prolonger l'instruction, il nous semble difficile de dire qu'ils n'existent pas. Cela nous conduit à vous proposer d'annuler le décret en

tant qu'il n'a pas prévu une telle clause de sauvegarde de ceux dont l'activité de distribution de matériau de construction est trop marginale et accessoire pour que l'obligation de reprise puisse leur être imposée sans méconnaître la loi ou les principes invoqués. Une telle clause pourrait par exemple exempter ceux dont l'activité de vente de matériau de construction représente moins d'un certain pourcentage du chiffre d'affaire, et moins qu'une certaine somme. Il est vrai que vous pourriez aussi procéder à une interprétation neutralisante : d'après ses définitions, le décret ne met d'obligation qu'à la charge de ceux qui « exploitent un commerce » de matériau de construction, et vous pourriez juger que le cas extrême du grossiste d'autre chose qui vend aussi, par ailleurs, un peu de sable, ou des tuyaux, ou du bois, n'exploite pas un commerce de matériau de construction, cette vente étant fondue dans son activité principale. Cela n'exclurait pas d'ailleurs qu'un grossiste important ait plusieurs commerces, dont un de matériaux de construction, et il serait alors dans le champ. Mais cette solution nous semblerait moins lisible que celle consistant à ajouter dans le texte une clause de sauvegarde.

PCM nous concluons donc à l'annulation du décret en tant qu'il n'a prévu aucune dérogation pour ceux dont l'activité de vente de matériaux et produits de construction n'est que marginale et accessoire dans leur activité et, eu égard au caractère très limité des effets de cette annulation, au rejet du surplus des conclusions.