

N° 434918

Conseil national des centres commerciaux

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 11 mars 2020

Lecture du 16 mars 2020

CONCLUSIONS

M. Raphaël Chambon, rapporteur public

Pour la troisième fois en quelques semaines, le conseil national des centres commerciaux, organisation professionnelle fédérant l'ensemble des professionnels de l'industrie des centres commerciaux, vous soumet une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'une des dispositions législatives du code de commerce issues de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, dite loi ELAN, et visant à renforcer l'encadrement des autorisations d'exploitation commerciale afin de protéger le tissu commercial des centres-villes.

Signalons à cet égard que le Conseil constitutionnel rendra demain matin sa décision sur la QPC que vous lui avez transmise par votre décision du 13 décembre 2019, portant sur la constitutionnalité de la nouvelle rédaction donnée par la loi ELAN à l'article L. 752-6 du code de commerce définissant les critères pris en compte par les commissions départementales d'aménagement commercial pour statuer sur les demandes d'autorisation d'exploitation commerciale. Les contraintes de délai encadrant l'examen des QPC ne nous permettent hélas pas d'en avoir connaissance à l'heure où nous devons conclure sur la présente QPC qui pose des questions voisines.

L'article 157 de la loi ELAN aujourd'hui contesté figure au chapitre intitulé « Revitalisation des centres-villes » du titre IV de la loi dédié à l'amélioration du « cadre de vie ».

Son I crée, à l'article L. 303-2 du code de la construction et de l'habitation, les opérations de revitalisation de territoire (ORT), lesquelles ont « pour objet la mise en œuvre d'un projet global de territoire destiné à adapter et moderniser le parc de logements et de locaux commerciaux et artisanaux ainsi que le tissu urbain de ce territoire pour améliorer son attractivité, lutter contre la vacance des logements et des locaux commerciaux et artisanaux ainsi que contre l'habitat indigne, réhabiliter l'immobilier de loisir, valoriser le patrimoine bâti et réhabiliter les friches urbaines, dans une perspective de mixité sociale, d'innovation et de développement durable ».

Son V détermine les conséquences de ces ORT en matière d'aménagement commercial, en vue de renforcer les effets de ces opérations :

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.

- d'une part, dans un nouvel article L. 752-1-1 du code de commerce, une mesure incitative à l'implantation dans les centres-villes à revitaliser, à savoir, par dérogation à l'article L. 752-1 de ce code, une dispense d'autorisation d'exploitation commerciale (AEC) pour les projets en principe soumis à une telle autorisation dont l'implantation est prévue dans un secteur d'intervention d'une opération de revitalisation de territoire comprenant un centre-ville identifié par la convention de ladite opération
- d'autre part, dans un nouvel article L. 752-1-2 du code de commerce, la faculté offerte aux préfets de suspendre, pour une durée maximale de trois ans pouvant être prolongée d'un an supplémentaire, l'enregistrement et l'examen en CDAC des demandes d'autorisation d'exploitation commerciale dans deux types de configurations :
 - en premier lieu, pour des projets dont l'implantation est prévue sur le territoire d'une ou plusieurs communes signataires de la convention d'ORT mais hors des secteurs d'intervention de l'opération, le préfet prenant sa décision *« compte tenu des caractéristiques des projets et de l'analyse des données existantes sur la zone de chalandise, au regard notamment du niveau et de l'évolution des taux de logements vacants, de vacance commerciale et de chômage dans les centres-villes et les territoires concernés »*.
 - en second lieu, pour des projets situés dans des communes qui n'ont pas signé la convention mais sont membres de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre signataire de la convention ou d'un EPCI limitrophe de celui-ci, *« lorsque ces projets, compte tenu de leurs caractéristiques et de l'analyse des données existantes sur leurs zones de chalandise, sont de nature à compromettre gravement les objectifs de l'opération, au regard notamment du niveau et de l'évolution des taux de logements vacants, de vacance commerciale et de chômage dans les centres-villes et les territoires concernés par ladite opération »*.

Le conseil national des centres commerciaux a contesté devant vous le décret n° 2019-795 du 26 juillet 2019 relatif à la faculté de suspension de la procédure d'autorisation d'exploitation commerciale pris pour l'application du nouvel article L. 752-1-2 du code de commerce. Le CNCC soutient que ce décret, ainsi que les dispositions législatives dont il fait application, méconnaissent la liberté d'établissement garantie par le droit de l'Union européenne.

A l'occasion de ce recours pour excès de pouvoir, il a soulevé par un mémoire distinct une question prioritaire de constitutionnalité par laquelle il soutient que l'article L. 752-1-2 méconnaît la liberté d'entreprendre garantie par la Constitution.

Ces dispositions n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Si ce dernier a été saisi de la loi ELAN avant sa promulgation, sa

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.

décision n° 2018-772 DC du 15 novembre 2018 ne se prononce pas sur l'article 157 de la loi qui n'était pas contesté et dont il ne s'est pas saisi d'office.

Elles sont applicables au litige constitué par le recours pour excès de pouvoir contre le décret pris pour leur application.

La question n'est certainement pas nouvelle au regard de l'abondante jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la liberté d'entreprendre, à laquelle il a reconnu une valeur constitutionnelle en la déduisant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, cons. 16). Le Conseil constitutionnel juge qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui n'est ni générale ni absolue, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi (décision n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001, cons. 14).

Il n'est pas douteux que les dispositions en cause, en permettant au préfet de suspendre pendant trois, voire quatre ans, la procédure d'autorisation d'exploitation commerciale d'un projet, c'est-à-dire en réalité de lui opposer un refus provisoire d'autorisation valable plusieurs années, **portent atteinte à la liberté d'entreprendre**.

Il n'est guère douteux non plus que les objectifs poursuivis par les dispositions législatives contestées constituent un motif d'intérêt général pouvant justifier que le législateur apporte une limitation à la liberté d'entreprendre. Relevons à cet égard que le Conseil constitutionnel a déjà admis que « la sauvegarde de la diversité commerciale des quartiers » répondait à un tel motif (CC, 7 décembre 2000, loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain, n° 2000-436 DC, considérant n° 20). Même si cela n'a bien entendu aucune incidence directe sur le contrôle de la conformité de la loi aux exigences constitutionnelles, signalons en outre que la Cour de justice de l'Union européenne a récemment reconnu que l'article 15 de la directive « Services »¹ relatif à la liberté d'établissement ne s'opposait pas à ce qu'un document d'urbanisme restreigne les possibilités d'installation de commerces de détails de produits non volumineux en périphérie, au bénéfice des centres-villes, sous réserve de respecter les conditions de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité prévues par cet article. La Cour a relevé qu'une telle interdiction visait à préserver la viabilité du centre-ville et à éviter l'existence de locaux inoccupés en zone urbaine dans l'intérêt d'un bon aménagement du territoire et considéré qu'un tel objectif de protection de l'environnement urbain était susceptible de constituer une raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier une limite territoriale telle que celle en cause (CJUE, 30 janvier 2018, *Visser Vastgoed Beleggingen*, C-31/16, voir notamment § 134 et 135)².

¹ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

² Dans ses conclusions, l'avocat général indiquait qu'une « ville peut avoir un intérêt à contribuer, au moyen d'un plan d'occupation des sols, à ce que son centre reste vivant et maintienne son caractère original. Déterminer quels commerces peuvent s'installer dans quels endroits peut, en général, faire partie d'une telle politique » (§ 147). Voir notamment : Jean-Pierre Ferrand, *Nouveau paradigme pour les collectivités locales en matière d'urbanisme commercial ?*, AJDA 2018 p.978..

Il est vrai que les dispositions législatives contestées ne sont pas toutes parfaitement explicites quant aux objectifs poursuivis.

Certes, la faculté de suspension prévue pour les projets prévus dans des communes situées hors du champ de l'ORT est bien ciblée sur les seuls projets de nature à compromettre gravement les objectifs de l'ORT, au regard notamment du niveau et de l'évolution des taux de logements vacants, de vacance commerciale et de chômage dans les centres-villes et les territoires concernés par ladite opération. Les objectifs d'une ORT, déjà mentionnés, correspondent peu ou prou aux objectifs admis par la jurisprudence du CC.

En revanche, la suspension prévue pour les projets prévus dans des communes signataires de la convention d'ORT mais hors des secteurs d'intervention de l'opération n'a pas d'objectif clairement fixé par le législateur, qui s'est borné à indiquer que la décision du préfet « est prise compte tenu des caractéristiques des projets et de l'analyse des données existantes sur la zone de chalandise, au regard notamment du niveau et de l'évolution des taux de logements vacants, de vacance commerciale et de chômage dans les centres-villes et les territoires concernés ». On doit cependant comprendre que la suspension est possible quand le projet est de nature à compromettre les objectifs de l'ORT en la matière. C'est en réalité la seule interprétation logique et réaliste et c'est d'ailleurs celle retenue par le pouvoir réglementaire dans le décret du 26 juillet 2019, dès lors que l'article R. 752-29-5 du code de commerce prévoit que l'arrêté de suspension expose les objectifs poursuivis par la convention d'opération de revitalisation de territoire que le projet est susceptible de compromettre, pour l'application du premier alinéa de l'article L. 752-1-2, ou de compromettre gravement, au sens du deuxième alinéa de ce même article.

Reste à examiner si les dispositions litigieuses sont en rapport avec l'objectif d'intérêt général poursuivi et si l'atteinte qu'elles portent à la liberté d'entreprendre est proportionnée.

A s'en tenir à l'argumentation du CNCC dans son mémoire distinct par lequel il a vous soumis la présente QPC, vous n'auriez néanmoins pas à procéder à cet examen car dans ce premier mémoire, le CNCC se borne à dénoncer l'inconstitutionnalité d'une disposition législative subordonnant l'octroi d'une autorisation d'exploitation commerciale à un test économique préalable et instituant par suite une barrière à l'entrée pour les nouveaux opérateurs, en rappelant que la Commission européenne avait engagé une procédure d'infraction³ pour méconnaissance de la liberté d'établissement à l'encontre de la France en raison des dispositions de l'article L. 752-6 du code de commerce dans leur version antérieure à la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, qui incluaient dans les critères d'appréciation des projets d'exploitation commerciale la densité d'équipement en moyennes et grandes surfaces dans la zone de chalandise, l'effet potentiel du projet sur l'appareil commercial et artisanal de la zone et sur l'emploi, procédure d'infraction qui conduit à la modification apportée sur ce point par la loi du 4 août 2008. Or les dispositions aujourd'hui contestées n'instituent pas un tel test économique : contrairement à ce que le CNCC soutient, le préfet ne peut suspendre l'examen d'une demande d'AEC au regard des seuls effets économiques susceptibles d'être attendus du projet sur le territoire faisant l'objet

³ Voir son communiqué de presse du 13 décembre 2006 IP/06/1794.

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.

d'une ORT et notamment sur la préservation de son tissu commercial. Comme nous vous l'avons déjà exposé, il résulte des termes mêmes des dispositions législatives contestées qu'il appartient au préfet de prendre en considération une pluralité d'éléments, qui ne sont pas exclusivement économiques, pour apprécier s'il y a lieu de suspendre l'instruction de tels projets. **Vous pourriez donc vous borner à constater que le grief tel que développé par le CNCC manque en quelque sorte en fait.**

Mais il nous semble que **le mémoire en réplique présenté par le CNCC**, certes de façon cursive et quelque peu allusive, **met le doigt, au soutien du grief unique tiré de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre, sur des aspects bien réels des dispositions législatives en cause et qui méritent un examen attentif.**

Le CNCC y fait notamment valoir que le préfet pourra suspendre l'examen de la demande d'AEC pendant trois, voire quatre ans. Il est vrai qu'ainsi que le souligne le CNCC qui la juge disproportionnée, cette longue durée de suspension revient *de facto* à donner au préfet un pouvoir de refuser provisoirement l'autorisation en lieu et place de la CDAC. Le CNCC souligne que le préfet pourra décider de cette suspension sans en informer préalablement le pétitionnaire ni *a fortiori* mettre ce dernier à même de présenter des observations, alors même qu'eu égard à la durée potentielle de la suspension, l'effet d'une telle suspension, en théorie nettement distincte d'un refus d'autorisation par la CDAC, diffère peu en pratique de celui d'un tel refus car le projet d'implantation commerciale sera de fait mis en échec. Aux dires du CNCC, il est peu probable qu'un opérateur économique patiente pendant plusieurs années dans l'espoir d'obtenir une AEC, sans garantie aucune sur l'issue de la procédure. Le CNCC pointe aussi le champ d'application géographique de la mesure, en soulignant que la suspension pourra être ordonnée alors que l'implantation du projet est prévue sur le territoire d'une commune qui n'est pas signataire de la convention d'ORT, voire d'une commune qui n'est pas membre de l'EPCI signataire de la convention. L'auteur de la QPC se prévaut enfin de l'avis public de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat sur le projet de loi ELAN, qui avait critiqué les dispositions proposées, estimant que « la suspension de l'autorisation pour les projets de création de surfaces commerciales supérieures à 1000 m² dans les secteurs hors centre-ville d'un territoire objet d'une convention d'ORT, non seulement sera sans effet sur les centres-villes, mais risque d'avoir pour seul effet de renforcer la situation des grandes surfaces déjà en place dans les zones périurbaines ». Cet avis mettait ainsi en doute l'adéquation entre la mesure proposée et l'objectif d'intérêt général poursuivi.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel ne nous donne pas d'indication déterminante pour notre affaire car les deux décisions par lesquelles il s'est prononcé sur des dispositions similaires à celles ici en cause concernaient des cas qui ne sont pas comparables avec celui qui nous occupe aujourd'hui. Le Conseil constitutionnel a ainsi censuré une disposition soumettant à une autorisation administrative tout changement de destination d'un local commercial ou artisanal entraînant une modification de la nature de l'activité, qui portait à nos yeux une atteinte bien plus directe et nette à la liberté d'entreprendre (décision n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain*, cons. n° 20). Il a en revanche écarté le même grief dirigé contre une disposition soumettant à un régime d'autorisation en Nouvelle Calédonie toute mise en exploitation, tout accroissement de la surface de vente, tout changement d'enseigne commerciale ou tout changement de secteur d'activité, eu égard aux particularités

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.

économiques de la Nouvelle Calédonie et au degré de concentration dans ce secteur d'activité (décision n°2013-3 LP du 1er octobre 2013, *Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie*).

Si on se tourne vers votre jurisprudence en tant que juge du filtre en matière de QPC, on remarque que vous avez déjà refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC mettant en cause le respect de la liberté d'entreprendre par l'article L. 752-6 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, motif pris notamment de ce que les objectifs d'aménagement du territoire, de développement durable et de protection des consommateurs, au regard desquels les commissions d'aménagement commercial doivent se prononcer lorsqu'elles statuent sur une demande d'autorisation d'exploitation commerciale, sont d'intérêt général ; que l'autorisation d'exploitation commerciale ne pouvant être refusée que si, eu égard à ses effets, le projet compromet ces objectifs, l'atteinte à la liberté d'entreprendre qui résulte de ces dispositions est en rapport avec les objectifs que le législateur s'est assignés ; enfin, que cette atteinte est proportionnée à leur réalisation, alors même qu'ils sont également poursuivis par d'autres législations (4 SSJS, 16 juillet 2014, *Société civile de construction vente Lisieux développement*, n° 372435).

Dans notre affaire, le ministre de l'économie et des finances fait valoir en défense que **l'avis de l'AG du Conseil d'Etat estime que « la suspension pour une durée limitée de l'enregistrement et de l'examen des demandes d'autorisation peut être admise dans son principe, en raison de l'intérêt général qui s'attache à l'objectif de préservation d'un centre-ville »**. On comprend à la lecture de cet avis que c'est à la demande du Conseil d'Etat que le projet initial du Gouvernement, qui donnait faculté au préfet de prendre une mesure réglementaire de suspension générale de tous les projets présentés hors centres-villes, et dont l'avis estime qu'il constituerait une mesure disproportionnée, portant une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre, alors que tous les projets en zone périurbaine n'ont pas nécessairement un effet négatif sur les centres, a été remplacé par une possibilité de suspension au cas par cas, selon les caractéristiques de chaque projet. Cela relativise par ailleurs le bien-fondé de l'invocation par le CNCC de la critique exprimée dans l'avis de l'AG car celle-ci portait sur la proposition initiale du Gouvernement. Cet avis, qui ne vous lie bien sûr pas, doit être lu comme considérant que **le dispositif**, dont la version finalement adoptée par le Parlement ne diffère pas sensiblement de la version délibérée en Conseil des ministres, dès lors qu'il permet une suspension au cas par cas et non une mesure de portée générale, **ne porte pas d'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre**.

Au regard de votre décision de non-renvoi du 16 juillet 2014 déjà mentionnée, nous partageons ce point de vue et pensons que **la QPC posée ne mérite pas d'être renvoyée au CC**, à condition d'interpréter le premier alinéa de l'article L. 752-1-2 comme ne permettant au préfet de suspendre l'examen de la demande d'AEC que si le projet, compte tenu de ses caractéristiques et de l'analyse des données existantes sur sa zone de chalandise, compromet les objectifs de l'ORT, au regard notamment du niveau et de l'évolution des taux de logements vacants, de vacance commerciale et de chômage dans les centres-villes et les territoires concernés. Remarquons que vous avez procédé de la même manière dans votre décision de non-renvoi du 16 juillet 2014 : les dispositions de l'article L. 752-6 du code de commerce se bornent à définir les objectifs que les commissions d'aménagement commercial doivent

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.

« prendre en considération » pour se prononcer et c'est vous qui avez interprété ces dispositions comme ne permettant aux commissions de refuser l'autorisation d'exploitation commerciale que si, eu égard à ses effets, le projet compromet ces objectifs. Les objectifs de lutte contre la vacance des logements, la vacance commerciale et le chômage dans les centres-villes sont incontestablement d'intérêt général et peuvent justifier des mesures fortes au regard de la dévitalisation prononcée de nombreux centres-villes. Dès lors que la suspension de chaque projet ne sera possible qu'au cas par cas, bien entendu sous le contrôle du juge, la mesure ne nous semble pas disproportionnée. La durée de trois ans n'est au demeurant qu'une durée maximale et les premiers arrêtés de suspension dont nous avons connaissance ont plutôt une durée de quelques mois. Quant au deuxième alinéa de l'article L. 752-1-2, si le périmètre géographique potentiellement concerné par la possibilité de suspension est vaste, une telle mesure est fortement encadrée par la loi dès lors qu'elle n'est possible que si le projet compromet gravement les objectifs de l'ORT. S'agissant enfin de l'absence de procédure contradictoire, vous avez déjà jugé que les règles procédurales relatives à l'examen des demandes d'AEC n'étaient pas de niveau législatif et n'avaient par suite pas à être fixées par le législateur lui-même (4 SSJS, 16 juillet 2014, *Société civile de construction vente Lisieux développement*, n° 372435).

PCMNC à ce que vous jugiez qu'il n'y pas lieu de renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel.

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.