N° 431703
Société BEMH

N° 431724
N° 433921

Conseil national des centres commerciaux

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 1^{er} juillet 2020
Lecture du 15 juillet 2020

CONCLUSIONS

M. Raphaël Chambon, rapporteur public

Le décret n° 2019-331 du 17 avril 2019 relatif à la composition et au fonctionnement des commissions départementales d'aménagement commercial et aux demandes d'autorisation d'exploitation commerciale a été pris pour l'application des articles L. 751-2 et L. 752-6 du code de commerce dans leur rédaction résultant respectivement des articles 163 et 166 de la loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, dite loi ELAN. Il fait l'objet de deux recours pour excès de pouvoir formés respectivement par la société BEMH, qui est un bureau d'études spécialisé en urbanisme commercial et dans les études de marché pour le commerce de détail, et par le Conseil national des centres commerciaux, lequel attaque également l'arrêté du ministre de l'économie et des finances du 19 juin 2019 fixant le contenu du formulaire de demande d'habilitation pour réaliser l'analyse d'impact mentionnée au III de l'article L. 752-6 du code de commerce.

L'article L. 751-2 du code de commerce fixe la composition des CDAC. Aux sept élus et aux quatre personnalités qualifiées en matière de consommation, de développement durable et d'aménagement du territoire, l'article 163 de la loi ELAN a ajouté « *trois personnalités qualifiées représentant le tissu économique : une désignée par la chambre de commerce et d'industrie, une désignée par la chambre de métiers et de l'artisanat et une désignée par la chambre d'agriculture.* ». Il est précisé que les personnalités qualifiées désignées par la CCI et la CMA, « *sans prendre part au vote, (...) présentent la situation du tissu économique dans la zone de chalandise pertinente et l'impact du projet sur ce tissu économique* » et que celle désignée par la chambre d'agriculture « *présente l'avis de cette dernière lorsque le projet d'implantation commerciale consomme des terres agricoles* ». L'article 163 de la loi ELAN a également complété l'article L. 751-2 en prévoyant, d'une part, à son I, que la CDAC auditionne pour tout projet nouveau la personne chargée d'animer le commerce de centre-ville au nom de la commune ou de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre, l'agence du commerce et les associations de commerçants de la commune

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'implantation et des communes limitrophes lorsqu'elles existent, et, d'autre part, à son V, que les chambres consulaires peuvent réaliser, à la demande du préfet, des études spécifiques d'organisation du tissu économique, commercial et artisanal ou de consommation des terres agricoles préalablement à l'analyse du dossier de demande d'autorisation d'exploitation commerciale.

Plusieurs articles du décret sont pris pour l'application de ces dispositions. L'article 1^{er}, qui modifie l'article R. 751-1 du code de commerce, fixe la durée du mandat des nouvelles personnalités qualifiées des CDAC. L'article 2 apporte à l'article R. 751-3 du code de commerce, qui aménage la composition de la CDAC dans le cas particulier où la zone de chalandise dépasse les limites d'un seul département, les adaptations rendues nécessaires par l'ajout des personnalités qualifiées représentant le tissu économique. L'article 3 modifie l'article R. 751-4 pour préciser que l'obligation de déclaration des fonctions exercées et des intérêts s'applique également aux membres de la CDAC qui ne détiennent pas de droit de vote – c'est-à-dire les nouvelles personnalités qualifiées représentant le tissu économique, tandis que les articles 10 et 11 adaptent les articles R. 752-15 et R. 752-16 relatifs au quorum et aux règles de vote. L'article 8 modifie l'article R. 752-13 pour préciser les conditions de réalisation des études spécifiques qui peuvent être demandées par le préfet aux chambres consulaires, l'article 9 complétant pour sa part l'article R. 752-14 pour préciser les modalités d'audition des personnes mentionnées au I de l'article L. 751-2.

L'article L. 752-6 du code de commerce définit les critères pris en compte par les commissions départementales d'aménagement commercial pour statuer sur les demandes d'autorisation d'exploitation commerciale. Depuis la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, il dispose que la CDAC prend en considération des critères relatifs à l'aménagement du territoire, au développement durable et à la protection des consommateurs. L'article 166 de la loi ELAN a complété cet article.

Il a d'abord ajouté deux sous-critères d'appréciation en matière d'aménagement du territoire (les *e* et *f* du 1° du I de l'article) :

- D'une part : « *la contribution du projet à la préservation ou à la revitalisation du tissu commercial du centre-ville de la commune d'implantation, des communes limitrophes et de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre dont la commune d'implantation est membre* » ;
- D'autre part, « *les coûts indirects supportés par la collectivité en matière notamment d'infrastructures et de transports* » ;

Il a en outre créé un III imposant au demandeur de produire une analyse d'impact du projet, au vu de laquelle la CDAC doit se prononcer. L'analyse, qui doit être réalisée par un organisme indépendant habilité par le préfet, évalue les effets du projet sur l'animation et le développement économique du centre-ville de la commune d'implantation, des communes limitrophes et de l'EPCI, ainsi que sur l'emploi, en s'appuyant sur certains indices au nombre

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.

desquels le taux de vacance commerciale et l'offre de mètres carrés commerciaux déjà existants.

Il a enfin créé un IV exigeant du demandeur qu'il démontre dans l'analyse d'impact qu'aucune friche existante en centre-ville, ou subsidiairement en périphérie, ne permet l'accueil du projet envisagé.

Les articles 4 à 7 du décret attaqué sont pris pour l'application de ces dispositions. L'article 4 modifie l'article R. 752-6, relatif au dossier de demande d'autorisation, pour fixer le contenu de l'analyse d'impact. L'article 5 crée trois nouveaux articles, qui fixent les conditions de l'habilitation des organismes indépendants chargés de réaliser les analyses d'impact (article R. 752-6-1), les conditions d'instruction des demandes d'habilitation (article R. 752-6-2), la durée et les conditions de validité de l'habilitation (article R. 752-6-3). Les articles 6 et 7 modifient par coordination avec ces nouveautés procédurales les articles R. 752-10 et R. 751-12, relatifs au dépôt du dossier de demande d'autorisation.

Le ministre de l'économie et des finances a opposé en défense une fin de non-recevoir à la requête de la société BEMH, tiré de son défaut d'intérêt pour agir. Cette société, qui fait valoir en réplique qu'elle a notamment pour objet, selon ses statuts, « le conseil en implantation d'entreprise » et la réalisation d'« études de marché, études économiques et toutes enquêtes y afférentes » et qu'à ce titre, elle réalise des dossiers de demande d'autorisation d'exploitation commerciale pour le compte de promoteurs et d'enseignes commerciales, nous semble bien avoir intérêt à demander l'annulation des articles 4 à 7 du décret, relatifs au dossier de demande d'autorisation d'exploitation commerciale et à l'habilitation des organismes chargés de réaliser les analyses d'impact devant être produite par les pétitionnaires, mais pas pour demander l'annulation des autres articles du décret, relatifs à la composition et au fonctionnement des CDAC. Il nous semble par suite que la FNR du ministre doit être partiellement accueillie.

Les deux requérants soulèvent, à l'encontre des articles 4 à 7 du décret, une exception d'inconventionnalité de l'article L. 752-6 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi ELAN, auquel ils reprochent d'instituer des critères de test économique qui méconnaissent la liberté d'établissement protégée par l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et l'article 14 de la directive « Services » du 12 décembre 2006¹. Ce dernier article interdit² aux États membres de subordonner l'accès à une activité de services ou son exercice sur leur territoire à « *l'application au cas par cas d'un test économique consistant à subordonner l'octroi de l'autorisation à la preuve de l'existence d'un besoin économique ou d'une demande du marché, à évaluer les effets économiques potentiels ou actuels de l'activité ou à évaluer l'adéquation de l'activité avec les objectifs de programmation économique fixés par l'autorité compétente* ». Comme l'indique la Commission dans une communication d'avril 2018, « à travers la codification de la jurisprudence de la CJUE concernant la liberté

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

² A son 5).

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'établissement, la directive Services interdit certaines exigences telles que les tests de l'existence de besoins économiques »³ et cette directive est bien applicable à l'activité de commerce de détail de produits, ainsi que l'a jugé la CJUE dans un arrêt de grande chambre du 30 janvier 2018 dit « *Visser* »⁴.

Les requérants rappellent que la Commission européenne avait engagé une procédure d'infraction⁵ 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, issues de la loi Royer du 27 décembre 1973⁶, 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. Signalons que vous avez jugé que l'article L. 752-6 tel que modifié par la loi du 4 août 2008 édictait des critères clairs et objectifs et n'instituait pas de « test économique » et ne méconnaissait par suite ni la liberté d'établissement ni la directive « Services » (4/5 SSR, 11 février 2015, *Société Reims République Développement*, n° 370089, aux Tables).

Les requérants invoquent également l'arrêt du 14 mars 2011 par lequel la CJUE a jugé pour partie contraire à la liberté d'établissement la réglementation catalane en matière d'autorisation commerciale. Après avoir rappelé que des objectifs de nature purement économique ne peuvent pas constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une restriction à la liberté d'établissement, la Cour a dans cet arrêt jugé contraire à la liberté d'établissement, car reposant sur des considérations exclusivement économiques, l'obligation de prendre en compte, pour la délivrance d'une autorisation, l'existence d'un équipement commercial dans la zone concernée ainsi que les effets d'une nouvelle implantation sur la structure commerciale de cette zone, soit l'incidence du projet sur le commerce préexistant, et l'obligation d'établir un rapport sur le degré d'implantation, « contraignant s'il est négatif », c'est-à-dire faisant obstacle à la délivrance de l'autorisation⁷.

Le CNCC avait également soulevé une question prioritaire de constitutionnalité à l'encontre de ces dispositions législatives, que vous avez transmise au Conseil constitutionnel⁸ mais ce dernier, dans sa décision n° 2019-830 QPC du 12 mars 2020, les a déclarées conformes à la Constitution. Le CC a écarté le grief tiré de la méconnaissance de la liberté

³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Adapter le commerce de détail de l'UE aux exigences du XXIème siècle*, 19 avril 2018, COM(2018) 219 final.

⁴ C-360/15, *College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort c/ X BV* et C-31/16, *Visser Vastgoed Beleggingen BV c/ Raad van de gemeente Appingedam*, § 98.

⁵ Avis motivé de la Commission des Communautés européennes (Infraction n° 2000/5224) adressé à la République française au titre de l'article 226 du traité instituant la Communauté européenne en raison de restrictions à la liberté d'établissement des surfaces commerciales (voir son communiqué de presse du 13 décembre 2006 IP/06/1794).

⁶ Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat.

⁷ C-400/08, *Commission européenne c/ Royaume d'Espagne*, § 73-74 et 95 à 98.

⁸ Décision du 13 décembre 2019.

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'entreprendre en considérant que l'atteinte portée à cette liberté par les dispositions contestées n'était pas disproportionnée au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi, consistant à favoriser un meilleur aménagement du territoire et lutter contre le déclin des centres-villes. S'il n'a pas émis de réserve d'interprétation *stricto sensu*, il nous semble que l'interprétation neutralisante que le juge constitutionnel a donnée des dispositions législatives contestées, qui s'impose à vous, conduit à écarter le moyen de contrariété au droit de l'Union européenne.

Le CC a en effet jugé que le *e* du 1° du I de l'article L. 752-6 se borne à prévoir un critère supplémentaire pour l'appréciation globale des effets du projet sur l'aménagement du territoire et « ne subordonne pas la délivrance de l'autorisation à l'absence de toute incidence négative sur le tissu commercial des centres-villes », que son IV, relatif à l'existence d'une friche en centre-ville ou en périphérie, a également pour seul objet d'instituer un critère supplémentaire d'évaluation des projets et n'a ainsi pas pour effet d'interdire toute délivrance d'une autorisation au seul motif qu'une telle friche existerait, et enfin que l'analyse d'impact prévue par le III de l'article vise à faciliter l'appréciation par la CDAC des effets du projet sur l'animation et le développement économique des centres-villes et sur l'emploi, sans instituer au aucun critère d'évaluation supplémentaire.

Le juge constitutionnel a ainsi vidé les dispositions législatives litigieuses de tout le venin contraire au droit de l'Union européenne qu'elles pouvaient paraître contenir. Même s'il ne s'est évidemment prononcé qu'au regard de la liberté d'entreprendre, principe constitutionnel de droit interne, le Commentaire de sa décision aux Cahiers montre que le Conseil avait parfaitement conscience de l'écho qu'aurait sa décision au regard du droit européen : il est fait référence aux développements les plus récents de la jurisprudence de la CJUE en la matière, et à propos de l'analyse d'impact, il est écrit que « le Conseil n'a pas retenu l'argumentation du requérant selon laquelle, compte tenu des éléments devant figurer dans l'analyse d'impact, cette disposition avait pour objet de soumettre le demandeur à un "test économique" lui imposant de démontrer que son projet répond, au regard des commerces existants, à un besoin économique ».

Dès lors que les dispositions litigieuses n'instituent pas de test économique contraire au de l'article 14 § 5 de la directive « Services », il reste à vérifier que les restrictions à la liberté d'établissement qu'elles apportent sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi.

Dans son arrêt *Visser* du 30 janvier 2018, la CJUE, appelée à se prononcer, à titre préjudiciel, sur le point de savoir si la directive « Services » s'opposait à ce que des règles contenues dans un plan d'occupation des sols interdisent l'activité de commerce de détail de produits non-volumineux en périphérie de la commune, a relevé que les règles instituées par la commune visaient à préserver la viabilité de son centre-ville et à éviter l'existence de locaux inoccupés en zone urbaine dans le cadre d'une politique d'aménagement du territoire et a jugé qu'un « tel objectif de protection de l'environnement urbain est susceptible de constituer une raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier une limite territoriale telle que celle en cause »⁹.

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.

Il nous semble qu'ainsi que le Conseil constitutionnel l'a considéré, les trois dispositions législatives contestées (l'ajout du critère fondé sur la préservation ou la revitalisation du tissu commercial du centre-ville parmi les éléments pris en compte par les commissions, l'obligation d'évaluer dans l'analyse d'impact les effets du projet sur l'animation et le développement du centre-ville, la nécessité de démontrer qu'aucune friche préexistante ne permet l'accueil de ce projet) répondent toutes au même objectif visant à renforcer le contrôle des commissions d'aménagement commercial sur la répartition territoriale des surfaces commerciales, dans le but « de favoriser un meilleur aménagement du territoire et, en particulier, de lutter contre le déclin des centres-villes », ce qui constitue à n'en pas douter, au regard de l'arrêt précité de la CJUE, une raison impérieuse d'intérêt général justifiant une restriction à la liberté d'établissement, aucune de ces dispositions n'étant fondée sur des considérations de nature purement économique qui contraindrait à prendre en compte directement l'effet des projets sur les commerces existants. Et il nous semble que la restriction apportée à la liberté d'établissement par ces dispositions n'est pas disproportionnée dès lors que ces dernières, telles qu'interprétées par le Conseil constitutionnel, se bornent à ajouter un critère d'évaluation, parmi quatre autres, au sein de l'objectif d'aménagement du territoire dont les commissions d'aménagement commercial doivent contrôler le respect, cet objectif n'étant lui-même que l'un des trois objectifs pris en compte, à côté du développement durable et de la protection des consommateurs. La méconnaissance de l'article 49 du TFUE ainsi que celle, également invoquée par la société BEMH, de l'article 10 de la directive Services qui prévoit que « *les régimes d'autorisation doivent reposer sur des critères qui encadrent l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes afin que celui-ci ne soit pas utilisé de manière arbitraire* », peut donc être écartée.

La société BEMH soutient également que les dispositions législatives et réglementaires contestées méconnaissent l'article 13 paragraphe 2 de la directive Services, lequel dispose que « *les procédures et formalités d'autorisation ne doivent pas être dissuasives ni compliquer ou retarder indûment la prestation du service. Elles doivent être facilement accessibles et les charges qui peuvent en découler pour les demandeurs doivent être raisonnables et proportionnées aux coûts des procédures d'autorisation et ne pas dépasser le coût des procédures* ». Nous n'avons pas connaissance que vous ayez jamais fait application de cette disposition et le seul arrêt dans lequel la CJUE en a donné une interprétation¹⁰ n'est pas éclairant pour le cas qui nous occupe. Si la société requérante met en avant le surcoût financier et administratif induit par l'obligation de production d'une analyse d'impact, par un prestataire distinct de celui établissant le dossier de demande d'autorisation, rien n'indique que le surcoût financier et administratif en résultant, au demeurant non évalué, serait dissuasif et non proportionné au coût de la procédure d'autorisation.

⁹ Voir notamment § 134 et 135. 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.

¹⁰ CJUE, 16 novembre 2016, affaire C-316/15.

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.

Nous n'avons donc aucun doute pour vous proposer d'écarter l'exception de contrariété au droit de l'Union invoquée à l'encontre de l'article L. 752-6 du code de commerce, sans qu'il soit besoin de poser sur ce point une question préjudicielle à la Cour de Justice.

Les autres moyens soulevés par la société BEMH devant être écartés, l'un, mettant en cause la légalité externe du décret, manquant en fait, tandis que les autres, critiquant sa légalité interne, étant infondés, vous pourrez rejeter la requête de cette société.

Le CNCC soulève un autre moyen délicat, articulé par voie d'exception à l'encontre de l'article L. 751-2 du code de commerce, ainsi que des articles 1 à 3 du décret attaqué pris pour son application : il soutient que ces dispositions, en ce qu'elles prévoient la présence de personnalités qualifiées représentant le tissu économique désignées par les chambres consulaires au sein des CDAC, méconnaissent le paragraphe 6 de l'article 14 de la directive Services, lequel prohibe « *l'intervention directe ou indirecte d'opérateurs concurrents, y compris au sein d'organes consultatifs, dans l'octroi d'autorisations ou dans l'adoption d'autres décisions des autorités compétentes, à l'exception des ordres et associations professionnels ou autres organisations qui agissent en tant qu'autorité compétente* », étant précisé que « *cette interdiction ne s'applique ni à la consultation d'organismes tels que les chambres de commerce ou les partenaires sociaux sur des questions autres que des demandes d'autorisation individuelles ni à une consultation du public* ».

Avant l'intervention de la loi du 4 août 2008, le président de la CCI et celui de la chambre des métiers étaient membres des CDAC. Cette loi a mis fin à leur présence dans les commissions, à la suite des critiques émises, sur ce point également, par la Commission européenne dans son avis motivé du 12 décembre 2006.

Dans son arrêt du 14 mars 2011 *Commission c/ Espagne* déjà mentionné, la CJUE a jugé contraire à la liberté d'établissement le fait que la composition des commissions des équipements commerciaux, dont le rôle est similaire à celui de nos CDAC, assure la représentation des intérêts du commerce de détail préexistant, donc des concurrents potentiels du demandeur d'autorisation, sans prévoir la représentation des intérêts liés tant à la protection de l'environnement qu'à celle des consommateurs¹¹. La Cour s'est prononcée dans cette affaire exclusivement au regard de la liberté d'établissement, car la directive « Services » était inapplicable *ratione temporis*. Dans un arrêt du 15 janvier 2002 *Commission c/ République italienne*¹², également rendu avant l'entrée en vigueur de la directive « Services », la CJUE a jugé contraire à la liberté d'établissement l'intervention, aux fins de l'autorisation de manifestations foraines, d'un comité consultatif qui inclut, notamment, quatre présidents des entités foraines ayant un siège dans la région mais a en revanche considéré que « les connaissances ou l'expérience des représentants de la vie économique non concurrents des opérateurs concernés par la procédure de reconnaissance ou d'agrément » rendent admissible leur présence dans les commissions chargées de délivrer les agréments.

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.

La Cour de Justice ne semble pas encore avoir fait application de l'article 14 § 6 de la directive « Services », qui paraît avoir durci la jurisprudence de la CJUE que nous venons d'évoquer en interdisant toute intervention, y compris indirecte, et en n'admettant aucune justification à une telle intervention, y compris pour une raison impérieuse d'intérêt général.

Vous avez en revanche déjà fait une fois application de cette disposition de la directive. Dans une décision du 30 mars 2016 *Fédération nationale des entreprises du spectacle vivant du secteur public et privé* (n° 385154, aux Tables), vous avez jugé, à propos d'un décret ayant supprimé la participation de représentants des entrepreneurs de spectacles aux commissions consultatives régionales qui émettent un avis motivé sur la délivrance des licences d'entrepreneur de spectacle, qu'une telle participation était de nature à favoriser l'intervention indirecte d'opérateurs concurrents dans le processus d'autorisation, et donc désormais prohibée par l'article 14 point 6 de la directive, sans qu'y fassent obstacle ni la circonstance qu'ils ne représentaient qu'un quart des membres de ces commissions, ni la circonstance qu'ils étaient nommés par le préfet sur proposition de leurs organisations professionnelles représentatives, ni celle, enfin, que le principe d'impartialité leur imposait de s'abstenir de siéger s'ils avaient un intérêt personnel sur le dossier soumis à leur avis. Dans ses conclusions sur cette décision, Jean Lessi indiquait qu'on ne pouvait exclure une interprétation de la directive privilégiant une approche casuistique ne disqualifiant pas par principe la présence de représentants des entrepreneurs, dans la lignée de l'approche retenue par la CJUE dans son arrêt du 15 janvier 2002 déjà mentionné, mais considérait que le Premier ministre était néanmoins tenu de modifier les dispositions antérieures, illégales faute *a minima* de prévoir les garanties permettant de s'assurer de l'absence d'intervention de concurrents potentiels du demandeur.

Au regard des dispositions de la directive et des jurisprudences évoquées, et dès lors qu'il est certain que la présence des représentants du tissu économique désignés par les chambres consulaires n'entre dans aucune des deux exceptions prévues par le paragraphe 6, nous n'avons guère de doute pour considérer que la circonstance que de tels représentants, à tout le moins celui désigné par la CCI, lequel peut être, s'il est un acteur du commerce, un concurrent potentiel des pétitionnaires, siègeraient avec voix délibérative au sein de la CDAC, méconnaîtrait les objectifs de la directive. Et cela même si on retient l'approche casuistique évoquée par Jean Lessi, en l'absence de garanties prévues par le législateur et le pouvoir réglementaire permettant de s'assurer de l'absence d'intervention de concurrents potentiels du pétitionnaire. Le législateur a néanmoins pris soin de prévoir que ces personnalités qualifiées ne prennent pas part au vote, leur rôle au sein de la CDAC se limitant à la présentation de la situation du tissu économique mais aussi de l'impact du projet sur ce tissu économique, tandis que le décret n'ajoute rien à la loi sur la désignation de ces personnalités.

La prohibition par l'article 14 § 6 de la directive de toute intervention directe ou indirecte d'opérateurs concurrents, y compris au sein d'organes consultatifs, dans l'octroi d'autorisations, interdit-elle une telle participation dans ces conditions ? Dès lors que l'interprétation de la directive sur ce point précis ne s'impose pas avec la force de l'évidence et en l'absence de toute jurisprudence de la CJUE en la matière, il nous semble que vous devriez lui poser une question préjudicielle.

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.

Il nous reste à vous dire que la requête du CNCC dirigée contre l'arrêté ministériel fixant le contenu du formulaire de demande d'habilitation pour réaliser l'analyse d'impact mentionnée au III de l'article L. 752-6 du code de commerce est vouée au rejet si vous nous avez suivi pour rejeter les conclusions dirigées contre les articles 4 à 7 du décret attaqué, le requérant se bornant à invoquer un défaut de consultation du conseil supérieur de la construction et de l'efficacité énergétique, que rien n'imposait, et à demander l'annulation de l'arrêté par voie de conséquence de celle de l'article 5 du décret ayant créé l'article R. 752-6-1 dont cet arrêté fait application.

PCMNC :

- au rejet de la requête de la société BEMH, de la requête du Conseil national des centres commerciaux formée contre le décret du 17 avril 2019 en tant qu'elle est dirigée contre les articles 4 à 7 du décret, ainsi que de la requête du CNCC contre l'arrêté du 19 juin 2019.
- A ce que vous décidiez de surseoir à statuer sur le surplus de la requête du CNCC formée contre le décret du 17 avril 2019, jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne se soit prononcée sur la question de savoir si le paragraphe 6) de l'article 14 de la directive Services doit être interprété en ce qu'il permet la présence, au sein d'une instance collégiale compétente pour délivrer une autorisation d'exploitation commerciale, d'une personnalité qualifiée représentant le tissu économique, dont le rôle se borne à présenter la situation du tissu économique dans la zone de chalandise pertinente et l'impact du projet sur ce tissu économique, sans prendre part au vote sur la demande d'autorisation.

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.