

N° 433292 et 434451
Conseil national des centres commerciaux

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies
Séance du 11 décembre 2020
Lecture du 29 décembre 2020

M. Raphaël Chambon, rapporteur public
CONCLUSIONS

L'article L. 752-23 du code de commerce était relatif au contrôle de la conformité de l'exploitation des surfaces commerciales à l'autorisation délivrée ainsi qu'aux sanctions prévues pour les exploitations illicites. Vous avez refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC mettant en cause sa conformité à la Constitution (4 CHJS, 24 juillet 2019, *Société Sotourdi*, n° 430770).

L'article 168 de la loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, dite loi ELAN, a complété cet article, notamment en imposant au bénéficiaire d'une autorisation d'exploitation commerciale de communiquer au préfet, au maire et au président de l'EPCI, un mois avant la date d'ouverture au public du projet, un certificat établi à ses frais par un organisme habilité par le préfet attestant du respect de l'autorisation d'exploitation commerciale qui lui a été délivrée ou des articles L. 752-1-1 et L. 752-2 qui dispensent d'autorisation dans certains cas précis, cette nouvelle disposition précisant qu'en l'absence de délivrance du certificat dans le délai prescrit, l'exploitation des surfaces concernées est réputée illicite.

En plus de ces dispositions entièrement nouvelles, l'article 168 de la loi ELAN a réécrit et repris, en les modifiant légèrement, les dispositions antérieures qui figurent désormais au II de l'article L. 752-23, et qui sont relatives au contrôle de l'exploitation de l'équipement commercial, après son ouverture au public.

Le III nouveau de l'article L. 752-23 renvoie la détermination de ses modalités d'application à un décret en Conseil d'Etat.

C'est le décret en question, pris le 7 juin 2019¹ que le conseil national des centres commerciaux conteste devant vous. Au regard des moyens que sa requête soulève, sa demande d'annulation doit être regardée comme dirigée contre son seul article 4, lequel est divisible des autres dispositions du décret.

¹ Décret n° 2019-563 du 7 juin 2019 relatif à la procédure devant la Commission nationale d'aménagement commercial et au contrôle du respect des autorisations d'exploitation commerciale.

Par une décision du 29 janvier dernier, vous avez refusé de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité que le CNCC avait soulevée en excipant de ce que les modifications apportées à l'article L. 752-23 par la loi ELAN méconnaîtraient l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

L'article 4 du décret insère dans le code de commerce plusieurs articles regroupés en une section 4 « De l'obligation de conformité »² et une section 5 « Du contrôle »³.

Le requérant adresse d'abord une double critique à l'article R. 752-44-1, lequel prévoit que des documents doivent être joints au certificat de conformité et en fixe la liste, selon que le projet était soumis ou non à permis de construire. Le requérant critique cette disposition en ce qu'elle impose, pour les projets qui nécessitent un permis de construire, de joindre, outre l'avis favorable de la commission d'aménagement commercial et l'arrêté accordant le PC valant AEC, la déclaration attestant l'achèvement et la conformité des travaux prévue à l'article L. 462-1 du code de l'urbanisme (DAACT).

Le requérant soutient à la fois que cette disposition est entachée d'erreur manifeste d'appréciation en ce qu'elle méconnaît l'intention du législateur et qu'elle porte une atteinte excessive à la liberté d'entreprise.

L'argumentation soulevée à l'appui du premier moyen, derrière le vocable maladroit d'erreur manifeste d'appréciation, nous semble à mi-chemin entre l'invocation de la violation de la loi et celle de l'incompétence du pouvoir réglementaire.

Le CNCC reproche en effet d'avoir, par cette disposition, *de facto* imposé aux pétitionnaires d'avoir achevé les travaux autorisés par le permis de construire en tant qu'autorisation de construire avant de pouvoir jouir de leur autorisation d'exploitation commerciale, soit une condition que le législateur n'avait – délibérément – pas prévue. Il fait valoir, avec des exemples précis à l'appui, que le fait de rendre obligatoire la production de la DAACT des travaux en même temps que le certificat de conformité a pour effet de faire de l'achèvement préalable des travaux une condition de l'ouverture au public de l'équipement commercial, alors qu'il est fréquent que des équipements, notamment des grands centres commerciaux, ouvrent au public avant l'achèvement des travaux au sens du code de l'urbanisme. Le CNCC souligne à juste titre que l'achèvement des travaux n'est pas une condition légale d'ouverture au public, l'autorisation d'ouverture d'un établissement recevant du public étant délivrée par le préfet, en application des articles L. 111-8-3 et R. 111-19-29 du code de la construction et de l'habitation, après avis de la commission de sécurité compétente.

En défense, le ministre de l'économie soutient que l'obligation de joindre la DAACT au certificat de conformité à l'autorisation d'exploitation commerciale s'inscrit dans la logique de la fusion du permis de construire et de l'autorisation d'exploitation commerciale,

² Articles R. 752-44 à R. 752-44-14.

³ Articles R. 752-44-15 à R. 752-44-19.

réalisée par la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite loi Pinel.

Le CNCC objecte à juste raison que le regroupement des deux procédures d'autorisation (de construire et d'exploitation commerciale) en une procédure unique débouchant sur un seul acte administratif, le permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale, n'a pas fusionné les deux autorisations ni mis totalement à bas l'indépendance des législations, dont témoigne encore le régime contentieux à double facette de ces actes, caractérisé notamment par les conditions strictes de recevabilité des recours contentieux et des moyens fixées par l'article L. 600-1-4 du code de l'urbanisme.

Le législateur a défini, aux articles L. 752-1 et suivants du code de commerce, les projets soumis à autorisation d'exploitation commerciale et les modalités de délivrance des autorisations par les CDAC et le cas échéant la CNAC. Il a en outre, par l'article 168 de la loi ELAN, imposé qu'un certificat de conformité soit transmis un mois avant l'ouverture au public, sous peine que l'exploitation soit présumée illicite. Mais c'est tout : l'exploitation commerciale d'un équipement pour lequel le certificat de conformité à l'autorisation délivrée par la commission d'aménagement commercial a été transmis dans les conditions légales n'a été soumise par le législateur à aucune autre condition et notamment pas à l'achèvement des travaux autorisés par le permis de construire et à leur conformité à ce permis. Dès lors que le projet exploité est conforme à l'autorisation d'exploitation commerciale, peu importe que la déclaration attestant l'achèvement et la conformité des travaux prévue au code de l'urbanisme n'ait pas encore été déposée.

Les travaux parlementaires, même de manière très elliptique, tendent à accréditer l'idée que le législateur n'a pas souhaité lier les deux et imposer que les travaux soient achevés et conformes au permis pour que l'exploitation commerciale soit licite. Ils montrent clairement que le législateur a entendu déconnecter l'obligation de production du certificat de conformité à l'autorisation d'exploitation commerciale avant l'ouverture au public de l'achèvement des travaux. En effet dans la version initialement introduite par amendement au Sénat, le certificat de conformité devait être transmis au préfet dans les deux mois suivant l'achèvement des travaux. C'est en commission mixte paritaire que le critère de l'ouverture au public de l'équipement commercial a été substitué au critère de l'achèvement des travaux. Le compte rendu des travaux de la CMP est certes très concis mais témoigne néanmoins clairement de la volonté d'opérer la déconnexion que nous évoquions.

Le pouvoir réglementaire a donc, sous couvert d'une obligation procédurale, ajouté une condition de fond non prévue par le législateur à l'ouverture d'un équipement commercial soumis à autorisation en vertu de l'article L. 752-1 du code de l'urbanisme, celle de l'achèvement des travaux autorisés par le permis de construire.

Il ne pouvait le faire sans méconnaître la loi et vous devrez par suite annuler partiellement l'article 4 du décret attaqué, en tant seulement qu'il crée le c du 2° de l'article R. 752-44-1 du code de commerce.

Si vous ne suiviez pas pour retenir ce moyen, il nous semble que vous pourriez rejeter les conclusions dirigées contre cette disposition car nous ne sommes pas convaincus que ladite disposition mérite d'être censurée sur le terrain également invoqué de l'atteinte à la liberté d'entreprendre.

L'opérance de l'invocation de ce principe constitutionnel nous semble certes pouvoir être admise même si vous choisissez d'écarter le premier moyen. Si vous estimez que la disposition réglementaire critiquée ne méconnaît pas la loi et pouvait compétemment être édictée, il nous semble que la loi ne pourrait tout de même pas être regardée comme faisant écran dès lors que la règle édictée par le pouvoir réglementaire ne trouve pas sa source dans la loi, même s'il vous est arrivé d'avoir une conception très extensive de cet écran législatif, au-delà du seul cas où les dispositions du décret attaqué découlent nécessairement de la loi ou se bornent à en tirer les conséquences⁴.

Le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement que la liberté d'entreprendre n'est ni générale ni absolue⁵. Votre contrôle sur la conformité des actes réglementaires à ce principe constitutionnel est certes plus poussé que celui que le Conseil constitutionnel opère sur la loi mais votre jurisprudence en la matière reste très restrictive et vous avez déjà jugé que n'étaient pas disproportionnées des atteintes à cette liberté bien plus importantes à nos yeux que celle ici en cause. Vous avez par exemple jugé que ne méconnaît pas le principe constitutionnel de liberté d'entreprendre le décret précisant que le régime d'interdiction de fumer dans des lieux affectés à un usage collectif s'applique également aux locaux dans lesquels sont délivrées des prestations de service comme les salons à narguilé, alors même que ce faisant le pouvoir réglementaire a *de facto* quasiment condamné ces salons à la fermeture pure et simple (1/6 SSR, 10 juin 2009, *Société l'oasis du désert, syndicat union des professionnels du narguilé*, n° 318066, aux Tables). Vous avez également regardé comme ne portant pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre les dispositions interdisant à un vétérinaire d'exercer à proximité du lieu où il a précédemment exercé en qualité de salarié ou de collaborateur d'un cabinet, alors même qu'elles ne prévoient pas de compensation financière aux obligations qu'elles imposent (4/5 SSR, 10 février 2016, *Mme H...*, n° 388192, aux Tables). Le motif d'intérêt général justifiant une telle mesure – « prévenir les litiges entre les vétérinaires qui ont entretenu des relations de salariat ou de collaboration » - n'était pourtant pas particulièrement impérieux.

L'atteinte qui est portée en l'espèce à la liberté d'entreprendre, en conditionnant l'exploitation commerciale à l'achèvement des travaux, ne nous semble pas démesurée. Il ne paraît pas totalement déraisonnable de lier achèvement des travaux et début de l'exploitation commerciale et les opérateurs économiques qui exploitent des surfaces commerciales, appartenant généralement à des groupes puissants, peuvent s'organiser pour prévoir une

⁴ Voir par exemple la décision jugeant que la constitutionnalité d'un décret subordonnant le bénéfice du revenu de solidarité active pour les jeunes de moins de vingt-cinq ans à un certain nombre d'heures de travail ne peut être utilement contestée dès lors que le législateur a lui-même posé le principe d'une condition d'activité à laquelle est subordonné le bénéfice de cette prestation (1/6 SSR, 27 octobre 2011, *CFDT et autres*, n° 343943, aux Tables).

⁵ Voir par exemple : décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991.

concomitance des deux ou du moins réduire le délai séparant la possibilité matérielle d'une exploitation commerciale de l'achèvement des travaux.

Les autres moyens de la requête, qui critiquent d'autres dispositions créées par l'article 4 du décret, nous paraissent infondés et vous retiendront moins longtemps.

Le CNCC critique la possibilité au préfet donnée par les nouveaux articles R. 752-44-15 à R. 752-44-17 du code de commerce, de contrôler et contester la conformité de l'équipement commercial réalisé à l'autorisation d'exploitation, dans un délai de deux mois à compter de la réception du certificat de conformité.

Il soutient que le décret instaure ce faisant, illégalement, un double contrôle en ce que, en donnant ces prérogatives au préfet, il instaure un contrôle redondant avec celui effectué par les organismes habilités ayant délivré le certificat.

Deux moyens sont soulevés contre ces dispositions : le pouvoir réglementaire aurait excédé l'habilitation législative et ce double contrôle porterait une atteinte excessive au droit de propriété.

Le pouvoir de contestation reconnu au préfet est inspiré du régime applicable à la DAACT, dans lequel le préfet dispose⁶ d'un délai de trois mois pour contester la conformité des travaux au permis de construire ou à la déclaration, la différence étant néanmoins que le certificat de conformité à l'AEC ne découle pas d'une « auto-certification », mais est établi par un tiers, l'organisme habilité.

Les organismes habilités à établir les certificats de conformité exercent à ce titre une mission d'intérêt général, sous le contrôle de l'administration dès lors qu'ils sont habilités par le préfet qui peut retirer l'habilitation, et nous semblent dotés à cette fin de prérogatives de puissance publique et par suite chargés de l'exécution d'un service public (voir sur ce point : Section, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 264541, au Recueil ; 3/8 SSR, 20 octobre 2014, *Association « Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs »*, n° 365447, aux Tables). Il est normal que cette activité s'exerce sous le contrôle de l'autorité administrative, sans qu'une habilitation législative soit nécessaire : la loi ne peut être interprétée comme ayant entendu exclure l'exercice d'un tel contrôle, étant souligné que le délai de deux mois laissé au préfet n'est pas suspensif du droit qu'a l'exploitant d'ouvrir l'équipement au public un mois après avoir transmis le certificat de conformité. Ce n'est que si le préfet estime que l'exigence de conformité n'est pas respectée qu'il peut selon l'article R. 752-44-17 mettre en demeure le porteur de projet de mettre l'équipement en conformité avec l'AEC, une telle mise en demeure valant alors, sauf à ce que le préfet en décide autrement, interdiction d'ouvrir au public, dont la méconnaissance constitue exploitation illicite. Lorsqu'elles sont mises en œuvre après l'ouverture au public, ces dernières dispositions rejoignent en réalité celles du II de l'article L. 752-23 du code de l'urbanisme permettant au préfet constatant l'exploitation illicite d'une surface de vente de

⁶ Selon l'article R. 462-6 du code de l'urbanisme.

mettre en demeure l'exploitant d'y mettre fin ou, à défaut, d'ordonner la fermeture au public jusqu'à régularisation.

Ces dispositions ne sont donc pas entachées d'incompétence et nous peinons à voir en quoi elles porteraient atteinte au droit de propriété.

Contrairement à ce qui est en outre soutenu, les dispositions attaquées ne sont pas illégales pour ne pas avoir prévu de possibilité pour les exploitants de contester les refus de certificat qui leur seraient opposés par les organismes habilités. Il n'est pas douteux en effet que le refus de certificat de conformité, qui doit être motivé selon l'article R. 752-44-17, constitue, au regard de son effet juridique interdisant l'ouverture au public, un acte administratif faisant grief et par suite susceptible de recours pour excès de pouvoir même sans texte le prévoyant (voyez sur ce point votre décision *Association « Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs »* déjà mentionnée, pour la décision d'octroyer ou non la certification des produits bénéficiant du signe « agriculture biologique »).

Le CNCC soutient enfin que l'obligation pour l'exploitant de recourir à ses frais à un organisme habilité pour l'obtention du certificat de conformité institue une formalité dissuasive et méconnaît par suite les objectifs de 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* ». Il en déduit que le décret qui définit le régime du certificat de conformité, méconnaît en lui-même la directive.

Le CNCC procède par pure affirmation en soutenant que les frais d'obtention du certificat dépassent le coût de la procédure d'autorisation, sans étayer en rien cette assertion. Dès lors qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le surcoût financier et administratif résultant de l'obtention d'un certificat de conformité, au demeurant non évalué, serait dissuasif et disproportionné au regard du coût de la procédure d'autorisation, vous pourrez aisément écarter cette exception de contrariété au droit de l'Union, ainsi que vous l'avez fait à propos de l'obligation de produire une analyse d'impact résultant de l'article L. 752-6 du code de commerce, dans votre décision du 15 juillet 2020 *Société BEMH et CNCC* (n° 431703 431724 433921, aux Tables sur un autre point).

Nous en avons fini avec la requête du CNCC dirigée contre l'article 4 du décret du 7 juin 2019.

Le CNCC conteste également l'arrêté du 28 juin 2019 fixant le contenu du formulaire de demande d'habilitation que les organismes souhaitant établir le certificat de conformité doivent remplir, pris en application de l'article R. 752-44-3 du code de commerce créé par le décret du 7 juin 2019. Cette seconde requête ne vous retiendra guère dès lors que le CNCC se borne à soutenir que cet arrêté doit être annulé par voie de conséquence de l'annulation de

l'article R. 752-44-3, que vous n'annulerez pas, et à invoquer un défaut de consultation du conseil supérieur de la construction et de l'efficacité énergétique, que rien n'imposait.

PCMNC à l'annulation de l'article 4 du décret attaqué en tant seulement qu'il crée le c du 2° de l'article R. 752-44-1 du code de commerce, au rejet du surplus des conclusions de la requête dirigée contre ce décret, y compris des conclusions présentées par le requérant au titre de l'article L. 761-1 du CJA, ainsi que de la requête dirigée contre l'arrêté.