

N° 431724

Conseil national des centres commerciaux

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 22 octobre 2021

Lecture du 22 novembre 2021

CONCLUSIONS

M. Raphaël Chambon, rapporteur public

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 n°2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, dite 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. »*¹. 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 »*.

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, notamment, 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

¹ Deux seulement à Paris, désignées par la CCI et la CMA, dès lors qu'il n'existe pas de chambre d'agriculture dans la capitale.

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.

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.

Le décret a 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. Par une décision du 15 juillet 2020, vous avez rejeté la requête de la société BEMH ainsi que les conclusions de la requête du CNCC dirigées contre les articles 4 à 7 du décret, pris pour l'application d'autres dispositions législatives.

Vous avez en revanche sursis à sur les conclusions de la requête du CNCC en tant qu'elle demande l'annulation des articles 1^{er} à 3, 10 et 11 du décret et décidé de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

Le CNCC a en effet soulevé un moyen tiré de la méconnaissance du droit de l'Union, 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 Services², 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* ».

Vous avez saisi la CJUE de la question de savoir si le paragraphe 6) de l'article 14 de la doit être interprété en ce sens qu'il permet la présence, au sein d'une instance collégiale compétente pour émettre un avis sur une autorisation d'exploitation commerciale, d'une personnalité qualifiée représentant le tissu économique, dont le rôle se borne à présenter la

² Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

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.

La Cour de Justice a statué le 15 juillet dernier³ sur cette question préjudicielle⁴. Après avoir indiqué qu'il découle de l'interprétation littérale, contextuelle et téléologique de l'article 14, point 6, de la directive que relèvent de l'interdiction prévue à cette disposition tant les concurrents potentiels du demandeur d'une autorisation d'exploitation commerciale que les opérateurs concurrents de ce demandeur ou les représentants de tels concurrents, elle a jugé qu'il y avait lieu de considérer que des personnalités qualifiées représentant le tissu économique de la zone de chalandise pertinente pourraient incarner, notamment, l'expression des intérêts des concurrents actuels ou potentiels du demandeur d'autorisation d'exploitation commerciale, pour autant que ceux-ci participent à la désignation de ces personnalités, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier. Elle a ainsi dit pour droit que l'article 14, point 6, de la directive « doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale prévoyant la présence, au sein d'une instance collégiale compétente pour émettre un avis sur l'octroi d'une autorisation d'exploitation commerciale, de personnalités qualifiées représentant le tissu économique de la zone de chalandise pertinente, et ce même si ces personnalités ne prennent pas part au vote sur la demande d'autorisation et se bornent à présenter la situation de ce tissu économique ainsi que l'impact du projet concerné sur ce dernier, pour autant que les concurrents actuels ou potentiels du demandeur participent à la désignation desdites personnalités ».

Il convient désormais de déterminer la portée de l'inconventionnalité des dispositions de l'article L. 752-1 du code de commerce qui nous semble découler de l'arrêt de la Cour de justice, le CNCC soutenant pour sa part que cet arrêt prohibe la présence dans les CDAC des trois personnalités qualifiées représentant le tissu économique, désignées respectivement par la CCI, la CMA et la chambre d'agriculture.

Il semble clair que l'interprétation de la directive donnée par la Cour prohibe celle d'un représentant des chambres de commerce et d'industrie. Selon l'article L. 710-1 du code de commerce, ces établissements ont, « *en leur qualité de corps intermédiaire de l'Etat, une fonction de représentation des intérêts de l'industrie, du commerce et des services auprès des pouvoirs publics* ». En vertu des articles L. 713-1 et L. 713-4 du code de commerce, sont électeurs et éligible à l'élection de leurs membres, notamment, les commerçants immatriculés au registre du commerce et des sociétés et les chefs d'entreprise inscrits au répertoire des métiers et immatriculés au registre du commerce et des sociétés, qui sont indubitablement des concurrents potentiels des demandeurs d'autorisation d'exploitation commerciale, laquelle

³ Arrêt C-325/20.

⁴ Sans guère hésiter dès lors que l'affaire a été jugée sans conclusions de l'avocat général.

autorisation est rappelons-le, exigée pour « *la création d'un magasin de commerce de détail d'une surface de vente supérieure à 1 000 mètres carrés* ».

C'est également le cas pour la personnalité désignée par les chambres de métiers et de l'artisanat, lesquelles sont, auprès des pouvoirs publics, les organes représentatifs des intérêts généraux de l'artisanat de leur circonscription, selon l'article 5 du code de l'artisanat, son article 5-1 prévoyant que leur réseau « *contribue au développement économique des entreprises immatriculées au répertoire des métiers ainsi qu'au développement des territoires, en remplissant en faveur des acteurs économiques et en partenariat avec les structures existantes toute mission d'intérêt général en faveur du secteur de l'artisanat* ». La liste des activités relevant de l'artisanat est fixée par l'annexe au décret n° 98-247 du 2 avril 1998 relatif à la qualification artisanale et au répertoire des métiers. On y trouve notamment les « *activités relevant de l'artisanat de l'alimentation* », par exemple le commerce de détail de viandes ou de poissons en magasin spécialisé, ainsi que celles relevant de l'artisanat de service, par exemple la préparation de fleurs ou la blanchisserie-teinturerie, qui sont susceptibles d'être concurrencées par les équipements commerciaux dont la création ou l'extension de la surface de vente est soumise à autorisation de la CDAC (qu'il s'agisse du rayon boucherie ou poissonnerie d'un supermarché ou du fleuriste ou du pressing installés dans la galerie commerciale attenante). La présence au sein des CDAC d'une personnalité qualifiée désignée par la chambre des métiers et de l'artisanat, appelée au même titre que celle désignée par la CCI à présenter la situation du tissu économique dans la zone de chalandise et l'impact du projet sur le tissu économique, méconnaît donc les objectifs de la directive.

La question nous semble nettement plus délicate pour la personnalité qualifiée désignée par les chambres d'agriculture, lesquelles ont une fonction de représentation des intérêts de l'agriculture auprès des pouvoirs publics et des collectivités territoriales selon l'article L. 510-1 du code rural et de la pêche maritime. Ces établissements contribuent à l'amélioration de la performance économique, sociale et environnementale des exploitations agricoles et de leurs filières et accompagnent, dans les territoires, la démarche entrepreneuriale et responsable des agriculteurs ainsi que la création d'entreprises et le développement de l'emploi. Ils contribuent également, par les services qu'ils mettent en place, au développement durable des territoires ruraux et des entreprises agricoles, ainsi qu'à la préservation et à la valorisation des ressources naturelles, à la réduction de l'utilisation des produits phytopharmaceutiques et à la lutte contre le changement climatique.

En vertu des articles R. 511-6 et R. 511-8 de ce code, leurs membres sont élus essentiellement par les chefs d'exploitation ayant la qualité de propriétaire, de fermier ou de métayer, les salariés de la production agricole et les groupements professionnels agricoles.

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.

Deux raisons nous convainquent que la présence d'une personnalité désignée par les chambres d'agriculture n'est pas inconventionnelle :

- Les membres des chambres d'agriculture représentent une activité économique essentiellement tournée vers la production, non vers le commerce, même si certains producteurs pratiquent également de la vente directe aux consommateurs. Si les exploitants agricoles peuvent entretenir des relations tendues avec la grande distribution en raison des tensions sur les prix des produits agricoles, ils ne sont généralement pas directement concurrents des commerces implantés dans les équipements autorisés par les CDAC, qui sont le plus souvent leurs clients ;
- L'article L. 752-1 ne confie pas à la personnalité désignée par la chambre d'agriculture le même rôle qu'à celles désignées par la CCI et la CMA, qui doivent présenter la situation du tissu économique dans la zone de chalandise pertinente et l'impact du projet sur ce tissu économique. Cette personnalité doit présenter l'avis de la chambre d'agriculture lorsque le projet d'implantation commerciale consomme des terres agricoles, ce qui nous semble constituer une différence notable. Certes l'activité agricole est par principe concurrente des projets de créations d'équipements commerciaux sur des terres agricoles mais il nous semble que lorsque la directive prohibe « l'intervention d'opérateurs concurrents » dans l'octroi d'autorisations, elle vise des concurrents sur un même marché de biens ou de services, et non la concurrence, s'agissant de l'occupation du foncier, entre l'activité commerciale et d'autres types d'occupation, par exemple agricole⁵.

Reste à tirer les conséquences de cette inconventionnalité partielle des dispositions de l'article L. 752-1 du code de commerce.

L'article 1^{er} du décret attaqué complète l'article R. 751-1 prévoyant la nomination des membres de la CDAC par arrêté préfectoral, en ajoutant un 5° dédié aux personnalités qualifiées mentionnées au 3° du II, au 3° du III et au 3° du IV de l'article L. 751-2, précisant que leur mandat de trois ans est renouvelable, que si elles perdent la qualité en vertu de laquelle elles ont été désignées, ou en cas de démission, de décès ou de déménagement hors des frontières du département, leur remplaçant est désigné sans délai, pour la durée du mandat restant à courir et que sur les territoires où les intérêts du commerce, de l'industrie, des services, des métiers, des professions libérales et de l'agriculture sont regroupés au sein de chambres consulaires communes, les personnalités qualifiées mentionnées au 3° du II, au 3° du III et au 3° du IV de l'article L. 751-2 peuvent être issues de la même chambre.

⁵ Relevons d'ailleurs que la CJUE, que vous n'aviez implicitement interrogé que sur les personnalités désignées par la CCI et la CMA, ne s'est pas saisie d'office du cas de la PQ désignée par la chambre d'agriculture.

Est-il possible d'en pratiquer une annulation partielle en laissant subsister cet article en tant qu'il concerne les chambres d'agriculture ou ces dispositions présentent-elles un caractère indivisible impliquant que vous prononciez leur annulation complète ?

Nous sommes convaincu de la première solution : la personnalité qualifiée désignée par la chambre d'agriculture n'a pas le même rôle que celles désignées par les deux autres chambres consulaires, nous l'avons vu, et les dispositions réglementaires conservent une cohérence et un intérêt pour la désignation de la seule personnalité qualifiée désignée par la chambre d'agriculture. Bien sûr, d'un point de vue légistique, il serait plus propre que le législateur et le pouvoir réglementaire reprennent la plume. Mais dans l'attente, il n'y a pas ni raison juridique, ni motif de pure rationalité administrative de faire tomber les dispositions prévoyant la désignation d'une personnalité qualifiée par la chambre d'agriculture dès lors que les dispositions législatives prévoyant sa présence et son rôle au sein des CDAC ne sont pas contraires au droit de l'Union. Il appartiendra le cas échéant au législateur d'en décider autrement s'il le juge opportun mais il ne vous appartient pas à nos yeux de décider que la présence des trois personnalités qualifiées désignées par les chambres consulaires forment politiquement un tout indivisible, ce qui n'a au demeurant rien d'évident. Nous pensons donc que le 5° de l'article R. 751-1 du code de commerce créé par l'article 1^{er} du décret attaqué doit être annulé en tant seulement qu'il se rapporte aux personnalités qualifiées désignées par la CCI et la CMA. Il en va de même de l'article 2 du décret.

Il n'y a pas lieu d'annuler l'article 3 du décret, qui rend applicable aux membres sans droit de vote l'obligation de déclaration des fonctions exercées et des intérêts prévue à l'article R. 752-4 dès lors que la présence d'un membre des commissions départementales sans droit de vote subsiste.

Il n'y a pas davantage lieu d'annuler les articles 10 et 11 du décret, qui adaptent les articles R. 752-15 et R. 752-16 relatifs au quorum et aux règles de vote. Certes, ils font référence, comme les articles 1^{er} et 2, aux personnalités qualifiées mentionnées au 3° du II, au 3° du III et au 3° du IV de l'article L. 751-2 du code de commerce. Mais dès lors que vous annulez les articles 1^{er} et 2 en tant qu'ils se rapportent aux personnalités qualifiées désignées par la CCI et la CMA, vous pouvez laisser subsister la nouvelle rédaction donnée aux articles R. 752-15 et R. 752-16, qui ne s'appliquera *de facto* qu'aux seules personnalités qualifiées désignées par les chambres d'agriculture.

Le ministre de l'économie et des finances, qui n'a pas produit de nouvelles observations après que la Cour de Justice a rendu son arrêt, ne vous a pas demandé de limiter dans le temps les effets d'une éventuelle annulation et nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de le faire, même si votre annulation rendra illégale la participation des personnalités qualifiées

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.

litigieuses aux délibérations prises par les CDAC depuis l'entrée en vigueur des dispositions réglementaires censurées.

PCMNC à l'annulation des articles 1^{er} et 2 du décret attaqué en tant qu'ils prévoient la nomination de personnalités qualifiées désignées par les CCI et les CMA, à ce que vous mettiez à la charge de l'Etat le versement au CNCC de la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet du surplus des conclusions de la requête.

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.