URBANISME

# L'urbanisme commercial 144h7

**Si l'actuelle législation applicable à l'urbanisme commercial est essentiellement issue des dispositions de la loi *LME* du 4 août 2008 (v. l'article de J.-A. Fresneau, ci-dessous), l'abondante jurisprudence en la matière, qui émane essentiellement du Conseil d'État, a permis d'en préciser les contours (v. l'article de F. Bouyssou, p. 17). Deux textes sont aujourd'hui soumis à l'examen du Parlement, dont le projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, dit *ALUR*, qui propose de maintenir le régime des autorisations d'exploitation commerciale et d'assurer une plus grande sécurité juridique aux opérateurs (v. l'article de B. Raimbert, p. 23). Un entretien avec François Geindre, ancien membre de la CNAC, apporte *in fine* un éclairage vivant sur ces différentes facettes du droit de l'urbanisme commercial (p. 28).**

## La législation de l'urbanisme commercial 145j1

### Contribution critique à l'état des lieux

L'essentiel

**À l'heure où deux projets de texte relatifs, l'un à l'accès au logement et à un urbanisme rénové (*ALUR*), et l'autre à l'artisanat, au commerce et aux TPE, sont en cours d'examen au Parlement, il a semblé nécessaire de faire un état des lieux de la législation actuellement en vigueur en matière d'urbanisme commercial, issue pour l'essentiel de la loi *LME* du 4 août 2008.**

Étude par
Jean-André Fresneau
Avocat à la cour,
barreau de Paris

Le régime d'autorisation d'exploitation commerciale qui réglemente, depuis 1973, la création et l'extension des magasins de commerce de détail de grande surface, substantiellement amendé en 2008 par la loi de modernisation de l'économie (*LME*) [1], devrait subir prochainement un toilettage dont les modalités, annoncées en juin 2013 dans le « Plan d'action pour le commerce et les commerçants », seront fixées par deux lois qui devraient être votées fin 2013 et début 2014 [2].

Ce contexte semble propice à faire un point de situation.

Quelquefois associé au projet commercial dès sa conception, invité à auditer le dossier de demande avant son dépôt devant la commission départementale d'aménagement commercial (CDAC) – compétente en premier lieu pour délivrer l'autorisation d'exploitation –, appelé, lorsqu'il y a lieu, à rédiger le recours saisissant la Commission nationale d'aménagement commercial (CNAC) ou les observations en défense au soutien du projet contesté devant cette instance, assistant son client ou le représentant devant celle-ci lors de l'audition qui précède l'examen du projet, le conseillant et le représentant devant la juridiction administrative pour défendre son titre attaqué ou contester l'autorisation concurrente qui lui fait grief, consulté sur l'évolution du projet avant sa mise en œuvre ou à l'occasion des modifications pouvant affecter le magasin après son ouverture au public (extension, fractionnement, changement d'activité, cession...), l'avocat est devenu un observateur privilégié de cette législation, de sa mise en œuvre, de ses forces et de ses faiblesses. Qu'il soit permis à l'un d'eux de témoigner ici de sa pratique assidue en la matière.

### I. UN RÉGIME MOINS MALTHUSIEN

#### A. Les règles en vigueur s'inscrivent dans une logique libérale

##### 1. L'abaissement des seuils d'autorisation et la définition de nouveaux critères d'évaluation des projets

La mesure la plus visible et la plus commentée de la *LME* était la fixation du seuil d'autorisation à 1 000 m² de

NDLR : Me Fresneau est coauteur, avec Rémy Schwartz, du *Guide juridique et pratique de l'urbanisme commercial*, EFE, 2008.

(1) Loi n° 2008-776, 4 août 2008, de modernisation de l'économie, modifiant notamment les articles L. 750-1 à L. 752-24 du Code de commerce.

(2) Loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (*ALUR*) et loi relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises.

surface de vente, au lieu de 300 m² précédemment, pour la plupart des projets [3].

Mais, plus encore qu'à ce resserrement du champ d'application du régime d'autorisation préalable, le caractère libéral de la réforme opérée en 2008 [4] tient à la modification des critères au regard desquels les projets sont désormais examinés.

Sous le régime antérieur, les commissions devaient d'abord rechercher si le projet était de nature à affecter l'équilibre voulu par le législateur entre les différentes formes de commerces. À cet effet, elles étaient conduites à comparer aux taux départemental et national la densité commerciale dans la zone de chalandise – calculée en rapportant, à sa population, la surface de vente globale dans l'activité concernée. Si la densité commerciale dans la zone était inférieure, celle-ci était regardée comme sous-équipée et le projet devait être autorisé. Si, au contraire, elle était déjà supérieure aux taux départemental et national ou devait le devenir par la réalisation du projet, la commission devait passer au second temps du raisonnement, en recherchant si, au regard de ses effets positifs sur l'emploi, la concurrence, le confort des consommateurs, le projet était de nature à compenser le risque de déséquilibre entre les différentes formes de commerce constaté au terme du premier temps du raisonnement. Dans l'affirmative, le projet devait être autorisé ; dans la négative, son refus s'imposait [5].

La réglementation en vigueur à l'époque caractérisait bien une police de la concurrence reposant sur des critères de nature économique et concurrentielle. Il s'agissait d'autoriser les projets de nature à répondre à une demande non satisfaite par les commerces existants, et de refuser ceux susceptibles d'engendrer un gaspillage des équipements commerciaux du fait d'une offre déjà suffisante, voire surabondante ou susceptible de le devenir par la réalisation du projet.

Cette logique est abandonnée par la loi du 4 août 2008 qui substitue aux anciens critères économiques l'appréciation des effets du projet en matière d'aménagement du territoire, de développement durable et de protection des consommateurs (C. com., art. L. 752-6) [6].

Ainsi, les commissions ne peuvent plus rechercher si le projet répond à une demande non satisfaite ou est susceptible de provoquer l'écrasement du petit commerce. Elles doivent s'interroger sur la pertinence de sa localisation, son accessibilité, sa bonne insertion et son impact environnemental.

### 2. La simplification de la procédure administrative

Prenant en compte les critiques de Bruxelles, la loi de 2008 a également simplifié et normalisé la procédure d'autorisation :

– en supprimant l'enquête publique commerciale pour les projets de plus de 6 000 m² de surface de vente ;

– en diminuant la durée maximum de la procédure, passée de 10 à 7 mois ;

– en assouplissant les règles de prise de décision au sein des commissions départementales.

### 3. L'unification des circuits contentieux

Le régime antérieur à la *LME* faisait coexister deux voies contentieuses puisque la saisine en appel de la commission nationale étant réservée à certaines personnes et fermée aux tiers (CE, 10 mars 2006, n° 278220, *Sté Leroy-Merlin*), les requérants écartés de ce recours pouvaient déférer directement au juge les décisions des commissions départementales.

Or, ces décisions relevaient, en premier ressort, de la compétence du tribunal administratif dont le jugement était susceptible d'appel, puis l'arrêt d'appel, d'un pourvoi en cassation, lorsque le Conseil d'État connaissait directement, en premier et dernier ressort, des décisions de la commission nationale.

La loi de 2008 a mis fin à cette dualité en ouvrant la saisine en appel de la commission nationale à toute personne y ayant intérêt, et en lui conférant le caractère d'un recours administratif préalable obligatoire (RAPO) [7] (v. *infra* § IV).

Ainsi, la CNAC doit-elle désormais être saisie en appel des décisions des CDAC avant tout recours contentieux, sous peine d'irrecevabilité de ce dernier (C. com., art. L. 752-17), le recours contentieux n'étant ouvert qu'aux personnes ayant elles-mêmes saisi la CNAC lorsque la décision de cette instance est confirmative de la décision départementale dont la Commission nationale avait été saisie [8].

Une telle réforme bénéficie aux porteurs de projets de trois points de vue. Elle permet, lorsqu'il y a lieu, de sécuriser les autorisations par un second examen en appel avant la saisine du juge ; elle réduit la durée de l'instance en cas de recours contentieux (v. néanmoins *infra* § V. B) ; enfin, elle favorise l'homogénéité et la diffusion de la jurisprudence et contribue ainsi à une plus grande sécurité juridique.

## B. Le caractère libéral des nouvelles règles est affirmé par le juge

Dès les premiers arrêts rendus en 2010 sous l'empire des règles nouvelles, le Conseil d'État a affirmé le principe selon lequel les projets doivent être autorisés et qu'il ne peut en être autrement qu'à la condition de démontrer que leurs effets, au regard des objectifs de la loi en matière d'aménagement du territoire et de développement durable, seront négatifs [9].

(3) Voir, néanmoins, § VII. B.

(4) Il est vrai que le Gouvernement a longuement tergiversé avant de réaliser, en 2008, une réforme imposée par la procédure d'infraction engagée par la Commission européenne pour incompatibilité de la législation française avec l'art. 43 du Traité sur l'UE, mais aussi par l'obligation de mettre, avant le 28 déc. 2009, la loi française en conformité avec la directive du 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

(5) CE, sect., 27 mai 2002, n° 229187, SA Guimatho et a.

(6) En matière d'*aménagement du territoire*, les commissions doivent rechercher les effets du projet sur l'animation de la vie urbaine, rurale et de montagne et sur les flux de transport. Les effets en matière de *développement durable* s'apprécient au regard de la qualité environnementale du projet et de son insertion dans les réseaux de transports collectifs. La notion de *protection des consommateurs* n'est pas définie et la loi n'en propose aucun critère d'évaluation.

(7) Sur cette notion, v. *Les recours administratifs préalables obligatoires*, Les études du Conseil d'État, 2008, 233 pp.

(8) CE, Sect., 28 juin 2013, n° 355812, SAS Coutis.

(9) CE, 4 oct. 2010, n° 333413, Syndicat commercial et artisanal de l'agglomération sénonaise et a.

Ainsi s'explique également le taux élevé d'autorisation des projets ainsi que le nombre limité d'annulations des décisions de la CNAC par le juge – censure d'ailleurs prononcée, le plus souvent, pour des motifs de procédure et, beaucoup plus rarement, en raison d'une erreur d'appréciation de la commission [10].

Il reste que la haute juridiction n'a pas encore défini – comme elle l'avait d'ailleurs tardivement fait dans l'arrêt *Société Guimatho* –, la méthode que doivent précisément appliquer les commissions dans ce nouveau cadre légal.

En particulier, alors que les trois objectifs poursuivis par la loi et leurs critères d'évaluation ne semblent pas dotés de la même importance, la question n'est toujours pas tranchée de savoir si l'appréciation des effets du projet doit se faire objectif par objectif, critère d'évaluation par critère d'évaluation, ou au terme d'un bilan global.

Il est vrai que, sous l'influence de ses rapporteurs publics, le Conseil d'État confère à l'objectif de protection des consommateurs, qui n'est ni défini par la loi, ni assorti de critères d'évaluation, une importance moindre qu'aux deux autres.

À diverses reprises, la haute juridiction a également affirmé la valeur relative de certaines considérations pourtant liées à des critères d'évaluation, esquissant une hiérarchisation de ceux-ci et laissant penser que la méthode des commissions serait plutôt celle du bilan [11].

Mais une véritable clarification méthodologique serait la bienvenue, non seulement pour la sécurité juridique des pétitionnaires, mais aussi pour servir de guide aux commissions dans leur appréciation des effets des projets.

Dans tous les cas – autorisations ou refus –, les décisions, ne sont jamais motivées par une seule considération [12].

### C. La pratique de la CNAC témoigne également du caractère libéral des nouvelles règles

Bien que la CNAC ne soit pas une juridiction et que le caractère contradictoire de la procédure suivie devant elle ne s'impose pas (CE, 23 déc. 2010, *Sté Sadef*, n° 337752), le secrétariat de la Commission transmet le recours des tiers qui la saisissent au porteur du projet contesté, qui prend ainsi connaissance des griefs soulevés par son adversaire et peut y répondre, si besoin en complétant son dossier de demande [13].

Mais surtout, aiguillonnée à cet effet par le Conseil d'État [14], elle instruit les projets afin d'optimiser les chances d'autorisation.

Dès sa première approche du dossier, l'instructeur prend l'attache du pétitionnaire et l'invite à lui adresser les explications, compléments et mises à jour qu'il juge utiles.

Ces demandes témoignent souvent d'une lecture plus précise et approfondie du dossier que celle des services chargés de l'instruction devant les CDAC. L'attention qu'on y prête, la célérité et la précision des réponses apportées renforcent les chances d'obtenir une décision favorable de la Commission nationale.

Il est dès lors surprenant, dans un contexte aussi favorable, que près d'un tiers des projets soit encore refusé à ce stade et, plus encore, que cette proportion s'accroisse depuis 2011, comme en témoigne le tableau *ci-dessous*.

#### 1. Décisions de la CNAC (2009-2013)

| | Réunions | Projets examinés | Autorisations | Refus | Recours irrecevables | Avis L. 752-4 |
|---|---|---|---|---|---|---|
| **2013** | 11 (janv.-juin) | 149 | 90 (61 %) | 57 (39 %) | 1 | 0 |
| **2012** | 19 | 275 | 183 (68 %) | 87 (32 %) | 3 | 2 |
| **2011** | 21 | 263 | 196 (78 %) | 55 (22 %) | 4 | 4 |
| **2010** | 18 | 218 | 145 (74 %) | 51 (26 %) | 5 | 4 |
| **2009** | 12 | 180 | 113 (69 %) | 50 (31 %) | 2 | 12 |

Par comparaison, en croissance constante sur la période 2009-2011, le taux d'autorisation des commissions départementales est très supérieur, comme l'illustre le tableau *ci-dessous*.

(10) Voir néanmoins, pour l'annulation de décisions de refus : CE, 25 juill. 2013, n° 363788, Sté Electro Dépôt France ; CE, 25 mars 2013, n° 354810, Sté Freno Dis ; CE, 6 févr. 2013, n° 354998, SA Union des coopérateurs d'Alsace – et pour l'annulation d'autorisations : CE, 24 oct. 2012, n° 353344, Sarl Scoli ; CE, 27 juin 2011, n° 336234, Gie Centre commercial des Longs Champs. Sur les 53 arrêts de 2012 en ligne sur *Légifrance*, l'un seulement concerne la législation jumelle de l'équipement cinématographique (confirmation d'un refus) et deux des pourvois en cassation relatifs à des autorisations départementales accordées avant la *LME* (l'une annulée, l'autre confirmée). Les 50 décisions restantes portent sur 42 recours contre des autorisations et 8 contre des refus. Sur les 42 autorisations contestées, 31 sont confirmées et 11 annulées. Les motifs d'annulation tiennent, pour 6 d'entre eux, à l'irrégularité ou au défaut des avis des ministres intéressés, 2 au défaut de motivation d'autorisations tacites (absence de communication) et 1 à une erreur d'appréciation de la commission. Sur les 8 refus d'autorisation contestés, 7 sont confirmés, l'annulation étant prononcée pour défaut d'avis d'un ministre. Par comparaison, sur les 57 arrêts mis en ligne pour les six premiers mois de l'année 2013, 4 seulement censurent des décisions de la CNAC (exclusivement des refus d'autorisation), dont 3 pour erreur d'appréciation.

(11) L'absence de desserte du projet par les transports en commun (CE, 29 oct. 2012, Sté Cholet Brico Loisirs, n° 351966 ; CE, 16 févr. 2011, Sté Ivry Distribution, n° 335262 ; CE, 23 déc. 2010, Sté Atac, n° 334259), l'absence de piste cyclable (CE, 13 févr. 2013, Sté Cova, n° 355954) et même l'absence concomitante de voies cyclable et pédestre, alors même que le projet est localisé en ville (CE, 25 juill. 2013, Sté Les Serres de La Marmande, n° 363117), ne sont pas de nature, à elles seules, à justifier un refus d'autorisation.

(12) On peut toutefois s'interroger sur la fidélité avec laquelle les motifs formels de la décision rendent compte des raisons précises ayant conduit la commission à trancher dans un sens ou dans l'autre. Le sens de la décision procède, en effet, d'un vote des commissaires, mais les motifs ayant déterminé le vote de chacun peuvent être différents. Il appartient donc au rédacteur de la décision d'identifier ces motifs, lesquels ne rendent pas nécessairement compte de l'avis de la majorité des membres sur chacun. On peut, à cet égard, regretter qu'une fois rédigées, les décisions ne soient pas soumises à l'approbation des membres avant signature et notification.

(13) En revanche, le requérant n'a communication ni des réponses apportées à son recours par le porteur du projet, ni des pièces, informations et compléments adressés par lui à la CNAC, ce qui ne permet pas, selon nous, d'assurer l'efficience de l'audition de l'auteur du recours qui s'exprime alors sur un projet et un dossier dont il ignore l'état précis au moment de son examen. Ce mode opératoire est néanmoins validé par le Conseil d'État (CE, 23 déc. 2010, Sté Sadef, n° 337752).

(14) La CNAC ne peut refuser d'emblée un projet pour insuffisance du dossier de demande ; elle doit inviter le pétitionnaire à compléter son dossier puis, le cas échéant, rejeter la demande en raison de lacunes persistantes (CE, 30 mai 2011, Sté Frenodis, n° 336055).

### 2. Décisions des CDAC (2009-2011)

| | Projets examinés | Autorisations (projets) | Autorisations (surfaces) |
|---|---|---|---|
| **2011** | 1380 | 90,7 % | 88,3 % |
| **2010** | 1450 | 89,4 % | 85,9 % |
| **2009** | 1306 | 88 % | 83,7 % |

*(Source : DGCIS.)*

Sur cette période, le taux d'autorisation des CDAC n'a cessé de croître, tant en surface qu'en nombre de projets.

Selon le « Plan d'action pour le commerce et les commerçants », 22 % des décisions départementales font aujourd'hui l'objet de recours devant la CNAC, taux en augmentation puisqu'il n'était que de 15 % en 2010 et de 19 % en 2011.

## II. UN EFFET DE LA RÉFORME : L'AMÉLIORATION DE LA QUALITÉ DES PROJETS

Les objectifs de la loi et les critères d'évaluation au regard desquels les projets sont désormais examinés, notamment leur qualité environnementale, leur insertion et leur localisation, ont indéniablement favorisé leur qualité.

La prise en considération systématique des dispositifs d'économie d'énergie, de traitement des eaux, l'attention désormais portée au travail de végétalisation et à l'insertion paysagère, à l'importance des surfaces imperméabilisées, l'invitation faite systématiquement aux pétitionnaires de compléter leur dossier par des photomontages permettant à la commission d'appréhender le projet dans son environnement naturel ou urbain, la prime dont bénéficient les projets architecturalement innovants, esthétiquement soignés et, avant que la réglementation thermique 2012 ne devienne obligatoire le 1er janvier 2013, ceux pour lesquels l'engagement était pris de l'appliquer, en sont autant de manifestations.

*A contrario*, les projets ne traduisant aucun effort d'insertion, aucun parti pris environnemental ambitieux, et proposant un traitement végétal minimaliste, se placent en situation de faiblesse.

On peut néanmoins regretter que la grille de lecture et les exigences de certaines commissions départementales – la priorité étant trop souvent donnée, à ce stade, au consensus politique local –, ne soient pas au diapason de celles de la CNAC.

## III. LA LÉGISLATION DEMEURE UN INSTRUMENT DE RÉGULATION DES TENSIONS CONCURRENTIELLES LOCALES

Le régime d'autorisation administrative préalable institué en 1973 affichait l'ambition de permettre de contrôler les implantations de magasins de grande surface dans le but de protéger les commerces traditionnels. Cet objectif est demeuré identique jusqu'en 2008.

En conditionnant désormais l'autorisation des projets à l'appréciation de leurs effets en matière d'aménagement du territoire et de développement durable, la loi de 2008 a transformé la nature même de cette législation, qui a ainsi cessé de s'affirmer comme une police de la concurrence.

Pour autant, elle demeure *de facto* un outil de régulation économique. En effet, les requérants devant la CNAC et le Conseil d'État demeurent essentiellement motivés par la volonté de retarder, voire d'empêcher, la réalisation de projets susceptibles d'affecter leur propre activité. Le Conseil d'État continue d'ailleurs d'admettre l'intérêt à agir du concurrent, aussi bien devant la CNAC que devant le juge (CE, 24 oct. 2011, n° 336724, *Sté Janada*), même s'il a semblé, dernièrement, en conditionner la reconnaissance à son implantation dans les limites de la zone de chalandise (CE, 4 juill. 2012, n° 353314, *Sté Bridecar et a.*) [15].

Cette instrumentalisation de la législation de l'urbanisme commercial, qui ne saurait être assimilée à un abus du droit au recours, ne peut être ignorée des partisans d'une suppression du régime spécial d'autorisation, laquelle pourrait avoir pour effet de transférer le risque contentieux vers le permis de construire et les documents d'urbanisme.

## IV. LE RECOURS PRÉALABLE OBLIGATOIRE : UN BILAN EN DEMI-TEINTE

En supprimant le contentieux des décisions des commissions départementales, l'institution par la *LME* du recours administratif préalable obligatoire (RAPO), qui impose à toute personne y ayant intérêt de saisir la CNAC avant le juge administratif (C. com., art. L. 752-17, al. 2), visait autant à réduire la durée du contentieux qu'à désengorger la juridiction administrative et à favoriser l'unité de la jurisprudence, en désignant le Conseil d'État, juge en premier et dernier ressort des décisions de la CNAC, seul arbitre de cette législation et de son application par l'Administration.

Ces objectifs n'ont, cependant, été que partiellement atteints.

### A. Le RAPO n'est pas parvenu à endiguer l'inflation contentieuse

La saisine préalable de la CNAC est regardée, par les auteurs des recours contre les autorisations départementales, comme un passage obligé permettant éventuellement, dans des délais courts, d'obtenir la réformation de la décision départementale qu'ils contestent. Mais, dans la plupart des cas, s'ils n'obtiennent pas satisfaction à ce stade – ce qui est statistiquement le cas le plus fréquent –, ils saisiront le Conseil d'État d'un recours en annulation de la décision de la CNAC, recours dont l'objectif est plus, à leurs yeux, de retarder la réalisation du projet de plusieurs mois, voire de plusieurs années, que de l'empêcher.

(15) Pour une solution plus nuancée, v. néanmoins CE, 3 juill. 2013, Sté Brico Dépôt, n° 353601.

De même, le porteur du projet qui essuie un refus de la CNAC est-il légitimement tenté de contester cette décision devant le juge. Un tel recours présente également, de ce point de vue, plusieurs avantages. D'abord, si l'annulation du refus ne vaut pas autorisation du projet, elle a pour effet de ressaisir la CNAC sans avoir à repasser devant la commission départementale (CE, 25 mars 2013, n° 353279, *Sté Sodiparc*). Ensuite, la loi interdit, lorsque la CNAC a refusé un projet pour un motif de fond, de redéposer le même projet devant la CDAC avant un délai d'un an (C. com., art. L. 752-21). Surtout, si le refus est fondé sur des considérations tenant à la localisation du projet ou à des raisons insusceptibles d'être corrigées ou améliorées, le pétitionnaire a un intérêt réel à faire invalider par le juge l'appréciation de la commission.

> *« On peut regretter que les exigences de certaines commissions départementales ne soient pas au diapason de celles de la CNAC »*

Les décisions en ligne sur *Légifrance* témoignent de l'inflation des recours contre les décisions de la CNAC : 26 arrêts en 2010, 31 en 2011, 53 en 2012 (v. *supra* note de bas de page n° 10) et déjà 57 pour les six premiers mois de 2013.

Encore convient-il de souligner que ces chiffres ne prennent en compte ni les décisions qui ne sont pas publiées sur ce site, ni les nombreuses ordonnances prises sur les requêtes relevant d'une série, présentant à juger des questions identiques à celles déjà tranchées (C. just. admin., art. R. 122-12, 6°).

### B. Le RAPO a contribué à la démobilisation des services locaux de l'État

Dès lors que les décisions des commissions départementales ne sont plus susceptibles d'être directement contestées devant la juridiction administrative, la régularité de la procédure, de l'instruction et de la décision elle-même est devenue un enjeu secondaire.

En effet, si l'autorisation accordée par la CDAC fait consensus, le projet va pouvoir être réalisé sur cette base. De même, si la décision départementale est contestée, soit par un tiers estimant que l'autorisation lui fait grief, soit par le pétitionnaire qui a essuyé un refus, la seule possibilité de recours consiste à saisir la CNAC. Or, celle-ci va alors procéder à une nouvelle instruction complète du projet sur la base de nouveaux avis, sans être liée par les arguments développés par l'auteur de la saisine, et sa décision va se substituer purement et simplement à la décision départementale contestée, si bien qu'il sera inopérant de soulever, devant le juge saisi d'un recours en annulation de la décision nationale, des moyens tenant aux irrégularités de la procédure suivie devant la CDAC (CE, 4 oct. 2010, n° 333413, *Syndicat commercial et artisanal de l'agglomération sénonaise*).

Il n'est dès lors pas étonnant d'observer, dans nombre de départements, une baisse qualitative des rapports d'instruction des projets, souvent réduits à une simple page, et de la motivation même des décisions. Cette démobilisation, accentuée par d'autres motifs identifiés dans le « Plan d'action pour le commerce et les commerçants » [16], vient renforcer le sentiment d'un désengagement de l'État dans la régulation des implantations commerciales (v. *infra* § VI).

## V. L'INSÉCURITÉ JURIDIQUE GÉNÉRÉE PAR L'IMPRÉCISION ET L'INSTABILITÉ DES RÈGLES

La sécurité juridique à laquelle peut légitimement aspirer tout administré, mais aussi le contexte propre à la définition et la mise en œuvre des projets commerciaux – durée de gestation, procédure d'autorisation, délais de réalisation, moyens considérables mobilisés, impact économique et social, pression concurrentielle, et plus largement économique –, imposent que cette législation soit à la fois stable, prévisible et compréhensible.

Cet impératif est trop souvent ignoré, comme en témoignent les six illustrations qui suivent.

### A. La mise en œuvre chaotique de la réforme de 2008

Quatre mesures transitoires d'application immédiate de la *LME* se sont appliquées, dès la publication du texte, le 5 août 2008.

L'une d'elles, anticipant l'augmentation de 300 à 1 000 m² du seuil d'autorisation décidée par le législateur, a donné lieu à un cafouillage extraordinaire.

Depuis 1973, les projets visant à l'extension de magasins existants sont soumis à autorisation dès lors que l'augmentation envisagée, soit porte sur une surface supérieure au seuil d'autorisation, soit aura pour effet de porter la surface de vente globale du magasin au-delà de ce seuil. Or, l'article 102, XXIX, de la loi du 4 août 2008 portant cette mesure transitoire d'application immédiate n'était pas rédigé dans cette logique. Il prescrivait, en effet, que « dès la publication de la présente loi (...) les projets portant sur une superficie inférieure à 1 000 m² ne sont plus soumis à l'examen de la commission départementale d'équipement commercial ou de la Commission nationale d'équipement commercial ». En ne distinguant pas le cas des projets d'extension, le texte permettait ainsi, pendant cette période, d'étendre sans autorisation tout magasin existant, « d'une surface inférieure à 1 000 m² ».

L'interprétation de ces dispositions a donné lieu à plusieurs revirement de l'Administration en l'espace de trois mois (circ. DCASPL du 7 août 2008, circ. du 28 août 2008, instruction de la DCASPL du 24 oct. 2008 retirant la circ. du 28 août sous l'effet, non dissimulé, de diverses pressions politiques...) [17].

Il a été avancé [18] que 500 000 à 3 millions de m² ont été ouverts sans autorisation entre le 5 août et le 25 novembre

(16) « La réduction des effectifs de la fonction publique sur le terrain ces dix dernières années a aussi eu des conséquences importantes sur la capacité des services locaux à instruire les projets, à contrôler leur réalisation, voire à conserver une connaissance du tissu commercial des territoires ».

(17) Sur les recours engagés contre les textes des 28 août et 24 oct. 2008 : CE, 26 mai 2010, n° 320797.

(18) La question écrite de M. Jean-Pierre Sueur sur ce point, posée le 12 juill. 2012, demeure en attente de réponse.

2008, sur le fondement de ce dispositif provisoire mal conçu.

Il reste à apprécier, au cas par cas, si ces extensions ont créé des droits acquis incontestables. En effet, indépendamment de la question de la régularité de l'exploitation actuelle des surfaces concernées, l'identification précise des droits d'exploitation s'impose en cas de cession des fonds de commerce ou des locaux concernés.

Cette bévue procédait assurément de la faiblesse conceptuelle et rédactionnelle du texte voté par le Parlement, plus que de son interprétation par l'Administration ou de son application par les opérateurs. Elle conduit à regarder avec la distance indispensable les critiques tendant à justifier une nouvelle réforme par « l'instabilité juridique actuelle » ou encore « la multiplication anarchique des implantations commerciales »... Elle impose surtout de ne pas la reproduire ...

### B. Les modifications successives de la compétence contentieuse

Comme il l'était à l'égard des décisions de sa devancière – la Commission nationale d'équipement commercial (CE, 4 nov. 1994, n° 153926, *SA Sofaline Intermarché*) –, le Conseil d'État demeurait, à l'issue de la réforme de 2008, juge en premier et dernier ressort des décisions de la CNAC.

Toutefois, dans le cadre de la réorganisation des compétences et du fonctionnement des juridictions administratives, le décret n° 2010-164 du 22 février 2010 lui a retiré cette attribution à compter du 1er avril 2010.

De la façon la plus surprenante, cette mesure s'est accompagnée d'incroyables tergiversations au sujet de l'identification de la juridiction appelée à connaître désormais du contentieux de ces décisions [19]. Finalement, la compétence échoyait au tribunal administratif dans le ressort duquel siégeait la commission départementale ayant statué en premier lieu sur le projet [20].

Pourtant, contre toute attente, les partisans d'un « circuit court » pour ce contentieux obtenaient que la compétence soit réattribuée au Conseil d'État seize mois plus tard [21].

Ainsi, tous les recours dirigés contre des décisions de la CNAC pendant devant les tribunaux administratifs, qui n'avaient pas fait l'objet d'une inscription à l'audience le 1er octobre 2011, ont été transférés à cette date à la haute juridiction [22].

Des affaires dans lesquelles une clôture avait été prononcée depuis plusieurs mois, ont ainsi été transmises au Conseil d'État et ne sont toujours pas jugées, vingt-trois mois plus tard... Dans nombre de dossiers, ces allers-et-retours ont ainsi anéanti les effets bénéfiques de l'institution, dans cette réglementation, d'un recours administratif préalable obligatoire.

### C. Le prétendu dessaisissement de la CNAC passé le délai de quatre mois

Certaines des solutions retenues par le juge ont pu produire des effets désastreux.

Submergée par le nombre des recours dont elle était saisie, la CNAC n'a, rapidement, plus été en mesure de statuer dans le délai de quatre mois prescrit, qu'elle dépassait alors systématiquement de quelques semaines, tout en s'imposant d'examiner expressément chaque projet.

En droit, cette situation se traduisait, au terme des quatre mois, par la formation d'une décision tacite valant rejet du recours saisissant la CNAC et confirmation du sens de la décision départementale contestée (CE, 4 juill. 2012, n° 353314, *Sté Bridecar*). La décision expresse tardive qui intervenait quelques semaines plus tard opérait le retrait de la décision tacite et s'y substituait.

En juillet 2011, un tribunal administratif jugeait cependant que, faute d'avoir statué sur un projet dans le délai de quatre mois imparti par les textes, la CNAC se trouvait dessaisie et dans l'impossibilité de se réunir pour prendre une décision expresse après la formation de la décision tacite née de son silence.

Cette solution, également retenue par une cour administrative d'appel, a finalement été écartée un an plus tard par le Conseil d'État, jugeant que « le délai de quatre mois dans lequel la CNAC doit statuer (...) n'est pas imparti à peine de dessaisissement ; que la commission nationale pouvait légalement retirer la décision implicite née de son silence » (CE, 4 juill. 2012, n° 352933, *Assoc. de défense des consommateurs du centre-ville de Reims*) [23].

Mais le mal était fait. En effet, la CNAC étant réputée, à compter du jugement du 22 juillet 2011 précité, être dessaisie des recours sur lesquels elle n'avait pas statué au terme du délai de quatre mois imparti, renonça à les examiner. Les projets concernés n'ont donc fait l'objet que d'une décision tacite valant, selon les cas, autorisation ou refus du projet, le plus souvent sans instruction.

Or, non seulement le Conseil d'État a jugé, en juillet 2012, que le dépassement du délai de quatre mois ne dessaisissait pas la CNAC, mais il a reconnu aux avis des ministres intéressés le caractère d'une formalité substantielle (v. *infra* § V. D), de sorte que les décisions tacites attaquées ont été massivement censurées, par simples ordonnances du président de la 4e sous-section.

D'autres décisions tacites ont été annulées pour défaut de motivation, la CNAC, sollicitée à cet effet, n'ayant pas communiqué, dans le délai d'un mois imparti, les motifs de sa décision (CE, 29 oct. 2012, n° 356761, *Sté Supermarchés Match*).

### D. La question des « ministres intéressés »

La réticence manifestée par le Conseil d'État dans ses premiers arrêts rendus sous l'empire des règles issues de la *LME* [24], de substituer son appréciation à celle de la CNAC s'agissant des effets du projet, a conduit les requé-

(19) J.-A. Fresneau et E. Guillini, « La CNAC à la recherche de son juge administratif : suite et fin de l'imbroglio ? » : EFE, 2011.

(20) Ord. du président de la section du contentieux, 4 nov. 2010, n° 343904.

(21) D. n° 2011-921, 1er août 2011, modifiant le Code de justice administrative (partie réglementaire).

(22) Le Conseil d'État va de nouveau perdre sa compétence en premier et dernier ressort à compter du 1er janv. 2014, d'ailleurs sans déplaisir, au profit des cours administratives d'appel (D. n° 2013-730, 13 août 2013, portant modification du Code de justice administrative (partie réglementaire), art. 15 et 16).

(23) P. Soler-Couteaux, « L'écoulement du délai imparti à la CNAC n'est pas sanctionné par son dessaisissement » : RDI sept. 2012, p. 466-467.

(24) CE, 4 oct. 2010, Syndicat commercial et artisanal de l'agglomération sénonaise, n° 333413.

rants à examiner avec plus d'attention la légalité externe des décisions et à tirer parti des faiblesses observées dans une procédure qui demeure complexe.

C'est la raison pour laquelle les annulations des décisions de la CNAC sont, le plus souvent, prononcées pour des vices de forme ou de procédure qui peuvent paraître pointilleux, voire disproportionnés par rapport aux enjeux.

Cette impression est également favorisée par l'application du principe d'économie des moyens qui conduit le juge à motiver ses décisions de censure par un seul motif, et par la tentation, dès lors qu'un moyen d'annulation a déjà été retenu dans un précédent, de le choisir de préférence.

> *« L'instrumentalisation de la législation de l'urbanisme commercial ne peut être ignorée des partisans d'une suppression du régime spécial d'autorisation »*

Une question a, ainsi, abondamment nourri le contentieux des décisions de la CNAC et fourni un motif à la plupart des annulations prononcées par la haute juridiction.

Le commissaire du Gouvernement auprès de la CNAC est chargé de recueillir les avis des ministres intéressés sur les projets examinés et de les présenter à la Commission (C. com., art. L. 752-51). Ces avis n'étant pas signés personnellement par le ministre, la question s'est posée de l'habilitation du signataire, pour découvrir qu'il ne justifiait pas d'une délégation régulière à cet effet (CE, 15 déc. 2010, n° 327993, *SCI Bricoman France et a.*).

Les requérants se sont ensuite penchés sur la question de l'identification des « ministres intéressés », la notion n'étant pas définie par les textes. Dans la pratique initiale, seul l'avis du ministre en charge de l'Environnement était sollicité. De nombreuses décisions ont ainsi été annulées au motif que l'avis du ministre chargé du Commerce n'avait pas été demandé (CE, 16 mai 2011, n° 336105, *Communauté d'agglomération du bassin d'Aurillac et a.*).

La jurisprudence est désormais fixée. Sont seuls regardés comme « intéressés », au sens de ces dispositions, les ministres en charge de l'Environnement, de l'Urbanisme et du Commerce (CE, 13 févr. 2012, n° 353218, *Sté Sodica Carrières*).

Le gisement semble désormais épuisé. En effet, dans ses arrêts les plus récents, le Conseil d'État écarte le moyen tiré de ce que le signataire de l'avis du ministre en charge du Commerce bénéficiait seulement d'une subdélégation pour signer au nom du ministre chargé de l'Économie, alors même qu'à la date de signature de l'avis, le ministre en charge du Commerce était devenu ministre du Redressement productif (CE, 25 juill. 2013, n° 364363, *Sté Lynet* ; CE, 25 juill. 2013, n° 363117, *Sté Les Serres de la Marmande*).

Cependant, ces consultations revêtant le caractère de formalités substantielles, les décisions tacites de la CNAC formées en l'absence d'instruction des projets et d'avis des ministres intéressés sont également annulées, par ordonnances prises sur le fondement de l'article R. 122-12, 6° du Code de justice administrative.

### E. Le document d'aménagement commercial (DAC)

Pour l'essentiel, le régime d'autorisation d'exploitation commerciale est aujourd'hui régi par le Code de commerce, mais certaines dispositions sont également insérées dans le Code de l'urbanisme.

Or, la concomitance de deux codes constitue, depuis l'origine, une source de difficultés dans l'appréhension et l'application de cette réglementation. En particulier, le procédé des transcriptions, paraphrases, renvois ou citations a souvent provoqué des distorsions entre les deux codes [25].

La loi de modernisation de l'économie a, hélas, fourni une nouvelle illustration de ce procédé peu rigoureux. Préfigurant le transfert de la législation de l'urbanisme commercial dans le Code de l'urbanisme, la loi du 4 août 2008 a créé un nouvel outil – le document d'aménagement commercial (DAC), intégré au SCOT –, dont l'objet est la définition de zones d'aménagement commercial (ZACOM).

Sans véritable justification, la *LME* a inséré des dispositions relatives au DAC à la fois dans le Code de commerce (art. L. 752-1, II) et dans le Code de l'urbanisme (art. L. 122-1). Curieusement, les maigres prescriptions relatives à la procédure d'adoption de ce document, pourtant élément constitutif du SCOT, figurent dans le premier...

La loi du 12 juillet 2010 (dite *Grenelle II*) a amendé l'article L. 122-1 du Code de l'urbanisme, devenu L. 122-1-9, en intégrant le DAC au document d'orientation et d'objectifs (DOO) du SCOT et en en généralisant l'adoption, mais sans plus en préciser la procédure d'élaboration et de modification. Le législateur n'a ainsi pris la peine ni de renvoyer à la procédure de droit commun applicable aux SCOT, ni de définir des règles particulières suffisamment précises, si bien que les collectivités territoriales qui se sont lancées dans l'élaboration d'un DAC se trouvent aujourd'hui livrées à elles-mêmes et ne trouvent pas de réponses certaines à des questions aussi importantes que l'obligation d'y associer les personnes publiques visées à l'article L. 122-4 du Code de l'urbanisme, notamment les chambres de commerce et d'industrie, ou encore le moment où le DAC devient exécutoire, le texte pouvant laisser penser que ce serait avant l'enquête publique...

L'Administration considère que le DAC ne peut être opposable avant l'enquête publique et que l'intégration du document dans un SCOT existant suppose de recourir, selon les cas, aux procédures de modification ou de révision du SCOT définies par le Code de l'urbanisme [26], mais la pratique n'est pas toujours conforme.

S'agissant du contenu et de la portée du DAC, le Conseil d'État a, dans plusieurs arrêts récents, identifié les prémices d'une extrême complexité conduisant à distinguer, au sein du SCOT :

(25) J.-A. Fresneau, R. Schwartz, *Guide juridique et pratique de l'urbanisme commercial*, préc., n°s 3151 (3°) et 3170.

(26) JO AN, n° 68705, p. 8549, 3 août 2010, et JO Sénat, n° 568, 14 mars 2013, p. 871 – v. égal. D. Moreno, « Écriture du SCOT et équipement commercial » : GRIDAUH, 2012.

– d'une part les orientations et objectifs d'implantations préférentielles des activités commerciales, définis en considération des exigences d'aménagement du territoire, de protection de l'environnement ou de qualité de l'urbanisme, susceptibles d'être, pour partie, exprimés sous forme quantitative, qui ne peuvent interdire les opérations de création ou d'extension de commerce soumises à autorisation d'exploitation, et à l'égard desquels les projets doivent seulement être compatibles ;

– et, d'autre part, les dispositions applicables aux zones d'aménagement commercial définies par les DAC, qui sont prescriptives et à l'égard desquelles les commissions d'aménagement commercial doivent apprécier la conformité des projets (CE, 11 juill. 2012, n° 353880, *SAS Sodigor*).

Il était fait, en l'espèce, application des dispositions de l'article L. 122-1 du Code de l'urbanisme abrogé par la loi du 12 juillet 2010 (*ENE*).

> *« La place du commerce dans les SCOT et l'impact de ces documents sur les projets devraient devenir des sujets majeurs dans les années à venir »*

Il est incertain que la solution soit identique aujourd'hui, dès lors que le DAC est devenu un élément constitutif du DOO, document avec lequel les autorisations d'exploitation commerciale doivent seulement être compatibles (C. urb., art. L. 122-15-1).

La question devrait perdre de son intérêt dès lors qu'à la suite du « Plan d'action pour le commerce et les commerçants », le projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové dite *ALUR* propose de supprimer du Code de commerce les dispositions de l'article L. 752-1 relatives au DAC, de redéfinir, en les simplifiant, tant l'objet que le contenu de ce document et, en toute logique, d'aligner la procédure l'élaboration sur celle de droit commun du SCOT.

Dans tous les cas, la place du commerce dans les SCOT et l'impact de ces documents sur les projets devraient devenir des sujets majeurs dans les années à venir.

### F. La mise en œuvre du permis de construire

L'article 105 de la loi du 4 août 2008 a ajouté à l'article L. 425-7 du Code de l'urbanisme [27] une phrase ainsi libellée : « Sa mise en œuvre ne peut être entreprise avant l'expiration des recours entrepris contre elle ».

La question de la nature des recours s'opposant ainsi à la mise en œuvre du permis de construire est posée : recours administratif devant la CNAC ou recours contentieux devant le juge à l'encontre de la décision de la CNAC ?

Une réponse ministérielle retient la première solution dans les termes suivants : « Dès qu'une autorisation d'exploitation commerciale est accordée par la CDAC, le permis de construire peut être délivré par l'autorité administrative compétente. L'arrêté pris par celle-ci doit alors préciser au demandeur qu'en cas de recours formé devant la CNAC, la mise en œuvre du projet ne pourra intervenir avant que la CNAC ne se soit prononcée et ce, conformément aux dispositions de l'article L. 752-18 du Code de commerce. S'agissant des recours visés à l'article L. 425-7 du Code de l'urbanisme, le terme « recours » s'applique, bien entendu, aux seuls recours administratifs préalables obligatoires exercés devant la CNAC » [28].

Mais une telle interprétation, qui suppose que le permis puisse être accordé dès que la CDAC a autorisé le projet, est incompatible avec les dispositions de l'article L. 752-28 du Code de commerce selon lesquelles : « Avant l'expiration du délai de recours ou, en cas de recours, avant la décision de la commission nationale, le permis de construire ne peut être accordé ni la réalisation entreprise et aucune nouvelle demande ne peut être déposée pour le même terrain d'assiette auprès de la CDAC ».

Si la loi interdit de délivrer le permis de construire avant l'expiration du délai de recours devant la CNAC ou, en cas de recours, avant que cette commission ait accordé l'autorisation d'exploitation commerciale (AEC), les recours visés par l'article L. 425-7 ne peuvent être que les recours contentieux, même si on peut s'étonner que la loi confère ainsi au recours en annulation de l'AEC un caractère suspensif du permis de construire.

Toutefois, les maires et les préfets sollicités d'intervenir à l'effet de s'opposer à la mise en œuvre du permis dans de telles circonstances, se retranchent systématiquement derrière les termes de la réponse ministérielle.

Il faudrait que l'abstention de l'Administration soit contestée pour que le juge soit conduit à prendre position. Ni le « Plan d'action pour le commerce et les commerçants », ni le projet de loi *ALUR*, dans sa version connue à la date de rédaction du présent article, n'évoquent ce sujet, qui mériterait pourtant une clarification.

## VI. L'ÉTAT A-T-IL BAISSÉ LES BRAS ?

On a pu voir, dans l'engagement du Gouvernement, en 2008, de transférer l'urbanisme commercial dans le droit général de l'urbanisme, et de supprimer, à terme, le régime d'autorisation spéciale d'exploitation commerciale, et dans l'institution du document d'aménagement commercial (DAC), outil de l'intégration des règles d'implantation des commerces dans les SCOT, les prémices d'un désengagement de l'État du contrôle des implantations commerciales.

Depuis, la démobilisation des services locaux dans l'instruction des dossiers (v. *supra* § IV. B) ou l'absence d'actualisation de l'inventaire commercial tenu par les services de l'État, qui devrait conduire à la suppression des Observatoires d'équipement commercial (trois ODEC seulement ont été créés) [29], pourraient en constituer d'autres indices.

(27) « Lorsque le permis de construire porte sur un projet soumis à une autorisation d'exploitation commerciale, le permis ne peut être accordé avant la délivrance de cette autorisation ».

(28) RM n° 49195, JO AN Q, 27 oct. 2009.

(29) La démobilisation des services de l'État est d'autant plus regrettable, à cet égard, qu'elle est concomitante de celle des chambres de commerce et d'industrie du fait, notamment, de leur exclusion de la procédure. On assiste ainsi, dans beaucoup de régions, à une perte progressive, non seulement de la maîtrise de la législation, mais aussi de la connaissance fine du tissu commercial local. Certaines CCI (Paris, Lyon…) demeurent néanmoins à l'écart de cette tendance.

Bien que d'une nature différente, la dépénalisation de l'exploitation irrégulière qui semble s'accompagner d'une diminution générale des contrôles locaux, s'inscrit dans la même logique [30].

Le seul outil d'autorité dont dispose aujourd'hui l'État pour s'assurer du respect de la loi est le nouveau pouvoir d'injonction du préfet, institué par l'article L. 752-23 du Code de commerce.

De quoi s'agit-il ? Informé de l'exploitation de surfaces de vente sans autorisation, le préfet *peut* mettre en demeure l'exploitant en infraction de ramener sa surface commerciale à celle autorisée, dans un délai d'un mois. À défaut d'exécution, il *peut* ordonner la fermeture au public des surfaces exploitées illicitement, jusqu'à régularisation effective, sous peine d'une astreinte journalière de 150 € par m², le fait de ne pas s'exécuter étant, lui-même, puni d'une amende de 15 000 € [31].

Toutefois, ce dispositif semble rarement mis en œuvre [32], nourrissant de plus fort l'impression d'un désengagement de l'État qu'il est tentant de rapprocher de la volonté, manifestée par les collectivités territoriales, de s'approprier la régulation des implantations commerciales (v. *infra* § VII. D).

## VII. LA PLACE CROISSANTE DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

### A. Une représentation renforcée dans les CDAC

Les anciennes commissions départementales d'équipement commercial (CDEC) comptaient trois élus locaux parmi leurs six membres.

La loi du 4 août 2008 a porté le nombre des membres de la commission départementale (aujourd'hui CDAC) à huit, par l'adjonction de deux élus locaux : le président du conseil général ou son représentant ; et le président du syndicat mixte ou de l'EPCI chargé du schéma de cohérence territoriale auquel adhère la commune d'implantation ou, à défaut, un adjoint au maire de cette commune.

Compte tenu de leur poids dans les CDAC (5 sièges sur 8) et de l'influence exercée par le maire de la commune d'implantation, notamment dans les grandes villes et villes moyennes, les élus locaux jouent un rôle déterminant dans les décisions de ces instances départementales, lesquelles ont, en 2011, autorisé près de 91 % des projets examinés par elles.

Il n'est pas étonnant, dès lors, que les CDAC soient souvent regardées comme ratifiant un consensus politique local, en faveur ou non d'un projet, tandis que la CNAC exerce, en appel, une véritable fonction régulatrice.

On s'étonne, en revanche, que nombre d'élus dénoncent le laxisme des commissions départementales, qualifiées de « machines à dire oui », et en réclament la suppression.

### B. Le pouvoir d'évocation de certains projets inférieurs au seuil d'autorisation

En contrepartie de l'augmentation du seuil d'autorisation de 300 à 1 000 m² de surface de vente opérée en 2008, la loi reconnaît, à l'autorité compétente pour statuer sur les demandes de permis de construire et au président de l'EPCI chargé du SCOT, la faculté de soumettre à l'avis des commissions d'aménagement commercial l'obtention du permis de construire des projets commerciaux d'une surface de vente située entre 300 et 1 000 m², non soumis de plein droit à autorisation (C. com., art. L. 752-4). Ce pouvoir d'évocation, qui ne concerne que les communes de moins de 20 000 habitants, peut s'exercer à l'occasion de la demande du permis de construire, à la condition que les exécutifs concernés y soient spécialement habilités par leur organe délibérant.

Un avis négatif s'oppose à la délivrance du permis, assimilant cette procédure d'avis conforme à un véritable régime d'autorisation préalable [33].

Issu d'un amendement parlementaire adopté lors du vote de la *LME*, ce dispositif témoigne de la réticence d'une partie de la représentation nationale de l'époque à tirer toutes les conséquences d'une augmentation du seuil d'autorisation et à renoncer concomitamment à exercer tout contrôle sur les projets de moins de 1 000 m² ne s'insérant pas dans un ensemble commercial.

### C. La présence croissante des élus dans la procédure

Aujourd'hui, un projet peut difficilement être autorisé s'il ne bénéficie pas de l'appui des autorités publiques locales, voire de leur concours actif.

En effet, dès lors que la desserte par les transports collectifs, la sécurisation des accès à la voie publique, l'accessibilité des piétons et deux-roues, les aménagements routiers et la compatibilité avec les orientations du SCOT conditionnent l'obtention de l'autorisation, un projet ne peut être soumis aux commissions à l'insu des acteurs publics concernés.

En particulier, le Conseil d'État exigeant désormais que la réalisation des travaux et aménagements nécessaires au projet soit suffisamment certaine à la date de l'ouverture au public (CE, 27 juill. 2012, n° 354436, *Sté Sodichar*), il est essentiel d'être en mesure d'en justifier devant la commission à la date de sa décision.

C'est la raison pour laquelle le maire de la commune d'implantation, le président de l'établissement public chargé

(30) Selon la loi de 2008, le pouvoir d'injonction désormais conféré aux préfets s'exerce « sans préjudice de l'application de sanctions pénales », mais le décret d'application du 24 nov. 2008, auquel il revenait de définir l'infraction et de fixer la sanction, est demeuré muet sur ce point, si bien que l'exploitation d'un magasin sans autorisation d'aménagement commercial ne constitue plus une infraction pénale. Curieusement, l'exploitation d'un équipement cinématographique sans autorisation continue d'être passible de l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe, prononcée par jour d'exploitation et par place de spectateur exploitée irrégulièrement (C. com., art. R. 752-53).

(31) L'exploitant en infraction doit alors se montrer diligent à solliciter une autorisation de régularisation, les commissions ne pouvant la refuser au seul motif que le commerce considéré est déjà ouvert au public irrégulièrement (CE, 25 janv. 2006, Sté Angélique Fleurs, n° 280107).

(32) Certaines tentatives n'ont guère été couronnées de succès. Ainsi, l'exploitant d'un ensemble commercial de plus de 8 000 m², ouvert au public en mai 2009 alors que son autorisation avait été annulée judiciairement deux mois plus tôt, s'est vu notifier, en juin 2009, un arrêté de fermeture sous menace d'une astreinte quotidienne de 1,2 million d'euros puis, faute de s'être exécuté, s'est vu réclamer 6 millions d'euros pour 5 jours d'exploitation sans autorisation, durée très inférieure à celle de l'infraction. L'affaire s'est terminée en sept. 2012. L'astreinte n'a pas été liquidée et l'ensemble commercial n'a jamais fermé...

(33) L'avis a cependant le caractère d'un acte préparatoire et ne constitue pas, par lui-même, une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE, 15 déc. 2010, Sté Montludis, n° 334627).

du SCOT ou leurs représentants et, quelquefois, le président du conseil général, sont de plus en plus souvent sollicités par les pétitionnaires pour être entendus par la CNAC au soutien du projet, au point que l'absence du maire ou d'un adjoint peut être regardée comme une anomalie par les membres de la commission.

### D. Vers l'appropriation de la réglementation des implantations commerciales par les collectivités territoriales ?

L'idée d'intégrer l'urbanisme commercial à l'urbanisme général prospère depuis plusieurs années. Il s'agirait de tirer les conséquences de ce que cette législation a cessé d'être une police de la concurrence pour supprimer le régime spécial d'autorisation préalable, insérer les règles en matière d'implantation des commerces dans les documents locaux d'urbanisme, et les faire sanctionner par une autorisation unique, le permis de construire.

Lors du vote de la *LME* en 2008, le Gouvernement s'était engagé, sous la pression de sa majorité, à déposer dans les six mois un nouveau projet de loi ayant cet objet. C'est pour donner suite à cet engagement non tenu que les députés Patrick Ollier et Michel Piron ont été conduits à reprendre l'initiative en déposant, le 3 mai 2010, une proposition de loi dans ce sens [34]. Ce texte visait à organiser le passage d'une règlementation nationale uniforme sanctionnée par une autorisation spéciale délivrée au nom de l'État par des instances collégiales (CDAC, CNAC), à des règles particulières définies par les autorités locales dans un document sectoriel (le DAC) rattaché aux documents d'urbanisme et sanctionnées par la seule autorisation de construire. Après avoir été examiné par l'Assemblée nationale et le Sénat en juin 2010 et mars 2011, cette proposition de loi a finalement été abandonnée en raison « de profondes divergences » entre le Gouvernement et sa majorité.

Une telle réforme, encouragée par le désengagement de l'État évoqué *supra* (cf. § VI), traduirait l'appropriation du contrôle des implantations commerciales par les collectivités territoriales.

L'initiative de MM. Ollier et Piron témoignait de la forte mobilisation des partisans d'une réforme dans ce sens. Ceux-ci ne sont pas démobilisés et ont tenté, à plusieurs reprises, de relancer le processus. En juillet 2011, l'Assemblée des communautés de France (AdCF) et plus de 250 présidents de communautés de communes et d'agglomération ont ainsi lancé un appel pour la poursuite de l'examen de la proposition de loi [35]. La même association publiait, en juillet 2012, une étude très documentée proposant un diagnostic réaliste [36], mais précédé d'éditoriaux dressant un tableau excessivement sombre de la situation [37].

(34) Proposition de loi relative à l'urbanisme commercial, n° 2490.

(35) Appel notamment signé par l'actuel premier ministre, alors député de Loire-Atlantique et président de la communauté urbaine Nantes Métropole.

(36) Urbanisme commercial : une implication croissante des communautés mais un cadre juridique à repenser, AdCF, juill. 2012, 68 pp, n° 2-4.

(37) Il y est fait état, par exemple, de la nécessité de « combler le vide juridique laissé par la loi de modernisation de l'économie », de « l'instabilité juridique actuelle » ou encore de « la multiplication des implantations commerciales anarchiques ».

Bien que jugeant prématurée la suppression du régime d'autorisation spéciale, la Chambre de commerce et d'industrie de Paris s'inscrit également dans cette tendance [38].

Les débats devant la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale sur le projet de loi *ALUR* témoignent aussi de la mobilisation intacte des partisans d'une telle réforme [39].

## VIII. UNE RÉFORME RADICALE NE SEMBLE PLUS D'ACTUALITÉ

Depuis 1973, les critiques adressées à cette législation ont été plus souvent le fait des partisans d'un renforcement du contrôle des implantations commerciales que celui des opérateurs, enseignes, promoteurs, qui peuvent légitimement y voir un frein au développement de leur activité.

Les premiers lui reprochent de ne pas parvenir à endiguer les projets de création de nouveaux commerces et d'extension des magasins existants, contribuant ainsi à exacerber la concurrence, à menacer les emplois, à désertifier le centre des villes et à défigurer leur périphérie.

Ces attaques ont régulièrement conduit à « durcir » les conditions d'obtention de l'autorisation requise.

La loi du 5 juillet 1996 a particulièrement illustré cette tentation [40] mais, en nourrissant les critiques de Bruxelles, elle en a probablement sonné le glas, conduisant finalement, après de nombreuses tergiversations, à l'importante réforme opérée par la loi du 4 août 2008.

Annonçant, d'abord dans une réponse ministérielle [41] puis dans le « Plan d'action pour le commerce et les commerçants » de juin 2013, sa volonté de stabiliser les règles applicables en procédant à un simple toilettage de la loi, sans remettre en cause le régime d'autorisation spéciale, le Gouvernement actuel semble avoir renoncé à conduire une nouvelle réforme radicale de cette législation.

Pour l'essentiel [42], l'article 58 du projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (*ALUR*) déposé devant l'Assemblée nationale le 23 juin dernier, et les articles 20 à 24 du projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises présenté en Conseil des ministres le 21 août dernier, témoignent de cette volonté « de conserver un cadre juridique stable et lisible ».

Il appartient au Gouvernement, tout au long de la discussion de ces deux projets devant le Parlement, de veiller à ce que ses impératifs affichés de stabilité et de pérennité de la règlementation ne soient pas perdus de vue.

(38) *Pour un urbanisme commercial rénové*, propositions de la CCIP d'amélioration de la législation, 4 oct. 2012, 16 pp.

(39) Intervention de M. François Brottes, amendement CE, 1034, séance du 25 juill. 2013.

(40) Sans pour autant faire la preuve de son efficacité au regard des objectifs affichés. En effet, les seules CDEC ont autorisé 64 % des 1 724 000 m² de surface de vente examinés par elles en 1997, et 78 % des 4 589 223 m² examinés en 2005.

(41) RM n° 8843, JOAN 15 janv. 2013, p. 518.

(42) Il est néanmoins prévu, dans le projet *ALUR*, d'étendre l'application du régime d'autorisation d'exploitation commerciale à « la création et l'extension des points de retrait par la clientèle d'achats commandés par voie télématique organisé pour l'accès en automobile projet », installations qui ne développent, en principe, aucune surface de vente.

Gazette du Palais
TRIHEBDOMADAIRE
DIMANCHE 8 AU MARDI 10 SEPTEMBRE 2013 133e ANNÉE Nos 251 à 253
PROFESSIONNELLE GÉNÉRALISTE SPÉCIALISÉE

# DROIT IMMOBILIER

Sous la responsabilité scientifique
de Michel PEISSE
Avocat honoraire au barreau de Paris
Spécialiste en droit immobilier et en droit économique
Ancien chargé d'enseignement à l'université Paris XII
et Marine PARMENTIER
Avocat au barreau de Paris

## Dossier

## L'URBANISME COMMERCIAL

- **La législation de l'urbanisme commercial**
par Jean-André FRESNEAU
- **Les grands arrêts de l'urbanisme commercial**
par Fernand BOUYSSOU
- **À propos du projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové**
par Benoît RAIMBERT
- **Point de vue sur la CNAC et sur la législation propre à l'urbanisme commercial**
entretien avec François GEINDRE

## Jurisprudence

- **Chronique de jurisprudence de droit immobilier**
sous la direction de Marine PARMENTIER

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

CETTE PUBLICATION COMPORTE 3 CAHIERS :
CAHIER 1 RÉDACTIONNEL P. 1 à 48 RÉDACTION : 33, RUE DU MAIL 75081 PARIS CEDEX 02 / TÉL. 01 56 54 16 00 / FAX 01 56 54 57 50 / COURRIEL redactiongp@lextenso-editions.fr
ABONNEMENTS : 33 RUE DU MAIL 75081 PARIS CEDEX 02 / TÉL 01 56 54 42 10 / FAX 01 56 54 42 11 / COURRIEL abonnementgp@lextenso-editions.fr
CAHIER 2 ANNONCES LÉGALES DU JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE DANS LE SOMMAIRE DU CAHIER 3] 8, RUE SAINT-AUGUSTIN 75080 PARIS CEDEX 02
INSERTIONS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 00 ET 01 47 03 99 11 / FORMALITÉS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 55 / SERVEUR INTERNET JSS : http ://www.jss.fr
CAHIER 3 ANNONCES LÉGALES DE LA GAZETTE DU PALAIS [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE AU SOMMAIRE DE CE CAHIER] 12, PLACE DU DAUPHINE 75001 PARIS STANDARD : 01 44 32 01 50
INSERTIONS : TÉL. 01 44 32 01 50 FAX 01 40 46 03 47 / FORMALITÉS : TÉL. 01 44 32 01 70 FAX 01 43 54 79 17

lextenso éditions www.gazettedupalais.com