



Année universitaire 2021-2022

LA REFONDATION DU DROIT DE L'AMÉNAGEMENT COMMERCIAL

Présenté par Emmanuelle BORNET
Sous la direction du Professeur Jean-François GIACUZZO

Complément d'études

*« Le chagrin creusé par ceux qui partent fait le nid de ceux qui arrivent
dans le cœur de ceux qui espèrent »* (Daniel PENNAC)

A ma Maman chérie, ma bonne étoile ...

... A Bérénice, ma fille adorée

L'Université Toulouse 1 Capitole n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Le professeur Jean-François GIACUZZO a nourri mes réflexions ; qu'il en soit remercié.

Je remercie Maxime, mon mari, pour son soutien et pour toutes les discussions constructives que nous avons eues cette dernière année sur l'aménagement commercial.

Et Bérénice, ma Merveille, qui m'apporte un immense bonheur au quotidien et égaye la maison avec ses gazouillis.

Une pensée affectueuse pour tous les membres de ma famille, proche comme éloignée, en particulier mon papa, Laure, Clément, Alice, Zélie et ma grand-mère Marie. Je les remercie pour leur soutien indéfectible.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AAI	Autorité administrative indépendante
ACTPE	Loi relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises
ACV	Action Coeur de Ville
AEC	Autorisation d'exploitation commerciale
Aff.	Affaire
AJCA	Actualité juridique, contrats d'affaires
AJCT	Actualité juridique, collectivités territoriales
AJDA	Actualité juridique, droit administratif
ALUR	Loi Accès au Logement et Urbanisme Rénové
AN	Assemblée nationale
ANCT	Agence nationale de la cohésion des territoires
Article	Article
BJDU	Bulletin de Jurisprudence de Droit de l'Urbanisme
CAA	Cour administrative d'appel
CCH	Code de la construction et de l'habitation
CCI	Chambre du commerce et de l'industrie
C.com	Code de commerce
CDAC	Commission départementale d'aménagement commercial
CDUC	Commission départementale d'urbanisme commercial
C.env	Code de l'environnement
CE	Conseil d'Etat
Cerema	Centre d'études et d'expertise sur les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMA	Chambre des métiers et de l'artisanat
CNAC	Commission nationale d'aménagement commercial
CNCC	Conseil national des centres commerciaux
CNEC	Commission nationale d'équipement commercial
Crac	Contrat de revitalisation artisanale et commerciale
CU	Certificat d'urbanisme
C.urb	Code de l'urbanisme
DAAC	Document d'aménagement artisanal et commercial
DAACL	Document d'aménagement artisanal, commercial et logistique

DAC	Document d'aménagement commercial
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
DOO	Document d'orientation et d'objectif
DTA	Directive territoriale d'aménagement
ELAN	Loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique
EPARECA	Établissement public national d'aménagement et de restructuration des espaces commerciaux et artisanaux
EPCI	Etablissement public de coopération intercommunale
ENE	Loi « Grenelle II » portant engagement national pour l'environnement
FISAC	Fonds d'intervention pour les services, l'artisanat et le commerce
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce)
GES	Gaz à effet de serre
GIEC	Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat
GRIDAUH	Groupement de recherche sur les institutions et le droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat
ha	Hectare
ICPE	Installation classée pour la protection de l'environnement
LCI	Liberté du commerce et de l'industrie
LME	Loi de Modernisation de l'Économie
LOV	Loi d'orientation pour la ville
LSA	Libre Service Actualités
MED	Mise en demeure
MRAe	Mission régionale d'autorité environnementale
NOTRe	Loi Nouvelle Organisation Territoriale de la République
OAP	Orientation d'aménagement et de programmation
ODEC	Observatoire départemental d'équipement commercial
OMC	Organisation mondiale du commerce
ORQAD	Opération de requalification des quartiers anciens dégradés
ORT	Opération de revitalisation de territoire
PADD	Projet d'aménagement et de développement durable
PAS	Projet d'aménagement stratégique
PCVAEC	Permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale
PDM	Plan de mobilité
PGD	Principe général du droit
PLU	Plan local d'urbanisme
PLUi	Plan local d'urbanisme intercommunal
POS	Plan d'occupation des sols
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RAPO	Recours administratif préalable obligatoire

RDI	Revue de droit immobilier
RFDA	Revue française de droit administratif
RNU	Règlement national d'urbanisme
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
SCoT	Schéma de cohérence territoriale
SDAU	Schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme
SDC	Schéma de développement commercial
SRADDET	Schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires
SRU	Loi Solidarité et renouvellement urbain
TA	Tribunal administratif
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
ZACom	Zone d'aménagement commercial
ZAN	Zéro artificialisation nette
ZUGSU	Zone urbaine de grands services urbains
3DS	Loi relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration

REMERCIEMENTS	4
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	5
INTRODUCTION	13
SECTION 1 - L'OBJET DE L'ÉTUDE	18
§ 1 - Des débuts aux accents économiques	20
§ 2 - Un virage serré vers le droit de l'urbanisme	27
A. De timides accents urbanistiques en préambule	29
B. Le « passage obligé » par le droit de la concurrence	31
C. Une évolution frileuse, à la recherche de « plus d'urbanisme et moins de commerce »	37
§3. L'urbanisation de l'aménagement commercial laissée au milieu du gué	42
A. 2014, la tentative de modernisation	42
B. 2018, entre planification et contractualisation	45
C. 2021/2022, le choix de l'expérimentation	48
SECTION 2 - LES OBJECTIFS DE L'ÉTUDE	49
§ 1 - Entre l'urbanisme souhaité et l'économique sous-jacent	50
§ 2 - Les affres de la complexité de la réglementation	52
§ 3 - Les difficultés pour anticiper aujourd'hui les pratiques commerciales de demain	55
TITRE 1 - L'EFFORT DE RÉORIENTATION DE L'AMÉNAGEMENT COMMERCIAL VERS UNE LOGIQUE D'URBANISME	57
CHAPITRE 1 - L'AMÉNAGEMENT COMMERCIAL REMODELÉ PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE	
SECTION 1 - L'AUTORISATION D'EXPLOITATION COMMERCIALE MOULÉE DANS UN CADRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE STRICT	59
§1. La fermeté de la position communautaire en regard de la conformité aux libertés économiques des critères de délivrance des AEC	60
A. Une protection du droit primaire a priori restreinte par l'élément d'extranéité	61
B. L'enseignement à tirer de la censure des « plafonds de nature purement économique »	62
§2. La nécessaire disparition du « test économique » au sens de la directive du 12 décembre 2006	64
A. La soumission du « régime » d'AEC au droit communautaire	65
B. L'apparente suppression du critère de « densité de l'équipement commercial »	66
SECTION 2 - LA SOUMISSION TOURNENTÉE DES DOCUMENTS DE PLANIFICATION AU DROIT COMMUNAUTAIRE	68
§1. L'applicabilité de la directive Service aux documents d'urbanisme	69

A. Les documents d'urbanisme locaux dans le viseur de la directive Services de 2006	70
B. L'évolution de la position communautaire vers une certaine « permissivité »	71
§2. L'incidence de droit communautaire sur les conditions de planification de l'aménagement commercial français	73
A. Le tournant planificateur pris par la législation française	74
B. De la planification « prête-à-porter » à la planification « sur-mesure » : la parcellisation des linéaires logistiques et commerciaux	75
CHAPITRE 2 - L'AMÉNAGEMENT COMMERCIAL RÉÉQUILIBRÉ PAR LE DROIT NATIONAL	
SECTION 1 - LES DROITS ET LIBERTÉS À VALEUR CONSTITUTIONNELLE, REMÈDES AUX MAUX DE L'AMÉNAGEMENT COMMERCIAL	79
§1. Les droits et libertés économiques, matrices nationales de l'aménagement commercial	80
A. Les libertés du commerce et de l'industrie (LCI) et d'entreprendre, partiellement sacrifiées sur l'autel d'un principe « interventionniste »	81
B. L'Autorité de la concurrence, gardienne du cadre économique concurrentiel	83
§2. Le principe d'égalité, questionnant les différences entre drive et e-commerce	85
A. L'extension du champ d'application de la réglementation aux drives	86
B. Le refus discutable d'extension du champ d'application de la réglementation aux entrepôts logistiques de e-commerce	88
SECTION 2 - LA REVITALISATION DES CENTRES-VILLES, DISPOSITIF PROPHYLACTIQUE	90
§1. Le juge constitutionnel au chevet de la réglementation : la consécration de l'objectif général de « lutte contre le déclin des centres-villes »	91
A. Un soutien constitutionnel ostensible au nouveau cadre législatif	92
B. Une solution circonscrite, aux élusions dommageables	94
§2. Le manteau contractuel revêtu par l'objectif de lutte contre la dévitalisation des centres-villes	96
A. Un enrichissement du cadre législatif de lutte contre la dévitalisation : les opérations de revitalisation de territoire (ORT)	97
B. L'urbanisme commercial contractualisé, « entre enthousiasme et frustrations »	99
CONCLUSION DU TITRE 1	100
TITRE 2 - L'INÉVITABLE ENCHAÎNEMENT DE L'AMÉNAGEMENT COMMERCIAL À UNE LOGIQUE ÉCONOMIQUE	103
CHAPITRE 1 - LA SUPERFICIALITÉ DE LA PRISE EN COMPTE DES SUJÉTIONS COMMUNAUTAIRES	

SECTION 1 - UNE MISE EN CONFORMITÉ PARCELLAIRE DE LA LÉGISLATION FRANÇAISE AVEC LA DIRECTIVE « SERVICES »	105
§1. La délivrance de l'AEC fondée a priori sur des critères non économiques	106
A. Le « développement durable », critère discriminant de délivrance des autorisations d'exploitation commerciale	107
B. L'économique affleurant sous le critère d'« aménagement du territoire »	109
§2. Le casse-tête de la planification commerciale à l'heure des nouvelles formes de commerce	112
A. Une appréciation nationale restrictive de la jurisprudence communautaire	113
B. L'urbanisme à la rescoufle de la planification des nouvelles formes de commerce	115
SECTION 2 - LA COMPOSITION KAFKAIENNE DES COMMISSIONS DÉPARTEMENTALES, SOUMISE AU DROIT DE L'UNION	117
§1 - La composition amphigourique originelle des commissions départementales	118
A. Des commissions historiquement sujettes à controverses	119
B. Le remaniement de 2018 : un curieux retour des représentants des chambres consulaires au sein des commissions	120
§2 - La solution de la Cour mise au ban par le législateur : la disparition annoncée des commissions ?	122
A. L'apparente recherche d'une composition conforme au principe d'impartialité des commissions	123
B. La lente agonie des commissions d'aménagement commercial	125
CHAPITRE 2 - LA FRAGILITÉ DE LA MISE EN CONFORMITÉ AU DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE	
SECTION 1 - LA RÉMINISCENCE D'UNE APPROCHE ÉCONOMIQUE DE LA LÉGISLATION	127
§1. L'objet économique de l'objectif de « lutte contre la dévitalisation des centres-villes »	128
A. L'incontestable objet économique de la lutte contre la dévitalisation des centres-villes	128
B. La conventionnalité du moratoire préfectoral sujette à caution	130
§2. Les nouveaux critères de délivrance, palliatifs à l'ombre du « test économique » indirect planant au-dessus des AEC	132
A. Le rattachement commode des critères suspects à l'« aménagement du territoire »	133
B. La gestion des flux de transport, à l'euro-compatibilité incontestable	135
SECTION 2 - LE BILAN MITIGÉ DE LA RÉFORMATION IMPULSÉE PAR LE DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE	139

§1. La question de la capacité des documents d'urbanisme à orchestrer une implantation rationnelle des équipements commerciaux et logistiques	139
A. La recherche d'un « mode proactif » de planification locale des commerces	140
B. La nécessité d'une planification territoriale efficiente	143
§2. L'urbanisation de l'aménagement commercial, obstruée ou incitée par l'application du droit économique ?	145
A. Les vicissitudes d'une réglementation d'urbanisme commercial trop contraignante	146
B. La « balkanisation » dommageable des règles d'urbanisme commercial	
148	
CONCLUSION DE TITRE 2	149
CONCLUSION GÉNÉRALE	152
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE	160

« Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon, sous la seule réserve d'observer les règlements de police. »
Article 7 du « décret d'Allarde » des 2 et 17 mars 1791

« La liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales.
Celles-ci s'exercent dans le cadre d'une concurrence claire et loyale. [...] Les pouvoirs publics veillent à ce que l'essor du commerce et de l'artisanat permette l'expansion de toutes les formes d'entreprises, indépendantes, groupées ou intégrées, en évitant qu'une croissance désordonnée des formes nouvelles de distribution ne provoque l'écrasement de la petite entreprise et le gaspillage des équipements commerciaux et ne soit préjudiciable à l'emploi [...] »

Article 1er de la loi ROYER de 1973

« Les implantations, extensions, transferts d'activités existantes et changements de secteur d'activité d'entreprises commerciales et artisanales doivent répondre aux exigences d'aménagement du territoire, de la protection de l'environnement et de la qualité de l'urbanisme. Ils doivent en particulier contribuer au maintien des activités dans les zones rurales et de montagne ainsi qu'au rééquilibrage des agglomérations par le développement des activités en centre-ville et dans les zones de dynamisation urbaine. Dans le cadre d'une concurrence loyale, ils doivent également contribuer à la modernisation des équipements commerciaux, à leur adaptation à l'évolution des modes de consommation et des techniques de commercialisation, au confort d'achat du consommateur et à l'amélioration des conditions de travail des salariés ». Article L.750-1 du code de commerce

INTRODUCTION

Tout ce qui vaut la peine d'être fait vaut la peine d'être bien fait.
(Philip Dormer Stanhope, 4ème comte de Chesterfield, 10 mars 1746)

- 1.** Pionniers français du commerce d'avant-garde, Aristide BOUCICAUT et son épouse Marguerite fondent en 1852 le premier « grand magasin » dans son acception moderne. Baptisé « *Au Bon Marché* », il est implanté dans une ancienne mercerie du 7e arrondissement de la capitale où, après quelques agrandissements et autres travaux de réfection, parisiens et touristes du monde entier peuvent encore faire leur « *shopping* » aujourd'hui. Impressionné par les lieux, Émile ZOLA consacrera tout un roman des ROUGON-MACQUART à cette « *cathédrale du commerce moderne [...] faite pour un peuple de clientes* »¹. Il est vrai que les méthodes commerciales développées par le couple BOUCICAUT sont révolutionnaires² pour l'époque³.
- 2.** Le commerce moderne se développe sous le Second Empire, en France comme dans le reste de l'Europe - y compris dans les systèmes juridiques de *Common Law*. Les « grands magasins » ne sont pas la seule innovation du secteur commercial, tant s'en faut : les services de livraison à domicile et la vente par correspondance datent également de cette époque, à l'instar de certaines modalités de vente à tempérament. Si ces nouveaux processus commerciaux modifient substantiellement les modes d'acheminement et de vente des marchandises, ils restent cependant relativement circonscrits aux grands centres urbains, et ne provoquent aucune remise en cause de la législation commerciale de l'époque. La véritable révolution des méthodes de distribution aura lieu au milieu du XXe siècle : la période des « *Trente glorieuses* » impulse la mutation des formes de consommation et la transformation du petit commerce traditionnel de détail vers ce qui a été communément appelé la « *grande distribution* »⁴. Les premiers jalons de la mutation du secteur commercial en France y sont alors posés ; cette évolution se poursuivra jusqu'à nos jours.
- 3.** La première unité d'alimentation en « libre service » sort de terre en 1948 ; un an plus tard, le premier centre E. Leclerc voit le jour. Ce sont les prémisses de la grande distribution : en 1957, deux supermarchés de plus de 400 m² ouvrent leurs portes, rapidement suivis par le premier

¹ ZOLA E., « *Au bonheur des dames* », publié en 1883.

² Prix fixe figurant sur une étiquette apposée sur le produit, marge limitée, mise en scène de la marchandise sur des mannequins de cire juchés sur des présentoirs au sein même de l'espace de vente, application du principe « *satisfait ou remboursé* », réclame sous forme de catalogue papier adressé par la poste ... Les hommes ont même accès à un salon de lecture pour patienter pendant que leurs épouses font des emplettes ; le prêt-à-porter aux tailles standardisées remplace désormais le sur-mesure.

³ Les grands principes des législations commerciales avaient été définis à l'époque du mercantilisme, *id est* de la fin du XVI^e siècle à la fin du XVIII^e siècle.

⁴ Il s'agit en réalité de l'arrivée en France de nouveaux procédés de vente, lancés initialement à la fin du XIX^e siècle en Amérique du Nord, puis introduits en Europe *via* la Grande-Bretagne : la mise en place de réseaux commerciaux de distribution de produits à la marque d'un fabricant, par le truchement de succursales.

hypermarché⁵, à l'enseigne Carrefour, implanté en 1963 à Sainte-Geneviève-des-Bois⁶, dans la banlieue parisienne. A partir de 1965, ce nouveau secteur, particulièrement concentré⁷, se développe au détriment du commerce de détail de moins de 100 m²⁸. A la fin des années 1960, deux centres commerciaux, combinant grande surface alimentaire et galerie marchande, sont inaugurés. Ces nouveaux « *temples de la consommation* » s'implantent avec succès en périphérie des grandes villes - en raison notamment de la plus grande disponibilité du foncier et de la possibilité de construction de parkings à la taille adéquate⁹. Leur généralisation induit cependant une triple problématique : outre les problèmes d'étalement et d'esthétique urbains¹⁰ et d'engorgement du trafic¹¹, le petit commerce de proximité se retrouve en proie à de grandes difficultés¹². Comme il est écrit dans les colonnes du Monde, à cette époque,

« *la physionomie du commerce, en France, se modifie profondément depuis quelques années en raison, surtout, de la prolifération des magasins de grande surface, qui semblent eux-mêmes lancés dans une course à la dimension. Le supermarché paraît déjà presque vieux jeu face à l'« hypermarché » qui épouse le stock des superlatifs et marque peut-être la limite extrême des surfaces de vente »*.¹³

4. A l'analyse, ce sont différentes formes de commerce qui se développent concurremment en France, tout au long du XXème siècle et jusqu'à aujourd'hui, en faisant un secteur particulièrement dynamique et évolutif.

« *C'est le géant ou rien. Par son énormité, par ses prix bas, par son mythe : « On-y-trouve-tout-ce-qu'on-cherche- et-on-y-est-libre », il séduit, il appâte, il happe. (...) « Il paraît que c'est la fête quotidienne des temps modernes. Drôle de fête. Surtout le dimanche. Cinq cents mètres à la ronde, tous les véhicules commencent à subir l'attraction d'un irrésistible champ magnétique. Ils s'orientent vers le gigantesque coquillage plat tapi là-bas, irradié de lumière, couronné des lettres monumentales qui émettent le signal impératif d'un mot magique : hypermarché »*.¹⁴

Les petits commerces traditionnels de proximité, agonisants voire moribonds, sont remplacés par des réseaux de franchise rejoints par de petits indépendants et par des hypermarchés au format réduit implantés en centre-ville. De gigantesques centres avec galeries commerciales fleurissent en périphérie des villes. Les maxi-discounts, *drives*, immenses entrepôts logistiques de *e-commerce* et

⁵ Si l'hypermarché semble aujourd'hui en perte de vitesse, comme le confirme la suppression de 517 emplois annoncée le 14 janvier 2020 par Auchan, ses débuts s'annonçaient très prometteurs. L'occurrence apparaît le 21 janvier 1969 dans les colonnes du « Monde ».

⁶ « *C'est sous le marrainage de l'auteure de Bonjour tristesse que s'ouvre, le 15 juin 1963 à Sainte-Geneviève-des-Bois, dans l'Essonne, le premier hypermarché de France. Deux mille cinq cents mètres carrés de surface de vente sous la bannière de Carrefour* » (extrait de GAUTHERON, A. « La première fois que « Le Monde » a écrit « hypermarché », Le Monde, 24 janvier 2020)

⁷ Les grandes surfaces se sont développées en éliminant des pans entiers d'entreprises. En vingt ans, entre 1986 et 2006, les fournisseurs de l'agroalimentaire sont passés de 700 grossistes à seulement 5 centrales d'achats (extrait de <https://www.lesechos.fr/2006/12/vingt-ans-apres-la-liberte-des-prix-1072667>).

⁸ BERICHTIKOU J., *La grande distribution en France : un secteur plus concentré que chez ses voisins ?*, ACCOMEX, *Problèmes économiques* n°2949, 12 juin 2008, p. 15

⁹ « *No parking, no business* » ou « *One stop shopping* » (formules empruntées à TRUJILLO B., économiste américano-colombien)

¹⁰ Les fameuses « *boîtes à chaussures* », qui enlaidissent la plupart des entrées de ville.

¹¹ Les français changent concomitamment leur *modus vivendi* : les logements d'habitation se déplacent également vers la périphérie. L'automobile devient alors indispensable, tant pour aller au travail que pour se rendre au centre commercial.

¹² Ces difficultés sont dépeintes avec beaucoup d'humour par les Charlots dans leur film « *Le Grand Bazar* » (1973). Michel GALABRU y campe un petit commerçant retors dont le bar-épicerie est menacé par l'arrivée prochaine d'un *Euromarché*.

¹³ Josée DOYÈRE, responsable de la rubrique Consommation au « Monde »

¹⁴ Christiane PEYRE, journaliste au « Monde », article du 14 janvier 1970

les très controversés *dark stores* sont désormais légion, au grand dam des premiers édiles de la plupart des villes, grandes comme moyennes. Les changements induits par le développement de ces nouvelles formes de commerce à partir des années 1950¹⁵ imposent rapidement de contrôler, par une réglementation spécifique, l'implantation des infrastructures commerciales.

5. La généralisation de la vente de biens et services en grande surface en périphérie des villes a accompagné la désertification des centres-villes par les consommateurs. Mais la diversification des modes de distribution, que nous venons de dépeindre, n'est pas la seule raison de la mise en place d'un contrôle de l'implantation des grandes surfaces de vente ; ce dernier se fonde également sur une « *erreur d'appréciation des pouvoirs publics* »¹⁶. Une analyse du contexte politique et des textes de cette époque, notamment ceux qui consacrent ou explicitent le principe de libre concurrence, explique aisément ce phénomène. En effet, à partir des années 1950 et jusqu'à l'ordonnance de 1986¹⁷, le ministère des finances opère un contrôle des prix¹⁸ et les gouvernements successifs perçoivent *prima facie* l'installation des premières grandes surfaces comme opportune dans le cadre de leur politique de lutte contre l'inflation¹⁹. Toutefois, cette stratégie gouvernementale - sorte de « préhistoire » de la réglementation de l'aménagement commercial - accélère en réalité le développement des grandes surfaces, qui se révèlera rapidement néfaste pour le petit commerce de proximité. La politique de « réclame » des professionnels du secteur de la grande distribution, qui accompagne les nouvelles formes de distribution, est redoutablement efficace. Les consommateurs, notamment les ménages les plus modestes, finissent alors par désertiser les centres-villes. Quant aux entrées de ville, accueillant les nouvelles grandes enseignes, elles deviennent de véritables « verrues », à l'architecture et à la fonctionnalité médiocres.

6. Désireux de préserver le petit commerce, « *catégorie professionnelle nombreuse et essentielle à l'équilibre de la vie sociale* »²⁰, le gouvernement ne tarde pas à réagir. Une première salve de réglementation, par le biais de textes à valeur infra-réglementaire, tente d'abord de lier l'implantation des surfaces commerciales au droit de l'urbanisme. C'est ainsi par exemple qu'une circulaire du 24 août 1961²¹ prévoit que les ensembles d'habitation devront comporter un seuil minimum de surfaces commerciales. Par la suite, une circulaire interministérielle du 29 juillet 1969²² précise quelle est « *la place de l'équipement commercial dans le développement urbain* » ; désormais, les documents d'urbanisme²³ doivent prendre en compte les équipements

¹⁵ « *La position, jusqu'alors avantageuse des producteurs, fabricants ou fournisseurs face à leurs revendeurs, s'estompe durablement. Et parce que ces fabricants sont très souvent des petits commerçants et les petites et moyennes entreprises (PME), ce déséquilibre entraîne des conséquences sur le plan social et sur le plan politique.* » COURIVAUD H., « *Equipement commercial* » in Répertoire de droit immobilier, Dalloz, octobre 2005

¹⁶ COURIVAUD H., *op. cit.*, point 5

¹⁷ Ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence

¹⁸ Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix

¹⁹ Par exemple, une ancienne loi datant de la Seconde guerre mondiale, qui luttait contre les dérapages du marché noir en interdisant pénalement le refus de vente (délit), est amendée par deux décrets successifs et une circulaire ministérielle, laquelle vient rappeler l'interdiction de l'opposition des fabricants à la revente de biens et services en grandes surfaces.

²⁰ COURIVAUD H., *op. cit.* point 6

²¹ Circulaire interministérielle n° 61-43 du 24 août 1961, dite « *SUDREAU-FONTANET* »

²² Circulaire interministérielle du 29 juillet 1969 concernant la place de l'équipement commercial dans le développement urbain

²³ Le schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme (**ci-après « SDAU »**), rebaptisé schéma directeur, et le plan d'occupation des sols (**ci-après « POS »**), nouvellement créés par la loi d'orientation foncière n°67-1253 du 30 décembre 1967

commerciaux²⁴. Toutefois, le Conseil d'Etat prive d'ambition cette circulaire en lui déniant tout caractère réglementaire²⁵, ainsi que la qualité de directive d'aménagement national²⁶. Ces premiers textes n'étant pas nantis de la juridicité nécessaire pour freiner la croissance exponentielle des infrastructures commerciales, c'est finalement la loi qui s'imposera comme l'instrument de réglementation privilégié en matière d'urbanisme commercial.

7. La loi d'orientation foncière²⁷ crée des « *comités consultatifs départementaux* » présidés par le préfet et composés de professionnels du secteur commercial, consultés entre autres au cours de l'élaboration des documents prévisionnels d'urbanisme²⁸, avant tout projet d'implantation commercial d'une surface supérieure à 10.000 m², ou encore pour les programmes d'équipement commercial dans les secteurs de rénovation urbaine. Une loi de 1969²⁹ est ensuite adoptée et prélude le dispositif qui sera mis en place avec la grande loi structurelle de 1973³⁰ : les comités consultatifs sont transformés en « *commissions départementales d'urbanisme commercial* » et une procédure d'examen préalable à la délivrance des permis de construire pour les établissements commerciaux de grande surface est instituée³¹. L'année suivante, une directive primo-ministérielle³² en précise les conditions d'acceptation et de refus, de la part de l'administration. Néanmoins, le dispositif déçoit ; les résultats n'étant pas ceux escomptés, le gouvernement décide de revoir sa stratégie.

8. Les autorités publiques nationales doivent alors rapidement s'organiser face à la nouvelle gageure: réglementer de manière idoine l'implantation et l'agrandissement des surfaces commerciales pour préserver le commerce de détail. Un contrôle *a priori* de l'édification des ensembles commerciaux est alors organisé par le biais d'un régime d'autorisation spécifique, dérogatoire de celui existant pour les constructions d'immeubles d'habitation. Ce contrôle préalable, donnant lieu à la délivrance d'une « *autorisation d'exploitation commerciale* » (**ci**-

²⁴ Les schémas d'aménagement et d'urbanisme, prédecesseurs des schémas de cohérence territoriale, n'avaient aucune influence sur l'implantation des commerces (CE, 30 octobre 1987, *Société Cedis c/ Sadal* ; CE, 13 mai 1992, *Ramier*). Le Conseil d'Etat rappelle que « *le moyen tiré de la méconnaissance d'un schéma directeur d'aménagement et d'urbanisme est inopérant à l'encontre d'une décision d'autorisation prise sur la base de la loi du 27 décembre 1973 (...). Le nouvel article L. 122-1 manifeste une volonté d'encadrement plus stricte des implantations de grandes surfaces commerciales (...) en outre il fait expressément de l'encadrement de la localisation des équipements commerciaux une fonction des schémas directeurs (...)* », concl. ROUL A.-F., CE, 28 septembre 2005, n° 274.706, 274.707, *Société Sumidis, Société Cocofruits*

²⁵ CE, 25 juin 1975, n°93.904 *Ministre de l'aménagement du territoire, de l'équipement, du logement et du tourisme c/ Société périgourdine d'alimentation* : « *Si la circulaire du 29 juillet 1969 (...) contient des "orientations générales" qui appellent l'attention sur les risques de "gaspillage d'investissements" auxquels la prolifération des projets de centres commerciaux à grande surface peut conduire et sur les "conséquences défavorables" qui peuvent "en résulter sur l'urbanisation" et si elle préconise de tenir compte de l'équipement commercial dans l'élaboration des documents d'urbanisme, elle ne contient aucune disposition précise de nature à permettre à l'autorité administrative de s'opposer à une demande de permis de construire. Cette circulaire ne constitue donc pas une "directive d'aménagement national" au sens de l'article 15 du décret du 30 novembre 1961* ».

²⁶ Avant les grandes lois de décentralisation de 1983, les directives d'aménagement national (ancêtres des directives territoriales d'aménagement (ci-après « DTA »)), approuvées par décret en application de l'article R.111-15 C.urb dans sa rédaction alors en vigueur, permettaient à l'Etat d'édicter les choix nationaux en matière d'aménagement et d'urbanisme. Néanmoins, leurs effets juridiques étaient assez limités : le Conseil d'Etat avait jugé que si elles s'imposaient aux autorisations d'occupation du sol, elles ne s'imposaient pas aux documents d'urbanisme eux-mêmes. Du reste, cet article R-111-15 édictant une simple disposition permissive, elles ne revêtaient pas de caractère impératif.

²⁷ Loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967 d'orientation foncière

²⁸ Les SDAU et les POS principalement.

²⁹ Loi n°69-1263 du 31 décembre 1969 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier (article 17)

³⁰ Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite « loi ROYER »

³¹ « *La création, la construction et l'implantation des magasins comportant une surface de vente supérieure à 3.000 m² feront l'objet d'une instruction particulière de la commission départementale d'urbanisme commercial préalablement à l'octroi d'une autorisation administrative* » (article 17 de la loi n°69-1263 du 31 décembre 1969).

³² Directive primo-ministérielle du 27 mai 1970, annulée par le Conseil d'Etat.

après « AEC »), connaîtra de nombreuses modifications, de ses balbutiements à son arrivée à quasi-maturité : à l' « *urbanisme commercial* » de la loi ROYER de 1973 - premier texte de valeur législative à encadrer l'édification des infrastructures commerciales, nous allons y revenir - succède l' « *équipement commercial* »³³ de la loi SAPIN du 29 janvier 1993 ; la notion d' « *aménagement commercial* »³⁴ leur sera finalement préférée, à la faveur de la loi LME du 4 août 2008³⁵. En dépit de ces changements de pure sémantique, il existe une constante : depuis les origines du contrôle *a priori* de l'implantation des équipements commerciaux, exceptionnel en économie de marché³⁶, l'implantation et l'extension d'équipements commerciaux excédant une certaine surface sont subordonnés à une autorisation - devenu « *avis favorable* » depuis 2014³⁷ - délivrée par une commission *ad hoc*³⁸. Aujourd'hui, pour les projets les plus ambitieux nécessitant une double autorisation aux titres de l'aménagement commercial et de l'urbanisme, l'autorisation d'exploitation commerciale est englobée dans le permis de construire - devenu le « *permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale* » (**ci-après « PCVAEC »**).

9. L'analyse de l'évolution de cette réglementation, de sa genèse en 1973 à la loi 3DS de 2022, nous montre que les lois successives, pléthoriques et souvent « de circonstance » restent pour partie fidèles au principe originel, *id est* préserver les petits commerces, le tissu économique et un cadre de vie. Aujourd'hui, outre la prise en compte du phénomène de généralisation des ventes de biens et services en « *grandes surfaces* » réduisant la part du petit commerce à la portion congrue, les pouvoirs publics doivent également prendre en considération les effets néfastes de la propagation des *drives*³⁹ et des entrepôts logistiques de *e-commerce*⁴⁰ stockant les marchandises destinées à être vendues en ligne. En effet, la plupart des surfaces de vente se sont dématérialisées ; il est devenu possible de faire ses courses alimentaires, son *shopping* ou même d'acheter un appartement (!) depuis des applications téléchargées sur son téléphone portable. La généralisation du commerce électronique⁴¹ et la prise en compte grandissante des objectifs de développement

³³ Il s'agit essentiellement d'un simple changement sémantique ; « *urbanisme commercial* » et « *équipement commercial* » sont synonymes.

³⁴ « *L'aménagement commercial consiste en la répartition la plus pertinente des équipements commerciaux en ville, tout en limitant les éventuelles nuisances pouvant y être associées afin que l'insertion soit harmonieuse avec le paysage urbain* » (fiche d'orientation Dalloz - 2021)

³⁵ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 (articles 99 à 105) de modernisation de l'économie, dite « loi LME »

³⁶ SCHWARTZ R., *in* Préface du « *Guide juridique et pratique de l'urbanisme commercial* », FRESNEAU J-A., EFE, 4e édition

³⁷ Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises (ACTPE), dite « loi PINEL »

³⁸ Aujourd'hui « commissions départementales d'aménagement commercial », qui succèdent aux « commissions départementales d'équipement commercial » de la loi SAPIN de 1993, elles-mêmes forme amendée des « *commissions départementales d'urbanisme commercial* » de la loi ROYER. Il s'agit d'un « *rare exemple, en droit administratif d'organismes composés pour partie de représentant de groupes d'intérêts et se voyant reconnaître un entier pouvoir de décision et non une simple fonction consultative* » (TANGUY Y., *Quand l'argent fait la loi. Le cas de l'urbanisme commercial*, Revue Pouvoirs, 1988, n°46, p. 102 s.)

³⁹ L'actuel article L. 752-1 7° du code de commerce vise : « *La création ou l'extension d'un point permanent de retrait par la clientèle d'achats au détail commandés par voie télématique, organisé pour l'accès en automobile* ». L'alinéa suivant prévoit que par dérogation « *n'est pas soumise à AEC la création d'un point permanent de retrait par la clientèle d'achats au détail commandés par voie télématique, organisé pour l'accès en automobile, intégré à un magasin de détail ouvert au public à la date de publication de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, et n'emportant pas la création d'une surface de plancher de plus de 20 mètres carrés* ».

⁴⁰ Selon la définition de l'Autorité de la concurrence (2020) « *les ventes en ligne de biens et services au travers d'un site internet ou d'une application pour téléphone ou tablette* ».

⁴¹ « *En 2021, l'activité des secteurs commerciaux rebondit après une année 2020 sous le signe de la pandémie de coronavirus. Après une année de turbulences, le volume des ventes dans le commerce de gros finirait l'année au-dessus de l'année 2019. Il en va de même pour le commerce de détail. Dans les deux cas, certains secteurs restent durablement affectés par les mutations des comportements de consommation (plus fort recours à la vente à distance) et la limitation des déplacements, notamment la baisse de la fréquentation touristique.* » *in* Rapport établi pour la commission des comptes commerciaux de la Nation, documents de travail n° 2021-06, *La situation du commerce en 2021*, décembre 2021

durable par la législation d'urbanisme commercial a rebattu les cartes. Conjuguées aux effets de facteurs démographiques (décroissance, vieillissement de la population), économiques (faiblesse des revenus, faible croissance de l'emploi), géographiques (déplacement des zones de chalandise en périphérie) et conjoncturels (crise des gilets jaunes, crise sanitaire), elles rendent l'avenir du petit commerce de proximité incertain⁴². Désormais, l'heure est à la recherche d'un équilibre entre commerce physique et commerce virtuel⁴³, avec en point de mire la lutte contre le réchauffement climatique assignée aux pouvoirs publics depuis quelques années.

10. Les rapports entre le droit communautaire - principale source externe de l'aménagement commercial - et la réglementation afférente à l'implantation, l'extension et la transformation des infrastructures commerciales feront l'objet de cette étude (**Section 1**). Plus précisément, l'objectif de ce premier travail de recherche sera d'analyser le mouvement cinétique d'urbanisation concomitant à la disparition des critères « purement économiques » qui prévalaient jusqu'à la loi LME de 2008, sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg (**Section 2**)⁴⁴.

SECTION 1 - L'OBJET DE L'ÉTUDE

11. S'interroger sur l'évolution urbanistique de l'aménagement commercial nous oblige d'abord à dresser un panorama de ses sources, puisque ce sont elles qui ont impulsé sa mutation. Riches de leur diversité, elles sont particulièrement nombreuses et de niveau juridique varié. Il faut d'emblée mentionner, d'une part, que la réglementation française d'aménagement commercial est essentiellement le fruit de sources internes ; d'autre part, le mouvement qui porte la matière est principalement supra-légal. Mais, à l'image de certains droits voisins - le droit de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire en particulier - elle subit de plus en plus, depuis les années 2000, l'influence de sources externes, essentiellement communautaires. Ce sont elles qui, spécifiquement, vont retenir toute notre attention dans le cadre de cette étude. Les quelques propos introductifs à venir se proposent de retracer succinctement l'historique de la réglementation d'aménagement commercial.

12. Les libertés économiques constitutionnellement protégées⁴⁵ et celles issues du droit communautaire⁴⁶, sources dites « supra-législatives », l'orientent et l'encadrent. Un abondant *corpus* législatif et un ensemble réglementaire particulièrement hétéroclite, national comme sectoriel, sont les fondements juridiques sur lesquels s'opère la délivrance de l'autorisation d'exploitation commerciale, acte administratif unilatéral. Comme l'urbanisme commercial relève encore pour partie du code de commerce, la matière présente la particularité notable de

⁴² BELIN B., BABARY S., Rapport d'information n° 577 fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable et de la commission des affaires économiques sur les perspectives de la politique d'aménagement du territoire et de cohésion territoriale, sur le volet « attractivité commerciale en zones rurales », 16 mars 2022

⁴³ MORENO D., *Écriture du SCoT et équipement commercial*, CCI de Paris, GRIDAUH

⁴⁴ Pour des raisons liées à la lisibilité de notre propos, les implantations cinématographiques, qui sont depuis 2014 régies par des dispositions autonomes inscrites dans le code du cinéma et de l'image animée, ne feront pas l'objet d'une étude spécifique approfondie au sein des développements qui suivent (Code du cinéma et de l'image animée, articles L. 212-6 à L. 212-13 et R. 212-6 à R. 212-8).

⁴⁵ La liberté d'entreprendre, et la liberté du commerce et de l'industrie (**ci-après « LCI »**).

⁴⁶ La liberté d'établissement, protégée par l'article 49 du TFUE et la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur ; la libre circulation des services, des marchandises, des personnes et des capitaux

reconnaître aux circulaires et aux instructions gouvernementales une place importante⁴⁷ ; nous pouvons citer par exemple, , les instructions destinées à orienter l'administration déconcentrée sur la conduite à tenir en matière de délivrance de l'AEC au vu de l'objectif « *zéro artificialisation nette* » (**ci-après « ZAN »**). S'ajoutent à ces sources traditionnelles une source nouvelle mais désormais bien connue du droit de l'urbanisme⁴⁸, le contrat, sous la forme des « *opérations de revitalisation du territoire* »⁴⁹ qui rencontrent un réel succès auprès des principaux acteurs de l'aménagement commercial. Enfin, la jurisprudence - administrative, constitutionnelle et communautaire - est une source particulièrement féconde du droit de l'aménagement commercial, abreuvant toute la matière en orientant, souvent de manière décisive, les législations successives ; elle vient s'ajouter utilement à ce tableau impressionniste.

13. Il existe ainsi une pluralité de sources dans lesquelles l'aménagement commercial puise ses racines. Pour les besoins de notre démonstration, nous nous proposons d'en dégager deux principales catégories : d'une part, les règles de fond de la matière, lesquelles assurent son glissement vers une logique urbanistique au travers de la prise en compte du commerce par les documents d'urbanisme ; d'autre part, les règles de forme, notamment celles régissant la délivrance de l'AEC et le permis de construire valant AEC lorsque l'autorisation de construire est nécessaire, qui ont été considérablement amendées après les différentes interventions communautaires. Si la source législative, de laquelle découlent les règlements sectoriels encadrant la délivrance des autorisations, est le pivot de la réglementation d'aménagement commercial, d'autres sources hiérarchiquement supérieures viennent la modeler. Ce sont essentiellement les deux sources supra-législatives - la source constitutionnelle et le droit de l'Union - qui impulsent le rapprochement entre l'aménagement commercial et l'urbanisme de droit commun, laborieusement appelé par le législateur de ses voeux dès 1973, et encore imparfaitement réalisé.

14. L'évolution de la législation d'aménagement commercial ne s'est pas faite de façon parfaitement linéaire ; nous pouvons même affirmer qu'elle a été particulièrement saccadée. Il est cependant possible de déterminer trois phases dans cette évolution : la loi ROYER et ses deux premiers correctifs forment « *l'ancien droit* » de « *l'urbanisme commercial* » ; les lois Grenelle II et ALUR sont la résultante d'une mise en compatibilité de la législation avec le droit de l'Union européenne à la demande des instances communautaires ; la loi ELAN et ses deux dauphines viennent parfaire le dispositif en resserrant encore davantage les liens entre l'aménagement commercial et les droits de l'urbanisme et de l'environnement, sans toutefois parvenir à inclusion de l'un dans l'autre. En dépit de multiples corrections - certaines souhaitées, d'autres plus contraintes - la copie rendue par le législateur est encore loin d'être parfaite. En d'autres termes, la réglementation n'est manifestement pas parvenue à maturité pour remplir les objectifs qui lui ont été assignés dès le départ, à savoir mieux réglementer les implantations commerciales pour préserver le petit commerce.

15. D'une part, la soumission de la réglementation d'équipement commercial au droit de la concurrence, communautaire comme national, a contribué à faire disparaître en apparence le critère économique prévalant sur lequel les commissions d'aménagement commercial se fondaient

⁴⁷ Par exemple, la doctrine administrative a précisé les modalités d'examen au fond des dossiers par les instructeurs dans une circulaire du 31 décembre 2009 relative au rôle des services de l'État chargés de l'urbanisme et de l'environnement dans la mise en œuvre des dispositions sur l'aménagement commercial. Une instruction du gouvernement du 3 mai 2017 rappelle aux préfets l'importance d'attirer l'attention des membres de la CDAC sur le respect strict des critères légaux ainsi que sur la nécessité d'analyser de manière globale les projets soumis à autorisation, notamment pour les projets présentés de manière segmentée par des pétitionnaires peu scrupuleux, ce qui ne permet pas aux membres des commissions d'apprécier l'ensemble des effets des projets (*Extrait du JCI Droit de l'urbanisme, Synthèse*)

⁴⁸ Par exemple les contrats de plan Etat-région (CPER)

⁴⁹ Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (loi ELAN)

pour délivrer l'autorisation nécessaire (**paragraphe 1**). D'autre part, la volonté des pouvoirs publics d'intégrer l'urbanisme commercial dans le code de l'urbanisme, non effective à ce jour, explique la tentative de planification des activités commerciales par les documents d'urbanisme sectoriels (**paragraphe 2**).

§ 1 - Des débuts aux accents économiques

16. Le droit de l'aménagement commercial français contemporain ne part pas du néant. Les premières législations commerciales datant du mercantilisme, peu interventionnistes, ne s'évertuent qu'à rééquilibrer un cadre contractuel par nature déséquilibré, entre un producteur / fabricant / fournisseur d'une part, et un revendeur d'autre part, à l'avantage du premier. L'apparition des nouveaux procédés de vente à la fin du XIXe siècle, aux Etats-Unis d'abord et en Europe par la suite, s'accompagne de la redéfinition de ce cadre contractuel originel ; la position avantageuse des producteurs face à leurs revendeurs s'émousse alors progressivement. La prolifération de nouveaux contrats de prestations de services, stipulant une exclusivité au profit d'une marque, d'un point de vente, d'un brevet ou d'un procédé commercial, oblige les pouvoirs publics à intervenir en raison de l'atteinte anticoncurrentielle au fonctionnement des marchés induite par ces conventions d'un nouveau genre. Toutefois, à cette époque, l'ingérence des pouvoirs publics dans les pratiques commerciales n'est encore que très marginale ; en effet, exception faite des États-Unis⁵⁰ et de l'ex-Empire allemand⁵¹, la majorité des pays à économie de marché ne dispose pas encore, au début du XXe siècle, d'un véritable droit de la concurrence⁵² dans son acception contemporaine.

17. La France ne fait pas exception : les nouvelles modalités de consommation, qui se développent à partir du milieu du XXe siècle, battent durablement en brèche l'équilibre socio-économique qui existe depuis plusieurs décennies et commandent un changement de législation. En 1973, le mécontentement des petits commerçants, groupés comme un seul homme derrière le leader syndicaliste Gérard NICoud⁵³, forcent le nouveau ministre du commerce et de l'artisanat Jean ROYER à faire voter une loi à laquelle il donnera son nom ; il fonde ainsi « *l'urbanisme commercial* » au sein d'un texte « *dont l'esprit a régné jusqu'en 2008* »⁵⁴. Le gouvernement y affiche ouvertement son soutien aux petits commerces face à leurs nouvelles concurrentes. Cette posture ne faisant toutefois pas l'unanimité auprès des parlementaires, cette loi, premier grand texte de référence à encadrer l'édification des infrastructures commerciales, soulève les passions

⁵⁰ 1890 : date de la promulgation de la première législation fédérale dite « anti- trust »

⁵¹ 1909 : première loi d'Empire contre la concurrence déloyale ; 1923 : première ordonnance d'Empire dite « anti-cartel »

⁵² « *Dans son acception la plus courante, l'expression « droit de la concurrence » désigne l'ensemble de ce qu'un usage unanimement suivi appelle règles de concurrence, c'est-à-dire de celles qui ont pour objet le maintien de la libre concurrence entre entreprises sur le marché. Elles visent à sauvegarder des structures d'entreprises et à imposer des comportements qui sont de l'essence de l'économie de marché. Leur finalité est, par suite, l'intérêt général ; elles n'assurent la protection d'intérêts particuliers que comme un moyen de maintien de la libre concurrence. Le droit de la concurrence ainsi entendu n'inclut donc pas les règles de droit dont l'objet exclusif ou essentiel est de protéger de tels intérêts en préservant la position légitimement acquise sur un marché par une entreprise donnée, comme celles qui sont relatives aux droits intellectuels ou à la lutte contre la concurrence déloyale* » in DECOCQ G., DECOCQ A., *Droit de la concurrence*, Lextenso, octobre 2021.

⁵³ Dès 1969, les autorités gouvernementales assistent à la « *prise de parole violente* » des petits commerçants à travers la « *Confédération intersyndicale de défense et Union nationale d'action des travailleurs indépendants* » (CID-UNATI), dirigé par le syndicaliste Gérard NICoud.

⁵⁴ MONNET J., « *L'urbanisme commercial français de 1969 à 2009 : quels changements avant et après la Directive européenne Services ?* », in *Jornadas internacionales de estudio y análisis « La directiva de servicios y su impacto sobre el comercio europeo »*, Oct 2008, Valladolid, Espagne

lors de son adoption⁵⁵. Pourtant, « *les petits commerçants et les artisans, qu'ils se réclament des organisations contestataires ou plus traditionnelles, devraient être heureux : de mémoire d'historien politique, jamais Parlement républicain n'aura adopté de loi plus favorable à leurs intérêts immédiats* »⁵⁶. Le texte règle l'implantation et l'extension des surfaces de vente au public de plus de 1.000 m², des complexes hôteliers et des établissements cinématographiques. En réalité, il s'agit d'une police économique de protection, qui vise à protéger le petit commerce de la concurrence des nouvelles formes de distribution : une autorisation préalable, délivrée par une commission dédiée, au vu de critères prédefinis - listés dans les articles introductifs de la loi et variant suivant le type d'activité et l'environnement commercial - sera désormais nécessaire pour l'implantation de telles infrastructures.

18. Les objectifs cardinaux poursuivis par le législateur de 1973 - nombreux - sont énoncés dans l'article premier⁵⁷. En résumé, il s'agit pour les pouvoirs publics, dans le contexte de lutte contre l'inflation précédant la proclamation de l'ordonnance de 1986, de maintenir des prix acceptables pour le consommateur et de préserver un cadre concurrentiel sain ; le législateur rappelle également au besoin que la liberté d'entreprendre est un axiome commercial. Nonobstant le fait que cette loi ne soit pas totalement dépourvue de considérations d'urbanisme⁵⁸, la priorité semble donnée essentiellement aux objectifs économiques : à cette époque, si le commerce est conçu comme l'une des fonctions dont il faut doter les nouveaux espaces urbanisés⁵⁹, « *l'invocation du désordre justifie alors de mettre en place une « police de la concurrence »* »⁶⁰. Comme l'indique Henri COURIVAUD dans son analyse très fouillée des mécaniques de l'équipement commercial⁶¹,

« *les freins législatifs à une croissance désordonnée des commerces mis en place par cette loi devaient privilégier les considérations économiques, qu'il s'agisse de la crainte de l'écrasement de la petite entreprise ou celle du gaspillage d'équipements commerciaux* ».

19. Si, à tout le moins dans son esprit, la loi de 1973 se veut être une loi de régulation en conformité avec la liberté d'établissement du droit communautaire, un primat économique se retrouve indéniablement dans sa lettre. Il convient en effet de noter que les dispositions intéressant spécifiquement « *les équipements commerciaux et l'urbanisme commercial* » figurent au chapitre II d'un titre III, précisément intitulé « *dispositions économiques* ». Du reste, l'article 28 indique que la CDUC doit statuer sur les demandes d'autorisation qui lui sont présentées suivant les principes définis aux articles 1er, 3 et 4 de la loi,

⁵⁵ La discussion achoppe notamment sur la composition des CDUC et sur le nombre de sièges octroyés aux commerçants et artisans en leur sein : lors de l'une des navettes entre l'Assemblée nationale et le Sénat, il est proposé de leur offrir la moitié des sièges. Cette proposition soulève l'ire de Jean-Jacques SERVAN-SCHREIBER, député radical de Meurthe-et-Moselle, qui dénoncera un « *droit de veto des commerçants et artisans sur toute concurrence* », et sera suivi par plusieurs députés critiquant cette « *abdication de l'Etat* ».

⁵⁶ DOYÈRE J., article paru dans « *Le Monde* » le 22 octobre 1973

⁵⁷ « *La liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales. Celles-ci s'exercent dans le cadre d'une concurrence claire et loyale. / Le commerce et l'artisanat ont pour vocation de satisfaire les besoins des consommateurs, tant au niveau des prix que de la qualité des services et des produits offerts. Ils doivent contribuer à l'amélioration de la qualité de la vie, à l'animation de la vie urbaine et rurale et accroître la compétitivité de l'économie nationale. / Les pouvoirs publics veillent à ce que l'essor du commerce et de l'artisanat permette l'expansion de toutes les formes d'entreprises, indépendantes, groupées ou intégrées, en évitant qu'une croissance désordonnée des formes nouvelles de distribution ne provoque l'écrasement de la petite entreprise et le gaspillage des équipements commerciaux* ».

⁵⁸ « *Article 3. — Les implantations d'entreprises commerciales et artisanales doivent s'adapter aux exigences de l'aménagement du territoire, notamment à la rénovation des cités, au développement des agglomérations et à l'évolution des zones rurales et de montagne* ».

⁵⁹ Circulaire dite « *SUDREAU-FONTANET* » du 24 août 1961

⁶⁰ JOYE J.-Fr., « *Intégrer l'urbanisme commercial dans l'urbanisme général* », AJDA 2007 p.1063

⁶¹ COURIVAUD H., *op. cit.*, point 16

« compte tenu de l'état des structures du commerce et de l'artisanat, de l'évolution de l'appareil commercial dans le département et les zones limitrophes, des orientations à moyen et à long terme des activités urbaines et rurales et de l'équilibre souhaitable entre les différentes formes de commerce ».

Enfin, les « objectifs poursuivis par le législateur de 1973 (...) impliquent que les autorisations soient accordées en prenant largement en considération les caractéristiques de la personne physique ou morale du demandeur »⁶². Il était donc logique que cette loi, teintée d'une forte coloration mercantile, soit d'abord partiellement⁶³ intégrée - avec ses modifcatifs - au code de commerce⁶⁴.

20. Mais la prédominance du volet économique se retrouve également - et au premier chef - dans la jurisprudence administrative relative aux décisions prises par les commissions, lesquelles sont, de fait, centrées sur une mission économique. Par principe, les décisions des CDUC sont des actes administratifs unilatéraux relevant de la compétence du juge administratif, qui exerce un contrôle normal sur leurs motifs⁶⁵. Il vérifie, à partir d'une grille de lecture de la pertinence de l'évaluation des critères faite par ces commissions, que tous les objectifs mentionnés à l'article 1er de la loi du 27 décembre 1973 y sont examinés. Toutefois, à l'analyse, la jurisprudence a rapidement fait primer le dernier critère, essentiellement économique, énoncé dans la loi : « éviter que l'autorisation soit de nature à provoquer l'écrasement de la petite entreprise et le gaspillage des équipements commerciaux »⁶⁶.

21. En outre, si la législation applicable aux infrastructures commerciales est alors intitulée « *urbanisme commercial* », le volet urbanistique de celle-ci, relativement tenu, est autonomisé par la jurisprudence. En effet, les procédures de droit commun de délivrance du permis de construire s'appliquent en parallèle de celles, dérogatoires, de l'AEC accordée par la CDUC. À grand renfort de recours au principe de l'indépendance de la législation d'urbanisme et du droit public économique⁶⁷, le Conseil d'Etat choisit délibérément de faire primer le second⁶⁸, confirmant alors

⁶² LATOURNERIE M.-A., commissaire du gouvernement, concl. sous CE, 21 mai 1980, *Ministre du Commerce et de l'Artisanat et GIE du centre commercial de Haguenau c/ M. Weiss et autre*

⁶³ Si la loi ROYER a été intégrée dans le code de commerce, certaines dispositions n'y figurent pas, dont celle relative à l'article 1er sur « la liberté et à la volonté d'entreprendre ».

⁶⁴ D'abord aux articles L. 720-1 à L. 720-11 du code de commerce par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce (article 1er et 28 à 33 de la loi du 27 décembre 1973), puis, sans changement rédactionnel, aux articles L. 750-1 à L. 752-23 du code de commerce à la faveur de l'ordonnance n°2006-673 du 8 juin 2006 (article 2).

⁶⁵ Voir par exemple CE, 7 juillet 1978, *Comité d'étude et de vigilance des artisans, petits industriels et commerçants (CEPAVIC)*

⁶⁶ Voir par exemple CE, 19 décembre 1980, *Ministre du Commerce et artisanat c/ Société Au Printemps* ; CE, 22 février 1999, *SCI Le Temple*, n°171.338 ; CE, 26 janvier 2005 *Commune de Luzinay et autres*, n°263.063 ; CE, 14 mars 2005, *Etablissements Linard*, n°261.191

⁶⁷ Voir par exemple CE, 28 juin 1997, *Association des commerçants et artisans de Frontignan et autres*, n° 160.667 : l'autorisation d'équipement commercial et un certificat d'urbanisme relatif au terrain d'implantation du centre commercial sont accordés en application de législations distinctes.

⁶⁸ CE, 17 décembre 1982, *Société Angélica Optique Centraix*, n° 35.554 « *L'autorisation de création d'un centre commercial de grande surface délivrée par la commission départementale d'urbanisme commercial en application des articles 29 et 32 de la loi du 27 décembre 1973, repris aux articles L.451-5 et L.451-6 du code de l'urbanisme, ne forme pas avec le permis de construire ce centre commercial une opération administrative comportant entre ces deux décisions un lien tel que les illégalités dont l'autorisation de la commission départementale d'urbanisme commercial serait entachée puissent, malgré le caractère définitif de cette opération, être invoquées à l'appui des conclusions dirigées contre le permis de construire.* »

la spécificité de l'équipement commercial par rapport au droit de l'urbanisme. Sous cet éclairage⁶⁹, la Haute juridiction considère que le permis de construire ne peut être accordé si l'autorisation d'urbanisme commercial est refusée⁷⁰, instituant par là-même une hiérarchie entre les deux autorisations. De même, il n'appartient pas aux commissions de vérifier la conformité des implantations commerciales aux documents d'urbanisme⁷¹. Les notifications des recours dirigés contre les décisions d'urbanisme⁷² ne concernent pas davantage les décisions en matière d'urbanisme commercial⁷³. Les autorisations délivrées par les CDUC n'ont pas à être conformes avec le document d'urbanisme en vigueur sur le territoire de la commune concernée⁷⁴. Le contrôle de l'équipement commercial n'est pas englobé dans les « *dispositions d'urbanisme au sens de l'article L. 600-2 du code de l'urbanisme, sur les dispositions applicables après annulation d'un permis de construire* »⁷⁵. La délivrance de l'AEC exigée par les articles 29 et suivants de la loi du 27 décembre 1973 « *n'est en aucune façon légalement subordonnée au dépôt d'une demande de permis de construire ou à la preuve que l'intéressé ait pris des dispositions nécessaires pour avoir entrepris l'opération avant la péremption de cette autorisation* »⁷⁶. Le Conseil d'Etat écarte également l'application de la « *théorie des opérations complexes* »⁷⁷.

22. Il est tout de même curieux de voir les juges du Palais Royal prendre le parti d'axer la législation sur le droit public économique - en particulier sur le droit de la concurrence⁷⁸ - avant même qu'ils se décident à en intégrer les principes au sein du bloc de légalité administrative⁷⁹. Il faut y voir une illustration supplémentaire de ce que le droit de l'urbanisme - ici de l'urbanisme commercial - est un « laboratoire » de la jurisprudence administrative. Du reste, l'application du principe d'indépendance des législations présente l'inconvénient majeur de l'incohérence, la jurisprudence du Conseil d'Etat rappelée *supra* ayant par exemple abouti à ce qu'une autorisation au titre de l'urbanisme commercial ne puisse être mise en oeuvre, faute pour le pétitionnaire d'avoir obtenu son autorisation au titre de la législation de droit commun d'urbanisme⁸⁰. Mais en réalité, c'est moins l'incohérence de la jurisprudence, que celle des textes qu'il faut dénoncer ici. Le juge, prenant acte du bicéphalisme de la législation, applique logiquement le principe

⁶⁹ Le principe jurisprudentiel d'indépendance des législations garantit les différentes réglementations contre d'éventuels empiétements en énonçant que chaque autorisation étant indépendante, elle ne vaut pas autorisation au titre d'une autre législation d'une part, et qu'il n'existe pas de lien ni d'ordre nécessaire dans leur délivrance, de l'autre - LEBRETON J.-P., « *L'urbanisme et les législations réputées indépendantes* », AJDA n°spéc., 1993 p. 20.

⁷⁰ CE 23 mai 1980, *Calvy*

⁷¹ CE 13 avril 1983, *Martelly*, n° 23.578 ; CE 10 juin 1983, *Delahaye et Groult*, n° 13.315

⁷² C. urb., art. L. 600-3 anc. et R. 421-32, al. 4

⁷³ CE 5 novembre 2003, SCI Les Blés d'or, n° 237.383 : « *le régime d'autorisation des grandes surfaces commerciales défini par l'article 29 de la loi du 27 décembre 1973 modifié par la loi du 5 juillet 1996 tend à réguler la concurrence dans le secteur du commerce de détail et non à déterminer des règles d'occupation des sols (...)* »

⁷⁴ CE, *Société Angélica Optique Centraix*, *op. cit.* ; CE, 30 octobre 1987, *Sedis c/ Sadal* ; CE 29 juin 1983, *Chambre des métiers du Loir-et-Cher*, n° 038.507 ; CE, 23 novembre 1988, *Société des artisans commerçants de Saint-André-de-Cubzac*, n° 072.040

⁷⁵ CAA Marseille, 21 mars 2002, *SCI Infossi Gimot*

⁷⁶ LATOURNERIE M.-A., commissaire du gouvernement, concl. sous CE 25 avril 1980 *op. cit.*

⁷⁷ Le Conseil d'Etat ne vérifie pas si l'autorisation d'équipement commercial a été prise après l'intervention de toutes les procédures successives spécialement prévues préalablement, notamment en matière de permis de construire. Sur ce point, voir CE, *Société Angélica Optique Centraix*, *op. cit.* ; CE, *Martelly* *op. cit.* ; CE, 27 avril 1984, *Société Hypercontinent*, n° 39.040 ; CE, 18 février 1998, *Union des commerçants et artisans et professions libérales d'Aizenay*, n° 182.535, ; CE, section, 27 mai 2002, *SA Guimatho*, n° 229.187

⁷⁸ CE, *Société Angélica Optique Centraix*, *op. cit.*

⁷⁹ CE, 8 novembre 1996, *FFSA*, n°122.644 ; CE, 3 novembre 1997, *Million et Marais*, n° 169.907 ; CE, 1er avril 1998, *Union hospitalière privée*, n°188.529 et 188.539

⁸⁰ Tout à fait paradoxalement, s'il est justifié par le respect des législations et la volonté d'éviter des annulations en cascade, les conséquences du principe ont été vivement critiquées et dénoncées par le Conseil d'Etat comme « *quelque peu contraires au bon sens commun* » (Conseil d'Etat, Rapport, 1992, « *Urbanisme, pour un droit plus efficace* »).

l'indépendance des législations ; la nécessité de rapprocher l'urbanisme commercial de l'urbanisme commun se fait alors ressentir avec autant plus d'acuité.

23. La mise en lumière de certaines pratiques particulièrement douteuses⁸¹ voire illicites, dont certaines totalement occultes⁸², et la recrudescence du nombre de grandes surfaces - et partant l'échec de la loi de 1973 à atteindre les objectifs qu'elle s'était fixés⁸³ - vont forcer le législateur à s'efforcer de freiner dans un premier temps les tentatives de contournement du contrôle des implantations commerciales par les CDUC⁸⁴. C'est ainsi que la notion d' « ensemble commercial », reprise expresse de la notion d' « unité économique d'ensemble » dégagée antérieurement de façon prétorienne par le Conseil d'Etat⁸⁵, est instituée par la loi DOUBIN du 31 décembre 1990⁸⁶. Par la suite, les réformes intervenues à la suite de l'adoption de la loi ROYER ont modifié les critères sur la base desquels les CDUC, devenues « *commissions départementales d'équipement commercial* » en 1993⁸⁷, pouvaient autoriser ou refuser l'implantation des équipements commerciaux⁸⁸. Le changement de vocabulaire témoigne de l'échec de l'urbanisation de la réglementation : « *l'Etat abandonne la prétention à l'urbanisme commercial pour se limiter à la réglementation de l'équipement commercial* »⁸⁹.

24. Plus remarquable est l'impact de la loi RAFFARIN⁹⁰ sur la volonté du législateur de mieux réglementer l'équipement commercial. Adoptée « à un moment politico-médiatique où l'on accuse la grande distribution de tous les maux »⁹¹ et dans une perspective de lutte contre le déploiement rapide des enseignes de maxi-discount, ce texte donne le coup d'envoi de la généralisation du

⁸¹ « *Corruption, pots-de-vin, trafics d'influence sont des hypothèses bannies de la réflexion sur le fonctionnement de l'administration et du système politique français. Ces horizons maudits ne sauraient appartenir à la planète de la République qui gravite avec sagesse sous l'attraction de lois bienfaisantes et de principes tutélaires qui se nomment service public, intérêt général, égalité devant la loi, Etat de droit* » in TANGUY Y., « Quand l'argent fait la loi. Le cas de l'urbanisme commercial », *op. cit.*

⁸² « *Ilot de certitude dans un océan de doutes que des intérêts hétéroclites concourent à entretenir, l'existence même de marchandages semble unanimement reconnue* » TANGUY Y., *ibid.*

⁸³ Les chiffres de l'époque montrent que si l'entrée en vigueur de la loi a permis de diminuer la création de surface commerciale entre 1975 et 1985, le nombre en est reparti à la hausse après cette date. Du reste, la Commission des comptes commerciaux pour la nation indique que les parts de marché des grandes surfaces dans l'ensemble des produits commercialisés en France représentaient 3,1 % en 1962 et 33,2 % en 1994. En outre, dès ses premières applications, il est apparu que la législation avait fait preuve d'une totale carence en n'ayant pas envisagé le cas de la juxtaposition de magasins n'atteignant pas, isolément, le seuil de compétence de la CDUC.

⁸⁴ Par exemple par une loi n° 90-1260 du 31 décembre 1990, d'actualisation des dispositions relatives à l'exercice des professions commerciales et artisanales (dite loi DOUBIN), laquelle adjoint à la loi de 1973, après son article 29, un article 29-1 dont l'objet est explicitement d'élargir son champ d'application aux « lotissements commerciaux », afin de lutter contre certaines fraudes à la loi qui consistaient à morceler des projets.

⁸⁵ CE, 18 mai 1979, *SCI Les Mouettes*, n° 07.418 08.800 09.130

⁸⁶ La notion d'ensemble commercial est destinée à globaliser les surfaces commerciales implantées sur un même site, « *lorsqu'il existe une synergie entre les divers magasins, révélée par leurs caractéristiques physiques ou par l'apparentement économique entre eux* ». L'intérêt de cette disposition était d'éviter la fraude à la loi ROYER par réalisation des lotissements commerciaux. Sur cette question, voir BOUYSSOU F., « *Commentaire de divers textes portant réforme de l'urbanisme commercial* », AJDA 1996, p. 754

⁸⁷ Loi SAPIN du 29 janvier 1993, *op. cit.*

⁸⁸ Notamment, cette dernière loi réforme la procédure administrative devant la CDUC pour freiner le financement occulte des partis politiques.

⁸⁹ MONNET J., « *L'urbanisme commercial français de 1969 à 2009* », octobre 2008

⁹⁰ Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat

⁹¹ « *Faire une concurrence déloyale aux petits commerçants, imposer des conditions draconiennes aux fournisseurs, ne pas créer d'emploi et enlaidir les villes* » MONNET J., *op. cit.*

régime d'AEC à toutes les activités commerciales⁹², généralisation qui se poursuivra avec les législations ultérieures. Elle abaisse le seuil d'autorisation - désormais à 300 m² de « surface de vente » contre 1.000 m² antérieurement - et étend le régime de contrôle au cinéma et au secteur hôtelier. La CNEC devient une autorité administrative indépendante (**ci-après « AAI »**). En outre, persuadés que la concentration commerciale entraîne une baisse de l'emploi, les pouvoirs publics recentrent leur stratégie sur le volet social de l'équipement commercial. Reconduisant les principaux objectifs de la loi initiale tout en y ajoutant, cette loi esquisse timidement le renouveau de l'urbanisme dans la législation d'équipement commercial, d'une part en recentrant la place du critère d' « aménagement du territoire » et d'autre part en insistant sur les problématiques d'esthétique urbaine, que le droit de l'urbanisme est supposé régir⁹³.

25. Cet arbrisseau d'urbanisme cache néanmoins toujours une gigantesque forêt économique. Les critères auxquels sont soumis les projets d'implantation, fixés à l'article 28 de la loi ROYER modifiée, sont enrichis. La commission départementale d'urbanisme commercial (**ci-après « CDUC »**) doit tenir compte de l'effet potentiel du projet sur l'appareil commercial et artisanal de la zone de chalandise « *et des agglomérations concernées* », de son impact éventuel « *en termes d'emplois salariés et non-salariés* » et des « *conditions d'exercice de la concurrence au sein du commerce et de l'artisanat* ». Du reste, outre la vérification de ce que le projet n'entraîne pas l' « *écrasement du petit commerce et le gaspillage des équipements commerciaux* », il est désormais exigé du pétitionnaire l'ajout à son dossier d'une étude d'impact économique du projet⁹⁴, suffisamment explicitée⁹⁵, et dont l'absence entraîne l'irrégularité de toute la procédure. Il faut d'ailleurs mentionner que cet *addendum* force le Conseil d'État à modifier sa méthode de contrôle de la motivation des CDEC⁹⁶, pour faire prévaloir encore davantage le critère économique. La commission devait ensuite rechercher si le projet était « *de nature à compromettre l'équilibre entre les différentes formes de commerce* », sous peine de voir sa décision annulée. Si le projet n'apparaissait pas de nature à perturber les équilibres commerciaux dans la zone de chalandise concernée, le projet devait être autorisé, sans qu'il soit besoin de rechercher ses effets au regard des

⁹² « *Le ministre chargé du commerce J.-P. RAFFARIN a justifié l'extension considérable du champ d'application de l'AEC, non seulement par l'inspiration dominante du projet de loi, mais aussi par un principe très simple qui suggère la discrimination positive au profit du commerce traditionnel : « La soumission à autorisation n'est pas une interdiction ; il y a les bons projets, que vous autoriserez, et les mauvais projets ». Néanmoins, les parlementaires ont voulu exclure expressément une série d'opérations, craignant à juste titre que l'exigence d'une autorisation se retourne contre le commerce traditionnel de centre-ville, que la loi nouvelle veut au contraire protéger », BOUYSSOU F., AJDA 1996 p. 754, op. cit.*

⁹³ Il faut, avec Henri LEFEBVRE, rappeler « *l'importance de la dimension esthétique par l'illusion urbanistique* » (LEFEBVRE H., *La révolution urbaine*, Paris, Gallimard, 1970)

⁹⁴ Décret n° 96-1018 du 26 novembre 1996 relatif à l'autorisation d'exploitation de certains magasins de commerce de détail et de certains établissements hôteliers et modifiant le décret n°93-306 du 9 mars 1993 « *Pour les projets de magasins de commerce de détail, la demande (...) est accompagnée (...) D'une étude destinée à permettre à la commission d'apprécier l'impact prévisible du projet au regard des critères prévus par l'article 28 de la loi du 27 décembre 1973 susvisée et justifiant du respect des principes posés par l'article 1er de la même loi (...)* » (article 11)

⁹⁵ Voir, à propos de l'étude d'impact global d'un projet de création d'un équipement commercial sur les flux de circulation, qui nécessite de donner des précisions sur les flux en question : CE 18 février 2005, *CCI de Rouen et Chambre des métiers de la Seine Montere*, n°281.165 et 281.166,

⁹⁶ CE, section, SA Guimatho, op. cit. : « *Considérant que, pour l'application de ces dispositions combinées, il appartient aux commissions d'équipement commercial, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, d'apprécier si un projet soumis à autorisation est de nature à compromettre, dans la zone de chalandise intéressée, l'équilibre recherché par le législateur entre les diverses formes de commerce et, dans l'affirmative, de rechercher si cet inconvénient est compensé par les effets positifs que le projet peut présenter au regard notamment de l'emploi, de l'aménagement du territoire, de la concurrence, de la modernisation des équipements commerciaux et, plus généralement, de la satisfaction des besoins des consommateurs ;* ».

autres critères d'appréciation énoncés dans la loi⁹⁷ - une telle recherche étant alors jugée illégale⁹⁸ par les magistrats du Palais Royal.

26. Le juge administratif affine alors progressivement son contrôle normal en y incluant un contrôle de la proportionnalité des décisions des commissions. Pour ce faire, il imagine un *ersatz* de « bilan avantages / inconvénients » du projet, permettant de déterminer si « *l'équilibre entre les différentes formes de commerce* » est maintenu⁹⁹. Toutefois, force est de constater que, dans les faits, ce contrôle juridictionnel est limité par la nature intrinsèquement économique des concepts législatifs qui fondent la motivation de ces décisions, particulièrement éloignés de ceux innervant les décisions prises en matière d'urbanisme. En effet, pour le Conseil d'Etat, la loi ROYER tend à réguler la concurrence dans le secteur du commerce de détail et non à déterminer des règles d'occupation des sols. Les AEC ne sont donc pas délivrées en application du code de l'urbanisme, en dépit des ambiguïtés du régime¹⁰⁰. Du reste, le juge administratif a à cœur, en la matière, de ne pas « *se lier les mains par une analyse excessivement explicite de la motivation économique susceptible de constituer une sorte de précédent* »¹⁰¹. Le critère économique prime donc toujours celui d'aménagement, au sein d'une législation devenue par trop complexe.

27. Dernier volet de l' « *ancien droit* »¹⁰² de l'aménagement commercial, cette loi RAFFARIN bat ainsi en brèche l'économie générale d'une réglementation originelle pourtant *a priori* compatible avec le principe de liberté d'établissement. Elle entérine la pratique jurisprudentielle consistant à opérer un contrôle essentiellement économique des opérations d'équipement commercial. Dès ses débuts, cette réglementation est donc essentiellement axée vers le volet économique. Cette conception sera même renforcée par une loi de 2004¹⁰³, qui fait passer de vie à trépas les quelques dispositions de la loi ROYER modifiée relatives au droit de l'urbanisme¹⁰⁴.

28. Il nous faut tout de même noter que ces modalités d'octroi des AEC sont cependant loin d'emporter l'adhésion de la doctrine, laquelle manifeste ses réserves dans plusieurs rapports traitant de la question du lien entre équipement commercial et aménagement du territoire¹⁰⁵. De nombreuses études officielles ont par ailleurs préconisé d'amender substantiellement le dispositif législatif existant pour permettre une relance de la croissance. Ainsi, le rapport ATTALI pour la libération de la croissance française¹⁰⁶ met par exemple en lumière la nécessité de supprimer la législation française de l'implantation commerciale pour permettre une diminution des prix et la

⁹⁷ CE, 19 juin 2002, *CCI de Montpellier et autre*, n°222.688 ; CE, même jour, *Confédération générale de l'alimentation et détail de l'Hérault*, n°223.044

⁹⁸ CE, 7 juin 2004, *SARL Duo*, n°257.834

⁹⁹ Dans le cas contraire, le juge invite le pétitionnaire, en lui communiquant préalablement une liste d'éléments à fournir, à démontrer qu'il peut arriver à compenser les effets délétères de son projet.

¹⁰⁰ CE, *SCI Les blés d'or*, *op. cit.*

¹⁰¹ COURIVAUD H., *op. cit.* point 127

¹⁰² Trilogie législative : loi ROYER de 1973 ; Loi SAPIN de 1993 ; Loi RAFFARIN de 1996

¹⁰³ Loi n° 2004-804 du 9 août 2004, relative au soutien à la consommation et à l'investissement

¹⁰⁴ Exception faite de la définition « *par décret d'un programme national de développement et de modernisation des activités commerciales et artisanales* », faisant allusion aux schémas de développement commercial institués par la loi RAFFARIN du 5 juillet 1996 *op. cit.*

¹⁰⁵ SELIGMANN B., PRATS M., *Le rôle des directions départementales de l'équipement en matière d'urbanisme commercial*, Conseil général des Ponts et Chaussées, *La Documentation française*, octobre 2004 ; FOUCHE A., *Rapport d'information fait à la demande du Premier ministre sur l'évaluation du dispositif législatif et réglementaire garantissant l'équilibre entre les différentes formes de commerce*, *La Documentation française*, octobre 2004

¹⁰⁶ ATTALI J. (dir.), *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, XO Éditions, *La Documentation française*, 2008

création d'emplois¹⁰⁷. L'approche française ne séduit pas davantage les institutions communautaires : la Commission européenne, en particulier, défend une vision très libérale des activités économiques qui connaît son acmé avec l'adoption de la directive BOLKESTEIN¹⁰⁸ en 2006.

29. A ce stade, nous pouvons donc affirmer que dès les origines de la législation, les liens entre l'urbanisme et l'aménagement commercial ont été particulièrement confus. Peinant à atteindre ses objectifs, le droit de l'urbanisme commercial a rapidement été voué aux gémonies par bon nombre d'observateurs. Et pour cause : depuis son entrée en vigueur, la loi ROYER « *paradoxalement détournée de sa double finalité originelle* »¹⁰⁹ a eu une incidence notable sur la création des entreprises, ainsi que sur leur liberté d'agir sur les marchés de la vente et de l'approvisionnement des biens de consommation. Il faut dire aussi qu'elle n'a pas vraiment réussi à endiguer l'expansion des grandes surfaces commerciales, concomitante - certains diront même responsable - de la disparition de nombreux petits commerces de centre-ville¹¹⁰. Ce constat finira immanquablement par pousser la Commission européenne à censurer la législation française d'équipement commercial, motif pris de sa contradiction avec la liberté d'établissement, et à contraindre la France à déplacer le curseur législatif vers une logique d'aménagement et d'urbanisme.

§ 2 - Un virage serré vers le droit de l'urbanisme

30. En dépit de ses premiers correctifs législatifs - la modification des seuils d'autorisation, l'évolution de la terminologie employée *ab initio* et l'extension de son champ d'application, entre autres - la capacité de la loi ROYER à enrayer la croissance anarchique des grandes surfaces commerciales et les effets pernicieux de l'ancienne réglementation, jugée par d'aucuns trop laxiste, est restée contenue¹¹¹. Du reste, s'il existe d'indéniables éléments de continuité dans les objectifs poursuivis par le législateur au sein des textes qui succèdent à la loi ROYER, les objectifs « *se sont complexifiés au détriment de leur lisibilité* »¹¹². Le paradoxe qu'elle énonce, consistant en la cohabitation entre une liberté économique fondamentale et un mécanisme d'autorisation administrative contrôlée par le juge, a été en partie critiqué au niveau interne par le Conseil de la concurrence ; le Conseil constitutionnel quant à lui s'est bien gardé, à l'époque, de prendre ouvertement position sur le sujet en émettant de simples réserves indirectes¹¹³, quoique pour

¹⁰⁷ Extrait utile du Rapport ATTALI (pp.17 s.) :

Ambition 5 : Supprimer les rentes, réduire les priviléges et favoriser les mobilités

Pour tenter de se protéger, d'innombrables groupes ont construit des murs au fil du temps. Dans un monde ouvert et mouvant, l'accumulation, à tous niveaux, de rentes et de priviléges bloque le pays, pèse sur le pouvoir d'achat et freine sa capacité de développement. Sans mobilité sociale, économique, professionnelle, géographique, aucune croissance n'est possible.

Décision fondamentale 13 : Aider les commerçants et les fournisseurs indépendants à prendre part efficacement à la concurrence tout en restaurant complètement la liberté des prix et de l'installation de tous les acteurs de la distribution, de l'hôtellerie et du cinéma, dans le cadre des plans d'urbanisme.

¹⁰⁸ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

¹⁰⁹ LEPAGE-JESSUA C., « La loi ROYER déviée de son objet », AJPI ,10 février 1990

¹¹⁰ « *Tout s'est passé comme si la loi du marché prenait sa revanche sur la loi ROYER, qui voulait défendre le petit contre le grand, s'insurgeant ainsi contre un des canons du libéralisme économique. Les compétiteurs ont rapidement analysé les contraintes réglementaires comme des coûts inhérents aux divers « aménagements » qu'il leur fallait consentir et intégré ceux-ci au bilan financier prévisionnel de leur projet »* TANGUY Y., op. cit.

¹¹¹ A partir de 1996, le niveau des demandes de création de surfaces commerciales, par ailleurs très élevé, croît.

¹¹² COURIVAUD H., op. cit., point 10

¹¹³ En effet, à l'époque, le Conseil constitutionnel ne conférait pas à la liberté d'entreprendre un caractère général et absolu.

certaines notables¹¹⁴. En outre, la contradiction de l'urbanisme commercial avec certains grands principes de droit de la concurrence et la pression communautaire auront raison de la réglementation française. Pour appréhender le mouvement de fond de disparition des critères purement économiques, nous allons rappeler, au préalable, les principales étapes ayant conduit à la grande réforme législative de 2008¹¹⁵.

31. Il faut par ailleurs mentionner, afin d'aller plus avant dans notre réflexion, que les évolutions matérielles du droit de l'aménagement commercial coïncident avec le développement des sources formelles de la légalité administrative. Rappelons - si besoin était - que le droit de l'Union, « ordre juridique » autonome¹¹⁶ est, quasiment depuis ses origines, pleinement effectif au sein des ordres juridiques nationaux des États membres. Cette suprématie s'est constituée sous l'impulsion d'une jurisprudence particulièrement audacieuse de la Cour de justice (à l'époque « des Communautés européennes »), ayant consacré les principes de primauté¹¹⁷, d'unité et d'effectivité¹¹⁸. En droit national, il a cependant fallu attendre la fin des années 80 pour que le Conseil d'Etat dans son célèbre arrêt *Nicolo*, reconnaîsse pleinement le principe de la primauté du droit de l'Union sur les lois nationales, même postérieures¹¹⁹. Cette jurisprudence couvrait en réalité l'ensemble du droit international, puisque les membres du Palais Royal s'étaient prononcés en application de l'article 55 de la Constitution¹²⁰.

32. Mais ce sont les rapports entre le droit national et le droit dérivé de l'Union - principalement la directive Services - qui nous intéresseront ici. A la suite de sa décision *Nicolo* de 1989, le Conseil d'État a inclus l'ensemble des actes de droit de l'Union européenne - primaire comme dérivé - dans l'empire du champ d'application du droit international sur les normes françaises. Les règlements¹²¹, mais aussi, et surtout, les directives¹²² sont désormais jugés supérieurs aux lois dans l'ordre juridique interne, à l'instar des principes généraux dégagés par la Cour de justice¹²³. Cela emporte des conséquences importantes sur l'application en droit national des directives communautaires : d'une part, aux termes d'une jurisprudence jamais démentie depuis les années 1990, l'administration est tenue de ne pas appliquer et d'abroger les actes réglementaires contraires aux objectifs d'une directive¹²⁴. L'obligation de transposition des directives s'ajoute en outre à la supériorité reconnue à ces normes dérivées. Le Conseil d'État a ainsi jugé que la responsabilité de l'État français était engagée d'une part, lorsqu'une autorité administrative adoptait un acte

¹¹⁴ Le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions de la loi n°2000-1207 du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outre-mer qui apportaient des restrictions à la liberté d'entreprendre en vue de limiter la concentration des moyennes et grandes surfaces, au motif qu'elles n'étaient pas énoncées de façon claire et précise (Cons. const., 7 décembre 2000 n°2000-435 DC)

¹¹⁵ Loi du 4 août 2008, *op. cit.*

¹¹⁶ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, aff. 6/64 ; il faut noter que notre juge national regardera l'Union comme un « ordre juridique intégré » dans sa décision d'assemblée du 23 décembre 2011, *M. Kandyrine de Brito Paiva*, (CE, n° 303.678)

¹¹⁷ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C/ 11-70 : le droit communautaire, primaire comme dérivé, bénéficie de ce principe de primauté ; tous les actes nationaux y sont soumis, même ceux de nature constitutionnelle.

¹¹⁸ CJCE, *Costa c/ ENEL* *op. cit.* ; 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77

¹¹⁹ CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108.243

¹²⁰ « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

¹²¹ CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, n° 58.657

¹²² CE, ass., 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, n° 56776

¹²³ CE, 7 juillet 2006, *Société Poweo*, n° 289.012 ; CE, 27 juin 2008, *Société d'exploitation des sources Roxane*, n° 276.848

¹²⁴ CE, ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, n° 74.052

administratif contraire au droit de l'Union¹²⁵ et d'autre part, du fait de lois méconnaissant les engagements internationaux - et donc communautaires - de la France¹²⁶. On voit ici tout l'impact de l'adoption de la directive de 2006 sur la réglementation de l'implantation des surfaces commerciales. Du reste, comme il est indiqué dans un dossier thématique rédigé sous l'égide du Conseil d'Etat, « *le droit de l'Union européenne influence désormais des secteurs de plus en plus diversifiés des législations des États membres, par exemple en matière de législation économique* »¹²⁷.

A. De timides accents urbanistiques en préambule

33. Afin de comprendre le virage urbanistique pris par la réglementation de l'équipement commercial à la fin des années 2000, nous ne pouvons faire l'économie d'un retour à ses objectifs initiaux. Son intitulé originel « *urbanisme commercial* » fait d'abord une référence explicite au terme même d' « *urbanisme* », malgré le primat économique que nous venons de mettre en lumière. Il faut également rappeler que la loi ROYER du 27 décembre 1973 a conféré aux CDUC une mission de planification et d'aménagement du territoire, énoncée à son article 3 originel¹²⁸ déplacé par la loi RAFFARIN¹²⁹ à l'article 1er.

34. Du reste, nous l'avons vu, l' « *ancien droit* » est déjà innervé d'une combinaison d'économique et d'aménagement ; de ce fait, il n'est pas totalement exempt de considérations d'urbanisme. Les documents d'urbanisme de l'époque avaient d'ailleurs déjà abordé, à la marge, la question des implantations commerciales. La loi d'orientation pour la ville de 1991¹³⁰ avait à ce titre institué une possibilité de « *zonage commercial* » dans le plan d'occupation des sols, et les élus communaux étaient de longue date pourvus de la prérogative d'y délimiter de zones au sein desquelles l'implantation des commerces pouvait être interdite¹³¹. Il nous faut également mentionner quelques velléités de rapprochement de la législation d'équipement commercial et du droit commun de l'urbanisme dès les premiers temps de la réglementation. C'est ainsi que la loi SAPIN du 29 janvier

¹²⁵ CE, *SA Philip Morris France*, *op. cit.*

¹²⁶ CE, ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, n° 279.522

¹²⁷ Conseil d'Etat, *Le juge administratif et le droit de l'Union européenne*, Dossier thématique, 10 mars 2022 (disponible en ligne)

¹²⁸ « *Les implantations d'entreprises [...] doivent s'adapter aux exigences de l'aménagement du territoire, notamment à la rénovation des cités, au développement des agglomérations et à l'évolution des zones rurales de montagne* » (loi ROYER, *op. cit.* article 3)

¹²⁹ Article 1er, al. 4 dans sa version en vigueur du 06 juillet 1996 au 21 septembre 2000 « *Les implantations, extensions, transferts d'activités existantes et changements de secteur d'activité d'entreprises commerciales et artisanales doivent répondre aux exigences de l'aménagement du territoire, de la protection de l'environnement et de la qualité de l'urbanisme. Ils doivent en particulier contribuer au maintien des activités dans les zones rurales et de montagne ainsi qu'au rééquilibrage des agglomérations par le développement des activités en centre-ville et dans les zones de redynamisation urbaine* ».

¹³⁰ Loi n° 91-662 du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville (dite loi LOV)

¹³¹ « *Considérant d'une part qu'aux termes de l'article L 123-1 du code de l'urbanisme, les plans d'occupation des sols fixent les règles générales et les servitudes d'utilisation des sols et notamment "les règles concernant le droit d'implanter les constructions, leur destination, leur nature, leur aspect extérieur, leurs dimensions..." ; qu'ainsi ces plans peuvent délimiter des zones dans lesquelles l'implantation des établissements commerciaux est interdite ou réglementée ; que, dans ces zones, des motifs d'urbanisme peuvent justifier l'application de règles différentes selon la nature ou l'importance des établissements concernés (...) Considérant d'autre part que l'existence d'une législation soumettant à une autorisation particulière l'implantation de commerces de détail au delà d'un certain seuil de surface commerciale en vue de maintenir un équilibre entre les différentes formes de commerce ne fait pas obstacle à ce que, pour des motifs d'urbanisme, les plans d'occupation des sols interdisent dans certaines zones l'implantation de surfaces commerciales inférieures à ce seuil ; (...) » (CE, 7 mai 1986, n° 57.902)*

1993¹³² avait par exemple imposé la production d'un certificat d'urbanisme (**ci-après « CU »**) positif à l'appui d'une demande d'autorisation d'équipement commercial¹³³.

35. A sa suite, la loi RAFFARIN du 5 juillet 1996 avait soumis les projets commerciaux d'une surface de vente supérieure à 6.000 m² à l'enquête publique alors en vigueur pour les permis de construire¹³⁴. Il avait également été question dans cette loi de réglementer l'implantation des grandes surfaces de vente de biens et services au sein d'un document sectoriel spécifique, afin de prendre en compte la « qualité de l'urbanisme ». C'est dans cette optique que le schéma de développement commercial (**ci-après « SDC »**) avait été pensé : dans chaque département, un « *observatoire départemental d'équipement commercial* » (**ci-après « ODEC »**) élaborait un ou plusieurs SDC, comportant une analyse prospective des grandes orientations en matière commerciale. Toutefois, ce premier document *ad hoc* de planification de l'implantation des grandes surfaces commerciales était dépourvu de toute valeur réglementaire¹³⁵. D'abord assujetti à partir de 2000 à un rapport de compatibilité avec le schéma de cohérence territoriale¹³⁶ (**ci-après SCoT**) et avec les directives territoriales d'aménagement¹³⁷ (**ci-après « DTA »**), il est rapidement relégué en 2008¹³⁸ au rang de simple document indicatif, dressé dans le but de rassembler des informations sur l'activité commerciale. Son absorption par le SCoT à l'initiative de la loi « NOTRe »¹³⁹, conformément aux préconisations de l'étude annuelle de 2013 du Conseil d'État consacrée au droit souple¹⁴⁰, sonne le glas de ce document et constitue un vrai progrès au vu de l'absence de valeur contraignante du SDC¹⁴¹.

36. Il faut également noter qu'antérieurement à la mise en conformité avec le droit de l'Union commandée par l'injonction adressée à la France par les instances européennes, c'est d'abord la loi SRU du 13 décembre 2000¹⁴² qui s'ingénie à apporter une première réponse législative aux écueils de la réglementation - même s'il était à craindre que les intentions du législateur ne se traduisent que difficilement dans les faits. Le texte, salué par une partie de la doctrine administrative¹⁴³, tente

¹³² Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques

¹³³ En réalité, cette obligation était un moyen habile trouvé par le législateur pour s'opposer à des pratiques anticoncurrentielles menées par certains distributeurs qui se faisaient délivrer des autorisations sur des terrains inconstructibles dans l'unique but d'empêcher d'autres magasins de venir s'implanter dans la zone de chalandise.

¹³⁴ Ladite enquête relevant de la loi n°83-630 du 12 juillet 1983 relative à la démocratisation des enquêtes publiques et à la protection de l'environnement

¹³⁵ CE, 30 septembre 2005, *Société AMOHEM*, n° 265.520

¹³⁶ « *Les programmes locaux de l'habitat, (...) les schémas de développement commercial, (...) sont compatibles avec le document d'orientation et d'objectifs des schémas de cohérence territoriale et les schémas de secteur. Il en est de même pour les autorisations prévues par l'article L. 752-1 du code de commerce et l'article L. 212-7 du code du cinéma et de l'image animée* » (article L122-1-15 dans sa rédaction issue de la loi Grenelle II).

¹³⁷ Anciennement prévues à l'article L. 111-1 du code de l'urbanisme

¹³⁸ C. com., ancien article L. 751-9, article R. 751-18 et s.

¹³⁹ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (dite loi NOTRe)

¹⁴⁰ « *Il apparaît aujourd'hui souhaitable d'enrayer la multiplication des schémas sectoriels, car elle fait perdre de vue la vocation première de ces documents de programmation, qui est d'assurer sur un territoire la synthèse entre différentes préoccupations. Une démarche de rationalisation devrait consister à s'interroger sur la valeur ajoutée de chaque schéma et à en tirer les conséquences en termes de suppression ou de regroupement de certains d'entre eux* » (...) « *Les schémas de développement commercial pourraient être intégrés aux SCoT, puisque depuis la loi Grenelle II, ceux-ci fixent « les objectifs relatifs à l'équipement commercial et artisanal et aux localisations préférentielles des commerces » et les zones d'aménagement commercial* » (Conseil d'Etat, étude annuelle, 2013, p. 157 ; consultable en ligne <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/le-droit-souple>)

¹⁴¹ FERRAND J.-P., « Les obstacles au développement d'une véritable politique d'aménagement commercial dans les SCoT », Droit et ville 2014, n° 78, pp. 43 à 57

¹⁴² Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain, dite « loi SRU »

¹⁴³ PÉRIGNON S., « La mise en œuvre du permis de construire », Defrénois 1997, p.129 ; HOCREITÈRE P., « Destination des constructions et droit de l'urbanisme », Droit et Ville 1997, n° 43, p. 145 et s.

notamment de remédier aux effets délétères de l'application stricte du principe de l'indépendance des législations par un Conseil d'Etat faisant manifestement fi de la présence de l'objectif législatif de réponse « *aux exigences de l'aménagement du territoire, de la protection de l'environnement et de la qualité de l'urbanisme* ».

37. A compter de l'entrée en vigueur de la loi, les documents d'urbanisme détermineront les conditions permettant d'assurer la diversité des fonctions urbaines, en prévoyant des capacités de constructions suffisantes pour la satisfaction des besoins des populations, notamment en matière d'équipement commercial. Dans ce cadre, le texte législatif confie aux nouveaux documents d'urbanisme prospectifs qu'elle institue, les schémas de cohérence territoriale¹⁴⁴, la panification stratégique des objectifs relatifs à l'équipement commercial et artisanal et aux localisations préférentielles des commerces : le nouvel article L.122-1 du code de l'urbanisme, dans sa rédaction issu de ce texte, octroie aux rédacteurs du SCoT « *les moyens d'une véritable politique de localisation des activités commerciales* »¹⁴⁵. La loi énonce aussi que les autorisations prévues par les articles 29¹⁴⁶ et 36-1 de la loi ROYER, relatifs aux grandes surfaces commerciales, aux équipements hôteliers et aux complexes cinématographiques¹⁴⁷ devront être compatibles avec les orientations des SCoT.

38. Elle définit par ailleurs trois nouveaux critères d'appréciation des projets concernant notamment les flux et la qualité des dessertes, préfigurant ainsi l'importante réforme de la législation en 2008. Enfin, les plans locaux d'urbanisme (**ci-après « PLU »**), qui devront désormais présenter un « *projet d'aménagement et de développement durable* » (**ci-après « PADD »**) dans le respect des orientations définies par le SCoT, peuvent prévoir des opérations pour la sauvegarde de la diversité commerciale des quartiers. Par la suite, le décret du 27 mars 2001¹⁴⁸ impose aux rédacteurs des plans locaux d'urbanisme de différencier avec davantage de finesse les destinations des constructions. Mais ce début d'orientation vers le droit commun de l'urbanisme ne convainc manifestement pas la Commission de la compatibilité de la réglementation française avec le droit communautaire de la concurrence.

B. Le « passage obligé » par le droit de la concurrence

39. À l'époque de l'entrée en vigueur de la loi ROYER, ni le droit international de la concurrence - principalement régi par les Accords du GATT et à leur suite les principes institués par l'Organisation mondiale du commerce - ni le droit communautaire - en construction avec les articles 81 et 82 du Traité instituant les Communautés européennes (**ci-après « TCE » ou « Traité CE »**) - ne vérifiaient *a priori* les conditions de concurrence entre les différentes formes de commerce. Le droit interne n'était pas davantage outillé, puisque les deux seuls contrôles, portant sur les modalités d'exercice des activités commerciales, s'exerçaient *a posteriori* : il s'agissait de l'examen des pratiques anticoncurrentielles et de celui des pratiques restrictives, tous

¹⁴⁴ Principal outil d'organisation et de mise en cohérence, à l'échelle du bassin de vie, du projet politique et urbain défini par les élus - *in MERLIN P., CHOAY F., Dictionnaire de l'urbanisme et de l'aménagement*, PUF 7e éd., p. 695

¹⁴⁵ FERRAND J.-P., « Les obstacles au développement d'une véritable politique d'aménagement commercial dans les SCoT », *op. cit.*

¹⁴⁶ C. com., article L. 720-5

¹⁴⁷ Rép. min. n°52396, JOAN Q 26 mars 2001, p. 1853

¹⁴⁸ Décret n°2001-260 du 27 mars 2001 modifiant le code de l'urbanisme et le code de l'expropriation pour cause d'utilité publique et relatif aux documents d'urbanisme

deux inscrits dans le code de commerce¹⁴⁹. Progressivement, sous l'impulsion d'une jurisprudence nationale audacieuse¹⁵⁰, le droit de la concurrence a intégré le bloc de légalité administrative¹⁵¹ : les dispositions de l'ordonnance de 1986 sur la liberté des prix - codifiée au livre IV du code de commerce - et les stipulations des articles 81 et suivants du traité CE, lus à la lumière des articles 3f et 10 du même texte, ont alors été utilisés comme normes de référence par le juge administratif pour vérifier le contenu des AEC.

40. Le juge administratif n'avait cependant pas l'entier apanage de l'examen des décisions des commissions départementales : le Conseil de la concurrence¹⁵² - et avant lui la Commission de la concurrence - pouvait également être consulté sur cette question. Il s'était d'ailleurs pleinement servi de cette faculté pour conduire une appréciation économique sévère de la question de la réglementation dans plusieurs avis, et ce, dès l'origine de cette dernière¹⁵³. Les prérogatives de cette autorité administrative indépendante en matière d'aménagement commercial étaient toutefois particulièrement circonscrites. Naturellement, le Conseil était parfaitement incompétent pour connaître de la décision de la commission en elle-même, acte administratif unilatéral relevant par essence de la compétence juridictionnelle du juge administratif. Il avait néanmoins compétence pour exercer un contrôle administratif sur les actes détachables de la décision. Il lui revenait, dans ce cadre, d'examiner les effets anticoncurrentiels du projet au travers d'une appréciation de sa « zone de chalandise » - un des critères de la motivation des commissions - en faisant application de sa propre définition de cette notion¹⁵⁴. Au travers de son contrôle administratif, le Conseil de la concurrence avait ainsi adopté une position très critique vis à vis de la politique économique interventionniste du gouvernement¹⁵⁵, traduite par les objectifs de protection du petit commerce de la loi ROYER. Mais en définitive, son contrôle était demeuré doublement limité, d'une part parce

¹⁴⁹ Le juge administratif opérait néanmoins déjà un contrôle de proportionnalité à portée économique, en acceptant d'examiner les AEC sous l'angle de l'interdiction des ententes anti-concurrentielles et des abus de position dominante, sur le fondement de la loi de 1973 modifiée (Voir par exemple CE 27 mars 1996, *Groupement des commerçants et artisans et professions libérales de Berck-sur-Mer*, n° 151.273 ; CE, 25 novembre 1998, *Chambre des métiers de Saône-et-Loire*, n° 176.646)

¹⁵⁰ CE, FFSA, *op. cit.* ; CE, *Million et Marais*, *op. cit.* (**point 22**) ; CE, *Union hospitalière privée*, *op. cit.*

¹⁵¹ « *Le droit de la concurrence issu de l'ordonnance du 1er décembre 1986 irradie tout le droit public* » (SCHWARTZ R., concl. sous CE, 30 juillet 2003, SA Caen Distribution, n° 227.838)

¹⁵² Devenu, depuis 2009, l' « Autorité de la concurrence ».

¹⁵³ La Commission de la concurrence, ancêtre du Conseil de la concurrence, a énoncé dans un avis de 1985 que : « *le vote et l'application d'un contrôle préalable des établissements de grande surface depuis 1973 ont pu avoir des conséquences sur l'évolution des pratiques et des structures commerciales* » (Comm. conc., avis, 14 mars 1985, Rec. Lamy, n° 240).

¹⁵⁴ La loi SAPIN de 1993 fait apparaître le concept de « zone de chalandise » dans l'appréciation faite par les CDUC. Il s'agit là d'un concept inhérent au droit de la concurrence, permettant aux CDUC d'évaluer l'effet économique potentiel d'une installation commerciale dans chaque agglomération au travers de son croisement avec le critère de « concurrence suffisante ». Le Conseil de la concurrence et le Conseil d'Etat ont ensuite eu une appréciation divergente de cette notion, le premier prenant pour référence la définition de la Commission européenne (avis n° 97-A-04 du 21 janvier 1997, relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution ; avis n° 98-A-06 du 5 mai 1998, relatif à l'acquisition par la société Casino-Guichard-Perrachon de la société TLC Béatrice Holdings France SA), le second prenant appui sur le droit interne - notamment l'article L. 720-3 du code de commerce et l'article 18 du décret n° 93-306 du 9 mars 1993 modifié - et opérant son contrôle en se référant au taux de densité des grandes surfaces existantes dans la « zone de chalandise » en cause, et en le rapportant aux moyennes nationales et départementales (CE, 11 février 2004, *Société des établissements Grassot et Société Jardivil*, n° 242.160 ; CE 18 février 2005, n° 260.288). Aujourd'hui, la « zone de chalandise » est définie par l'article R. 752-3 du code de commerce : « *constitue la zone de chalandise d'un équipement faisant l'objet d'une demande d'AEC l'aire géographique au sein de laquelle cet équipement exerce une attraction sur la clientèle. Elle est délimitée en tenant compte notamment de la nature et de la taille de l'équipement envisagé, des temps de déplacement nécessaires pour y accéder, de la présence d'éventuelles barrières géographiques ou psychologiques et de la localisation et du pouvoir d'attraction des équipements commerciaux existants* ».

¹⁵⁵ « *La recherche des meilleures conditions d'achat, menée directement par les grandes entreprises de distribution ou par leurs centrales d'achat, et les surenchères dans la baisse des prix de vente [par le biais des référencements, des déférencements, des marges-avant ou des marges-arrière] ne sont pas par eux-mêmes des phénomènes anticoncurrentiels mais témoignent au contraire de la vigueur avec laquelle certains secteurs des industries de consommation, d'une part, et de distribution, d'autre part, se confrontent actuellement* » (...) « *il est excessif d'opposer globalement une industrie et un commerce agroalimentaires qui seraient en état de déséquilibre des forces* » (Comm. conc., avis n° 96-A-05 du 2 mai 1996 et n° 97-A-04 du 21 janvier 1997).

que le Conseil n'avait pas toujours rattaché les équipements commerciaux à une « *infrastructure essentielle dont il y a lieu de vérifier que l'accès doit être assuré à des conditions transparentes et non discriminatoires* »¹⁵⁶, ce qui ne l'avait conduit qu'en de très rares occasion à devoir prendre position sur cette question ; d'autre part, sa nature d'AAI bornait considérablement la portée de ses avis¹⁵⁷.

41. En tout état de cause, le changement de cap vers l'urbanisme sera principalement impulsé par les institutions européennes¹⁵⁸ à partir des années 2000. Quelques éléments de contexte, à titre liminaire : trois contentieux portés devant la Cour de justice entre la fin des années 80 et le début des années 90¹⁵⁹ ont d'abord témoigné d'une relative indifférence de la Cour pour cette question. En effet à cette époque, le droit communautaire de la concurrence s'appliquait surtout aux échanges intra-communautaires, encore minoritaires ; les contentieux concernant l'ouverture des grandes surfaces étaient alors marginaux. Du reste, la première de ces trois affaires (aff. *Gauchard*), qui concerne la législation française, n'a pas été l'occasion pour le juge communautaire de confronter directement la loi ROYER avec les libertés économiques instituées par le traité CE¹⁶⁰. Les choses évolueront à la fin des années 1990, lorsque la multiplication des relations internationales et le développement concomitant du droit communautaire aboutiront à ce que les stipulations des articles 43¹⁶¹ et 50¹⁶² du traité CE trouvent à s'appliquer aux activités commerciales réglementées par la législation française d'équipement commercial. Dans le même temps, la Cour de justice fait des quatre libertés essentielles du marché intérieur¹⁶³ un véritable primat économique¹⁶⁴.

¹⁵⁶ Voir par exemple Cons. conc. n°05-D-30 du 21 juin 2005

¹⁵⁷ L'Autorité de la concurrence, qui succède au Conseil de la concurrence, voit ses pouvoirs étendus avec l'adoption de la loi LME : ce texte vient clarifier les pouvoirs de l'Autorité lorsqu'elle sanctionne et corrige des comportements anticoncurrentiels (C. com., article L. 464-2). Si la loi LME permettait au seul maire de la saisir de pratiques anticoncurrentielles, la loi ACTPE étend le pouvoir de saisine au président de l'EPCI à fiscalité propre ou le président du syndicat mixte ou de l'EPCI mentionné à l'article L. 143-16 du code de l'urbanisme (C. com., article L. 752-5).

¹⁵⁸ Le Conseil constitutionnel lui-même ne prend pas directement position et renvoie au législateur le soin de motiver les décisions des commissions par des considérations qui ne sauraient s'interpréter comme abusivement restrictives. A l'époque, la liberté d'entreprendre est une « *nébuleuse juridique* » dans l'ordre constitutionnel (MOLINIER-DUBOST M., « La liberté d'entreprendre. Brèves réflexions sur une « nébuleuse » juridique », CJEG 2004, p.7).

¹⁵⁹ CJCE, 8 décembre 1987, *Ministère public c/ Gauchard*, aff. 20/87 ; CJCE, 20 avril 1988, *procédure pénale c/ Bekaert*, aff. 204/87 ; CJCE, 14 juillet 1994, *procédure pénale c/ Peralta*, aff. C-379/92

¹⁶⁰ En effet, dans cette affaire, il était demandé à la Cour de justice des Communautés européennes de répondre à la question préjudiciale de savoir si « *la législation française relative à l'urbanisme commercial et tout particulièrement les articles 28 à 36 de la loi du 27 décembre 1973 sont compatibles avec les dispositions du traité de Rome et les directives de la CEE* », ce à quoi la Cour répond que « *ni l'article 52 du traité CEE ni les directives 68/363/CEE et 68/364/CEE du Conseil, prises pour sa mise en oeuvre dans le domaine particulier des activités non salariées relevant du commerce de détail, ne s'appliquent à des situations purement internes à un Etat Membre, telles que celle d'un ressortissant d'un Etat Membre qui n'aurait jamais résidé ou travaillé dans un autre Etat Membre* ».

¹⁶¹ « *Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un Etat membre établis sur le territoire d'un Etat membre. / La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux* ».

¹⁶² « *Au sens du présent traité, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. / Les services comprennent notamment: a) des activités de caractère industriel, b) des activités de caractère commercial, c) des activités artisanales, d) les activités des professions libérales / Sans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement, le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants. ».*

¹⁶³ Libre circulation des marchandises (TFUE, article 28 s.), libre circulation des capitaux (TFUE article 63 s.), liberté d'établissement (TFUE, article 49) et libre prestation de services (TFUE, article 56 s.)

¹⁶⁴ BLAISE J.B., DESGORCES R., Droit des affaires (commerçants, concurrence, distribution), 19e éd., LGDJ

42. La Cour de justice des communautés européennes (**ci-après « CJCE »**) a ensuite eu à connaître, pratiquement dans le même temps, des législations française et italienne d'aménagement commercial, relativement proches dans leurs procédés. La réglementation transalpine astreignait les grandes surfaces à l'obtention, de la part d'une commission composée entre autres de représentants d'entreprises industrielles et commerciales, d'une autorisation administrative préalablement à leur installation. Dans une décision de 1995¹⁶⁵, la Cour a alors indiqué qu'une telle réglementation n'était pas en soi anticoncurrentielle à la triple condition que la commission « *ne comporte qu'une minorité de membres désignés ou proposés par les organisations des opérateurs économiques chargés d'une mission d'expert* », que son appréciation respecte l'intérêt général, et que le maire soit *in fine* investi du pouvoir de décision, même s'il lui faut naturellement « *tenir compte des critères d'intérêt général fixés dans un plan de développement et d'adaptation du réseau de distribution élaboré par la municipalité* ».

43. Les motifs de cette décision ont donné le ton concernant la compatibilité de la loi ROYER avec les principes communautaires. A l'analyse, si la législation française alors en vigueur semblait *a priori* conforme aux règles communautaires de concurrence - exception faite peut-être de la composition des commissions dans sa version issue de la loi ROYER¹⁶⁶ - il n'en allait pas de même pour sa conformité au principe de libre prestation de services. Mais finalement, c'est sur le principe de liberté d'établissement que la législation française, fortement contraignante pour l'installation des équipements commerciaux et « *incompatible avec les principes de l'individualisme libéral et avec le statut d'une liberté fondamentale* »¹⁶⁷, achoppa.

44. La nécessité d'une réforme de la réglementation d'équipement commercial débute en 2000 par la saisine concomitante du Conseil d'Etat et de la Commission européenne à l'initiative de la société allemande de maxi-discount Aldi¹⁶⁸. En cause dans cette affaire, l'obligation d'obtention préalable d'une AEC pour ouvrir un magasin en France, laquelle est jugée contraire par la requérante à la libre prestation de services prévue à l'article 43 du traité CE¹⁶⁹. Cependant, par une décision du 3 mars 2003¹⁷⁰, les magistrats du Palais Royal rejettent en bloc les prétentions de la demanderesse¹⁷¹. Le Conseil d'Etat, plus frileux sur cette question que le Conseil de la concurrence, considère sans ambages que la réglementation de l'équipement commercial issue des dispositions de la loi ROYER modifiée est en tout point conforme au droit communautaire de la concurrence. Dans l'appréciation de la décision d'AEC qu'elle opère au regard de l'interdiction des ententes

¹⁶⁵ CJCE, 17 octobre 1995, *DIP et autres c/ Comune di Bassano del Grappa et autres*, aff. C-140/94

¹⁶⁶ La composition des commissions a été corrigée par les deux lois ultérieures : les membres représentants des entreprises y sont largement minoritaires et la CNAC est devenue une commission indépendante, nous l'avons vu précédemment.

¹⁶⁷ TANGUY Y., « La loi ROYER et la réforme du 5 juillet 1996, troisième ou dernier acte ? », *RDI* 1997 p. 1.

¹⁶⁸ La juridiction française est saisie par la société « *Immaldi et Cie* », présidée par l'entreprise Aldi, d'un recours en annulation d'une décision de refus d'AEC, confirmée par la CNEC, pour la création d'un magasin de 750 m² sous l'enseigne Aldi ; parallèlement, une plainte est adressée à la Commission.

¹⁶⁹ Aujourd'hui article 49 TFUE (à rédaction constante)

¹⁷⁰ CE, 5 mars 2003, *Société Immaldi et Cie*, n° 225.470

¹⁷¹ Selon le Conseil d'Etat, les dispositions de la loi de 1973, si elles n'instaurent pas d'inégalité de traitement susceptible de défavoriser les entreprises ayant leur siège dans d'autres Etats membres, dès lors qu'elles s'appliquent indistinctement à toutes les personnes susceptibles d'exploiter un équipement commercial, quelle que soit leur nationalité, peuvent cependant être de nature à limiter la liberté d'établissement. Toutefois, les limitations à l'implantation ou l'extension de commerces de détail répondent à des motifs d'intérêt général, liés notamment à la préservation des petites entreprises, à l'emploi et à l'aménagement du territoire. Ces motifs constituent des « raisons impérieuses d'intérêt général justifiant une limitation à la liberté d'établissement ». Et, eu égard à l'apparition de nouvelles formes de distribution, notamment le maxi-discount disposant de surfaces de vente limitées, la fixation à 300 m² du seuil au-delà duquel l'autorisation est requise apparaît « nécessaire et proportionnée aux objectifs que poursuivent ces dispositions ». Voir sur ce point, JOYE J.-Fr., « Intégrer l'urbanisme commercial dans l'urbanisme général » *op. cit.*

anticoncurrentielles et des abus de position dominante issue du droit communautaire, la Haute juridiction indique que la loi du 27 décembre 1973 n'est pas incompatible avec l'article 43 du traité CE tel qu'interprété par la CJCE¹⁷². D'une part, le seuil d'autorisation de 300 m² est regardé par le Conseil d'Etat comme nécessaire et proportionné aux objectifs de la loi ; d'autre part, il estime que la composition et le rôle des commissions départementales et de la Commission nationale (**ci-après « CNEC »**) ne sont pas contraires aux stipulations de l'article 81 du traité CE¹⁷³. Cette réserve manifeste du Conseil d'Etat, par ailleurs illustrée par son refus de renvoi préjudiciel à la Cour de justice, n'empêchera cependant pas la Commission de faire valoir une position bien différente¹⁷⁴.

45. En effet, l'institution bruxelloise, en charge de l'orientation de la politique européenne de concurrence, est nullement convaincue par l'argumentaire en réponse des autorités nationales françaises¹⁷⁵ à sa question¹⁷⁶ sur la conformité de certaines dispositions relatives à l'équipement commercial au droit communautaire. Elle n'adhère pas davantage à l'approche relativement chauvine du juge national dans sa décision de 2003. Reprochant à la fois la singulière complexité des démarches à effectuer pour confectionner le dossier de demande d'AEC et la composition trop « orientée » des CDEC, la Commission adresse alors une mise en demeure¹⁷⁷ au gouvernement français, transmise début juillet 2005 dans le cadre du déclenchement d'une procédure de recours en manquement sur le fondement de l'article 266 du traité CE¹⁷⁸. Elle sera manifestement non suivie d'effet au niveau national, c'est pourquoi un avis motivé¹⁷⁹ en date du 12 décembre 2006 s'en suivra. Dans ce « *véritable réquisitoire contre la législation française* »¹⁸⁰, la Commission fait

¹⁷² « (...) il résulte de l'article 43 du traité CE, tel que l'a interprété la CJCE, notamment dans l'arrêt Reinhard X... (aff. C-55/94 du 30 novembre 1995), que les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent remplir quatre conditions : qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (...) qu'il résulte de ce qui précède et sans qu'il soit besoin de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudiciale, que (...) la loi du 27 décembre 1973 n'est pas incompatible avec l'article 43 du traité CE tel qu'interprété par cette Cour »

¹⁷³ « (...) qu'en égard à la composition et aux conditions de fonctionnement des commissions d'équipement commercial, les décisions qu'elles prennent ne peuvent être regardées comme des ententes entre entreprises, que les pouvoirs publics auraient imposées ou favorisées ou dont ils auraient renforcé les effets ; que les commissions départementales et la commission nationale d'équipement commercial sont des organes de l'Etat, dont les décisions, fondées sur les critères fixés par le législateur, sont soumises au contrôle du juge administratif ; que, dès lors, la requérante n'est pas fondée à soutenir que les pouvoirs publics auraient délégué leurs compétences à des opérateurs économiques privés en méconnaissance de l'article 81 CE du traité ci-dessus rappelé (...) »

¹⁷⁴ Si elle ne s'est pas (encore) prononcée sur sa compatibilité avec le principe de non-concurrence, la CJUE a, en revanche, condamné la France en raison d'une atteinte au principe de libre prestation de services.

¹⁷⁵ Rép. Min. n°8601, JO Sénat Q, 20 mai 2004, p.1078

¹⁷⁶ Question posée en avril 2001 à la suite de la plainte déposée par le groupe Aldi.

¹⁷⁷ SG (2005) D/203046

¹⁷⁸ « Si la Commission estime qu'un Etat membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet Etat en mesure de présenter ses observations. / Si l'Etat en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice ». »

¹⁷⁹ Avis du 12 décembre 2006 n° 2000/5224 (2006) 6201

¹⁸⁰ MORENO D., Réforme de l'aménagement commercial, CCI Paris, septembre 2019, p.5

injonction à la France de modifier la réglementation de l'équipement commercial, trop axée selon elle sur des considérations économiques¹⁸¹.

46. Le même jour, l'adoption de la directive Services¹⁸² lui portera le coup de grâce (cf. *supra points 28 s.*). Ce texte majeur de droit dérivé, qui protège la liberté d'établissement contre deux catégories de restrictions¹⁸³, vient utilement compléter le droit primaire, au terme duquel les opérateurs ne peuvent pas soulever d'élément d'extranéité. Désormais, l'argument selon lequel les stipulations du droit communautaire ne s'appliqueraient pas à une situation purement interne à un Etat membre ne tient plus, puisque la directive « *s'applique aux services fournis par les prestataires ayant leur établissement dans un État membre* »¹⁸⁴.

47. A l'analyse, la réglementation française serait *prima facie* contraire à l'article 14, 5)¹⁸⁵ et 6)¹⁸⁶ de la directive. En effet, le régime d'autorisation français semble discriminatoire comme restreignant la liberté d'établissement, au double titre du « test économique » auquel est subordonnée l'obtention de l'AEC, et de la présence de *personae non gratae* dans les commissions - principalement les membres des chambres de commerce et de l'industrie et des chambres de métiers et de l'artisanat présents dans la procédure d'instruction et de délivrance des autorisations. La double épée de Damoclès flottant sur la législation française - d'une part, du fait d'une possible saisine de la Cour de justice par la Commission et, d'autre part, du fait de l'obligation pour la France de se conformer à la directive Services avant le 28 décembre 2009¹⁸⁷ - oblige le législateur français à reprendre la plume. Le commerce fait alors son apparition au cœur des problématiques juridiques d'aménagement de la « *ville moderne* »¹⁸⁸.

¹⁸¹ « (...) si la Commission reconnaît que les objectifs de protection de l'environnement et de l'urbanisme, ou l'aménagement du territoire sont des raisons d'intérêt général de nature à justifier des restrictions aux libertés fondamentales garanties par le Traité CE, elle considère que la procédure française, qui se fonde pour une grande part sur des considérations de nature économique telles que l'impact de l'implantation sur les commerces existants, qui prévoit des critères insuffisamment prévisibles et objectifs, devant faire l'objet d'une évaluation par le demandeur, et permet enfin la participation dans la prise de décision de représentants des intérêts économiques déjà présents, n'est pas justifiée et proportionnée aux objectifs d'intérêt général poursuivis » (extrait du communiqué de presse de la Commission du 13 décembre 2006).

¹⁸² Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, dite « directive BOLKESTEIN », entrée en vigueur le 28 décembre 2006 au lendemain de sa publication au JOUE

¹⁸³ Les régimes d'autorisation et les exigences posées par les Etats membres (Directive Services, articles 14 et 15)

¹⁸⁴ Directive Services, article 2, 1)

¹⁸⁵ « Les États membres ne subordonnent pas l'accès à une activité de services ou son exercice sur leur territoire au respect de l'une des exigences suivantes: (...) l'application au cas par cas d'un test économique consistant à subordonner l'octroi de l'autorisation à la preuve de l'existence d'un besoin économique ou d'une demande du marché, à évaluer les effets économiques potentiels ou actuels de l'activité ou à évaluer l'adéquation de l'activité avec les objectifs de programmation économique fixés par l'autorité compétente; cette interdiction ne concerne pas les exigences en matière de programmation qui ne poursuivent pas des objectifs de nature économique mais relèvent de raisons impérieuses d'intérêt général; »

¹⁸⁶ « Les États membres ne subordonnent pas l'accès à une activité de services ou son exercice sur leur territoire au respect de l'une des exigences suivantes: (...) 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; 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; (...) »

¹⁸⁷ Directive Services, article 44, 1)

¹⁸⁸ FERRAND J.-P., « Les obstacles au développement d'une véritable politique d'aménagement commercial dans les SCoT, *op. cit.* »

C. Une évolution frileuse¹⁸⁹, à la recherche de « plus d'urbanisme et moins de commerce »

48. Faisant suite à un avis très étayé et particulièrement édifiant du Conseil de la concurrence¹⁹⁰, un important rapport parlementaire¹⁹¹, réalisé à la demande du Premier ministre et déposé en 2008, met en exergue l'instrumentalisation de la procédure d'autorisation elle-même par les grands groupes, entraînant notamment des distorsions de concurrence. Accusées de créer des barrières à l'entrée de nouveaux concurrents et de favoriser la concentration du secteur de la distribution¹⁹², plusieurs manœuvres sont ainsi dénoncées¹⁹³. Du reste, les commissions accordent plus volontiers d'autorisation d'extension que d'ouverture, ce qui confère un avantage supplémentaire aux enseignes déjà présentes. Ainsi, « *accusé de créer des rentes de situation au profit des grandes surfaces en place, ce qui constituerait un facteur d'inflation, faute de concurrence suffisante* »¹⁹⁴, le droit de l'urbanisme commercial est sur la sellette.

49. C'est donc avec la loi LME de 2008¹⁹⁵, première grande réforme d'ampleur depuis 1973, que le législateur français cherche à corriger les défauts majeurs de la législation d'urbanisme commercial, partiellement mis en lumière par la Commission. Comme l'indique Jean-Pierre FERRAND, « *sur le terrain du droit, presque tout y était et le reste ne sera qu'ajouts, suppressions, réécritures souvent inutiles et dans tous les cas sources de complexité et d'interrogations* »¹⁹⁶. Il faut ainsi conjuguer les impératifs de concurrence avec les objectifs originels de protection du commerce de proximité afin de rendre l'aménagement commercial euro-compatible. Outre la libéralisation de la réglementation avec un rehaussement significatif du seuil d'autorisation (repassant de 300 m² à 1.000 m²), le volet commercial de la loi contient de nombreuses réformes. « *Les critères d'implantation des grandes surfaces commerciales sont assouplis et les procédures d'autorisation allégées* »¹⁹⁷ ; le Fonds d'intervention pour les services, l'artisanat et le commerce (**ci-après « FISAC »**) se voit doté d'instances de pilotage¹⁹⁸ ; les édiles municipaux sont désormais nantis du pouvoir de préempter des terrains d'une superficie comprise

¹⁸⁹ JOYE J.-Fr., *La réforme de l'urbanisme commercial par la loi du 18 juin 2014 - Un peu plus d'urbanisme, un peu moins de commerce*, AJDA 2014 p.1994

¹⁹⁰ Cons. conc., avis, 11 octobre 2007, n° 07-A-12

¹⁹¹ CHARIÉ J.-P., *Rapport (à la demande du Premier ministre François FILLON), Avec le commerce, mieux vivre ensemble*, 2009, pp. 354 s.

¹⁹² Selon des chiffres officiels utilisés par le Conseil de la concurrence, relayés dans le rapport, en 2004, les quatre premières enseignes détenaient 52 % des parts de marché et la part totale de la surface de vente représentée par les cinq premières centrales d'achat atteint 79,5 %. Examinant dans son avis du 11 octobre 2007 n° 07-A-12 sur à la législation relative à l'équipement commercial l'effet des règles d'équipement commercial au regard de l'objectif de protection du petit commerce, le Conseil constate une diminution du nombre de points de vente d'une surface inférieure à 400 m² entre 1992 et 2004. D'après les chiffres de l'INSEE, le nombre de petits commerces a ainsi chuté de 10 % entre 1996 et 2004. Cette diminution « *constitue un autre symptôme de la concentration de la distribution française, et doit être mise au compte du dynamisme, entre 1996 et 2003, de la création de supérettes par « chaque enseigne ayant développé son propre réseau de magasins de petit format, Shopi ou Huit à huit pour le groupe Carrefour, Marché U pour Système U ou bien encore G20 pour Cora »* ».

¹⁹³ En particulier, le dépôt de recours contre la décision d'autorisation délivrée par la CDEC constituant une manœuvre dilatoire efficace compte tenu des délais d'examen devant la juridiction administrative et le dépôt de dossier permettant d'obtenir une autorisation jamais utilisée, dans le seul but d'augmenter artificiellement la densité commerciale.

¹⁹⁴ Ainsi que le souligne l'avis n° 07-A-12 du Conseil de la concurrence, *op. cit.*

¹⁹⁵ Loi n°2008-776 du 4 août 2008, de modernisation de l'économie, *op. cit.*

¹⁹⁶ FERRAND J.-P., « *Les obstacles au développement d'une véritable politique d'aménagement commercial dans les SCoT* », *op. cit.*

¹⁹⁷ Extrait du communiqué de presse succédant l'adoption de la loi LME - disponible sur le site légifrance

¹⁹⁸ C. com., article L.750-1-1 (dans sa version issue de la loi de 2008, abrogé depuis)

entre 300 et 1.000 m² destinés à l'aménagement commercial¹⁹⁹. La composition des commissions est modifiée pour être rendue compatible avec la directive de 2006 : désormais, elles comporteront deux élus locaux supplémentaires²⁰⁰ et les présidents des chambres du commerce et de l'industrie (**ci-après « CCI »**) et des chambres des métiers et de l'artisanat (**ci-après « CMA »**) sont remplacés par des personnalités qualifiées en matière de consommation, de développement durable et d'aménagement du territoire.

50. Du reste, en conférant au recours devant la Commission nationale, renommée à cette occasion « Commission nationale d'aménagement commercial » (**ci-après « CNAC »**), le statut de recours administratif préalable obligatoire (**ci-après « RAPO »**), la loi du 4 août 2008 cherche à désengorger les tribunaux administratifs du contentieux pléthorique auquel ils doivent faire face dans cette matière. L'institution de ce recours hiérarchique accélère également la procédure d'obtention d'une décision²⁰¹. A ce stade de notre réflexion, il nous semble pertinent de nous poser la question d'une éventuelle influence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (**ci-après « CESDH »**) sur l'aménagement commercial, en particulier les articles ayant trait aux droits en matière processuelle. Or, le Conseil d'État a précisé que la CNAC ne constitue ni une juridiction, ni un tribunal au sens de l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁰² ; l'avis qu'elle rend est une simple mesure préparatoire au PCVAEC. En résumé, les stipulations de l'article 6 de la Convention, qui s'appliquent aux autorités statuant en matière civile ou pénale²⁰³, n'offrent aucune protection aux pétitionnaires qui ont saisi la Commission nationale d'un recours dirigé contre l'avis d'une commission départementale.

51. L'un des points saillants de la nouvelle législation concerne les documents locaux d'urbanisme, notamment les PLU qui doivent à présent fixer des objectifs de diversité commerciale²⁰⁴ et peuvent déterminer des « *zones de développement de la diversité commerciale* »²⁰⁵. Dans la continuité de la loi SRU, la loi LME fait du SCoT le dispositif approprié pour la politique locale d'aménagement commercial. Au sein du schéma, un document d'aménagement commercial (**ci-après « DAC »**), soumis à enquête publique avant son intégration, délimite des zones d'aménagement commercial²⁰⁶ (**ci-après « ZACOM »**). Comme ont pu l'indiquer certains auteurs,

*« il ne s'agissait plus seulement de fixer un certain nombre d'objectifs ou d'orientations concernant l'organisation et la restructuration des espaces urbains, mais de matérialiser le commerce dans des documents graphiques et de déterminer des zones de maintien ou d'exclusion du commerce au sein des territoires »*²⁰⁷.

Toutefois, le DAC ne réglemente que très parcellairement les ZACOM (transport, livraisons, stationnement, normes environnementales).

¹⁹⁹ C. urb., article L.214-1 et L.214-2 (dans sa version issue de la loi de 2008, modifié par la loi du 18 juin 2014)

²⁰⁰ Le président du conseil général et le président du syndicat mixte ou de l'EPCI chargé du SCoT auquel adhère la commune d'implantation - ou leurs représentants respectifs.

²⁰¹ Environ huit mois pour une décision de la CNAC, hors contentieux devant le Conseil d'État.

²⁰² CE, 26 mars 2003, *Société Guanje*, n° 235.129

²⁰³ CE, ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n°207.434

²⁰⁴ C. urb., article L. 121-1 et L. 123-1 (dans leur version issue de la loi de 2008, abrogés depuis)

²⁰⁵ C. urb., article L. 123-1 7^o (dans sa version issue de la loi de 2008, abrogé depuis)

²⁰⁶ « *Il comprend un document d'aménagement commercial défini dans les conditions prévues au II de l'article L. 752-1 du code de commerce, qui délimite des zones d'aménagement commercial en prenant en compte ces exigences d'aménagement du territoire.* » (article L.122-1-9 du code de l'urbanisme dans sa version en vigueur du 13 janvier 2011 au 27 mars 2014). A l'origine facultatif, ce DAC sera rendu obligatoire par la loi Grenelle II.

²⁰⁷ FERRAND J.-P., « Les obstacles au développement d'une véritable politique d'aménagement commercial dans les SCoT », *op. cit.*

52. Surtout, l'équipement commercial est renommé « *aménagement commercial* ». Ce nouveau changement sémantique n'est pas anodin : il symbolise le passage d'une logique économique à une logique urbanistique, sous la double impulsion du droit communautaire de la concurrence et de la grande perméabilité entre l'aménagement de l'espace et l'aménagement commercial²⁰⁸. L'ensemble du dispositif relatif à l'aménagement commercial est perfectionné : le législateur de 2008 a opté pour un équilibre entre le volet urbanistique et le volet commercial en amendant les critères d'appréciation des projets par les commissions. Le contrôle de l'équipement commercial, exempt en apparence de « *test économique* » - nous y reviendrons amplement dans les développements - n'est plus fondé sur la recherche d'un « *équilibre entre les différentes formes de commerce* », mais sur « *l'appréciation des effets des projets en matière d'aménagement du territoire, de développement durable et de protection des consommateurs* »²⁰⁹, laquelle avait été considérée jusqu'alors comme un objectif de second rang²¹⁰. Plusieurs autres critères, quand bien même ils ne seraient pas expressément inscrits dans le texte de loi²¹¹, peuvent éventuellement être pris en compte.

53. La nouvelle réglementation remet à l'honneur les critères de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme, marginalisés par le Conseil d'Etat qui concentrat jusqu'alors son contrôle sur des considérations de pur droit public économique²¹². Le critère de « densité commerciale » n'est ainsi plus au nombre des critères légaux²¹³ retenu par la Haute juridiction. Pour autant, les membres du Palais Royal n'excluent pas toute considération économique²¹⁴. L'analyse de leur jurisprudence montre qu'en réalité, ils ont pris l'habitude d'approuver les décisions de la CNAC²¹⁵, faisant ainsi peser une présomption de légalité sur les décisions de cette dernière²¹⁶. Il est également à noter que certains facteurs démographiques auparavant utilisés pour délimiter la zone de chalandise, qui

²⁰⁸ PRIET F., « Avant propos », *Droit et Ville* 2021/2 n° 92, pp. 7 à 15

²⁰⁹ Ces critères, exprimés laconiquement par la loi, ont été précisés par le décret n° 2008-1212 du 24 novembre 2008. Seul le critère « protection des consommateurs », non précisé, a été précisé à la faveur de la loi ACTPE.

²¹⁰ « *Il est notable que l'objectif de protection des consommateurs n'avait alors pas été décliné en critères d'évaluation de sorte qu'il avait été déduit du silence ainsi gardé par le législateur que cet objectif était secondaire par rapport à la protection de l'environnement et à l'aménagement du territoire qui « doivent être considérés comme des objectifs de premier rang (...) Dans l'appréciation globale du projet qui s'apparente plus ou moins à un contrôle du bilan, ils l'emporteront sur les autres orientations* » *Concl. R. Keller sous CE 4 octobre 2010, Synd. Commercial*

²¹¹ CE, 26 juin 2013, n°363.490 : s'il ne résulte pas des dispositions de l'article L. 752-6 qu'une stabilité ou une progression de la population au sein de la zone de chalandise figure au nombre des conditions que la commission doit appliquer, il lui est loisible d'en tenir compte pour la mise en œuvre des critères mentionnés par cet article.

²¹² Cela suppose une remise en cause de la méthode tirée de l'arrêt *Société Guimatho et autres c/ Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*, *op. cit.*, lequel indique aux commissions la méthode à suivre lorsqu'elles se prononcent sur un projet.

²¹³ CE, 4 octobre 2010, *Syndicat national de l'agglomération sénonaise*, n° 333.413 (jurisprudence dite « Porte de Bourgogne ») ; CE, 17 novembre 2010, *Fédération des groupements commerçants Haute-Savoie*, n° 332.696 ; CE, 19 novembre 2010, *Loyez*, n° 331.891 ; CE, 19 juin 2013, *SAS Campas Distribution*, n°355.609 ; CE, 17 juillet 2013, *SAS Distribution Casino France*, n° 362.757 ; CE, 25 juillet 2013, *Société Les serres de la Marmande*, n°363.117 ; CE, 13 novembre 2013, *SAS Distribution Casino France*, n°362.434.

²¹⁴ Par exemple dans leur décision du 4 octobre 2010 (n° 333.413, *op. cit.*), ils considèrent que la création d'un ensemble commercial de 14 850 m² participe au développement urbain du sud de la ville, et indiquent que l'implantation de grandes enseignes nationales dans la zone de chalandise considérée permet d'élargir l'offre concurrentielle par la complémentarité des produits offerts à la vente, sans porter atteinte à l'animation de la vie urbaine du centre-ville.

²¹⁵ BOUYSSOU F., *SCoT et urbanisme commercial*, *AJDA* 2013, p. 416

²¹⁶ BOUYSSOU F., *Les nouveaux critères des autorisations d'urbanisme commercial*, *AJDA* 2011, p. 659

semblaient avoir disparu²¹⁷, font un retour triomphant à la faveur de l'étude d'impact exigée par la loi ELAN²¹⁸.

54. Au regard du juge français, le nouveau dispositif soumis à sa sagacité semble s'être conformé en tout point aux injonctions communautaires : par une décision de 2013²¹⁹ et deux décisions de 2015²²⁰, le Conseil d'Etat déclare certaines dispositions de la loi LME compatibles avec les stipulations concernant les conditions d'octroi de l'autorisation dans le cadre de la liberté d'établissement (article 10 de la directive de 2006). La Haute juridiction adoube la nouvelle réglementation²²¹ ; c'est certainement l'une des raisons pour lesquelles les lois ultérieures n'entendent pas revenir en profondeur sur les principes amendés de la réglementation, mais souhaitent simplifier la réglementation et opérer un toilettage de circonstance - en prenant par exemple en compte la problématique du « *drive* »²²², jusqu'alors non visé par l'autorisation (*cf. infra*).

55. Toutefois, à l'analyse, une partie de la doctrine reconnaît volontiers une certaine « contradiction » dans l'esprit de la loi²²³. En effet, tout en abrogeant les dispositions réglementaires les plus explicitement contraires au droit communautaire et en poursuivant l'effort d'urbanisation de la matière, elle ne semble pas se détourner définitivement de la « police de la concurrence » instituée par la loi ROYER²²⁴. Un volet économique se retrouve ainsi à l'article R. 752-8 du code de commerce, en vertu duquel les pétitionnaires doivent toujours délimiter la « zone de chalandise » de l'équipement commercial, correspondant au « périmètre d'attraction que cet équipement est susceptible d'exercer sur la clientèle » sans néanmoins qu'elle soit établie en

²¹⁷ CE, 24 octobre 2012, *Communauté d'agglomération de Saint-Quentin*, n°356.857 ; CE, 24 octobre 2012, *Société Sadef*, n°353.189 ; CE, 26 juin 2013, *SAS Atac*, n°363490 ; CE, 17 juillet 2013, *SAS Valvert*, n° 360.182 ; CE, 24 octobre 2013, *SCI Les Camélias 3*, n° 361.117 ; CE, 13 novembre 2013, *SA Devinaste*, n° 356.763 ; CE, 27 novembre 2013, *Société Atac*, n°363.469 ; CE, 29 janvier 2014, *SA Veigy Distribution*, n°353.223

²¹⁸ C. com., article L. 752-6 III « III.-La commission se prononce au vu d'une analyse d'impact du projet, produite par le demandeur à l'appui de sa demande d'autorisation. Réalisée par un organisme indépendant habilité par le représentant de l'Etat dans le département, cette analyse évalue les effets du projet sur l'animation et le développement économique du centre-ville de la commune d'implantation, des communes limitrophes et de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre dont la commune d'implantation est membre, ainsi que sur l'emploi, en s'appuyant notamment sur l'évolution démographique, le taux de vacance commerciale et l'offre de mètres carrés commerciaux déjà existants dans la zone de chalandise pertinente, en tenant compte des échanges pendulaires journaliers et, le cas échéant, saisonniers, entre les territoires » (nous soulignons).

²¹⁹ CE, 5 décembre 2013, *Association En toute franchise département du Var*, n°353251

²²⁰ CE, 11 février 2015, *Société Reims République Développement*, n°370.089 ; CE, 3 avril 2015, *Société civile de construction vente Lisieux Développement*, n° 372.435 : « *Les dispositions des article L. 752-1 s. ne sauraient faire double emploi avec d'autres procédures administratives, telles que le permis de construire, certaines autorisations spécifiques à la protection de l'environnement ou les règles régissant les établissements accueillant du public, qui ont une finalité différente; ces mêmes dispositions édictent des critères clairs et objectifs et n'instituent pas de «test économique».* »

²²¹ Les hauts magistrats de l'ordre administratif considèrent que « *les critères au regard desquels une demande d'autorisation d'exploitation commerciale est examinée par les commissions départementales et la Commission nationale d'aménagement commercial, qui sont précisés par les dispositions de l'article L. 752-6 du code de commerce et qui ont trait à l'effet du projet sur l'animation de la vie urbaine, rurale et de montagne et sur les flux de transport, à sa compatibilité avec certaines procédures prévues par le code de l'urbanisme, à sa qualité environnementale et à son insertion dans les réseaux de transports collectifs, sont (...) clairs et dénués d'ambiguïté* » et que « *la procédure que les dispositions nationales (...) organisent ne saurait faire « double emploi » avec d'autres procédures administratives, telles que le permis de construire, certaines autorisations spécifiques à la protection de l'environnement ou les règles régissant les établissements accueillant du public, qui ont une finalité différente* » et enfin que « *ces dispositions édictent des critères clairs et objectifs (et) n'instituent pas de « test économique ».* »

²²² En 2014, une étude de la revue *LSA* indique qu'il existe en France environ 3000 drives, dont 719 ayant vu le jour au cours de la seule année 2013.

²²³ MONNET J., *op. cit.*

²²⁴ ROBBES A., « *Le contentieux des autorisations d'exploitation commerciale* », Cahiers de droit de l'entreprise n° 2, dossier 9, mars 2012

considération de seuls critères économiques²²⁵. Le Conseil d'État lui-même fait une référence explicite²²⁶ à l'article 1er, alinéa 3 de la loi de 1973 relatif à l'objectif de protection du petit commerce, lequel subsiste « *tel un fantôme du passé* »²²⁷.

56. Ainsi, après plus de trente ans de pratique de la réglementation issue de la loi ROYER, il semble acquis que son avenir pourrait consister en une fusion avec les instruments d'urbanisme de droit commun²²⁸. A ce propos, il est intéressant de souligner que lors des discussions ayant précédé le vote de la loi LME, le gouvernement Fillon avait fait la promesse d'achever l'intégration de la législation des équipements commerciaux au sein du droit commun de l'urbanisme dans un délai de six mois. Ce vœu est cependant resté pieux du fait de la disparition du député du Loiret J.-P. CHARIÉ, en charge de la mission de réflexion sur l'urbanisme commercial, quelques mois après la remise de son rapport définitif (*précité pt 46*) en mars 2009²²⁹. Prenant le relais, MM. P. OLLIER et M. PIRON avaient déposé une proposition de loi relative à l'urbanisme commercial inspirée de certaines préconisations du rapport CHARIÉ²³⁰, finalement abandonnée en raison de fortes divergences entre le gouvernement et sa majorité.

57. Si l'encadrement juridique de la localisation des activités commerciales constitue alors « *l'un des défis majeurs de l'aménagement urbain* »²³¹, l'idée d'une intégration de l'aménagement commercial dans le seul code de l'urbanisme est momentanément mise sur la touche. Les réformes législatives ultérieures, taxées d' « *empilement de textes dans une logique presque suicidaire* »²³² par la doctrine, apportent ponctuellement quelques nouveautés - certaines structurelles, d'autres conjoncturelles - sans néanmoins toucher au squelette de la réglementation issue de la loi LME²³³.

58. La loi Grenelle II²³⁴ est d'abord l'occasion pour le législateur de persévéérer timidement dans sa volonté d'urbanisation de l'aménagement commercial. Elle intensifie les liens entre le SCoT et l'AEC, et le contenu du schéma qui concerne l'aménagement commercial est enrichi. En l'absence de SCoT, ce sont les orientations d'aménagement et de programmation du PLU qui « *comprennent les dispositions relatives à l'équipement commercial et artisanal mentionnées aux articles L.* »

²²⁵ Le Gouvernement a indiqué que « *dans l'hypothèse où la zone de chalandise ne serait pas correctement définie [par le demandeur], il appartiendra au service instructeur local de le signaler au demandeur. Par ailleurs, le contrôle de la pertinence du périmètre de cette zone pourra être contesté lors d'un recours exercé devant la commission nationale d'aménagement commercial, sous contrôle du juge administratif* », Rép. min. n° 55839 : JOAN Q 27 septembre 2009, p. 9015

²²⁶ CE, Syndicat commercial et artisanal de l'agglomération sénonaise et a., *op. cit.*

²²⁷ Conclusions du rapporteur public Rémi Keller sous l'arrêt Syndicat commercial et artisanal de l'agglomération Sénonaise *op. cit.*

²²⁸ JOYE J.-Fr., « Intégrer l'urbanisme commercial dans l'urbanisme général » *op. cit.*

²²⁹ « *Lors des débats en séance publique sur la LME, le secrétaire d'Etat chargé de l'industrie et de consommation s'était engagé en séance publique à « travailler à la convergence du droit de l'urbanisme et du droit de l'urbanisme commercial et (à) revenir devant (le Parlement) dans les six mois avec un texte permettant de réformer de manière définitive le droit de l'urbanisme commercial ». C'était en 2008. »* (Rapport de M. M. PIRON sur la proposition de loi relative à l'urbanisme commercial, n°2566, AN, 1er juin 2010).

²³⁰ OLLIER P., PIRON M., Proposition de loi n° 2490 (3 mai 2010)

²³¹ FERRAND J.-P., « Les obstacles au développement d'une véritable politique d'aménagement commercial dans les SCoT », *op. cit.*

²³² *Ibid.*

²³³ Rép. min. N° 8843, JOAN Q, 15 janvier 2013, p. 518

²³⁴ Loi du 12 juillet 2010 *op. cit.*

141-16 et L. 141-17 du code de l'urbanisme »²³⁵. Néanmoins, l'entrée en vigueur de la loi ENE n'emporte pas la disparition attendue de l'AEC et des CDAC²³⁶.

59. Quelques mois plus tard, un arrêt de la CJUE de 2011²³⁷ donne à réfléchir aux autorités nationales françaises. Si la décision ne concerne pas directement la France, elle a su influencer en partie les réformes législatives postérieures. La Cour de justice considère que les critères de prise en compte de la structure commerciale existante et de densité commerciale, tous deux exigés par la législation espagnole pour l'implantation des équipements commerciaux de moyenne et grande taille, étaient « *de nature purement économiques* » et ainsi ne pouvaient « *conformément à la jurisprudence [...], constituer une raison impérieuse d'intérêt général* ». Il faut noter que la liberté d'établissement bénéficie d'une double protection communautaire, tant au titre de l'article 49 TFUE qu'à celui de la directive Services de 2006, laquelle n'exige pas d'élément d'extranéité pour être invocable par les opérateurs intéressés. Néanmoins, en y admettant certaines restrictions à la liberté d'établissement motivées par des raisons impérieuses d'intérêt général en matière d'aménagement du territoire et de développement durable, la décision de la Cour de justice a fait dire à certains commentateurs qu'y avait été admis « *peut-être même l'idée d'un certain équilibre entre la grande distribution et le petit commerce de détail* »²³⁸.

§3. L'urbanisation de l'aménagement commercial laissée au milieu du gué

A. 2014, la tentative de modernisation

60. Les lois ALUR²³⁹ et ACTPE²⁴⁰ de 2014, votées à trois mois d'intervalle, font souffler un vent de modernisation et d'urbanisation sur l'aménagement commercial, sans toutefois opérer la réforme d'ampleur prophétisée par la loi LME. Le premier de ces deux textes ambitionne la mise en place d'une meilleure maîtrise des implantations commerciales, tout en poursuivant le mouvement de mise en compatibilité de l'encadrement des installations commerciales avec les exigences communautaires amorcé en 2008. Nonobstant la « *gesticulation législative* »²⁴¹ consistant en un abandon concomitant des DAC et des ZACOM²⁴², le SCoT reste le document territorial de référence pour l'urbanisme commercial. Il a désormais vocation à énoncer au sein de son document

²³⁵ C. Urb., article L. 151-6 dans sa rédaction alors en vigueur

²³⁶ La proposition de loi OLLIER, inspirée par le rapport CHARIÉ, renouvelait la volonté d'abroger les dispositions du code de commerce relatives à l'aménagement commercial, et de préciser le contenu du document d'aménagement commercial (DAC) accompagnant le SCoT. Dans sa rédaction votée par le Sénat, en première lecture, le contenu du DAC pouvait être non seulement restrictif, mais fortement prohibitif. Le texte permettait la localisation des grands commerces, mais aussi leur plafonnement quantitatif, éventuellement différent pour chaque nature de commerces », BOUYSSOU F., « SCoT et urbanisme commercial », AJDA 2013 p.416

²³⁷ CJUE, 24 mars 2011, *Commission c/ Espagne*, aff. C-400/08

²³⁸ LE MORE P., TALAU J.-M., « La réforme de l'urbanisme commercial à l'aune des droits de l'urbanisme et de la concurrence », Contrats Concurrence Consommation (CCC) n° 4, étude 6, avril 2013

²³⁹ Loi du 24 mars 2014, *op. cit.*, article 58, 26^o

²⁴⁰ Loi du 18 juin 2014, *op. cit.*

²⁴¹ FERRAND J.-P., « Les obstacles au développement d'une véritable politique d'aménagement commercial dans les SCoT », *op. cit.*

²⁴² Le DAC a été supprimé au motif notamment qu'il était de nature à contribuer à l'émergence de quartiers à vocation monofonctionnelle, lesquels étaient mis à l'index par la loi SRU.

d'orientation et d'objectifs²⁴³ (**ci-après « DOO »**) les orientations en matière de commerce²⁴⁴, *id est* la localisation et les conditions d'implantation des grands équipements commerciaux. L'article L. 122-1-9 du code de l'urbanisme²⁴⁵, qui encadre « *les orientations relatives à l'équipement commercial et artisanal* » depuis la loi Grenelle II, fait l'objet d'une nouvelle rédaction : son deuxième alinéa dispose désormais qu'il détermine « *la localisation préférentielle des commerces* »²⁴⁶ et son troisième alinéa indique qu'il définit les « *conditions d'implantation des équipements commerciaux qui, du fait de leur importance, sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur l'aménagement du territoire* ». Le SCoT étant un document d'urbanisme prospectif à finalité essentiellement stratégique, la nouvelle formulation de l'article, volontairement vague, présente l'atout de la flexibilité. Il convient par ailleurs de noter que cette nouvelle rédaction reprend les considérations urbanistiques, environnementales²⁴⁷ et de desserte²⁴⁸ de la rédaction originelle, tout en ajoutant un nouveau motif, « *une offre commerciale diversifiée de proximité* », ce qui a pour effet de placer les rédacteurs des SCOT sur un terrain à mi-chemin entre économique et urbanisme - « *ce qui n'est guère aisé et surtout juridiquement risqué* »²⁴⁹.

61. Quant aux quelques autres mesures - six au total visent les équipements commerciaux²⁵⁰ - elles complètent l'urbanisation de la matière : le régime d'AEC est étendu aux *drives*²⁵¹ alors qu'ils ne comportent en principe aucune surface de vente, la règle d'urbanisation limitée et les limitations de l'emprise au sol des aires de stationnement annexées à un commerce sont renforcées, le démantèlement et la remise en état des sites commerciaux désaffectés sont désormais obligatoires, de même que l'équipement en dispositifs de recharge pour véhicules électriques ou hybrides. Ces dernières dispositions de la loi ALUR laissent ainsi présager du tournant environnemental pris par la réglementation.

²⁴³ Document d'orientation qui précise les orientations d'aménagement permettant la mise en oeuvre du projet d'aménagement et de développement durable (équilibres entre urbanisation et espaces naturels et agricoles, logement, implantations commerciales, transports, environnement, etc.)

²⁴⁴ « *Le document d'orientation et d'objectifs précise les orientations relatives à l'équipement commercial et artisanal* » (C. urb., article L.122-1-9, al. 1er)

²⁴⁵ Issu de la loi du 12 juillet 2010 *op. cit.*

²⁴⁶ « *Il définit les localisations préférentielles des commerces en prenant en compte les objectifs de revitalisation des centres-villes, de maintien d'une offre commerciale diversifiée de proximité permettant de répondre aux besoins courants de la population tout en limitant les obligations de déplacement et les émissions de gaz à effet de serre (ci-après « GES »), de cohérence entre la localisation des équipements commerciaux et la maîtrise des flux de personnes et de marchandises, de consommation économe de l'espace et de préservation de l'environnement, des paysages et de l'architecture.* »

²⁴⁷ « *(...) afin de répondre aux exigences d'aménagement du territoire, notamment en matière de revitalisation des centres-villes, de cohérence entre équipements commerciaux, desserte en transports, notamment collectifs, et maîtrise des flux de marchandises, de consommation économe de l'espace et de protection de l'environnement, des paysages, de l'architecture et du patrimoine bâti (...)* » dans le texte d'origine de l'article L.122-1-9 du code de l'urbanisme

²⁴⁸ « *« conditions (...) qui portent, notamment, sur la desserte par les transports collectifs, les conditions de stationnement, les conditions de livraison des marchandises et le respect de normes environnementales, dès lors que ces équipements, du fait de leur importance, sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur l'organisation du territoire* » dans le texte d'origine de l'article L.122-1-9 du code de l'urbanisme

²⁴⁹ FERRAND J.-P., « Les obstacles au développement d'une véritable politique d'aménagement commercial dans les SCOT » *op. cit.*

²⁵⁰ FRESNEAU J.-A., « Nouvelle réforme de l'urbanisme commercial. Premier volet : la loi ALUR », Gaz. Pal., Droit immobilier, 18-20 mai 2014, pp. 4-8

²⁵¹ Les *drives* sont des « *points permanents de retrait par la clientèle d'achats au détail commandés par voie télématique, organisé pour l'accès en automobile* » selon les dispositions de l'article 129 VI et VII de la loi du 24 mars 2014 *op. cit.* (codifiées C. com., article L.752-3 mod.)

62. Avec le second texte²⁵² et son décret d'application du 12 février 2015²⁵³, le mouvement de libéralisation entamé avec la loi LME se poursuit dans une apparente²⁵⁴ perspective de simplification²⁵⁵. Les députés de la majorité faisant pression sur le gouvernement, ce dernier finit par proposer d'intégrer le régime de l'AEC dans la phase d'instruction du permis de construire, et de le transformer en « avis conforme ». Ainsi, sans modifier ni le champ de l'AEC, ni la double réglementation - codes de commerce et d'urbanisme - la loi ACTPE institue une procédure d'autorisation unique : le « permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale »²⁵⁶ (PCVAEC). À compter de l'entrée en vigueur de la loi²⁵⁷, le dossier d'obtention du permis de construire devra d'abord être présenté au maire, lequel saisira pour avis relatif au projet commercial la commission départementale d'aménagement commercial (**ci-après « CDAC »**). Si cette dernière émet un avis favorable, cela vaudra « avis favorable » pour le permis de construire. Néanmoins, en cas d'avis défavorable, le pétitionnaire pourra saisir la Commission nationale d'aménagement commercial et l'autorité en charge de la délivrance du permis de construire sera alors liée par une éventuelle décision de refus de la CNAC. « *Le terme d'urbanisme commercial porte de mieux en mieux son nom : il y a plus d'urbanisme que de commerce* »²⁵⁸.

63. La loi ACTPE est également l'occasion de graver dans le marbre législatif l'enrichissement jurisprudentiel des nouveaux critères légaux issus de la loi de 2008, qui « *ont dû faire face à l'épreuve des faits* »²⁵⁹ en particulier en matière de développement durable et de considérations sociales²⁶⁰. « *Étape de plus en faveur de la jonction des deux réglementations* »²⁶¹, le texte consacre le lien entre urbanisme et aménagement commercial dans le code de commerce, qui dispose désormais que l'AEC devra être compatible avec le DOO du SCoT²⁶². Le Conseil d'Etat précise lui aussi qu'en dépit du maintien de la double instruction, l'autorisation d'aménagement commercial devra elle-aussi être instruite au regard de critères urbanistiques²⁶³.

64. La planification de l'aménagement commercial se poursuit avec la création d'un nouveau document sectoriel, facultatif, qui remplace l'ancien DAC dans le DOO du SCoT. Baptisé

²⁵² FRESNEAU J.-A., *op. cit.*

²⁵³ Le décret n° 2015-165 12 février 2015 réécrit totalement le titre V du livre VII du code de commerce relatif à l'aménagement commercial.

²⁵⁴ « *Simplification illusoire* » selon le Professeur Jean-François JOYE (*op. cit.*)

²⁵⁵ Le texte proposé par le gouvernement était intégré sous un Titre III relatif à l'Amélioration de l'efficacité de l'intervention publique et sous un chapitre Ier intitulé « *Simplification et modernisation de l'aménagement commercial* », voir JOYE J.-F., *op. cit.*

²⁵⁶ Cette nouvelle procédure est directement inspirée de la proposition de loi « OLLIER-PIRON » relative à l'urbanisme commercial, votée par l'AN en juin 2010 et par le Sénat en mars 2011, mais abandonnée ensuite. L'objectif recherché est de réduire les inconvénients inhérents à l'existence de deux autorisations distinctes, comme la longueur des délais d'instruction, l'existence de deux recours contentieux ou encore le renforcement du contrôle des projets (Rapport VERDIER fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi, Doc. AN n° 1739, 29 janvier 2014, p. 139 s.).

²⁵⁷ Les dispositions non visées par le décret du 12 février 2015 se sont appliquées à compter du 18 décembre 2014, les dispositions visées par le décret sont entrées en vigueur le 15 février 2015.

²⁵⁸ JOYE J.-Fr., *op. cit.*

²⁵⁹ MORENO D., la réforme de l'urbanisme commercial, p.71

²⁶⁰ La loi ACTPE reprend les critères d'autorisation définis par la loi LME en les étoffant et en les précisant. Ils sont toujours aujourd'hui énumérés à l'article L. 752-6 du code de commerce.

²⁶¹ JOYE J.-Fr., *op. cit.*

²⁶² C. Com., article L.752-6

²⁶³ CE, n°401.807 « *il appartient aux commissions d'aménagement commercial non de vérifier la conformité des projets d'exploitation commerciale qui leur sont soumis aux énonciations des schémas de cohérence territoriale, mais d'apprécier la compatibilité de ces projets avec les orientations générales et les objectifs qu'ils définissent ;* » (considérant 3)

« document d'aménagement artisanal et commercial »²⁶⁴ (**ci-après « DAAC »**), il permet de compléter utilement les dispositions impératives du DOO en déterminant les conditions d'implantation des équipements commerciaux qui, du fait de leur importance, sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur l'aménagement du territoire. Portant en germe l'idée de « sectorisation géographique » des commerces, il permet de prévoir des conditions d'implantation des équipements commerciaux spécifiques dans certains secteurs, et entérine la « volonté de confier aux représentants locaux des moyens et compétences pour agir sur le développement économique des territoires »²⁶⁵.

B. 2018, entre planification et contractualisation

65. Les premiers textes succédant à la loi ACTPE ne modifient qu'à la marge la réglementation existante. Le rapprochement de l'aménagement commercial avec l'urbanisme de droit commun se prolonge par exemple avec la loi MACRON du 6 août 2015²⁶⁶. Ce texte modifie avec « résipiscence » certaines dispositions du code de commerce adoptées un an plus tôt à l'initiative du gouvernement par la loi du 18 juin 2014, sans toutefois affecter le champ d'application du régime d'AEC. Les articles 36 et 38 de ce texte abrogent la règle qui interdisait, depuis la loi de 1973²⁶⁷, la cession des autorisations de création d'un équipement commercial avant leur mise en oeuvre²⁶⁸ afin d'aligner la procédure d'AEC sur celle du permis de construire²⁶⁹. Du reste, lorsqu'une modification substantielle du projet au sens de l'article L.752-15 al. 3 du code de commerce²⁷⁰ n'a pas d'effet sur la conformité des travaux, il n'est pas nécessaire de déposer une demande complète de PCVAEC - une simple autorisation modificative d'exploitation commerciale est demandée au pétitionnaire. Enfin, la loi apporte une limitation aux contraintes imposées en cas

²⁶⁴ Le DAAC sera rebaptisé « document d'aménagement artisanal, commercial et logistique » (DAACL) par la loi Climat et résilience de 2021.

²⁶⁵ COUTON X., L'urbanisme opérationnel dans la loi PINEL, Constr.-Urb. 2014. Comm. 110

²⁶⁶ Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi MACRON »

²⁶⁷ La règle de l'inaccessibilité et de l'intransmissibilité figurait déjà à l'article 29 de la loi ROYER. Elle était justifiée par le souci d'éviter la création d'un marché des autorisations et tout risque de spéculation financière (C. com., article L. 752-15).

²⁶⁸ Selon Emmanuel MACRON, alors ministre de l'Economie, « il s'agit d'un amendement de simplification qui permet de mettre en cohérence le code de l'urbanisme avec le nouveau régime des AEC instauré par la loi ACTPE. Je rappelle que le régime antérieur prévoyait des autorisations d'urbanisme cessibles alors que les AEC ne l'étaient pas. Désormais, les PC valent AEC et on aligne en conséquence le régime des AEC sur celui des PC. La possibilité de modifier le nom du bénéficiaire de l'autorisation d'urbanisme est de toute façon délabrée au regard de la conformité du projet aux règles opposables et non en considération de la qualité du demandeur », extrait de AN, Rapport n°2498 au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner après engagement de la procédure accélérée le projet de loi pour la croissance et l'activité, 13 janvier 2015, Tome I, article 10 ter, Amendement SPE1636

²⁶⁹ Abrogation de l'alinéa 5 de l'article L. 425-4 du code de l'urbanisme et des alinéas 4 et 5 de l'article L. 752-15 du code de commerce.

²⁷⁰ « Une nouvelle demande est nécessaire lorsque le projet, en cours d'instruction ou dans sa réalisation, subit des modifications substantielles, du fait du pétitionnaire, au regard de l'un des critères énoncés à l'article L. 752-6, ou dans la nature des surfaces de vente ».

d'extension²⁷¹, puisque l'obligation de justifier du respect des critères de qualité environnementale et architecturale ne concerne plus les ensembles commerciaux²⁷². Quelques mois plus tard, la réécriture de la partie réglementaire du code de l'urbanisme par le décret du 28 décembre 2015²⁷³ permet de créer une sous-destination « commerce » au sein du PLU²⁷⁴, elle-même susceptible de se décliner en plusieurs sous-destinations²⁷⁵ sans toutefois que les rédacteurs du PLU n'aient encore la possibilité d'imposer des plafonds pour les différentes catégories de commerce.

66. L'année 2018 est particulièrement féconde pour l'aménagement commercial. D'une part, à l'aune d'une nouvelle décision²⁷⁶ particulièrement libérale, la Cour de justice de l'Union européenne se montre soucieuse de lutter contre la dévitalisation des centres-villes. Pour cette affaire, elle a à connaître d'un document d'urbanisme local (POS) néerlandais interdisant l'activité de commerce de détail de produits non volumineux dans des secteurs situés en dehors d'un centre-ville. Prenant le temps de la pédagogie, et après avoir déduit par syllogisme que la directive Services s'appliquait bien à l'aménagement commercial sans nécessiter d'élément d'extranéité, elle intègre logiquement la planification d'urbanisme dans le champ des « *exigences contrôlées* » de l'article 15 de la directive. Une autre appréciation, incorrecte, aurait consisté à faire relever les textes de planification du « *régime d'autorisation* » de l'article 9 ; or, à la différence fondamentale des autorisations d'urbanisme, les documents de planification n'impliquent aucune demande administrative préalable.

67. D'autre part, un nouveau grand texte²⁷⁷ structure la réglementation existante. « *Cinquième épisode législatif en dix ans de la saga du volet commercial du SCoT* »²⁷⁸, la loi ELAN constitue aujourd'hui, avec la loi ACTPE et la loi 3DS, l'une des principales sources législatives nationales de l'aménagement commercial. Ce texte, qui cherche à renforcer la dimension partenariale de l'aménagement dans les territoires, renforce le rôle des élus locaux dans la procédure de planification et de contrôle de l'aménagement commercial. « *Étape supplémentaire dans le processus d'évolution permanente du régime juridique des documents d'urbanisme* »²⁷⁹, la nouvelle législation rend obligatoire au sein du SCoT la rédaction d'un DOO - qui était devenu facultatif depuis 2014 - lequel devra désormais « comprendre » un document d'aménagement

²⁷¹ L'objectif de la mesure est d'obliger les porteurs de projet à améliorer les locaux commerciaux déjà exploités, au motif que « *l'un des enjeux fondamentaux de l'aménagement commercial aujourd'hui est la modernisation et la remise à niveau d'équipements vieillissants, de médiocre qualité* » (« Compte rendu intégral des débats de l'Assemblée nationale », 2014, JOAN n° 23, séance 13 février 2014, p. 1915). Toutefois, les professionnels de l'immobilier commercial ont exprimé leur opposition à cette contrainte nouvelle. Et, le constat a été fait par les parlementaires qu'« *un ensemble commercial peut compter plusieurs bâtiments, plusieurs propriétaires, plusieurs exploitants, différentes enseignes* » et « *exiger que chaque extension de surface de vente dans un ensemble impose de revoir les performances énergétiques et l'architecture de tous les bâtiments revient à bloquer toute évolution* » (DEROCHE C., ESTROSI-SASSONE D. et PILLET F., Rapport n° 370 (2014-2015) (t. 1), au nom de la commission spéciale du Sénat, sur le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, p. 114).

²⁷² C. com., article L. 752-6 2° *in fine*, à propos des deux sous-critères de qualité environnementale et d'insertion paysagère et architecturale

²⁷³ Décret n° 2015-1783 du 28 décembre 2015

²⁷⁴ C. urb., article R.151-27 3° dans sa version en vigueur depuis le 1er janvier 2016, inchangée (*Les destinations de constructions sont : (...) 3° Commerce et activités de service ; (...)*)

²⁷⁵ C. urb., article R.151-28 3° dans sa version en vigueur au 1er janvier 2016 « *3° Pour la destination "commerce et activités de service" : artisanat et commerce de détail, restauration, commerce de gros, activités de services où s'effectue l'accueil d'une clientèle, hébergement hôtelier et touristique, cinéma ;* »)

²⁷⁶ CJUE (GC), 30 janvier 2018, *Visser Vastgoed Beleggingen BV c/ Raad van de gemeente Appingedam*, aff. C-31/16, paragr. 84 à 136

²⁷⁷ Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, dite « loi ELAN » - article 157 s.

²⁷⁸ SOLER-COUTEAUX P., STREBLER J.-Ph., « La loi Elan et les documents d'urbanisme : les modifications adoptées et les évolutions annoncées », RDI 2019 p.132

²⁷⁹ *Ibid.*

artisanal et commercial²⁸⁰. Son contenu est renforcé : dans le respect de la liberté d'entreprendre, il doit prévoir les conditions d'implantation, le type d'activité et la surface de vente maximale des équipements commerciaux spécifiques aux secteurs identifiés, et peut prévoir territorialement des plafonds selon les activités alimentaires et non alimentaires, sous réserve que ces restrictions soient justifiées.

68. Si elle maintient le seuil de 1.000 m² en-deçà duquel aucune AEC n'est demandée²⁸¹, la loi modifie la composition des commissions départementales en leur adjoignant trois nouvelles personnalités qualifiées, supposées représenter le « tissu économique » et respectivement désignées par les chambres de commerce et de métiers et d'agriculture, lesquelles ne siégeront toutefois qu'en tant qu'observateurs non votants²⁸². Elle impose également aux CDAC, lorsqu'elles sont saisies d'une demande d'AEC, d'en informer par tous moyens les maires des communes limitrophes à la commune d'implantation du projet²⁸³. Enfin, la loi ELAN introduit deux nouveaux critères de délivrance dans la rubrique « aménagement du territoire » : la contribution du projet « *à la préservation ou à la revitalisation du tissu commercial* » des territoires en difficulté et les « *coûts indirects supportés par la collectivité en matière notamment d'infrastructures et de transports* »²⁸⁴.

69. Mais elle s'inscrit aussi, et surtout, dans la volonté d'assurer la diversité de l'offre commerciale sur les territoires. Les dispositions phares du texte placent volontiers l'objectif de « *revitalisation des centres-villes* » confrontés à des phénomènes de « *vacances commerciales* »²⁸⁵ au centre des préoccupations du législateur²⁸⁶ - car, comme l'indique l'urbaniste Thierry PAQUOT²⁸⁷, « *les villes meurent aussi* ». Ce faisant, la loi réintroduit une approche économique, en apparence conformité avec la vision assouplie du juge européen issue de sa jurisprudence de 2018²⁸⁸. Le nouvel outil adopté à cette fin est contractuel : il s'agit de l'opération de revitalisation de territoire (**ci-après « ORT »**), conçue pour renforcer l'attrait commercial des centres des villes moyennes, qui donne lieu à une convention entre l'Etat, ses établissements publics intéressés, un établissement public de coopération intercommunale (**ci-après « EPCI »**) et tout ou partie de ses communes membres. Dans les secteurs couverts par une ORT, les projets d'implantation commerciale - sauf les plus imposants - ne sont, en principe, plus soumis à AEC. Toutefois, le succès - supposé ou réel - du

²⁸⁰ C. urb., article L 141-17 (dans sa rédaction issue de la loi ELAN)

²⁸¹ C. com., article L. 752-1

²⁸² Toutefois, il est à noter ici - nous y reviendrons - que dans sa récente décision du 15 juillet 2021 (C-325/20), la CJUE vient retoquer ces dispositions.

²⁸³ C. com., article L. 751-2 et R. 751-10

²⁸⁴ C. com, article L. 752-6 I, I^o e et f. mod.

²⁸⁵ La question de la dévitalisation commerciale se pose à ce moment-là avec d'autant plus d'acuité qu'en 2016, le ministre du Logement, de l'Égalité des territoires et de la Ruralité, et le secrétariat d'Etat au Commerce, ont conjointement lancé une mission pour « revitaliser les commerces en centre-ville », confiée à l'Inspection générale des finances (IGF) et au Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD). Leurs travaux ont donné lieu à la production d'un rapport intitulé « *La revitalisation commerciale des centres-villes* », rendu public en juillet 2016 (consulté à l'occasion de la rédaction de ce mémoire).

²⁸⁶ « *L'article 54 crée un contrat intégrateur unique, l'opération de requalification des territoires (ORT), qui puisse répondre aux différents enjeux de développement locaux (mobilité, services, habitat, développement économique, etc.) en matière de revitalisation des centres des villes moyennes. Ce contrat constitue le support d'un large plan lancé en faveur des villes moyennes, qui souffrent pour certaines d'une forte vacance commerciale et d'une inadaptation de l'offre de logement* » (extrait de l'exposé des motifs de la loi ELAN)

²⁸⁷ PAQUOT T., *Désastres urbains. Les villes meurent aussi*, Paris, La Découverte, 2005

²⁸⁸ CJUE (GC), 30 janvier 2018, *op. cit.*

dispositif de l'ORT²⁸⁹ ne doit pas faire oublier qu'un certain nombre d'auteurs, circonspects, craignent son éventuelle inconvénientalité²⁹⁰.

70. En dépit des soins particuliers apportés par le législateur à la nouvelle composition des commissions départementales, les « *trois nouvelles personnalités qualifiées* » ne font pas l'unanimité dans les rangs des juges luxembourgeois. Saisis sur question préjudiciale par le Conseil d'Etat, ils considèrent dans une décision en date du 15 juillet 2021²⁹¹ que l'intervention dans le processus d'autorisation commerciale de potentiels concurrents du pétitionnaire - ou leurs représentants - même s'ils ne participent pas au vote, contrevient aux objectifs de la directive. Comme l'indique un auteur,

« *rigoureuse, la solution fait obstacle à toute nouvelle intervention du législateur qui voudrait réintroduire même indirectement des représentants d'intérêts économiques susceptibles d'affecter le jeu de la concurrence* »²⁹².

C. 2021/2022, le choix de l'expérimentation

71. Deux textes récents - la loi Climat et Résilience²⁹³ et la loi 3DS²⁹⁴ - parachèvent les velléités d'inclusion de l'urbanisme commercial dans l'urbanisme de droit commun, en poursuivant les efforts vers une logique de planification de l'implantation des équipements commerciaux. A ce titre, la loi Climat impulse une ultime évolution du SCoT. L'ancien DAAC permettait de définir les conditions d'implantation des équipements commerciaux en fixant des prescriptions différencierées par secteur géographique ; le nouveau « *document d'aménagement artisanal, commercial et logistique* », qui le remplace, doit désormais inclure des dispositions obligatoires sur la planification de l'implantation des constructions logistiques commerciales²⁹⁵. En réalité, il s'agit de donner aux collectivités territoriales le pouvoir de planifier l'implantation des super-structures, à l'instar des entrepôts *Amazon* par exemple.

²⁸⁹ Le dispositif rencontre un franc succès. Selon un bilan publié par l'Agence nationale de la cohésion des territoires le 26 avril 2021, 252 ORT ont été signées (contre 229 en janvier 2021) sur 411 communes (50 % des communes bénéficiaires sont des communes « Action cœur de ville » et 68 ORT sont pluri-communales). 436 communes ont des projets d'ORT, dont 28 villes ACV non encore couvertes (234 villes ACV au total avec les binômes), ainsi que 313 villes retenues au titre du nouveau programme intitulé « *Petites Villes de Demain* ». Une première ORT métropolitaine a été signée à Brest en juin 2020. D'autres métropoles, comme Saint-Etienne et Metz, ont également manifesté leur intention de se doter d'une ORT. Du reste, 766 actions de soutien au commerce dans les centres-villes des communes « Petites villes de demain » pour un montant de crédits engagés de plus de 14 millions d'euros.

²⁹⁰ Voir notamment GIACUZZO J.-Fr., « L'encadrement de l'aménagement commercial : frein ou encouragement ? » in Journée d'étude du CRJP/Le droit de l'aménagement commercial, Faculté de droit d'économie et de gestion d'Orléans, 22 avril 2021 (Droit et Ville, 2021/2 n° 92)

²⁹¹ CJUE, 15 juillet 2021, *Conseil national des centres commerciaux*, aff. C-325/20

²⁹² PRIET F., *op. cit.*

²⁹³ Loi n°2021-1104 du 21 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, dite « Climat et résilience »

²⁹⁴ Loi n°2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale, dite « loi 3DS »

²⁹⁵ C. urb., article L.141-6 dans sa version en vigueur depuis le 25 août 2021. Ce DAACL comporte obligatoirement une analyse de l'implantation des constructions logistiques commerciales en fonction de leur surface et de leur impact sur les équilibres territoriaux en termes économiques et d'aménagement.

72. Quant à la loi 3DS²⁹⁶, née des propositions formulées lors du grand débat national lancé en janvier 2019 par Emmanuel MACRON à la suite de la crise des gilets jaunes²⁹⁷, elle tente de parfaire le dispositif d'aménagement commercial français en apportant quelques menus correctifs aux dispositions de la loi Climat. En outre, le texte amende le dispositif des ORT²⁹⁸ afin d'en favoriser la mise en œuvre. Si elle n'est pas en soi une loi structurante pour l'aménagement commercial²⁹⁹, l'expérimentation qu'elle lance pour une durée de six années au sein de son article 97 en fait un texte structurel : l'instruction du volet AEC est momentanément transférée aux mains des autorités compétentes en matière d'autorisation d'urbanisme. Cependant, comme toute expérimentation, son application va entraîner une réglementation à deux vitesses - ceux qui expérimentent et ceux qui n'expérimentent pas. Et si le mécanisme des commissions était critiquable, il avait cependant le mérite de l'uniformité. La décision est certes rapprochée des territoires et la confiance est rendue aux élus locaux, mais cette expérimentation remet en cause l'un des objectifs cardinaux de la loi ROYER et de ses deux dauphines : éviter les malversations locales.

SECTION 2 - LES OBJECTIFS DE L'ÉTUDE

73. Faisant suite à ce panorama historico-thématique de la réglementation d'aménagement commercial, le premier objectif de cette étude sera de mettre en évidence le fait qu'en dépit des injonctions communautaires répétées, l'aménagement commercial reste malgré tout sur une ligne de crête entre la législation d'urbanisme et une législation économique qui semble faire son retour depuis l'introduction de certaines dispositions par les lois les plus récentes (**§1**). Le deuxième objectif de ce travail de recherche sera de démontrer que la transformation de la réglementation en une simple police spéciale de l'urbanisme sous l'impulsion du droit public économique n'est à ce jour pas pleinement satisfaisante. Pour ce faire, nous raisonnerons par l'exemple, en prenant appui sur différentes législations européennes en partie similaires à la nôtre (**§2**). Le troisième et dernier objectif de ce mémoire sera de montrer que la substitution d'une logique « urbanistique » à une logique « commerciale », théoriquement viable et peut-être même souhaitable du point de vue de certains, n'est pas chose aisée en pratique (**§3**).

²⁹⁶ La loi « s'inscrit dans le renouveau de l'aménagement du territoire : programmes d'accompagnement (Action Cœur de Ville (ACV), Petites Villes de Demain (PVD), Territoires d'Industrie, etc.) mis en œuvre par l'agence nationale de cohésion des territoires, créée à cet effet le 1er janvier 2020 ; « contrats » et « pactes » déployés avec les collectivités territoriales. Avec toujours la même logique : mettre en commun les visions et efforts de l'Etat et des collectivités, donner aux élus les moyens d'adapter les politiques nationales aux besoins de leurs concitoyens. Et en définitive, faire confiance aux territoires ». Présentée par ses promoteurs comme une nouvelle étape de la décentralisation, la loi ambitionne de permettre « aux territoires d'être plus dynamiques, plus agiles face aux principaux défis auxquels ces territoires font face : la transition écologique, le logement, les transports, la santé et la solidarité », Extrait de l'exposé des motifs de la loi 3DS - disponible en ligne sur le site legifrance.fr

²⁹⁷ « A l'issue du grand débat national, alors qu'il était évident qu'un certain nombre de fractures au sein de notre pays se manifestait de manière territoriale, le Président de la République a demandé que soit élaboré un nouveau texte de décentralisation » *Ibid.*

²⁹⁸ Crées par la loi du 23 novembre 2018 *op. cit.*

²⁹⁹ Seuls trois articles - dont deux qui apportent des précisions sur certains dispositifs préexistants - concernent l'aménagement commercial.

§ 1 - Entre l'urbanisme souhaité et l'économique sous-jacent

74. Une analyse téléologique de la réglementation met en lumière le cheminement suivi par les textes, depuis la « défense du petit commerce » des promoteurs de la loi ROYER jusqu'à la préservation de l'environnement dans sa dimension esthétique et écologique des rédacteurs des lois ELAN et Climat. Le législateur a constamment jonglé entre les compétences de l'Etat, des collectivités territoriales et des opérateurs économiques³⁰⁰ pour façonner, en quelque sorte, une législation complexe et éparse, dont le climax semble atteint avec l'expérimentation de l'article 97 de la loi 3DS. Néanmoins, à l'heure où nous écrivons ces lignes, « *continuellement remanié pour pallier ses échecs et faire taire les critiques dont il fait l'objet depuis ses origines* »³⁰¹, l'urbanisme commercial ne semble pas être encore parvenu à maturité³⁰². Il semblerait presque s'être perdu en chemin, tant les buts assignés initialement ont évolué avec le temps, et sans que les objectifs des législations d'hier ne soient intégralement remplis avant que les législations d'aujourd'hui et de demain en assignent de nouveaux.

75. Le code de l'urbanisme a certes intégré depuis les années 1990 un certain nombre de dispositions qui permettent de « *traiter le commerce comme un secteur d'intervention proprement urbanistique* »³⁰³ ; la fonction urbaine de l'équipement commercial, et plus globalement du commerce, n'est plus à démontrer. Mais, outre l'absence regrettable d'inclusion de l'aménagement commercial dans le droit général de l'urbanisme et la superposition des législations spéciales³⁰⁴, il est à déplorer un certain nombre de nouvelles pratiques mises en place depuis les récentes lois de 2018 et 2022, aboutissant à un retour aux critères économiques pourtant tancés par la Commission européenne depuis plus de quinze ans. Une grande partie de notre exposé sera consacrée à l'étude de cette résurgence économique au sein de la législation.

76. A la suite de l'avis de la Commission européenne, il avait été question que l'implantation des grandes surfaces soit régie par les seuls documents de planification urbaine, sans qu'une autorisation administrative préalable demeure nécessaire. Le permis de construire du droit commun de l'urbanisme était jugé suffisant pour autoriser tant l'édification que l'exploitation des grandes surfaces³⁰⁵. Pourtant, nous l'avons vu au fil de cette introduction, le « *rapatriement de l'urbanisme commercial et de ses modalités dans l'urbanisme de droit commun* » annoncé par la loi LME n'a pas eu lieu.

³⁰⁰ MONNET J., *op. cit.*

³⁰¹ GIACUZZO J.-Fr., « Permis valant autorisation d'exploitation commerciale, Période transitoire du contentieux », AJDA 2020 p. 1886

³⁰² La loi ROYER a établi un contrôle *a priori* que plusieurs lois ont modifié par la suite afin d'en renforcer, en vain, l'efficacité (TERNEYRE P., « Sur les incohérences, effets pervers et failles de certaines dispositions du droit de l'urbanisme commercial », *LPA* 1996, n° 68, p. 24).

³⁰³ MONNET J., *op. cit.*

³⁰⁴ « « *A chaque réforme des lois sur l'urbanisme commercial, de nouveaux seuils d'autorisation apparaissent, souligne Antony DUTOIT, avocat associé du cabinet LÉTANG Avocats. Et d'autres sont supprimés. » Cette règle n'a pas failli avec la promulgation de la loi ELAN. Celle-ci introduit un régime d'exception pour les opérations de revitalisation des centres-villes. Tandis que la précédente législation, la LME d'août 2008, continue de s'appliquer sur le reste du territoire. Sans compter les textes particuliers sur le statut de Paris, apparu en février 2017, celui sur la réglementation d'implantation des drives de mars 2014... Et quelques survivances de la loi RAFFARIN de 1996 ! »* (« Autorisations d'ouverture : ce qui change dans les seuils » *LSA*, 9 janvier 2019).

³⁰⁵ BOUYSSOU F., « La réforme de l'urbanisme commercial : une loi (presque) pour rien », AJDA 2008 p. 1941 ; JOYE J.-F., « Intégrer l'urbanisme commercial dans l'urbanisme général » *op. cit.*

77. En réalité, seule la logique d' « aménagement du territoire » autorisée par le droit de l'Union européenne permet de mener à bien ce rapatriement d'une matière à portée économique au sein du droit l'urbanisme : sous couvert de se prononcer en termes « urbanistiques », l'autorité administrative se prononcera peu ou prou en se fondant sur des critères vaguement économiques³⁰⁶. Car, si une partie de la réglementation est inscrite à l'article L. 425-4 du code de l'urbanisme lorsque le projet requiert un permis de construire, le cadre juridique dans lequel s'inscrit la législation d'aménagement commercial est toujours principalement situé dans le code de commerce. Quelques règles subsidiaires figurent également dans le code de l'environnement ou dans le CCH, ce qui accentue le risque de « balkanisation » des règles en la matière. En outre, depuis quelques années, elle puise également sa source dans le droit de l'environnement et dans certaines techniques de la décentralisation³⁰⁷.

78. Est-il pertinent aujourd'hui de maintenir une législation aussi complexe ? Il est certain que la multiplication de dispositions éparses relatives à une même matière dans plusieurs codes nuit tant à sa cohérence qu'à sa lisibilité. La pertinence de ce *modus operandi* législatif ne saute pas vraiment aux yeux, comme en témoigne les critères de l'AEC présents dans le code de commerce qui sont souvent redondants avec ceux du code de l'urbanisme. Cette nouvelle police spéciale de l'urbanisme, donc de l'utilisation des sols, doit-elle devenir une police économique ? La question se pose avec une acuité particulière avec les *dark stores*³⁰⁸ : le changement de destination serait un outil permettant de bloquer l'implantation de ces entrepôts et - les élus ne s'en cachent pas - de protéger les commerces de proximité. Un récent rapport sénatorial préconise d'ailleurs d'attribuer à ces *dark stores*, la qualification juridique d' « entrepôts » et non de « commerces » afin d'octroyer aux élus la faculté de disposer de « *tous les outils de régulation des activités commerciales et logistiques sur leurs territoires* »³⁰⁹. Pour autant, il faut mentionner la très remarquée décision³¹⁰, rendue en la forme des référés, du tribunal administratif de Paris en date du 5 octobre 2022³¹¹, dans laquelle le juge des référés rejette justement la qualification d' « *entrepôt* » de ces locaux qui fleurissent un peu partout dans les grandes villes :

« Ces locaux doivent (...) être regardés comme ayant pour objet, à l'instar des espaces de logistique urbaine, d'optimiser en milieu urbain le délai et le mode de livraison par la mise en place d'une logistique dite « du dernier kilomètre », qui conduit à diminuer

³⁰⁶ La définition du commerce nous rappelle, si besoin était, qu'il s'agit avant toute chose d'une activité économique : « *Le commerce regroupe les unités statistiques (entreprises, unité légales ou établissements) dont l'activité principale consiste à revendre des marchandises achetées à des tiers, sans les transformer. Cette activité peut comporter accessoirement des activités de production. L'activité des intermédiaires du commerce qui mettent en rapport les acheteurs et les vendeurs (ou bien exécutent des opérations commerciales pour le compte d'un tiers), sans être propriétaires des produits concernés, fait partie du commerce.* » (INSEE, 2019). Les critères pour réguler l'implantation d'une activité économique ne peuvent pas, en toute objectivité, être eux-mêmes totalement exempts de considérations économiques.

³⁰⁷ « *Au fil des décennies, l'implantation des grandes surfaces, depuis l'origine tiraillée entre le droit spécifique de l'aménagement commercial et le droit de l'urbanisme, a été télescopée par les raffinements du droit de l'environnement, auquel il faut ajouter l'évolution de la décentralisation (...). Le tout demeure soumis, bien entendu, à la primauté du droit européen* » BOUYSOU F., in FRESNEAU J.-A., *Guide juridique et pratique de l'urbanisme commercial*, EFE, 4e éd.

³⁰⁸ PRUDHOMME C., « Les « *dark-stores* », ces supermarchés sans clients et entièrement conçus pour la vente en ligne », Le Monde, 17 mars 2021

³⁰⁹ Rapport d'information n° 910, POINTERAU R., BABARY S., DEVINAZ G.-L., de la PROVÔTÉ S., « *Revitalisation des centres-villes et des centres-bourgs : entre enthousiasme et frustrations* », Sénat, 29 septembre 2022

³¹⁰ Voir par exemple GIACUZZO J.-Fr., « *Dark cities : les municipalités contre-attaquent* », RDI 2022 p. 481 (27 octobre 2022) ; ROLIN F., « *Dark store et dark kitchen : nous ne sommes pas arrivés à destination...* », *Dalloz actu*, 14 octobre 2022 ; ROUQUET A., « *Régulation des « dark stores » : la mauvaise réponse des pouvoirs publics à de vrais problèmes* », La Tribune, partageons l'économie, 6 octobre 2022 ; MENGUY B., « *Dark stores : Paris perd une bataille judiciaire* », La Gazette des communes, 10 octobre 2022

³¹¹ TA Paris, ord., 5 octobre 2022, *Société Frichti, Société Gorillas Technologies France*, n°s 2219412/4, 2219413/4, 2219415/4, 2219157/4, 2219158/4, 2219161/4, 2219163/4, 2219165/4, 2219166/4

le trafic de camions et le nombre de points de livraison dans Paris intramuros, et présentent ainsi un intérêt collectif. Dans ces conditions, le moyen tiré de ce que les locaux concernés par les décisions attaquées correspondraient à la définition d'espace de logistique urbaine au sens du règlement du PLU de la Ville de Paris qui, contrairement à la destination d'entrepôt, n'est pas interdite par l'article UG.2.2.2 du même PLU dans le cadre de la transformation de locaux existants en rez-de-chaussée sur rue, est propre à créer un doute sérieux sur la légalité des décisions attaquées qui estiment que le changement de destination de ces locaux ne serait pas régularisable par la délivrance d'une décision de non-opposition à déclaration préalable »³¹² (nous soulignons).

Prenant part au débat estival sur la question de savoir dans quelle « destination » au sens de l'article R.123-9 du code de l'urbanisme les *dark stores* doivent-ils être rangés, le juge des référés du tribunal administratif affirme visiblement que les *dark stores* relèvent de la catégorie des « *constructions ou installations nécessaires aux services publics ou d'intérêt collectif* » (CINASPIC). Avec le Professeur Rolin, « *on ne peut s'empêcher de manifester une certaine surprise à cette lecture car le rapprochement de Frichti ou de Gozilla des services publics paraît aussi surréaliste que la rencontre « d'une machine à coudre et d'un parapluie » que propose Lautréamont dans Les Chants de Maldoror* »³¹³. Il reste désormais à savoir si le juge des référés du Conseil d'Etat prendra une position identique ...

§ 2 - Les affres de la complexité de la réglementation

79. Avant d'entrer plus avant dans l'explicitation de notre deuxième objectif, rappelons que nous ne sommes plus à l'ère de la planification urbaine sous forme d'un « *Plan d'aménagement, d'embellissement et d'extension* »³¹⁴ aux préoccupations majoritairement hygiénistes et esthétiques³¹⁵ ; l'urbanisme n'est pas davantage une simple police spéciale de l'alignement complétée par quelques procédures d'expropriation. La matière s'est universalisée, elle cherche désormais à traiter de tous les aspects liés au droit du sol :

« aujourd'hui, au mépris de son sens originel, on tend à inclure sous le terme d'urbanisme tous les types d'intervention organisée sur l'espace bâti ou bâttissable, quels que soient leur échelle, leurs acteurs, la nature du savoir dont elles relèvent, quelle que soit l'époque où elles se situent »³¹⁶.

Les documents d'urbanisme sont devenus des « *lieux de synthèse de règles qui ressortissent d'autres législations* »³¹⁷, et notamment, pour la matière qui nous intéresse, commerciale. D'ailleurs, le placement des règles d'implantation des grandes surfaces dans le code de commerce serait, non le fruit d'un infortuné hasard, mais la malheureuse conséquence de la volonté politique de « *faire droit aux revendications des défenseurs du petit commerce* »³¹⁸.

³¹² *Ibid.*, point 8 *in fine*

³¹³ ROLIN F., « *Dark store et dark kitchen* : nous ne sommes pas arrivés à destination... », *op. cit.*

³¹⁴ Loi du 14 mars 1919 sur les plans d'aménagement, d'embellissement et d'extension des villes, dite loi CORNUDET

³¹⁵ Voir notamment revue Droit et Ville n° 88, dossier « *Le centenaire de la loi CORNUDET ... et du droit de l'urbanisme ?* »

³¹⁶ MERLIN P. et CHOAY F., *Dictionnaire de l'urbanisme et de l'aménagement*, *op. cit.* p. 796

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ JOYE J.-Fr., *op. cit.*

80. Alors pourquoi les politiques cherchent-ils ostensiblement depuis la loi SRU de 2000 et l'obligation de compatibilité des autorisations d'exploitation commerciale avec les schémas de cohérence territoriale à organiser le transfert de l'urbanisme commercial dans le droit commun de l'urbanisme ? Selon Jean-André FRESNEAU, l'objectif serait « *politique plus que de simplification* ». Il s'agirait ce faisant de permettre aux autorités locales d'assurer la maîtrise des implantations commerciales sur leur territoire par le canal des documents et autorisations d'urbanisme³¹⁹. Car il faut rappeler avec le Professeur Jean-François JOYE que « *le droit public n'a cessé de s'intéresser aux logiques commerciales afin de tenter de les maîtriser* »³²⁰. A s'en tenir à cette analyse, l'homothétie de l'urbanisme commercial et l'urbanisme de droit commun serait logique, à tout le moins sémantiquement.

81. Le sujet à traiter ne nous permet pas de faire l'économie d'une analyse de droit comparé. Un bref examen des pratiques législatives dans les pays limitrophes nous indique que certains de nos voisins européens connaissent eux aussi une législation spéciale relative à l'implantation des surfaces commerciales ; le contrôle *a priori* de l'édification des commerces n'est donc pas une originalité française, même si l'hypermarché est une forme de commerce qui semble s'être développée en France davantage que dans les autres Etats européens³²¹. La plupart des pays à économie de marché s'est d'ailleurs dotée d'un arsenal juridique réglementant les grandes surfaces de ventes de biens et services. Toutefois, il ne s'agit pas toujours d'une législation spéciale et, à l'analyse, deux grandes tendances³²² se dégagent, que l'on peut résumer comme il suit. Lorsque, comme en France, la législation encadrant l'implantation des activités commerciales ne relève pas des principes généraux d'urbanisme, mais d'une législation spéciale, l'Etat est dit « *dualiste* »³²³. Dans le cas contraire, l'Etat dans lequel la législation d'urbanisme s'applique pour réglementer l'implantation des grandes surfaces est dit « *moniste* »³²⁴, comme aux Pays-Bas³²⁵, premier pays de l'Union (à l'époque CEE) à instaurer un contrôle de cette nature en 1971.

82. L'Italie et le Portugal, par exemple, soumettent à autorisation locale l'ouverture des grandes surfaces, compte tenu des évolutions du chiffre d'affaires du commerce. En Allemagne, le *Bebauungsplan* (littéralement « *plan de construction* »), dans un rapport de compatibilité avec le plan d'aménagement de région du Land, détermine précisément l'implantation des constructions sur une partie du territoire communal. L'obtention d'un permis de construire est conditionnée au respect de ses prescriptions. La construction des surfaces commerciales, cantonnée à certaines zones des documents d'urbanisme, est étroitement surveillée par l'administration communale, laquelle opère un contrôle systématique des grandes surfaces dès le premier mètre carré ou lorsque les commerces excèdent 800 ou 1 200 m², selon les cas. Ce dispositif peut être agrémenté d'un *numerus clausus* en fonction des commerces. Ces procédés ayant été jugés particulièrement restrictifs, la Commission européenne a adressé une mise en demeure à la République fédérale d'Allemagne, dans le cadre du déclenchement d'une procédure en manquement pour des restrictions à l'établissement de grandes surfaces concernant deux Länder (*Rhénanie-Du-Nord-*

³¹⁹ FRESNEAU J.-A., « *Loi 3DS : la fin annoncée des commissions d'aménagement commercial ?* », *Le moniteur*, 10 juin 2022

³²⁰ JOYE J.-Fr., *op. cit.*

³²¹ *Le commerce et la ville en Europe. Le droit des implantations commerciales*, Cahier du GRIDAUH, n°6, 2002

³²² MORENO D., « *Écriture du SCoT, SCoT et équipement commercial* », Fiche n°1, Cahiers du GRIDAUH, 2015

³²³ Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Portugal, entre autres

³²⁴ Allemagne, Grande-Bretagne, Hollande et Suède, par exemple

³²⁵ TALAU J.-M., « *La réglementation de l'implantation commerciale par les documents d'urbanisme et d'aménagement aux Pays-Bas* », *DAUH* 2011, p. 585.

*Westphalie et Bade-Wurtemberg)*³²⁶, à la suite de plaintes des entreprises multinationales Ikea et Décathlon. Ces affaires sont visiblement toujours pendantes³²⁷ à l'heure où nous rédigeons ces lignes.

83. Pour en revenir au cas français,

*« le système moniste vers lequel s'oriente la France est un atout car il englobe au lieu d'isoler. Parfois, la régulation, voire la réglementation, est nécessaire, à l'instar de zones denses saturées en équipements commerciaux au rendement moyen ou en baisse et exposées au risque de création de friches, hantises de tout urbaniste, mais elle doit rester raisonnable et adaptée à une situation territoriale évolutive. Or, en urbanisme commercial, la « passion » l'emporte parfois sur la « raison »*³²⁸.

Ainsi, réfléchir à la disparition du critère économique grâce à la fusion du commerce et de l'urbanisme suppose dans un premier temps de s'intéresser à la définition des outils d'urbanisme : sont-ils adéquats ? Se suffisent-ils à eux-mêmes pour permettre de réglementer de manière pertinente un secteur commercial en pleine mutation ? Entendu comme « *l'ensemble des mesures qui visent à permettre un développement des activités commerciales harmonieux, efficace et cohérent avec les autres choix d'urbanisme (utilisation du sol, répartition des quartiers d'habitat, transports, équipements publics, etc.)* »³²⁹, l'urbanisme commercial aurait *prima facie* pleinement sa place au sein de la législation d'urbanisme.

84. En effet, force est de constater que les procédés actuels utilisés pour réglementer l'implantation des équipements commerciaux sont avant tout des outils d'urbanisme : les SCoT, qui comportent désormais un volet « commerce » mais dont le contenu n'est pas clairement défini par la loi ; les PLU, qui peuvent soit inciter à l'implantation des commerces dans des zones particulières ou l'interdire ; la procédure des ZAC, parfois adoptée pour la construction des grands centres commerciaux en périphérie des villes ; le recours aux commissions départementales, disposant d'un pouvoir décisionnel et composées d'élus locaux et de personnalités qualifiées ; l'institution d'un permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale³³⁰, entre autres. Il faut à ce dernier titre nous souvenir que depuis les années 90, une doctrine particulièrement avant-gardiste militait déjà pour une fusion *a minima* des deux autorisations lorsque le projet était soumis à permis de construire³³¹.

³²⁶ aff. n°2008/4946 évoquée à l'annexe 2, p. 41 du rapport AN, n° 2521, 13^e législature, de M. PIRON ; aff. n° 2015/4207 ; voir sur ce point BADOT O., MORENO D., *Commerce et urbanisme commercial. Les grands enjeux de demain*, EMS Editions, 2016

³²⁷ *Preliminary findings of the European Ombudsman on how the European Commission handled two infringement complaints about planning laws and retail space in Germany, submitted by IKEA and Decathlon (2008/4946 and 2015/4207) - 15 juillet 2022* (<https://www.ombudsman.europa.eu/en/doc/correspondence/en/158615>)

³²⁸ MORENO D., *La maîtrise de l'implantation commerciale à travers le droit de l'urbanisme*, Hors collection EMS Editions, 2016, pp. 137 à 188

³²⁹ MERLIN P. et CHOAY F., *Dictionnaire de l'urbanisme et de l'aménagement*, op. cit.

³³⁰ Le champ d'application du régime d'AEC, principalement défini par les articles L.752-1 et L.752-2 du code de commerce depuis 2006, n'a pas été affecté par les réformes opérées en 2014, 2015 et 2018.

³³¹ « *un très grand laxisme s'est fait jour dans la définition de la notion d'intérêt économique, de telle sorte que ne sont pas soumises à la loi des grandes surfaces appartenant au même groupe, dès lors qu'elles ont pris les précautions nécessaires au niveau de leur organisation. Dans le même temps, des commerces individuels de prestation de services sont pénalisés, parce qu'ils sont situés dans des galeries marchandes* », LEPAGE-JESSUA C., op. cit.

§ 3 - Les difficultés pour anticiper aujourd’hui les pratiques commerciales de demain

85. Est-ce à dire que l’union entre l’aménagement du territoire et le développement des commerces sera bientôt consommée ? La transversalité et la complexité du droit de l’urbanisme lui permettent de prendre en compte la plupart des domaines intéressant la gestion spatiale des territoires : le logement, les transports, la mixité sociale et le développement économique, la protection de l’environnement au travers de la promotion d’un développement durable et maîtrisé, la gestion des énergies et même la culture ou encore les loisirs. « *Alors, pourquoi pas le commerce ?* »³³². L’urbanisme est un vecteur politique qui s’approprie aujourd’hui de nouvelles problématiques : logement social, trafic automobile urbain³³³, déplacement des marchandises après l’essor du *e-commerce* et diversité commerciale - autre nom donné à la « mixité fonctionnelle » des quartiers. « *Les activités commerciales ont toujours entretenu des rapports imbriqués avec la ville, l’urbanisation se « nourrissant » du commerce et vice-versa* »³³⁴.

86. Toutefois, beaucoup d’observateurs ne se sont pas fait prier pour mettre l’accent sur les difficultés techniques du traitement exclusivement urbanistique de l’implantation commerciale. D’une part, la délimitation de zones commerciales au sein des documents d’urbanisme peut difficilement faire l’économie de critères à prévalence économique, notamment la diversité de l’offre commerciale³³⁵, et l’on retombe alors dans le rapport économique-urbanisme / autorisation, mal vu par la directive de 2006. D’autre part, les professionnels de l’aménagement commercial attirent l’attention sur la complexification de la procédure d’octroi de l’autorisation, notamment en amont, au stade de la constitution du dossier, et sur son coût parfois prohibitif pour les petits enseignes indépendantes - et ce, en dépit de la simplification affichée depuis la fusion entre l’AEC et le permis de construire.

87. Enfin, les problématiques spécifiques du commerce sont souvent mal connues des rédacteurs des documents locaux d’urbanisme, qui ne sont pas particulièrement rompus aux arcanes de la matière³³⁶. En témoigne leur vision quelque peu manichéenne, et franchement passéeiste³³⁷, qui consiste à opérer une simple dichotomie entre le « *petit commerce de proximité* » et la « *grande distribution* ». Cette conception élude malheureusement le développement du *e-commerce*, qui passe largement entre les mailles du filet - notamment dans son dernier avatar le « *quick commerce* » - ou l’existence de friches commerciales toujours plus nombreuses dans les petites

³³² LAGUERRE A., « Le commerce intégré dans l’urbanisme, la liberté du commerce menacée. – A propos d’une proposition de loi..., » JCP Adm. 2011, p. 2056

³³³ FLONNEAU M., « Georges POMPIDOU, président conducteur, et la première crise urbaine de l’automobile », Vingtième Siècle, revue d’histoire, n°61, janvier-mars 1999. pp. 30-43

³³⁴ LAGUERRE A., *op. cit.*

³³⁵ A ce titre, Jean-Pierre FERRAND rappelle que la délimitation des anciennes ZACOM, supprimées depuis, « *dont l’existence et le périmètre devaient être justifiés par des considérations liées à l’aménagement du territoire et au développement durable alors même que tout conduisait à se référer principalement à l’analyse de l’offre commerciale* » constitue un exemple topique *in* « Les obstacles au développement d’une véritable politique d’aménagement commercial dans les SCoT », *op. cit.*

³³⁶ Par exemple les difficultés soulevées, d’une part, par le déploiement progressif des PLU « alurisés » et, d’autre part, le maintien des PLU non « alurisés » qui étaient en vigueur le 1er janvier 2016, Voir sur ce point LAMY-WILLING, « Les destinations en droit de l’urbanisme: point d’étape de la réforme de 2016 », Constr.-Urb., étude n°8, 2021.

³³⁷ FERRAND J.-P., *op. cit*

centralités urbaines³³⁸. Or, si la détermination de la taille des magasins devrait être fonction de l'évolution des modes de consommation, de nombreux documents d'aménagement commercial, qui « *semblent traduire le rêve d'un commerce « administré », dans ses pratiques mais aussi dans sa localisation* : « *Tel commerce à tel endroit* »³³⁹, ne semblent pas réellement adaptés. Au-delà de cet écueil, une interrogation subsiste en matière de future planification économico-commerciale stratégique. En effet, il est très incertain que le « planificateur » soit en mesure d'anticiper ce que seront les pratiques commerciales de demain. N'oublions pas que les *dark stores* ont, en un an, pris de court le législateur, les planificateurs et les observateurs (*cf. supra point 78*) ! Alors est-il souhaitable de trop réglementer dans un plan, voué à durer au moins dix ans, un secteur qui évolue quasi-quotidiennement ? La réponse à cette question est certainement positive, mais elle est à nuancer : l'exercice trouvera des limites tangibles dans le risque d'empilement des textes. Ce faisant, il s'agira d'abord pour le législateur de retoucher une nouvelle fois les « destinations » du code de l'urbanisme pour intégrer la problématique des *dark stores*, puis pour le planificateur de modifier tel ou tel autre aspect du PLU ou SCoT pour faire face à de nouvelles pratiques³⁴⁰, entre autres choses.

88. Pour résumer, la suppression des critères purement économiques de la réglementation d'aménagement commercial, sous l'influence du droit national et communautaire de la concurrence, au profit d'un *corpus* de règles s'intégrant partiellement dans le droit commun de l'urbanisme fera l'objet de la première partie de notre exposé (**Titre 1**). Les aspects encore en chantier de la réglementation, notamment l'intégration des surfaces commerciales au sein des documents de planification d'urbanisme, ainsi que les aspects pathologiques - conséquences de l'urbanisation incomplète de la matière et risque d'inconventionnalité d'une partie de la réglementation actuelle - seront étudiées en seconde partie (**Titre 2**).

³³⁸ Ou même à Paris, où des rues entières - telle la rue de Rennes par exemple (qui fait la jonction entre la Tour Montparnasse et l'église de Saint-Germain-des-prés, dans le 6e arrondissement) ont été victimes d'une véritable hécatombe en terme de petits commerces après la crise de Covid-19. Aujourd'hui (27 octobre 2022), le commerce de proximité semble avoir repris ses droits et les friches commerciales ont été remplacées par de nouvelles enseignes.

³³⁹ FERRAND J.-P., *op. cit.*

³⁴⁰ GIACUZZO J.-Fr., « *Dark cities : les municipalités contre-attaquent* », *op. cit.*

TITRE 1 - L'EFFORT DE RÉORIENTATION DE L'AMÉNAGEMENT COMMERCIAL VERS UNE LOGIQUE D'URBANISME

« *Le regard sur l'avenir est le premier temps de l'action* »
Pierre Massé, Commissaire général du Plan, *Le Plan ou l'anti-hasard*, 1965

89. En tant que principale source supra-nationale de l'aménagement commercial, le droit de l'Union est à l'origine de la transformation de la réglementation française depuis 2006 (**chapitre 1**). La dénonciation par les institutions communautaires d'atteintes à la liberté d'établissement commises par certaines autres législations - les législations catalane et hollandaise entre autres - a grandement accéléré sa mutation. A la suite de cette impulsion « *venue de Bruxelles* »³⁴¹, le législateur français a dû faire face à « *la difficulté à inscrire une activité de nature concurrentielle dans une politique d'urbanisme* »³⁴² (**chapitre 2**). La « commercialité » des autorisations d'exploitation commerciale impliquait en effet de jongler entre plusieurs concepts issus d'ordres juridiques différents, notamment les prérogatives de puissance publique (PPP) qui définissent l'autorisation administrative à proprement parler, la liberté du commerce et de l'industrie issue de la loi *d'Allarde* des 2 et 17 mars 1791 ou encore les règles communautaires et nationales de concurrence, applicables à tous les actes administratifs depuis le célèbre arrêt *Million et Marais*³⁴³. Les questions de l'exploitation économique et de la construction du bâtiment abritant le commerce étant mêlées d'entrée de jeu, la réunion des volets urbanistique et commercial de la matière, encore incomplète, aurait eu « *l'avantage de ne pas laisser dans la marge une myriade de régimes spécifiques, ou dans la clandestinité une éminente réalité économique* »³⁴⁴.

90. En réalité, si la réglementation de l'implantation des commerces ressortit principalement aujourd'hui au droit de l'urbanisme, force est de constater qu'elle relève d'un régime de « *police de l'urbanisme* »³⁴⁵. Loin d'être synonyme de liberté, il s'agit plutôt d'un régime « *très en retrait par rapport aux principes de 1789* » et que la doctrine peine à associer à l'idée même de liberté³⁴⁶. C'est l'une des principales raisons pour lesquelles nous convenons bien volontiers que les atteintes de la réglementation, patentées, aux principes concurrentiels étaient telles que l'ancien droit de

³⁴¹ JOYE J.-Fr., « Intégrer l'urbanisme commercial dans l'urbanisme général » *op. cit.*

³⁴² FERRAND J.-P., « Les obstacles au développement d'une véritable politique d'aménagement commercial dans les SCoT », *op. cit.*

³⁴³ CE, *Société Million et Marais*, *op. cit.* **point 22**

³⁴⁴ JOYE J.-Fr., *op. cit.*

³⁴⁵ LAGUERRE A., *op. cit.*

³⁴⁶ SOLER-COUTEAUX P., « Le droit de l'urbanisme : sous la règle, quelle liberté ? » : RD imm. 2009, p. 208.

l'urbanisme commercial méritait un toilettage intégral, en particulier après les diverses prises de position bruxelloises, les injonctions luxembourgeoises et au vu du principe de primauté du droit communautaire³⁴⁷ (cf. *supra points 31 s.*). À l'instar du Professeur AUBY en 1989 - et alors même que la réforme de 2008 était encore lointaine - nous allons maintenant nous poser la question de savoir « *dans quelle mesure et comment la règle d'urbanisme est-elle utilisée, ou mobilisable, pour orienter, réguler la localisation des activités commerciales* » ?³⁴⁸.

CHAPITRE 1 - L'AMÉNAGEMENT COMMERCIAL REMODELÉ PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE

91. Protectionniste³⁴⁹, la loi ROYER avait mis en place dès 1973 une véritable « *police de la concurrence* », qui atteignait ses sommets en 1996 avec la soumission de tout commerce de plus de 300 m² à autorisation, et ce indépendamment du nombre d'habitants au sein de la commune³⁵⁰. Depuis sa prétendue mise en conformité avec le droit communautaire et sa mutation en une « *police d'utilisation des sols* »³⁵¹, la réglementation d'aménagement commercial demeure aujourd'hui morcelée, empruntant à la fois au droit de l'aménagement du territoire au travers de « *la recherche d'un développement équilibré* »³⁵², au droit de l'environnement pour sa recherche de l'esthétique urbaine et son inscription dans les objectifs du développement durable et au droit commercial puisque la quasi-totalité de la réglementation est inscrite dans le Code de commerce. Transformé par la loi LME en une « *police spéciale d'urbanisme* » consacrée aux conditions d'implantation des équipements commerciaux, sa réglementation constitue toujours à ce jour, en dépit de pléthoriques réformes législatives, un droit spécial. En disparaissant, le critère originel dominant de « *l'équilibre entre les différentes formes de commerce* » a laissé la place aux critères d'aménagement du territoire, d'environnement et de protection du consommateur³⁵³, même si le critère économique n'est jamais vraiment loin (cf. *infra points 213 s.*).

92. Les deux principales sources internes de l'aménagement commercial français, qu'il s'agisse de celles régissant la délivrance de l'autorisation d'exploitation commerciale (**section 1**) ou de celles établissant la prise en compte des activités commerciales par les documents réglementaires d'urbanisme (**section 2**), ont d'abord été amendées après qu'a été adressé par la Commission européenne un avis motivé aux autorités françaises, en 2006 (sur cette question, voir **point n° 45 en introd.**). Cette législation nationale rénovée a ensuite été, en quelque sorte, « façonnée » par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (**ci-après « CJUE »**) à partir de

³⁴⁷ CJCE, *Costa c/ Enel*, *op. cit.* ; Déclaration n° 17 annexée au traité de Lisbonne de 2007

³⁴⁸ AUBY J.-B., « Le statut de l'activité commerciale en Droit de l'Urbanisme », *Droit et ville*, 1989, 28 pp. 73-91

³⁴⁹ MONNET J., « Espacio público, comercio y urbanidad en Francia, México y Estados Unidos », *Alteridades* n°11, p. 11-25 (México D.F.)

³⁵⁰ MONNET J., « L'urbanisme commercial français de 1969 à 2009 », *op. cit.*

³⁵¹ JOYE J.-Fr., « Intégrer l'urbanisme commercial dans l'urbanisme général » *op. cit.*

³⁵² CASTELBAJAC (de) P., MONOD J., « L'aménagement du territoire », PUF, p. 102

³⁵³ MARSON G., « Le nouveau visage de la législation d'équipement commercial : une réforme au milieu du gué », *Revue Contrat Concurrence Consommation*, dossier 6, 2008

2011³⁵⁴, puis en 2018³⁵⁵ et plus récemment en 2021³⁵⁶. À l'exception de cette dernière décision, les deux premières jurisprudences ne concernent pas directement la législation française ; elles ont trait à des législations jumelles - respectivement espagnole et hollandaise. Cependant, elles ont eu pour principale conséquence de forcer le législateur français à reprendre la plume, après avoir pris acte des solutions décidées à Luxembourg. Du reste, il est à noter une évolution dans la prise en compte de la liberté d'établissement par les institutions européennes entre 2006 et 2018, commentée par la doctrine comme le passage d'une véritable « *instruction à charge contre la législation française* »³⁵⁷ à une certaine permissivité de la part de la Cour de Luxembourg.

SECTION 1 - L'AUTORISATION D'EXPLOITATION COMMERCIALE MOULÉE DANS UN CADRE JURIDIQUE COMMUNAUTAIRE³⁵⁸ STRICT

93. La liberté d'établissement, *id est* la liberté de créer ou de transférer une entreprise dans un État membre autre que l'État d'origine, est protégée par les articles 49 et suivants du Traité FUE. Ces différents textes de droit primaire ont servi de base à la Cour de justice de l'Union en 2011 dans son travail de vérification des dispositions espagnoles³⁵⁹ (catalanes, en réalité) relatives à l'implantation des grandes surfaces. Il s'agissait alors pour les juges luxembourgeois d'examiner que ces dernières ne portaient pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'établissement (**paragraphe 1**).

94. La protection offerte originellement par les stipulations du Traité a été renforcée par la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur³⁶⁰, transposée de manière effective et dans les délais impartis en droit interne. Le texte dérivé fait œuvre de conciliation des libertés fondamentales issues de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³⁶¹ avec celle énoncée à l'article 49 du Traité FUE. La prise d'acte de la solution rendue le 24 mars 2011 a conduit le législateur national à réfléchir à une nouvelle modification de la législation française d'aménagement commercial alors même que celle-ci avait été réformée en profondeur en 2008, postérieurement à l'adoption de la

³⁵⁴ CJUE, 24 mars 2011, *op. cit.*

³⁵⁵ CJUE (GC), 30 janvier 2018, *op. cit.*

³⁵⁶ CJUE, 15 juillet 2021, *op. cit.* (sur question préjudicielle posée par CE, 15 juillet 2020, *Société BEMH et Conseil national des centres commerciaux*, n°431.703)

³⁵⁷ Nous avons emprunté la formule à Danièle MORENO.

³⁵⁸ Droit primaire, dérivé et jurisprudentiel.

³⁵⁹ Loi 7/1996, portant réglementation du commerce de détail (Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista), du 15 janvier 1996 (BOE n° 15, du 17 janvier 1996, p. 1243), et réglementation de la Communauté autonome de Catalogne en la même matière, à savoir la loi 18/2005, relative aux équipements commerciaux (Ley 18/2005 de equipamientos comerciales), du 27 décembre 2005 (DOGC n° 4543, du 3 janvier 2006, p. 72), le décret 378/2006, portant exécution de la loi 18/2005 (Decreto 378/2006 por el que se desarolla la Ley 18/2005), du 10 octobre 2006 (DOGC n° 4740, du 16 octobre 2006, p. 42591), et le décret 379/2006, portant approbation du plan territorial sectoriel d'équipements commerciaux (Decreto 379/2006 por el que se aprueba el Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales), du 10 octobre 2006 (DOGC n° 4740, du 16 octobre 2006, p. 42600)

³⁶⁰ Dite « directive Services » ou « directive BOLKESTEIN »

³⁶¹ Notamment l'article 16 de la Charte, lequel indique que « *la liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales* ».

directive Services. Remodelée sous l'influence des juges de Luxembourg, elle devait donc logiquement s'orienter vers une inclusion dans le droit commun de l'urbanisme (**paragraphe 2**).

§1. La fermeté de la position communautaire en regard de la conformité aux libertés économiques des critères de délivrance des AEC

95. Le principe de l'autorisation préalable à l'implantation ou à l'agrandissement des surfaces commerciales semble de prime abord contraire au droit de l'Union, principalement en ce qu'il a pour effet de « *gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par des opérateurs économiques d'autres Etats membres, de leurs activités* »³⁶² dans un Etat membre de l'Union. Cette soumission de l'établissement d'un prestataire à une autorisation administrative préalable a donc rapidement posé question. Face à cette difficulté devenue récurrente, les juges communautaires ont eu plusieurs fois l'occasion de soumettre à rude épreuve le droit national de plusieurs Etats membres. C'est le cas, par exemple, de l'Espagne dans un arrêt du 24 mars 2011³⁶³ (*cf. supra point n°59*). La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) fait passer le régime catalan d'autorisation préalable à l'ouverture d'un grand établissement commercial sous ses fourches caudines ; elle le censure partiellement.

96. Cette décision, qui concerne une législation jumelle à celle de la France, est riche d'enseignements. La Cour y indique que des considérations d'aménagement du territoire³⁶⁴, de protection de l'environnement³⁶⁵ et de protection des consommateurs³⁶⁶ sont autant de « raisons impérieuses d'intérêt général » susceptibles de fonder des restrictions à la liberté d'établissement³⁶⁷ par les législations des États membres. Pour ce qui nous concerne, elle admet clairement l'hypothèse d'une limitation à l'implantation des commerces motivée par un but d'aménagement du territoire, mais uniquement à la condition que les restrictions soient « *propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif* »³⁶⁸ (**B**). Un point d'achoppement demeure cependant : les stipulations de l'ex-article 43 du traité³⁶⁹ n'offrent qu'une protection limitée à cette liberté d'établissement (**A**).

³⁶² CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard op. cit.*, point 37

³⁶³ Dans cette affaire, la Commission des Communautés européennes (requérante) faisait état de trois principaux griefs : l'incompatibilité avec l'article 43 CE des limitations quant à l'emplacement et à la taille des grands établissements commerciaux ; l'incompatibilité avec ce même article des conditions d'obtention de l'autorisation commerciale spécifique requise pour l'implantation de tels établissements ; l'incompatibilité de certains aspects de la procédure de délivrance de cette autorisation.

³⁶⁴ CJUE, 1er octobre 2009, *Woningstichting Sint Servatius*, aff. C-567/07, point 29

³⁶⁵ CJUE, 11 mars 2010, *Attanasio Group*, aff. C-384/08, point 50

³⁶⁶ CJCE, 13 septembre 2007, *Commission c/ Italie*, aff. C-260/04, point 27

³⁶⁷ « *Des restrictions portant sur la taille des grands établissements commerciaux apparaissent comme des moyens propres à atteindre les objectifs d'aménagement du territoire et de protection de l'environnement* ». CJUE, Comm. c/ Espagne, *op. cit.* point 80

³⁶⁸ CJUE, 10 mars 2009, *Hartlauer*, aff. C-169/07, point 44 ; CJUE, 19 mai 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, aff. C-171/07 et aff. C-172/07, point 25 ; CJUE, 1er juin 2010, *Blanco Pérez et Chao Gómez*, aff. C-570/07 et aff. C-571/07, point 61.

³⁶⁹ Il sera préférable par la suite de parler de l'article 49 (forme actuelle de l'ex-article 43), même si nous emploierons l'une ou l'autre numérotation de manière indifférenciée, cette stipulation n'ayant pas été changée dans sa lettre.

A. Une protection du droit primaire *a priori* restreinte par l'élément d'extranéité

97. La protection de la liberté d'établissement est assurée au niveau du droit primaire par l'article 49 du Traité FUE, lequel prévoit spécifiquement que :

« Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre. / La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux » (nous soulignons).

A s'en tenir à ces stipulations, le processus consistant à imposer à un opérateur de demander une autorisation - administrative qui plus est, avec tout ce que cela peut comporter comme formalités bureaucratiques et délais souvent excessifs - pour s'implanter sur un marché semble parfaitement anormale dans un Etat disposant d'une économie de marché. Mais le texte apporte une restriction de taille, en précisant bien que sont interdites les restrictions à la liberté d'établissement « *des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre* ». La stipulation est donc silencieuse sur le sort des ressortissants nationaux de l'Etat membre imposant une telle autorisation préalable.

98. S'agissant de leur finalité, ces stipulations - qui concernent donc les ressortissants d'un Etat membre désirant s'établir sur le territoire d'un autre Etat membre afin d'y exercer une activité professionnelle non salariée - visent à l'élimination des obstacles au développement des activités de services entre Etats membres afin de « *promouvoir dans l'ensemble de la Communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques* » (mission visée à l'article 2 du traité). De jurisprudence constante,

*« ces stipulations s'opposent à toute mesure nationale qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les citoyens de l'Union, de la liberté d'établissement garantie par le traité »*³⁷⁰.

Cet article 49 (ex-article 43) implique alors un élément d'extranéité pour être invoqué³⁷¹ - ce qui a pour conséquence malheureuse de restreindre la possibilité pour un opérateur de l'Etat membre d'origine d'invoquer ce droit primaire au soutien d'éventuelles prétentions. Et c'est là tout le problème de la portée concrète de l'arrêt de 2011. Car, en dépit de l'adoption de fraîche date de la directive Services (2006), la Cour s'est prononcée sur la conformité des règles espagnoles d'urbanisme commercial à la seule liberté d'établissement issue des stipulations des articles 49 et

³⁷⁰ Voir, notamment, CJCE, 14 octobre 2004, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-299/02, point 15 ; CJCE, 21 avril 2005, *Commission c/ Grèce*, aff. C-140/03, point 27

³⁷¹ Au sens de l'article 43 du Traité CE, la « restriction » s'entend des mesures prises par un État membre qui, quoique indistinctement applicables, affectent l'accès au marché pour les entreprises d'autres États membres et qui entravent ainsi le commerce intracommunautaire (Voir notamment CJCE, 5 octobre 2004, *CaixaBank France*, aff. C-442/02, point 11 ; CJUE, 28 avril 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-518/06, point 64 ; CJUE, 10 février 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-110/05, point 37)

suivants du TFUE³⁷² (anc. article 43 s. Traité CE) - et plus précisément à la condition de non-discrimination qu'elles érigent.

99. C'est pourquoi la directive Services complète utilement la protection offerte par le droit communautaire à la liberté d'établissement, notamment en n'exigeant pas dans son chapitre III (« *liberté d'établissement des prestataires* ») d'élément d'extranéité pour être invocable par les prestataires intéressés (voir *infra points 103 et s.*). Mais l'apport de la décision de 2011 pour la législation actuelle reste indéniable, quand bien même cette dernière est intervenue postérieurement à la mise en conformité avec le droit issu de la directive Services opérée par la loi LME³⁷³. La solution a pour mérite de permettre aux instances nationales françaises de savoir où le bâti blesse pour réussir à réformer à l'avenir l'aménagement commercial dans un sens euro-compatible.

B. L'enseignement à tirer de la censure des « *plafonds de nature purement économique* »

100. Proche dans son procédé de la législation française, la législation catalane consistait en la soumission de toute ouverture d'un établissement commercial dont la superficie utile pour l'exposition et la vente au public était supérieure à 2 500 m², à une autorisation préalable spécifique. Etais précisément interdite l'implantation de ces grands équipements en dehors des « *tissus urbains consolidés* » d'un certain nombre de municipalités. La législation critiquée limitait par ailleurs l'implantation de nouvelles surfaces commerciales à un nombre restreint de zones, et fixait des taux d'incidence sur le commerce de détail au-delà desquels l'ouverture de nouveaux grands établissements était interdite :

*« L'octroi ou le refus de l'autorisation (...) est décidé en tenant compte notamment de l'existence ou non d'un équipement commercial adéquat dans la zone concernée par la nouvelle implantation et des effets que celle-ci pourrait avoir sur la structure commerciale de ladite zone »*³⁷⁴ (nous soulignons).

Lesdits « effets » étaient alors appréciés « *en tenant compte de l'amélioration que représente pour la libre concurrence l'ouverture d'un nouveau grand établissement dans la zone ainsi que les effets négatifs qu'il pourrait avoir sur le petit commerce préexistant* ». Enfin, au nombre des éléments que les autorités municipales devaient examiner pour se prononcer sur les demandes d'autorisation commerciale³⁷⁵, figurait :

³⁷² « *Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre. / La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux* ».

³⁷³ « *A la lecture de cet arrêt, la nouvelle législation de l'aménagement commercial, issue de la loi du 4 août 2008 (dont les dispositions sont codifiées aux article L. 750-1 et s. C. com.) et de celle du 12 mai 2009, qui a profondément remanié les règles de la loi ROYER du 27 décembre 1973, modifiée notamment par celle du 5 juillet 1996, apparaît bien en ligne avec le droit de l'Union* » in AUBERT M., BROUSSY E., DONNAT F. Chronique de jurisprudence de la CJUE, AJDA 2011 p. 1007

³⁷⁴ Ley 7/1996, de ordenación del comercio minorista, article 6

³⁷⁵ Ley 18/2005 de equipamientos comerciales, article 10

« La localisation du projet dans le tissu urbain consolidé et de sa conformité avec les dispositions du programme municipal d'orientation des équipements commerciaux, s'il existe, du «droit des consommateurs à disposer d'une offre large et variée en termes de qualité, de quantité, de prix et de caractéristiques des produits» ainsi que du degré d'implantation de l'entreprise demanderesse sur le marché relevant ».

101. Dans cette décision, la Cour estime justifiés - car suffisamment précis - les critères relatifs aux « conditions qui assurent la sécurité du projet et l'intégration de l'établissement dans l'environnement urbain », à « la mobilité générée par le projet » ou encore au « droit des consommateurs à disposer d'une offre large et variée en termes de qualité, de prix et de caractéristiques de produits ». Selon son appréciation souveraine, ils ne sont ni inadaptés à la réalisation des objectifs d'aménagement du territoire, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, ni disproportionnés par rapport à ces objectifs³⁷⁶. Il faut par ailleurs souligner qu'en érigeant en tant que critère légitime « la variété de choix disponible pour les consommateurs » précitée (**point 100**), la CJUE admet explicitement l'idée d'un équilibre entre la grande distribution et le petit commerce de détail.

102. Elle censure néanmoins la réglementation catalane³⁷⁷. La Cour considère en effet que le plafond exprimé en parts de dépenses³⁷⁸ - critère de nature purement économique³⁷⁹ - constitue une barrière à l'entrée des nouveaux commerçants³⁸⁰. Prenant le temps de la pédagogie, elle rappelle préalablement les raisons pour lesquelles doit être sanctionnée :

« toute réglementation nationale qui subordonne l'établissement d'une entreprise d'un autre État membre à la délivrance d'une autorisation préalable, car celle-ci est susceptible de gêner l'exercice, par une telle entreprise, de la liberté d'établissement en l'empêchant d'exercer librement ses activités par l'intermédiaire d'un établissement stable »³⁸¹.

Faisant alors une application circonstanciée de sa propre jurisprudence, elle considère en l'espèce que l'obligation légale de prendre en compte, antérieurement à l'octroi de l'autorisation, « l'existence d'un équipement commercial dans la zone concernée ainsi que les effets d'une nouvelle implantation sur la structure commerciale de cette zone »³⁸² concerne l'incidence sur le

³⁷⁶ CJUE, *Commission c/ Espagne* op. cit. points 115 à 118

³⁷⁷ CJUE, *Commission c/ Espagne* op. cit. point 98

³⁷⁸ Selon les termes du *Decreto 378/2006 por el que se desarolla la Ley 18/2005* du 10 octobre 2006 « un degré maximal d'implantation est fixé annuellement pour chaque secteur commercial à la fois pour l'ensemble de la Catalogne et pour les zones la composant. La Commission affirme, sans être contredite sur ce point par le Royaume d'Espagne, que cette disposition n'a pas encore été appliquée, de telle sorte que le degré maximal d'implantation du groupe auquel appartient un distributeur est celui qui a été fixé par la législation antérieure, à savoir 25 % de la surface de vente en Catalogne ou 35 % de la surface de vente au sein de la zone d'influence de l'établissement dont l'implantation est projetée » (CJUE, Comm. c/ Espagne op. cit. point 25).

³⁷⁹ Or, des objectifs de nature purement économique ne peuvent pas constituer une raison impérieuse d'intérêt général (CJUE, 15 avril 2010, CIBA, aff. C-96/08, point 48)

³⁸⁰ « l'obligation de prendre en compte, pour la délivrance d'une autorisation d'implantation, l'existence d'un équipement commercial dans la zone concernée ainsi que les effets d'une nouvelle implantation sur la structure commerciale de cette zone concerne l'incidence sur le commerce préexistant et la structure du marché, et non pas la protection des consommateurs. Il en va de même de l'obligation, dans le cadre de la procédure de délivrance de cette autorisation, d'établir un rapport sur le degré d'implantation, qui est contraignant s'il est négatif et qui doit être négatif si le degré d'implantation dépasse une certaine valeur. A cet égard, dès lors que l'application de plafonds est requise en ce qui concerne le degré d'implantation et l'incidence sur le commerce de détail préexistant au-delà desquels il est impossible d'ouvrir de grands établissements commerciaux et/ou des établissements commerciaux moyens, de telles considérations, de nature purement économique, ne peuvent constituer une raison impérieuse d'intérêt général pouvant justifier des restrictions à la liberté d'établissement » (extraits du résumé de la décision Comm. c/ Espagne du 24 mars 2011 op. cit.).

³⁸¹ CJUE, *Blanco Pérez et Chao Gómez*, op. cit. point 54

³⁸² CJUE, *Commission c/ Espagne* op. cit. point 95

commerce préexistant et la structure du marché, et non pas la protection des consommateurs. Or, les plafonds de nature purement économique, liés à la densité commerciale et à la structure des marchés existants, doivent être censurés ; seuls peuvent être admis des plafonds en fonction de la taille des équipements commerciaux, à la condition qu'ils se fondent sur des critères d'aménagement du territoire, d'environnement et de protection du consommateur³⁸³. C'est d'ailleurs le cas en France, depuis la réforme de la loi LME et la suppression des critères économiques de la réglementation.

§2. La nécessaire disparition du « test économique » au sens de la directive du 12 décembre 2006

103. En s'attachant à réglementer les conditions d'octroi des autorisations d'implantation des grandes surfaces commerciales sans condition d'extranéité³⁸⁴, la directive Services de 2006 cherche à faciliter l'exercice de la liberté d'établissement des prestataires en entourant de garanties tout régime d'autorisation³⁸⁵ préalable à l'exercice d'une activité économique. Dans le viseur de ce texte de droit dérivé, se retrouvent les procédures administratives par lesquelles sont octroyées des autorisations préalables, expresses ou tacites, afin de débuter une activité commerciale³⁸⁶. Empreintes d'une lourdeur souvent à l'excès, les formalités qui les accompagnent pourraient faire obstacle à la liberté d'établissement et à la création de nouvelles entreprises de services³⁸⁷. Le régime d'autorisation français afférent à l'implantation des surfaces commerciales trouve alors pleinement sa place dans ce cadre juridique renouvelé par la directive (**A**).

104. Jusqu'à la réforme LME de 2008, le critère de « densité de l'équipement commercial » figurait parmi les éléments à prendre en compte par les commissions départementales en charge de la délivrance de l'autorisation d'exploitation commerciale. Il faut rappeler, en effet, que sous l'empire de la loi ROYER, la considération d'un critère de densité supérieure à la moyenne nationale entraînait le refus de l'autorisation sollicitée, sauf à faire intervenir certains correctifs légaux comme la concurrence, l'aménagement du territoire, les besoins des consommateurs, certaines considérations sociales (emploi, entre autres) et environnementales (circulation automobile et stationnement)³⁸⁸. L'interdiction du « test économique » par la directive de 2006 a alors forcé le législateur à ôter ce critère, devenu inconvientuel (**B**), même si - nous le verrons en seconde partie de ce mémoire - il fait un retour discret au détour de la jurisprudence judiciaire (cf. *infra point 184*).

³⁸³ Et dans ce cas précis, comme l'indique la Cour, « *s'il est admis que l'intégration dans l'environnement urbain, l'effet sur l'utilisation des routes et des transports en commun, et la variété de choix disponible pour les consommateurs constituent des critères légitimes lorsqu'il y a lieu de se prononcer sur la question de savoir s'il convient d'autoriser l'ouverture d'un établissement commercial, il faut constater à l'instar de Mme l'Avocat général au point 116 de ses conclusions, qu'il est difficile de spécifier à l'avance des seuils et des plafonds précis sans introduire un degré de rigidité susceptible de restreindre davantage la liberté d'établissement* »

³⁸⁴ « *La présente directive s'applique aux services fournis par les prestataires ayant leur établissement dans un État membre.* » (article 2)

³⁸⁵ Directive Services, article 4, 6)

³⁸⁶ *Ibid.*, cons. 39

³⁸⁷ *Ibid.*, cons. 42

³⁸⁸ C. com., article L. 720-1 à L. 720-3 (anc.)

A. La soumission du « régime » d'AEC au droit communautaire³⁸⁹

105. Rappelons d'abord succinctement la teneur des dispositions concernées par les atteintes à la liberté d'établissement. En 1973, la loi ROYER soumet l'ouverture et l'agrandissement des surfaces commerciales supérieures à 1.000 m² à une procédure d'autorisation administrative délivrée par des commissions *ah hoc* se prononçant au vu de critères à prévalence économique ; il s'agit notamment d'éviter « *qu'une croissance désordonnée des formes nouvelles de distribution ne provoque l'écrasement de la petite entreprise et le gaspillage des équipements commerciaux* ». Plus de vingt ans après, le seuil est abaissé à 300 m² afin de freiner la création de nouvelles grandes surfaces de vente. La majorité des équipements commerciaux étant désormais concernée par l'autorisation, ce régime juridique constitue indéniablement une barrière à l'entrée de tout nouvel opérateur dans la grande distribution.

106. A l'aune de cette législation, les distributeurs étrangers sont contraints d'ouvrir de petites surfaces ou de devoir attendre jusqu'à parfois quatre ans pour ouvrir un point de vente supérieur à 300 m² - sans compter les vicissitudes inhérentes à l'octroi de l'autorisation³⁹⁰ et le coût prohibitif des études de marché détaillées que le distributeur doit produire pour prouver que son arrivée n'a pas d'impact négatif sur ses concurrents locaux directs³⁹¹. En témoigne par exemple l'entreprise de maxi-discount allemande *Lidl* qui, selon les chiffres communiqués par le Professeur Odile CHANUT³⁹², aurait dépensé pas moins d'un million d'euros par an en frais de procédure pour faire face aux recours déposés par ses distributeurs françaises. Du reste, ce quasi-gel des autorisations freinait considérablement la concurrence en confirmant la position dominante acquise par les distributeurs français³⁹³, et en rendant par conséquent plus difficile l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché³⁹⁴. Dans cette perspective, la logique de l'autorisation méritait de se voir confrontée au droit communautaire. Et outre la liberté d'établissement, il faut noter que la liberté d'entreprise³⁹⁵, « *exception notable dans le paysage juridique* »³⁹⁶ protégée par l'article 16 de la

³⁸⁹ Nous parlerons de la liberté d'établissement et de la liberté d'entreprise.

³⁹⁰ En 2006 et 2007, consécutivement à la mise en demeure adressée à la France par la Commission européenne, les CDEC ont prononcé respectivement 22 refus pour 12 ouvertures et 25 refus pour 12 ouvertures.

³⁹¹ Selon les chiffres rapportés par D. MORENO de la CCI de Paris IDF, la procédure pouvait aller jusqu'à plus de six mois et le coût estimé s'élever jusqu'à 20 millions d'euros par magasin potentiel (MORENO D., « La réforme de l'urbanisme commercial », *op. cit.*, p. 7)

³⁹² CHANUT O., « Grande distribution alimentaire et concurrence. La loi LME est-elle de nature à modifier les positions acquises des groupes de distribution français ? » HAL, 2ème Journée de Recherche Comindus, avril 2009, Montpellier

³⁹³ Certains observateurs parlent même d'entente tacite (EBRAN M., « Avis de tempête sur les prix », *Que Choisir*, n°434, 2006, pp. 50-55

³⁹⁴ Les quatre principales enseignes françaises (Auchan, Carrefour, Intermarché et Leclerc) représentent 66 % des parts de marché de la grande distribution alimentaire.

³⁹⁵ La « liberté d'entreprise » est une notion prétorienne, issue des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ayant déjà constitutionnalisé cette liberté - contrairement à la « liberté d'établissement » qui est expressément définie dans le droit primaire et le droit dérivé de l'Union.

³⁹⁶ LEONARD T., « L'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union : une nouvelle verte pour la liberté d'entreprendre ? », dans *Actualités en droit économique : la liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique*, Bruxelles, Bruxellant, 2015, p. 7

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³⁹⁷ (CDFUE), a également donné lieu à des décisions pouvant intéresser l'aménagement commercial.

107. Dans ce cadre, l'appréciation de la Cour de justice et celle des juridictions françaises semblent au diapason³⁹⁸. Par exemple, la CJUE³⁹⁹ a récemment considéré que la protection conférée par cet article ne constituait pas une prérogative absolue, mais devait être examinée au regard de sa fonction dans la société. Elle pouvait donc être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir, dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique. Dans ce cadre, toute limitation de l'exercice de cette liberté doit être prévue par la loi, respecter son contenu essentiel et, dans le respect du principe de proportionnalité, être nécessaire et répondre effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui. Si l'affaire ne concernait pas directement l'urbanisme commercial, la formulation n'est pas sans faire un certain écho à la jurisprudence de 2011 sur l'AEC catalane.

B. L'apparente suppression du critère de « densité de l'équipement commercial »

108. À la lecture de la directive *Services*, la libre installation des opérateurs sur un marché doit être la règle, l'autorisation préalable devant demeurer l'exception. L'ancien droit de l'aménagement commercial était alors concernée à deux titres par le droit issu de la directive. D'une part, la validité du « régime d'autorisation » préalable qu'il instituait était subordonnée à la réunion des trois conditions cumulatives expressément énoncées à l'article 9 : l'absence de caractère discriminatoire ; la justification de sa nécessité par une raison impérieuse d'intérêt général ; et l'impossibilité d'atteindre l'objectif poursuivi par une autre mesure moins contraignante, y compris si elle intervient *a posteriori*. La notion de « raison impérieuse d'intérêt général »⁴⁰⁰, éminemment prétroriennne, s'y entend de manière plus restrictive qu'en jurisprudence interne : sont couverts par la directive, pour ce qui nous intéresse, la protection des consommateurs, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, y compris l'aménagement du territoire⁴⁰¹. D'autre part, elle était soumise à l'article 14 de la directive, également relatif au « régime d'autorisation », lequel prohibe :

*« l'application au cas par cas d'un test économique consistant à subordonner l'octroi de l'autorisation à la preuve de l'existence d'un besoin économique ou d'une demande du marché, à évaluer les effets économiques potentiels ou actuels de l'activité ou à évaluer l'adéquation de l'activité avec les objectifs de programmation économique fixés par l'autorité compétente »*⁴⁰² (nous soulignons).

³⁹⁷ Cet article se fonde entre autres sur la jurisprudence de la Cour de justice, qui a reconnu la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale (CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, point 14 ; CJCE, 27 septembre 1979, *SpA Eridania et autres*, aff. 230/78, points 20 et 31), ainsi que sur l'article 119, paragraphes 1 et 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui reconnaît la concurrence libre. Ce droit peut être soumis aux limitations prévues à l'article 52, § 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, lequel stipule que « *dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui* ».

³⁹⁸ COURIVAUD H., *op. cit.*, point 196

³⁹⁹ CJUE, 4 mai 2016, *Pillbox 38 (UK) Ltd c/ Secretary of State for Health*, aff. C-477/14, points 154 à 162

⁴⁰⁰ Directive Services, article 4, 8)

⁴⁰¹ *Ibid.*, cons. 40

⁴⁰² *Ibid.*, article 14, 5)

109. Forts de ce constat, nous voyons immédiatement que c'était le critère de densité, présent dans la réglementation depuis la loi ROYER, qui posait principalement problème. Il était pourtant apprécié de façon particulièrement aléatoire, tant par les commissions que par le juge. En témoigne par exemple une décision de 2004⁴⁰³ dans laquelle le Conseil d'Etat avait rejeté le recours d'une société contre le projet d'extension d'un centre commercial, au motif que l'extension et la modernisation du centre commercial (la première depuis 1972) était :

« de nature à renforcer le caractère attractif, sur le plan commercial, de l'agglomération de Longwy, permettant ainsi d'attirer une clientèle supplémentaire et de réduire les achats effectués auprès des commerces situés en dehors de la zone de chalandise par la population résidant dans la partie de cette zone située en France ; que le projet autorisé comporte également des effets positifs tendant à la satisfaction des besoins des consommateurs, à l'animation de la concurrence entre les centres commerciaux ainsi qu'au développement de l'emploi dans une région où le taux de chômage est élevé »

Comme l'indique le Professeur Gilbert ORSONI à propos de cette jurisprudence, elle « *illustre au demeurant que si commissions et juges se fondent sur des critères établis, les considérations d'espèce sont nécessairement déterminantes, conduisant d'ailleurs parfois à des infléchissements de positions antérieures* »⁴⁰⁴. En effet, des considérations de nature économiques et sociales permettaient ici de déroger au critère légal de densité commerciale ; « *ce que l'on ne saurait qu'admettre, au moins s'agissant de la considération d'une situation quelque peu particulière faite aux zones économiques ayant connu ou connaissant des difficultés, car l'argument du développement de la concurrence et de l'emploi pourrait s'utiliser partout* »⁴⁰⁵.

110. Il était alors devenu impératif de modifier la législation nationale. Rappelons d'abord succinctement le contexte ayant précédé l'adoption de la loi LME. La Commission européenne avait été saisie par l'entreprise *Aldi* ; à l'instar de son compatriote *Lidl*, le distributeur allemand considérait que le seuil de 300 m² freinait le développement de son parc de points de ventes en France⁴⁰⁶. Bruxelles avait alors adressé à la France une mise en demeure de modifier sa législation. Pourtant, en se plaçant sur le seul terrain de l'article 49 TFUE, cette législation n'était qu'indirectement discriminatoire en ce qu'elle prêtait la main aux opérateurs déjà implantés, mais ne permettait pas aux opérateurs français de pouvoir utilement critiquer les critères de nature purement économique mis en place par la réglementation⁴⁰⁷. Néanmoins, de l'avis même du juge administratif, l'ancien droit de l'aménagement commercial, combinaison des lois ROYER et

⁴⁰³ CE, 12 janvier 2005, *Société Cora Belgique c/ Société des supermarchés Match*, n° 260198

⁴⁰⁴ ORSONI G., « *Densité de l'équipement commercial à prendre en compte pour autoriser la création ou l'extension d'un supermarché (à propos de CE, n°260198)* », RTD Com., 2005, p. 270

⁴⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁶ Le seuil d'autorisation en vigueur en Allemagne est de 700 m², ce qui correspond à la superficie moyenne des magasins du format *hard-discount* en France (690 m²).

⁴⁰⁷ « *Toutefois, les limitations à l'implantation ou l'extension de commerces de détail qui peuvent découler de la mise en oeuvre des dispositions [de la loi ROYER] répondent à des motifs d'intérêt général, liés notamment à la préservation des petites entreprises, à l'emploi et à l'aménagement du territoire. Ces motifs constituent des raisons impérieuses d'intérêt général de nature à justifier une limitation à la liberté d'établissement. Eu égard à l'apparition de nouvelles formes de distribution, et notamment des magasins de maxi-discompte disposant de surfaces de vente limitées, la fixation à 300 m² du seuil au-delà duquel l'autorisation est requise apparaît nécessaire et proportionnée aux objectifs que poursuivent ces dispositions. Par suite, la loi du 27 décembre 1973 n'est pas incompatible avec l'article 43 du traité instituant la Communauté européenne* », CE, 5 mars 2003, *Société Immaldi*, op. cit.

RAFFARIN, était ostensiblement contraire à la liberté d'établissement⁴⁰⁸. Du reste, après l'adoption de la directive Services, les autorités nationales ne pouvaient plus se fonder ni sur les dérogations prévues par le droit primaire - contenues aux articles 51⁴⁰⁹ et 52⁴¹⁰ TFUE - ni sur celles dégagées par la jurisprudence communautaire⁴¹¹, pour maintenir en vigueur un tel régime d'autorisation prenant appui sur une approche essentiellement économique. L'obligation de transposition de la directive - au plus tard le 28 décembre 2009⁴¹² - a alors rendu nécessaire et urgent le toilettage de la législation⁴¹³. La loi LME de 2008 avait porté les seuils d'autorisation à 1.000 m² de surface de vente, après avoir écarté les représentants des chambres consulaires des commissions départementales et ré-orienté les critères d'octroi de l'autorisation sur une logique plus urbanistique - l'aménagement du territoire, le développement durable - et plus « euro-compatible » avec la protection du consommateur. Le critère de « densité de l'équipement commercial » disparaissant des critères d'autorisation, le « test économique » tancé par les institutions européennes s'était manifestement estompé.

SECTION 2 - LA SOUMISSION TOURNENTÉE DES DOCUMENTS DE PLANIFICATION AU DROIT COMMUNAUTAIRE

111. Après la prohibition du « test économique » au sein des conditions d'octroi de l'AEC et leur recentrage subséquent sur une logique plus « urbanistique », la deuxième décision fondamentale

⁴⁰⁸ Le Conseil d'Etat lui-même l'affirme dans sa décision du 5 mars 2003, *ibid.* : « *les dispositions de l'article 1er de la loi du 27 décembre 1973, qui soumettent notamment l'implantation ou l'extension de certains commerces de détail d'une surface de plus de 300 m² à une autorisation, si elles n'instaurent pas d'inégalité de traitement susceptible de défavoriser les entreprises ayant leur siège dans d'autres Etats membres de la Communauté européenne, dès lors qu'elles s'appliquent indistinctement à toutes les personnes susceptibles d'exploiter un équipement commercial de ce type, quelle que soit leur nationalité, peuvent cependant être de nature à limiter, pour les ressortissants d'un des Etats membres de la Communauté européenne ou installés à l'intérieur de celle-ci, la liberté d'établissement* ».

⁴⁰⁹ « *Sont exceptées de l'application des dispositions du présent chapitre, en ce qui concerne l'Etat membre intéressé, les activités participant dans cet Etat, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique* ».

⁴¹⁰ « *Les prescriptions du présent chapitre et les mesures prises en vertu de celles-ci ne préjugent pas l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* ».

⁴¹¹ Voir par analogie concernant la libre prestation de services, en tant que principe fondamental du traité : « *le maintien de la paix sociale en tant que moyen de mettre fin à un conflit collectif et d'éviter ainsi qu'un secteur économique, et donc l'économie d'un pays, n'en subisse les conséquences négatives doit être considéré comme un objectif de nature économique qui ne peut constituer une raison d'intérêt général justifiant une restriction d'une liberté fondamentale garantie par le traité* » (CJCE, 25 juillet 1991, *Gouda e.a.*, aff. C-288/89, point 11 ; CJCE, 5 juin 1997, *Ypourgos Ergasias*, aff. C-398/95, point 23)

⁴¹² « *S'agissant de la liberté d'établissement des prestataires, les Etats membres doivent passer en revue leurs régimes d'autorisations existants et les rendre conformes aux dispositions des articles 9 à 13 de la directive. Concrètement, les Etats membres doivent identifier et recenser chaque régime d'autorisation en vigueur dans sa législation ou réglementation et évaluer ceux qui peuvent être maintenus, ceux qui doivent être modifiés et ceux qui doivent être supprimés. Le principe est que tout régime d'autorisation constitue désormais l'exception. Les régimes d'autorisation ne peuvent être maintenus que s'ils ne sont pas discriminatoires, s'ils sont justifiés par une raison impérieuse d'intérêt général et s'ils sont proportionnés. L'octroi d'une autorisation est soumis à des conditions et celles-ci ne doivent pas faire double emploi avec les exigences et les contrôles équivalents ou essentiellement comparables en raison de leur finalité, auxquels est déjà soumis le prestataire dans un autre Etat membre ou dans le même Etat membre. En principe, l'autorisation octroyée ne doit pas avoir une durée limitée* » (extrait de BIZET J., Rapport d'information sur la transposition de la « directive services », n° 199 (2007-2008), fait au nom de la délégation pour l'Union européenne, déposé le 7 février 2008 au Sénat).

⁴¹³ CE, *Boisdet op. cit.* ; CE, ass., *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France, op. cit.*

de la Cour de justice de l'Union est intervenue en 2018⁴¹⁴. Si la France n'est pas partie au litige, la solution rendue par les juges luxembourgeois intéresse directement la réglementation française. Elle a trait à la question de la soumission aux stipulations de la directive de 2006 des documents d'urbanisme (**paragraphe 1**), autre source importante de l'aménagement commercial puisque désormais l'heure est à la planification des surfaces commerciales (**paragraphe 2**).

112. En effet, les rédacteurs de la loi ELAN semblent avoir doté les SCoT de nouvelles attributions à l'égard des activités commerciales⁴¹⁵ dans le sillage de cette récente décision, laquelle vient conforter la place du droit de l'Union en tant que source cardinale du droit de l'urbanisme en général, et de l'aménagement commercial en particulier. Selon J.-P. FERRAND, elle « *conforte avec un certain éclat les fondements européens d'un encadrement contraignant de la localisation des commerces par les documents d'urbanisme locaux* »⁴¹⁶. Du reste, l'acceptation par la Cour de la possibilité pour un document d'urbanisme local de prohiber la localisation de certains commerces en périphérie vient donner quelque espoir aux partisans d'un moratoire sur l'installation de commerces en périphérie des villes. Cette idée refait d'ailleurs régulièrement surface, tel un marronnier législatif et réglementaire, alors même que le gouvernement en a pourtant expressément refusé l'idée en 2017 :

« *Il en va de même de toute décision que des élus locaux seraient tentés de prendre afin d'empêcher, par principe, pour une période plus ou moins longue, déterminée ou non, tout nouveau projet commercial sur un territoire. La liberté d'établissement demeure le principe, l'interdiction, l'exception, strictement encadrée par la loi. Il ne peut être porté atteinte au droit de tout opérateur économique de demander une autorisation d'exploitation commerciale (AEC)* »⁴¹⁷ (nous soulignons).

§1. L'applicabilité de la directive Service aux documents d'urbanisme

113. Dans sa décision du 30 janvier 2018⁴¹⁸, rendue sur renvoi préjudiciel du Conseil d'Etat hollandais, la Cour de justice admet qu'un document d'urbanisme local - en l'occurrence le plan d'occupation des sols (POS) de la commune d'*Appingedam*, sise aux Pays-Bas - peut interdire la localisation de certains commerces en dehors du centre-ville. Alors que dans sa décision précédemment examinée *Commission c/ Espagne*, la Cour s'était exclusivement prononcée sur la conformité de règles d'urbanisme commercial catalanes à la liberté d'établissement protégée par le droit primaire (article 49 Traité FUE principalement), c'est sur la conformité d'un document d'urbanisme à la seule directive Services qu'elle statue dans l'arrêt *Visser* (aff. C-31/16)⁴¹⁹ (**A**).

114. Ce changement de paradigme est important, car l'une des principales différences entre les deux affaires résidait précisément dans le champ d'examen de la Cour. Dans le premier cas, elle devait examiner une législation qui subordonnait l'ouverture de grands établissements commerciaux à un régime d'autorisation préalable. *A contrario* dans l'affaire *Visser*, la demande

⁴¹⁴ CJUE (GC), *Visser*, *op. cit.*

⁴¹⁵ SOLER-COUTEAUX P., STREBLER J.-Ph., *op. cit.*

⁴¹⁶ FERRAND J.-P., « Nouveau paradigme pour les collectivités locales en matière d'urbanisme commercial ? » *op. cit.*

⁴¹⁷ Instruction du gouvernement, 2017, *op. cit.*

⁴¹⁸ CJUE (GC), *Visser*, *op. cit.*

⁴¹⁹ Précisément, elle se prononce sur la conformité à la directive de règles instituées par la commune ayant pour objet de déterminer les zones géographiques où certaines activités de commerce de détail peuvent s'implanter (point 124).

préjudiciable l'oblige à examiner les dispositions d'un document réglementaire d'urbanisme venant encadrer localement l'implantation des commerces, et non les critères de délivrance d'autorisations préalables à l'installation de nouveaux grands équipements commerciaux. S'il témoigne de ce fait d'un certain élargissement des sources de l'aménagement commercial, l'arrêt de 2018 paraît à bien des égards plus permissif que celui de 2011 (B). Et d'aucuns pensent qu'il pourrait « *marquer une rupture dans le paradigme dominant qui fait aujourd'hui du droit européen bien plus un obstacle qu'une incitation à l'action des pouvoirs publics dans l'encadrement de l'installation des commerces* »⁴²⁰.

A. Les documents d'urbanisme locaux dans le viseur de la directive Services de 2006

115. Il faut d'emblée mentionner que l'applicabilité de la directive *Services* à l'affaire néerlandaise n'allait pas vraiment de soi. En effet, en dépit des précisions apportées par la jurisprudence de 2011, l'interrogation sur la présence ou l'absence d'un élément d'extranéité au sein de la directive de 2006 demeurait entière. L'absence d'extranéité, qui faisait défaut dans les stipulations du droit primaire (*cf. supra points 97 s.*), n'est pas expressément prévue par la directive. Est alors posée à la Cour la question de savoir si le chapitre III, relatif à la liberté d'établissement des prestataires, doit être interprété comme étant « *applicable dans des situations purement internes* »⁴²¹. Elle écarte l'exigence d'extranéité en faisant une lecture combinée des stipulations de l'article 4 énonçant les définitions générales et des chapitres III et IV de la directive *Services* ; et alors que le chapitre III garde le silence sur cette question⁴²², le chapitre IV fait expressément référence à l'exigence d'extranéité⁴²³. La Cour en tire donc la conclusion qui s'impose, et afin d'étayer encore davantage sa position, elle affine son raisonnement en indiquant de façon téléologique que :

« *la pleine réalisation du marché intérieur des services requiert, avant tout, la suppression des obstacles que rencontrent les prestataires pour s'établir dans les États membres, que ce soit dans leur propre Etat membre ou dans un autre Etat membre, et qui sont susceptibles de porter atteinte à leur capacité de fournir des services à des destinataires se trouvant dans l'ensemble de l'Union* » (point 105).

Ce raisonnement « par contraste » et quasi-syllogistique permet à la Cour de considérer que :

« *les dispositions du chapitre III de la directive 2006/123 doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'appliquent également à une situation dont tous les éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre* » (point 110).

⁴²⁰ FERRAND J.-P., « Nouveau paradigme pour les collectivités locales en matière d'urbanisme commercial ? » *op. cit.* ; position partiellement partagée par le Pr. Jean-François GIACUZZO, « L'encadrement de l'aménagement commercial : frein ou encouragement ? », *op. cit.*

⁴²¹ CJUE (GC), *Visser op. cit.*, point 52, question préjudiciable n° 4

⁴²² « *L'article 9, § 1, l'article 14 et l'article 15, § 1, de la directive 2006/123, qui portent, respectivement, sur les régimes d'autorisation, les exigences interdites et les exigences soumises à évaluation, ne font référence à aucun aspect transfrontalier* » (*ibid*, point 99).

⁴²³ « *Par contraste, il y a lieu d'observer que, pour ce qui est des dispositions du chapitre IV de la directive 2006/123, relatif à la libre circulation des services, le législateur de l'Union a pris soin de préciser, à plusieurs reprises, notamment à l'article 16, paragraphe 1, et à l'article 18, paragraphe 1, de ladite directive, que ces dispositions concernent le droit des prestataires « de fournir des services dans un Etat membre autre que celui dans lequel ils sont établis » et visent l'hypothèse « d'un prestataire ayant son établissement dans un autre Etat membre* » (CJUE (GC), *Visser, op. cit.* point 102)

116. De manière tout aussi prégnante, c'est l'intégration *ratione materiae* des activités de commerce de détail au champ d'application de la directive qui faisait principalement débat dans l'affaire. La qualification du « *commerce de détail consistant à vendre des marchandises à des consommateurs* » en tant que « *service* » au sens de article 2, paragraphe 1 de la directive⁴²⁴ restait donc à démontrer⁴²⁵. Au sens de la directive, le « *service* » recouvre « *toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération* ». Or, l'activité de commerce de détail semble se mouler parfaitement dans cette définition, sans par ailleurs relever des exclusions du champ d'application de la directive. Au reste, la Cour rappelle, à l'instar de la Commission, que les règles du POS concernent « *non pas les biens en tant que tels, mais les conditions d'implantation géographique d'activités portant sur la vente de certains biens et, partant, les conditions d'accès à ces activités* » (point 90). Ceci considéré, la Cour admet que l'activité de commerce de détail relève bien de la notion de « *service* » au sens de l'article 4, 1), de la directive. Afin de se prémunir contre une interprétation différente, elle juge bon de rappeler que retenir la solution inverse priverait d'« *effet utile* » la directive, et notamment son objectif d'éliminer les obstacles à l'exercice de la liberté d'établissement (point 93), et porterait une atteinte préjudiciable à la sécurité juridique (point 94).

117. La solution retenue par la Cour a le double mérite de consacrer le principe de la soumission du commerce de détail à la directive *Services*, et d'apporter quelques éclaircissements sur la qualification juridique des dispositions d'un document d'urbanisme local limitant l'installation des commerces en périphérie de la commune. La lecture de son dispositif nous apprend que l'activité de commerce de détail de produits constitue un « *service* » aux fins de l'application de la directive, et que l'article 15, § 1 ne s'oppose pas à ce que des règles contenues dans un POS interdisent l'activité de commerce de détail de produits non volumineux dans des zones géographiques situées en dehors du centre-ville de cette commune.

B. L'évolution de la position communautaire vers une certaine « permissivité »

118. Interrogée en dernier lieu sur la possibilité pour un document d'urbanisme local d'interdire l'implantation de commerces de détail dans sa périphérie, la Cour était appelée à déterminer si la réglementation hollandaise relevait de la notion de « *régime d'autorisation* » ou de celle d'« *exigence* » au sens de l'article 4 de la directive. Dans ce cadre, elle s'est placée sous l'angle des conditions de validité d'une restriction à la liberté d'établissement. Il nous semble ici parfaitement logique qu'elle opte pour la seconde notion (point 126)⁴²⁶. En effet, les opérateurs concernés se voyaient interdire la possibilité de s'implanter dans une zone spécifiquement réglementée au sein du POS, le zonage restrictif relevant alors de règles générales approuvées par le conseil communal d'*Appingedam*. Il ne s'agissait pas, comme dans sa décision Commission contre Espagne de 2011, d'un refus opposé après une demande d'autorisation administrative (point 115).

⁴²⁴ « *La présente directive s'applique aux services fournis par les prestataires ayant leur établissement dans un État membre* ».

⁴²⁵ « *C'est en définitive derrière cette question, anodine en apparence « Pourquoi la vente au détail ne serait-elle pas un service ? », que se profile la problématique plus importante et plus épineuse de la relation entre la directive 2006/123 et les libertés fondamentales, ancrées dans le TFUE, ainsi que la question de la relation entre ces libertés fondamentales et les éventuelles conséquences sur la directive 2006/123* » (concl. avocat général Maciej SZPUNAR sous CJUE, 30 janvier 2018, *op. cit.* point 65)

⁴²⁶ Nous rappelons, au besoin, qu'au sens de l'article 4, 7) de la directive *Services*, la notion d'« *exigence* » s'entend de « *toute obligation, interdiction, condition ou limite prévue dans les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres* ».

119. Après avoir écarté l'hypothèse du « test économique », la Cour a donc apprécié la conformité de la réglementation avec la directive au regard de l'article 15 relatifs aux exigences soumises à évaluation (point 126). Elle précise au préalable que *l'article 15, qui « met à la charge des Etats membres une obligation inconditionnelle et suffisamment précise d'adapter leurs dispositions législatives, réglementaires ou administratives afin de les rendre compatibles avec les conditions visées à son paragraphe 3 »* est d'effet direct (point 130). La réglementation locale néerlandaise est bien visée à l'article 15, 2), a) de la directive, puisqu'elle subordonne l'accès à une activité de service ou son exercice à une limite territoriale⁴²⁷. L'avocat général fait preuve d'une particulière sagacité en occultant la délicate question de la proportionnalité. Il indique que la restriction à l'implantation issue du zonage visait à préserver la viabilité du centre-ville⁴²⁸ et à éviter l'existence de locaux inoccupés en zone urbaine⁴²⁹, dans le cadre d'une politique d'aménagement du territoire. Or, « *un tel objectif de protection de l'environnement urbain est susceptible de constituer une raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier une limite territoriale telle que celle en cause* ». La Cour en conclut donc que des règles contenues dans un POS peuvent interdire l'activité de commerce de détail de produits non volumineux dans des zones géographiques situées en dehors du centre-ville de cette commune, « *pourvu que l'ensemble des conditions énoncées à l'article 15, 3) de cette directive soient remplies, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier* ».

120. Une lecture extensive de la décision *Visser* ferait de l'ensemble des dispositifs nationaux et locaux d'aménagement commercial une « exigence » au sens du droit de l'Union, soumis de ce fait à la directive Services. La décision de la Cour aurait pu être toute autre si, outre la « limite territoriale », une « limite quantitative » avait été instituée par le POS néerlandais ; sans nécessairement être reconnu contraire à la directive Service comme constituant un « test économique » au sens de ce texte, la limite quantitative n'était pas sans faire écho à la décision de 2011 qui censure « *les plafonds de nature purement économique, liés à la densité commerciale et à la structure des marchés existants* » (cf. *supra point 102*). De même, les magasins concernés par l'interdiction étaient « *certaines formes de commerce de détail, telles que la vente de chaussures et de vêtements* » ; les grandes surfaces, qui peinent à s'installer en centre-ville, n'étaient pas directement visés par la prohibition. Par capillarité, notre critère national de « *contribution du projet à la préservation ou à la revitalisation du tissu commercial* »⁴³⁰ semble bel et bien constituer une raison impérieuse d'intérêt général. Le législateur français doit cependant rester vigilant, car il est possible que la Cour, qui aurait ultérieurement à connaître de la législation française, y voit une méconnaissance du critère de proportionnalité de l'atteinte, en dépit de sa potentielle nécessité - nous allons le voir maintenant.

⁴²⁷ Directive Services, article 15, 2) a) : « *Les États membres examinent si leur système juridique subordonne l'accès à une activité de service ou son exercice au respect de l'une des exigences non discriminatoires suivantes : les limites quantitatives ou territoriales sous forme, notamment, de limites fixées en fonction de la population ou d'une distance géographique minimum entre prestataires; (...)* »

⁴²⁸ L'avocat général note que les « *centres commerciaux à l'extérieur de la ville ont un effet d'entraînement. Une fois que certains commerces se trouvent à l'extérieur du centre-ville et que les habitants prennent leur véhicule pour s'y rendre, cet endroit devient également plus attractif pour d'autres commerces jusqu'alors installés au centre-ville. Le seul moyen d'éviter les conséquences négatives d'une augmentation de la circulation et de la désertification des centres-ville est ainsi de limiter les possibilités pour les prestataires de services de s'installer à l'extérieur du centre- ville* » (concl. *op. cit.*, point 148)

⁴²⁹ L'avocat général énonce qu'il est « *essentiel que la commune concernée dans l'affaire au principal ait également précisé que la mesure n'empêchait pas l'établissement de prestataires de services dans la ville en tant que tel, puisqu'il y a suffisamment d'espaces de vente disponibles à des prix abordables* » (concl. *op. cit.*, point 149)

⁴³⁰ C. com., article L. 752-6 e)

§2. L'incidence de droit communautaire sur les conditions de planification de l'aménagement commercial français

121. De jurisprudence communautaire constante, des restrictions à la liberté d'établissement peuvent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, sous conditions de nécessité, de proportionnalité⁴³¹ et d'exclusion des objectifs de nature purement économique. Toutefois,

*« les conséquences qui en furent tirées en France ont relevé essentiellement du législateur et de l'autorité réglementaire nationale sous la forme paradoxale d'un assouplissement des règles d'encadrement »*⁴³².

Un débat est alors né sur l'interprétation à donner à l'apparente permissivité de la jurisprudence de 2018. Selon Jean-Pierre FERRAND, la décision de la Cour ne doit pas apparaître comme « *un blanc-seing à toutes les mesures d'interdiction de l'installation des commerces en périphérie* », et la protection du petit commerce ne semble pas justifier un contingentement systématique des grands équipements commerciaux. Certains autres auteurs ont estimé *a contrario* que « *dans des conditions déterminées et notamment en respectant le principe de proportionnalité, la recherche d'un certain équilibre entre les grandes surfaces et le petit commerce de détail devrait pouvoir être reconnue comme une raison impérieuse d'intérêt général* »⁴³³. Nous pensons que la vérité se situerait peut être entre les deux : la notion d'aménagement sur laquelle repose désormais la réglementation (A), floue et mouvante, permettrait en effet un « *mélange des genres* »⁴³⁴.

122. Une question reste cependant pendante ; il s'agit de celle de l'implantation logistique commerciale. En effet, après la publication en 2018 du classement de la Banque mondiale plaçant la France à la 16ème place au classement LPI (indice de performance logistique)⁴³⁵, la France s'est engagée dans une stratégie nationale de la logistique : *France Logistique 2025* vise à promouvoir la logistique comme un levier de transition industrielle et durable⁴³⁶. Le moyen trouvé par le législateur a été de permettre la planification des surfaces logistiques, notamment multimodales⁴³⁷, à toutes les échelles du territoire : au niveau national pour les accès frontaliers ; au niveau régional, via l'intégration aux schémas régionaux d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (**ci-après « SRADDET »**) ; et au niveau local et intercommunal par le biais du DAACL ou des OAP des plans locaux d'urbanisme intercommunaux (**ci-après « PLUi »**). Les compétences sont alors partagées - et hélas enchevêtrées - entre les collectivités territoriales (CT) : la région s'occupe de l'aménagement du territoire, du développement économique et des transports ; le département est en charge des routes ; les communes et intercommunalités gèrent les politiques d'urbanisme, de transport, la politique du commerce et de l'immobilier de bureaux. La construction des entrepôts devrait d'abord s'inscrire dans une planification au niveau régional *via*

⁴³¹ CJUE, Commission c/ Espagne *op. cit.*, point 74

⁴³² FERRAND J.-P., « Les obstacles au développement d'une véritable politique d'aménagement commercial dans les SCoT », *op. cit.*

⁴³³ BONICHOT J.-Cl., DONNAT F., *op. cit.*

⁴³⁴ Nous avons emprunté la formule au Pr. Jean-François GIACUZZO.

⁴³⁵ <https://www.cerl.fr/indice-performance-logistique-banque-mondiale-europe/>

⁴³⁶ HÉMAR E., DAHER P., Rapport « Pour une chaîne logistique plus compétitive au service des entreprises et du développement durable », 16 septembre 2019

⁴³⁷ Lieu d'échanges où se connectent différents modes de transports : train, métro, bus, circulations douces... Il permet de faciliter les correspondances, tant pour les liaisons de proximité que pour les déplacements nationaux et internationaux, tout en offrant des services adaptés aux besoins de tous les usagers (source : <https://www.toulouse-grandmatabiau.fr/>)

les SRADDET, puis diffusée aux schémas de cohérence territoriale et plans locaux d'urbanisme (PLUi et PLU). Sans rentrer dans les détails - car ce n'est pas le sujet de notre étude - nous aborderons rapidement la problématique de la planification de ces grands équipements, notamment en prenant l'exemple du plan local d'urbanisme de la capitale, actuellement en cours de révision (B).

A. Le tournant planificateur pris par la législation française

123. La jurisprudence Visser a apporté une clarification fort à propos, en autorisant peu ou prou toute interdiction fondée sur des motifs d'urbanisme, et strictement délimitées géographiquement, au sein des documents d'urbanisme locaux. Pour résumer succinctement la teneur la décision (point 132), si la directive ne s'oppose pas en elle-même à ce que l'exercice d'une activité de service soit subordonné dans un document d'urbanisme au respect d'une limite territoriale, une telle limitation doit respecter les trois conditions énoncées à son article 15, 3) : la non-discrimination (« *les exigences ne sont pas directement ou indirectement discriminatoires en fonction de la nationalité ou, en ce qui concerne les sociétés, de l'emplacement de leur siège statutaire* »), la nécessité (« *les exigences sont justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général* ») et la proportionnalité (« *les exigences doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi, ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif et d'autres mesures moins contraignantes ne doivent pas permettre d'atteindre le même résultat* »). Pour le dire autrement, les règles contenues dans les documents de planification urbaine doivent impérativement être édictées en fonction de considérations urbanistiques et environnementales, car toute considération d'ordre purement économique conduirait à restreindre la liberté d'établissement et à fausser la concurrence, en méconnaissance du droit de l'Union européenne.

124. Prenons maintenant le cas de la planification des commerces par le droit français. La France a choisi : depuis la loi LME de 2008, l'autorisation d'implanter un commerce est subordonnée à des conditions tenant à l'aménagement du territoire, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain et la protection des consommateurs⁴³⁸. Ces raisons font toutes trois partie des « *raisons impérieuses d'intérêt général* » citées par la directive dans son article 4, 8). Cette AEC est articulée avec les documents de planification, depuis la loi 2014-626 du 18 juin 2014 :

« *L'autorisation d'exploitation commerciale mentionnée à l'article L. 752-1 est compatible avec le document d'orientation et d'objectifs des schémas de cohérence territoriale ou, le cas échéant, avec les orientations d'aménagement et de programmation des plans locaux d'urbanisme intercommunaux comportant les dispositions prévues au dernier alinéa de l'article L. 123-1-4 du code de l'urbanisme* »⁴³⁹.

La loi ELAN a rendu obligatoire la production d'un DAACL au sein du DOO du SCoT ou des Orientation d'aménagement et de programmation (**ci-après « OAP »**) commerce (OAP c) au sein des PLUi. Ainsi, examinée dans le cadre d'une « exigence à vérifier » au sens de la directive, la condition de proportionnalité paraît respectée : de prime abord, un zonage commercial répond à une logique d'aménagement du territoire. Il peut ainsi donner le ton en orientant l'implantation

⁴³⁸ C. com., article L. 752-6 ; l'article L. 751-1 du même code parle également d' « *exigences d'aménagement du territoire, de la protection de l'environnement et de la qualité de l'urbanisme. Ils doivent en particulier contribuer au maintien des activités dans les zones rurales et de montagne ainsi qu'au rééquilibrage des agglomérations par le développement des activités en centre-ville et dans les zones de dynamisation urbaine* ».

⁴³⁹ C. com., art. L. 752-6 I dans sa version en vigueur du 18 décembre 2014 au 08 août 2015

commerciale, sans nécessairement l'interdire. Le point d'achoppement se situerait alors dans les éventuels seuils et, au-delà des chiffres, dans le fait que la planification française est essentiellement territorialisée et que chaque SCoT a sa propre appréciation de l'implantation commerciale. Afin de parer à toute éventualité d'inconventionnalité, les conditions de seuils devront être nécessairement justifiées par des considérations d'intérêt général d'aménagement du territoire et de développement durable, et adaptées aux circonstances locales, sans quoi le document risque la censure pour avoir édicté un critère économique de nature à fausser la libre concurrence au sens de la jurisprudence de 2011 de la Cour de justice⁴⁴⁰. En l'absence de SCoT, ce sont les OAP des PLUi⁴⁴¹ - qui jouent le rôle dévolu au DAACL - qui seront visées par les orientations communautaires précitées.

125. La condition de nécessité se déduira en partie des termes employés par les rédacteurs pour justifier des choix opérés au sein du document. Du reste, lors des débats parlementaires précédant l'adoption de la loi ELAN, il avait été rappelé que les conditions d'implantation des équipements commerciaux devaient être strictement justifiées (et proportionnées) au regard du motif impérieux d'intérêt général qu'est la préservation des commerces de centre-ville. Au sens de la jurisprudence communautaire et du considérant 40 de la directive de 2006, la protection de la vitalité commerciale des centres-villes ou bien leur revitalisation apparaissaient en effet comme des « *raisons impérieuses d'intérêt général* », justifiant des limites territoriales à l'installation de nouveaux commerces. Le Conseil constitutionnel lui-même, dans sa décision de 2000 sur la loi SRU⁴⁴², avait estimé que « *la sauvegarde de la diversité commerciale des quartiers répondait à un objectif d'intérêt général* ». Toutefois, les rapporteurs de la loi ont souligné la difficulté de différencier des « types d'activités » au sein des réglementations locales, exposées au risque de censure parce que susceptibles de restreindre la liberté d'établissement et de porter une atteinte disproportionnée au principe de liberté de commerce et d'industrie, nous y reviendrons. A ce titre, les autorités locales, en tant que rédactrices des documents de planification urbaine, ont été en réalité les principales autorités visées par la solution dégagée par la Cour en 2018, laquelle leur a octroyé une marge de manœuvre normative importante. Nous allons maintenant examiner cette évolution au sein des documents de planification.

B. De la planification « prête-à-porter » à la planification « sur-mesure » : la parcellisation des linéaires logistiques et commerciaux

126. Depuis l'apparente disparition des critères économiques à la faveur de la loi LME et le tour urbanistique pris par la réglementation d'aménagement commercial, le SCoT est devenu « *le principal document d'encadrement des implantations commerciales* »⁴⁴³. En réalité, il n'est pas seul et ce sont plutôt deux documents d'urbanisme qui permettent aux collectivités locales de réglementer les implantations commerciales sur leur territoire : le SCoT et le PLUi. Avant

⁴⁴⁰ En réalité, l'annulation d'un document d'urbanisme emporte de lourdes conséquences (cf. notamment pour un exemple récent l'annulation du PLUi de Toulouse). A propos de cette annulation, il faudra attendre plusieurs années avant que le nouveau document entre en vigueur - notamment pour des raisons de conformité avec le SCoT. Voilà pourquoi le législateur n'a eu de cesse de se border en indiquant que l'annulation d'un DAACL par exemple n'emporte pas illégalité de la totalité du document.

⁴⁴¹ C. urb., article L. 151-6

⁴⁴² Cons. const., 7 décembre 2000, Loi relative la solidarité et au renouvellement urbain (SRU), n° 2000-436 DC,

⁴⁴³ FERRAND J.-P., « Les obstacles au développement d'une véritable politique d'aménagement commercial dans les SCoT », *op. cit.*

l'intervention de la jurisprudence Visser examinée *supra* et suivant une lecture particulièrement libérale des orientations définies par la CJUE en 2011, le Conseil d'État⁴⁴⁴ avait rapidement admis que 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* » par le SCoT pouvaient « *être pour partie exprimés sous forme quantitative* »⁴⁴⁵. Par la suite, la jurisprudence *Davalex*⁴⁴⁶ avait énoncé le principe⁴⁴⁷ selon lequel les objectifs d'implantation préférentielle des commerces pouvaient être pour partie exprimés quantitativement. Pourtant, dans ses conclusions non suivies par la Haute juridiction de l'ordre administratif, le rapporteur public de l'affaire considérait qu'« *il serait dommageable que le juge administratif apparaisse comme donnant des coups de barre à droite ou à gauche selon son humeur, tantôt mou, tantôt sévère* »⁴⁴⁸.

127. Une évolution en deux temps des textes réglementaires relatifs aux destinations et sous-destinations au sein du code de l'urbanisme, intéressant de près l'aménagement commercial, a ensuite eu lieu. Dans un premier temps, un arrêt du 30 décembre 2014⁴⁴⁹ rendu à propos des règles de stationnement afférentes aux activités commerciales avait été l'occasion pour le Conseil d'Etat de considérer que les catégories de destinations pouvant être soumises à des règles différentes au sein d'une même zone étaient fixées limitativement au sein des dispositions de l'article R. 123-9 du code de l'urbanisme :

« *S'il est loisible aux auteurs des plans locaux d'urbanisme de préciser, pour des motifs d'urbanisme et sous le contrôle du juge, le contenu des catégories énumérées à l'article R. 123-9, les dispositions de cet article ne leur permettent toutefois, ni de créer de nouvelles catégories de destinations pour lesquelles seraient prévues des règles spécifiques, ni de soumettre certains des locaux relevant d'une des catégories qu'il énumère aux règles applicables à une autre catégorie ... le plan local d'urbanisme n'a pas, en soumettant les « services (y compris les agences bancaires, bureaux d'assurance) » et les « restaurants » aux règles relatives au nombre d'aires de stationnement applicables à la catégorie des bureaux, précisé le contenu de cette catégorie, mais a créé une catégorie nouvelle, pour partie constituée de locaux relevant de la destination « commerce » au sens de l'article R. 123-9 du code de l'urbanisme précité ; qu'il suit de là que l'article UA 12 du règlement de ce plan méconnaît ce même article R. 123-9 qui, comme il a été dit, fixe de manière limitative les catégories de destinations pouvant être soumises à des règles différentes au sein d'une même zone ; ».*

⁴⁴⁴ CE, 11 juillet 2012, Société Sodigor, n° 353.880

⁴⁴⁵ TALAU J.-M., « L'impact du SCOT sur l'urbanisme commercial, à nouveau en question : la jurisprudence et le projet de loi « ALUR » », JCP A, 2013 p.2190

⁴⁴⁶ CE, 12 décembre 2012, Société *Davalex*, n° 353.496

⁴⁴⁷ « *Il résulte des dispositions de l'article L. 122-1 du code de l'urbanisme qu'à l'exception des cas limitativement prévus par la loi dans lesquels les schémas de cohérence territoriale peuvent contenir des normes prescriptives, ceux-ci, avec lesquels les autorisations délivrées par les commissions d'aménagement commercial doivent être compatibles en vertu de ce même article, doivent se borner à fixer des orientations et des objectifs. En matière d'aménagement commercial, s'il ne leur appartient pas, sous réserve des dispositions applicables aux zones d'aménagement commercial, d'interdire par des dispositions impératives certaines opérations de création ou d'extension relevant des qualifications et procédures prévues au titre V du livre VII du code de commerce, ils peuvent fixer des orientations générales et des 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. Si de tels objectifs peuvent être pour partie exprimés sous forme quantitative, il appartient aux commissions d'aménagement commercial non de vérifier la conformité des projets d'exploitation commerciale qui leur sont soumis aux énonciations des SCOT mais d'apprécier la compatibilité de ces projets avec les orientations générales et les objectifs qu'ils définissent* » (nous soulignons)

⁴⁴⁸ MORENO D., « La maîtrise de l'implantation commerciale à travers le droit de l'urbanisme », *op. cit.*

⁴⁴⁹ CE, 30 décembre 2014, Société groupe Patrice Pichet c/ Commune de Biarritz, n° 360.850

Dans un second temps, un décret du 28 décembre 2015⁴⁵⁰ avait partiellement amendé le dispositif relatif aux destinations. Le nouvel article R. 151-27 du code de l'urbanisme, inchangé depuis, recense désormais cinq destinations⁴⁵¹ et l'article suivant en établit une déclinaison exhaustive en vingt sous-destinations. Une partie de la doctrine a alors pu avancer que l'identification expresse et exhaustive de ces destinations, et notamment au sein de la catégorie des « commerce et activités de service »⁴⁵², était un gage de sécurisation des « *dispositifs de protection des linéaires commerciaux* »⁴⁵³.

128. Toutefois, en dépit de la richesse de ces possibilités de déclinaisons, un problème s'est posé récemment, dénotant alors l'incomplétude et les limites de la déclinaison en « destinations » et « sous-destinations » : la notion d'« *entrepôt de e-commerce* » ne semble pas encore consolidée. Si la sous-destinations des sols « entrepôt » existe, elle ne fait l'objet encore à ce jour d'aucune autre sous-segmentation, ce qui peut paraître regrettable au vu de leur actualité juridique récente⁴⁵⁴. Jusqu'au prononcé de l'ordonnance précitée de référé du tribunal administratif de Paris⁴⁵⁵, l'exemple du PLU parisien⁴⁵⁶ semblait relativement encourageant. En effet, aujourd'hui, le PLU de la capitale est en cours de révision⁴⁵⁷ dans le but de substituer à l'ancien document un nouveau plan, intitulé « *Plan local d'urbanisme bioclimatique* ». Une lecture rapide de l'avant-projet des orientations d'aménagement et de programmation, actuellement en discussion et ouvert à consultation publique (disponible sur le site internet *ad hoc*), indique une prise en compte accrue de la question de la logistique urbaine, intégrée aux « grands services urbains ». Elle serait accueillie dans une « *Zone urbaine de grands services urbains (ci-après « ZUGSU »)* », laquelle accueillerait les grands services nécessaires à la vie de la cité (hôpitaux, gares, installations logistiques) (p. 17 avant-projet des OAP). Des « *espaces de logistique urbaine* » seraient dédiés aux équipements destinés à optimiser la livraison des marchandises en ville, sur les plans fonctionnels et environnementaux, par la mise en œuvre de points de rupture de charges (p. 45). Outre la préservation des grands sites logistiques préexistants, il est prévu de concevoir des plateformes logistiques connexes à la production agricole et d'intégrer la logistique urbaine dans la ville pour décarboner le « dernier kilomètre »⁴⁵⁸, grâce au développement de plateformes intermodales (p. 48). Mais la nouveauté particulièrement intéressante dans le domaine du commerce et des activités

⁴⁵⁰ Décret du 28 décembre 2015 *op. cit.*

⁴⁵¹ Exploitation agricole et forestière ; habitation ; commerce et activités de service ; équipement d'intérêt collectif ; autres activités des secteurs secondaire ou tertiaire.

⁴⁵² « 3° Pour la destination "commerce et activités de service" : artisanat et commerce de détail, restauration, commerce de gros, activités de services où s'effectue l'accueil d'une clientèle, cinéma, hôtels, autres hébergements touristiques ; »

⁴⁵³ MORENO D., « La maîtrise de l'implantation commerciale à travers le droit de l'urbanisme », *op. cit.*

⁴⁵⁴ Voir par exemple AFP pour La Provence, « *C'est quoi les "dark stores", ces magasins fantômes auxquels s'attaquent les grandes villes ?* » 22 août 2022 (disponible en ligne)

⁴⁵⁵ TA Paris, ord., *Société Frichti, op. cit.*

⁴⁵⁶ La dernière grande révision du PLU parisien a eu lieu en 2016, afin d'accélérer la transition énergétique, d'améliorer la qualité de l'air et de développer la place de la nature en ville. Des espaces dédiés à la logistique ont été créés, notamment soixante-deux (62) périmètres de localisation d'équipements de logistique urbaine dans lesquels une obligation d'intégrer aux projets envisagés un équipement logistique était en vigueur. Intégrés aux constructions et installations nécessaires aux services publics d'intérêt collectif, ces équipements se sont vus appliquer un régime dérogatoire à certaines règles de constructibilité. L'institution d'une zone de grands services urbains dédiée au transport et aux activités de logistique urbaine, qui permet d'interdire ou de limiter dans cette zone les habitations/bureaux/commerces, a permis également de prévenir les nuisances des activités logistiques.

⁴⁵⁷ Ville de Paris, Procédure de révision visant à l'adoption d'un Plan local d'urbanisme bioclimatique Avant-projet des Orientations d'aménagement et de programmation (OAP) et du règlement du futur PLU bioclimatique, 5 septembre - 4 novembre 2022

⁴⁵⁸ Dans son allocution du 7 septembre 2022, Didier-Roland TABUTEAU, Vice-président du Conseil d'Etat, a annoncé que « *le Conseil d'Etat consacrera son étude annuelle 2023 à l'analyse des conditions dans lesquelles les politiques publiques parviennent concrètement aux citoyens et aux usagers* ». Il a évoqué, en référence au vocabulaire de la logistique, « *le dernier kilomètre* ».

économiques réside dans le fait que la logistique urbaine relève désormais d'une sous-destination « Entrepôt » (p. 57). Les soixante-deux parcelles intégrées comme périmètre de localisation de la logistique par la révision de 2016 seraient maintenues. Toutefois, rappelons l'ordonnance du tribunal administratif de Paris, qui fait application du PLU en vigueur et des anciennes destinations qu'il n'interdit pas en centre-ville (cf. *supra points 4, 78 et 87*) ; les *dark stores* y sont envisagés comme réglant certaines problématiques de logistique⁴⁵⁹, et ce de façon particulièrement discutable⁴⁶⁰.

CHAPITRE 2 - L'AMÉNAGEMENT COMMERCIAL RÉÉQUILIBRÉ PAR LE DROIT NATIONAL

129. Subordonner l'exercice d'une activité économique à l'obtention préalable d'une autorisation administrative constitue par hypothèse une véritable atteinte à la liberté d'entreprendre ; à ce titre, elle doit être l'affaire du seul législateur⁴⁶¹. Ainsi, en soumettant la création d'une activité commerciale à un contrôle préalable de l'administration, le régime institué à partir de la loi de 1973 apparaît comme une législation d'exception, d'interprétation stricte⁴⁶². Concomitamment à sa mutation impulsée par le droit communautaire (**chapitre 1er**), l'aménagement commercial a subi un rééquilibrage sous la plume du législateur comme du juge national. La réglementation d'aménagement commercial est alors passée de Charybde en Scylla, entre l'intervention du juge - constitutionnel et administratif - faisant une large application du droit de la concurrence intégré dans le droit public économique à la faveur d'une jurisprudence audacieuse (**section 1**) et celle du législateur (**section 2**).

130. Précisément, après la présentation d'un nombre pléthorique de rapports sur le sujet de la dévitalisation des centres-ville, le législateur a décidé d'agir sous l'impulsion du Sénat⁴⁶³. C'est ainsi que deux principaux dispositifs ont été mis en place à partir de la loi ELAN. Le premier, conjoncturel, concerne la lutte contre la prolifération des « friches commerciales » avec l'institution d'une obligation pour tout pétitionnaire de prouver, étude d'impact à l'appui, qu'il ne peut pas s'installer ailleurs dans le cadre de son projet d'implantation⁴⁶⁴. Le second dispositif est structurel : il s'agit de projets partenariaux prenant la forme d'une « *opération de revitalisation de*

⁴⁵⁹ « Ces locaux doivent donc être regardés comme ayant pour objet, à l'instar des espaces de logistique urbaine, d'optimiser en milieu urbain le délai et le mode de livraison par la mise en place d'une logistique dite « du dernier kilomètre », qui conduit à diminuer le trafic de camions et le nombre de points de livraison dans Paris intramuros, et présentent ainsi un intérêt collectif » (TA Paris, ord., Société Frichti, *op. cit.*, point 8).

⁴⁶⁰ Si le juge des référés prend appui sur l'actuel PLU de Paris afin de qualifier les *dark stores* parisiens de CINASPIC, il faut rappeler d'une part que « ni en 2006 ni en 2016, la Ville de Paris ou l'APUR n'avaient envisagé le développement des *dark stores*, espaces beaucoup plus réduits et d'une autre nature que les projets analysés par l'APUR dans cette étude » et, d'autre part, leur rattachement à la catégorie des « mission de service public ou d'intérêt général » est particulièrement poussif. Aussi, nous ne pouvons que partager le point de vue du Professeur Frédéric ROLIN, pour qui « il y a donc des chances sérieuses pour que l'ordonnance ne résiste pas à l'examen des pourvois en cassation qui ont d'ores et déjà été annoncés » (ROLIN, F., *op. cit.*).

⁴⁶¹ Cons. const., 4 juillet 1989, n° 99-254 DC ; Cons. const., 20 janvier 1993, n° 92-316 DC

⁴⁶² CE, avis, section, 9 mai 1990, n° 347.870

⁴⁶³ POINTEREAU R., Proposition de loi portant pacte national pour la revitalisation des centres-ville et centres-bourgs, *op. cit.*

⁴⁶⁴ C. com., article L. 752-6 III

territoire » (ORT). Nous allons succinctement examiner ces deux dispositifs dans les paragraphes à suivre.

SECTION 1 - LES DROITS ET LIBERTÉS À VALEUR CONSTITUTIONNELLE, REMÈDES AUX MAUX DE L'AMÉNAGEMENT COMMERCIAL

131. Parmi les libertés économiques, une doctrine universitaire majoritaire⁴⁶⁵ distingue les libertés à vocation générale, couvrant tous les aspects de l'activité économique⁴⁶⁶ et les libertés économiques à vocation plus particulière, comme la libre concurrence⁴⁶⁷. L'ordre public concurrentiel est alors tout entier contenu dans l'ordre public économique au sens large, qu'il innervé au même titre que le droit de la régulation. En tant qu'instruments de l'interventionnisme économique et social, ces deux visages du droit public économique visent à « *préserver les structures concurrentielles du marché en imposant des limites aux opérateurs économiques* »⁴⁶⁸. Le Conseil d'Etat a œuvré jusqu'à faire de ce principe un motif d'intérêt général⁴⁶⁹, celui « *du bon fonctionnement du marché et du libre jeu de la concurrence* »⁴⁷⁰, qui « *s'attache à l'existence d'une situation de concurrence effective sur le marché* »⁴⁷¹. Cela posé, la concurrence est donc une composante de l'intérêt général à part entière, « *qu'il appartient aux collectivités publiques de protéger* »⁴⁷². Le Professeur Sophie NICINSKI la définit comme un principe tendant au respect « *d'une saine libre, égale et loyale concurrence* »⁴⁷³. A côté de la libre concurrence, la liberté d'entreprendre s'entend de « *la liberté d'exercer une activité économique dans le respect de la législation et de la réglementation en vigueur et conformément aux prescriptions qui sont légalement imposées* »⁴⁷⁴. Elle est, en quelque sorte, la jumelle nationale de la liberté d'établissement. Découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (**ci-après « DDHC »**) de 1789⁴⁷⁵ et disposant d'une valeur constitutionnelle⁴⁷⁶, elle est une liberté au contenu bicéphale : d'une part, la liberté d'accès à une activité économique⁴⁷⁷ et, d'autre part, de la liberté d'exercice de cette activité⁴⁷⁸.

⁴⁶⁵ Voir notamment NICINSKI S., « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », AJDA 2020, p.605

⁴⁶⁶ Accès, établissement et exercice, structure et fonctionnement des opérateurs

⁴⁶⁷ CE, 23 mai 2012, *Régie Autonome des Transports Parisiens (RATP) c/ société 20 minutes France*, n° 348.909

⁴⁶⁸ BONASSIES P., « Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen », in *Études dédiées à Alex WEIL*, Dalloz, 1983, p. 51

⁴⁶⁹ CE 10 avril 2002, *SARL Somatour*, n° 223.100

⁴⁷⁰ CE, ord., 19 mai 2005, *Société Fiducial Informatique*, n° 279.697

⁴⁷¹ CE, ord., 19 janvier 2004, *Société T-Online*, n° 263.012

⁴⁷² Conseil d'Etat, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, EDCE n°53, Doc. fr., 2002, p. 388

⁴⁷³ NICINSKI S., *op. cit.*

⁴⁷⁴ CE, 29 octobre 2019, *SARL Eventz*, n°435444 (cons. 3)

⁴⁷⁵ Cons. const. 10 juin 1998, Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, n° 98-401 DC (cons. 26)

⁴⁷⁶ Cons. const., 16 janvier 1982, *Lois de Nationalisation*, n° 81-132 DC

⁴⁷⁷ Cons. const., 24 juin 2011, Association pour le droit à l'initiative économique, n° 2011-139 QPC (cons. 8) ; Cons. const.; 6 juillet 2016, *M. Éric B.*, n° 2016-551 QPC (cons. 11)

⁴⁷⁸ Cons. const., 30 novembre 2012, *M. Christian S.*, n° 2012-285 QPC (cons. 7)

132. Très rapidement après la réforme de 2008, le Conseil d'Etat a été amené à apprécier la nouvelle réglementation d'aménagement commercial, particulièrement invasive au sens de la liberté d'entreprendre, par rapport à certains grands principes de droit public économique de valeur diverse - constitutionnelle comme législative. Parmi les grands droits et libertés fondamentaux à caractère économique utilisés aux fins d'examen du dispositif d'aménagement commercial français, le principe de libre concurrence intéresse particulièrement la matière, ainsi que la liberté d'entreprendre qui a travaillé, elle-aussi, à la restriction des velléités d'interventionnisme économique des rédacteurs des documents de planification urbaine⁴⁷⁹ (**paragraphe 1**). Car, selon la formule consacrée,

« *il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre [...] des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »⁴⁸⁰.

Le principe constitutionnel d'égalité - de traitement devant la loi et de traitement entre les entreprises, entre autres - a pu également être mobilisé par le juge administratif, notamment dans le cadre de la réflexion actuelle sur l'extension du régime d'AEC aux nouvelles formes commerciales que sont les *drives* et les entrepôts de *e-commerce* (**paragraphe 2**).

§1. Les droits et libertés économiques, matrices nationales de l'aménagement commercial

133. Plusieurs grands droits et libertés fondamentaux ont été utilisés par le Conseil d'Etat dans le cadre de son examen du dispositif d'aménagement commercial français. C'est d'abord le cas de la liberté du commerce et de l'industrie (LCI). Avant d'examiner son impact, relatif il faut bien l'avouer, sur l'aménagement commercial, il faut mentionner que sa nature juridique a longtemps posé question. Curieusement, le Conseil d'Etat a considéré qu'elle n'était qu'une composante de la liberté d'entreprendre⁴⁸¹. À s'en tenir à cette analyse *stricto sensu*, la LCI ne trouverait alors à s'appliquer qu'à certains domaines de la vie économique. Or, ayant analysé l'utilisation de cette liberté spécifiquement par le juge administratif, des auteurs ont démontré qu'elle recouvrerait en réalité tous les aspects de l'activité économique⁴⁸², mettant à mal la position initiale du juge administratif. Du reste, cette appréciation restrictive va à l'encontre de l'appréciation par analogie qu'en fait le Conseil constitutionnel lui-même : dans sa décision *Nationalisations* de 1982⁴⁸³, il définit la liberté constitutionnelle d'entreprendre par les deux volets de la LCI (la liberté de créer un activité industrielle et commerciale et la liberté de choix des moyens d'exploitation de cette activité)⁴⁸⁴. Ce choix d'une définition extensive apporte selon nous la preuve, s'il en était besoin, de la parenté de cette dernière avec la liberté d'entreprendre. Le Professeur Pierre DELVOLVÉ estime quant à lui que la liberté d'entreprendre englobe la LCI⁴⁸⁵, même si la jurisprudence a montré

⁴⁷⁹ LE MORE P., TALAU J.-M., *op. cit.*

⁴⁸⁰ Cons. const., 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, n° 2000-439 DC (cons. 14)

⁴⁸¹ CE, ord., 12 novembre 2001, Commune de Montreuil-Bellay, n° 239.840

⁴⁸² NICINSKI S., *Droit public des affaires*, Lextenso, 7e éd., 2019, n° 78

⁴⁸³ Cons. const., *Nationalisations*, *op. cit.*

⁴⁸⁴ Cons. const., *M. Christian S.*, *op. cit.*

⁴⁸⁵ DELVOLVÉ P., *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998

quelques signes de résistance⁴⁸⁶. Elle a été utilisée, à côté de la liberté d'entreprendre, pour façoner la législation d'aménagement commercial (A).

134. Le principe de concurrence est également appliqué pour ce faire, tant par le législateur que par le juge administratif. Du côté du législateur, son pouvoir de réglementation l'oblige à créer entre les opérateurs économiques les conditions d'une libre concurrence et ne doit pas l'entraver, même s'il est admis qu'il puisse en encadrer l'exercice. Faisant application du principe d'égalité, il ne peut instaurer de discriminations entre opérateurs économiques objectivement placés dans des situations analogues au regard du marché, sauf à ce que ces discriminations soient justifiées par des motifs d'intérêt général ou des différences de situations objectives entre les opérateurs. Du côté du Conseil d'Etat, ce dernier a admis de longue date que la liberté du choix des moyens pour exercer une activité commerciale implique, dans le respect des conditions de légalité de l'activité et des moyens concernés, que soit assurée la libre et égale concurrence entre les opérateurs économiques⁴⁸⁷. Du reste, depuis le milieu des années 1990, il est coutumier de l'application des règles communautaires⁴⁸⁸ et nationales⁴⁸⁹ de droit de la concurrence. Il a même tissé un lien intrinsèque entre la liberté d'entreprendre et la libre concurrence, alors même qu'elles sont en principe distinctes⁴⁹⁰. La libre concurrence est en effet d'une portée plus réduite que la LCI ou la liberté d'entreprendre (cf. *supra point 131*). L'Autorité de la concurrence, qui dispose d'une portion congrue de prérogatives en matière d'aménagement commercial, fait ici office de vigie dans le paysage concurrentiel actuel (B).

A. Les libertés du commerce et de l'industrie (LCI) et d'entreprendre, partiellement sacrifiées sur l'autel d'un principe « interventionniste »

135. Par hypothèse, la liberté du commerce et de l'industrie (LCI) est non seulement un principe⁴⁹¹ législatif⁴⁹² et jurisprudentiel⁴⁹³, mais c'est aussi un principe général du droit (**ci-après « PGD »**)⁴⁹⁴, si bien que le législateur ne saurait y porter atteinte en prenant des mesures contraires au caractère libéral de l'économie⁴⁹⁵. Cependant, comme tout principe juridique, elle ne saurait être absolue ; et le législateur pourrait y porter atteinte, à la double condition que les limitations ainsi apportées soient liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt

⁴⁸⁶ Par exemple dans un arrêt du 10 juin 2009, *Société l'Oasis du désert* (n° 318.066), le Conseil d'Etat a admis la légalité d'un décret considérant que celui-ci ne portait atteinte ni à la liberté du commerce et de l'industrie, ni à la liberté d'entreprendre, comme si ces deux principes étaient matériellement distincts.

⁴⁸⁷ CE, 29 mars 1901, *Casanova* n° 94.580

⁴⁸⁸ CE, sect., 8 novembre 1996, *Fédération française des sociétés d'assurances et a. (FFSA)*, n° 122.644

⁴⁸⁹ CE, ass., *Million et Marais*, *op. cit.*

⁴⁹⁰ NICINSKI S., *op. cit.*

⁴⁹¹ Le Conseil d'Etat a rangé la liberté du commerce et de l'industrie parmi les libertés publiques (CE, 28 octobre 1960, *Martial de Laboulaye*, n° 48293 ; CE, 22 juin 1963, *Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe*, n° 51787). Le Conseil constitutionnel a confirmé cette position dans sa décision du 27 février 1967 (Cons. const., 27 février 1967, n° 67-44 L).

⁴⁹² Article 7 de la loi d'Allarde des 2 et 17 mars 1791

⁴⁹³ CE, ass., 22 juin 1951, *Daudignac* n° 00.590 02.551

⁴⁹⁴ DREYFUS F., *La liberté du commerce et de l'industrie*, Thèse, 1973, Berger-Levrault, p. 226 s. ; CE, sect., 13 mai 1994, *Président de l'Assemblée territoriale de la Polynésie française*, n° 112409 « dans l'exercice des attributions qu'elle tient de la loi, l'autorité administrative « doit se conformer aux principes généraux du droit et, en particulier, au principe de la liberté du commerce et de l'industrie ».

⁴⁹⁵ CLAMOUR G., GAHDOUN P.-Y., « Commerce et industrie », in Rép. de droit commercial, Dalloz, 2022

général et qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi⁴⁹⁶. La doctrine en a donc conclu que la LCI avait « *perdu de son efficacité contentieuse* »⁴⁹⁷. Dès lors, des impératifs économiques et sociaux d'intérêt général pouvaient conduire le juge administratif à admettre des restrictions au principe, notamment pour un motif d'urbanisme, afin de justifier le refus opposé à une AEC. Ainsi, comme l'avait déjà fait remarquer le Pr. Michel GUIBAL en 1972, « *l'intérêt économique transforme la liberté du commerce en exception et l'interventionnisme en principe* »⁴⁹⁸.

136. Le Conseil d'Etat a alors utilisé de façon récurrente la liberté à valeur constitutionnelle d'entreprendre⁴⁹⁹ pour se prononcer de façon casuistique en matière d'aménagement commercial. C'est le cas, par exemple, dans une décision de 2014 dans laquelle il se prononce, en tant que filtre préalable au renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité (**ci-après « QPC »**), sur la constitutionnalité de la réglementation après sa mise en conformité avec l'injonction communautaire par la LME. La société requérante soutenait que « *les dispositions attaquées [étaient] contraires à [la] liberté [d'entreprendre] en tant qu'elles soumettent l'exploitation des commerces de détail mentionnés à l'article L. 752-1 du code de commerce à autorisation préalable* ». C'est alors que dans une décision de 2014⁵⁰⁰, les juges du Palais Royal déclaraient le dispositif français conforme à l'article 4 de la DDHC de 1789 :

« (...) les objectifs d'aménagement du territoire, de développement durable et de protection des consommateurs fixés par la loi sont d'intérêt général ; que l'autorisation d'exploitation commerciale ne pouvant être refusée que si, eu égard à ses effets, le projet compromet ces objectifs, l'atteinte à la liberté d'entreprendre qui résulte de ces dispositions est en rapport avec les objectifs que le législateur s'est assignés ; que cette atteinte est proportionnée à leur réalisation, alors même qu'ils sont également poursuivis par d'autres législations ;

« S'il appartient aux commissions départementales d'aménagement commercial puis à la Commission nationale d'aménagement commercial, saisie au titre du recours prévu à l'article L. 752-17 du code de commerce, d'apprécier, sous le contrôle de la juridiction compétente, la conformité de situations de fait et de projets aux critères fixés à l'article L. 752-6 du code de commerce, cette faculté d'appréciation ne saurait s'analyser comme l'attribution d'une délégation de compétence permettant à la commission nationale de définir des critères supplémentaires s'ajoutant à ceux prévus par le législateur ; que le législateur pouvait confier aux commissions d'aménagement commercial la compétence de délivrer ces autorisations sans méconnaître la liberté d'entreprendre ; » (nous soulignons)

La récurrence de cette solution fera dire à Jaques-André FRESNEAU que le constat de la conformité de la réglementation à la liberté d'entreprendre « *ne semble pas remis en cause par les réformes opérées par les lois de 2014, 2015 et 2018* »⁵⁰¹.

137. Du reste, il faut noter qu'après avoir passé haut la main leur « test de constitutionnalité » (cf. *infra points 151 s.*), les nouvelles dispositions issues de la loi ELAN ont été reconnues conformes au droit communautaire par le Conseil d'Etat. « *La réforme passe donc avec succès [le test]* de

⁴⁹⁶ Cons. const., 4 avril 2014, n° 2014-373 QPC

⁴⁹⁷ JOYE J.-Fr., « *Intégrer l'urbanisme commercial dans l'urbanisme général* » *op. cit.*

⁴⁹⁸ GUIBAL M., *La justification des atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie*, AJDA 1972, p. 332

⁴⁹⁹ Cons. const., 16 janvier 1982, *Nationalisations*, n° 81-132 DC ; DDHC, art. 4

⁵⁰⁰ CE, 16 juillet 2014, *SCCV Lisieux Développement*, n° 372.435

⁵⁰¹ FRESNEAU J.-A., *op. cit.* (point 1109)

conventionnalité »⁵⁰². Dans une décision du 5 juillet 2020⁵⁰³, les magistrats du Palais Royal valident le dispositif réglementaire⁵⁰⁴ mis en place consécutivement à l'entrée en vigueur de la loi ELAN, et ce, sans opérer de renvoi préjudiciel à la Cour de justice⁵⁰⁵ :

« 10. Il résulte de ce qui a été dit au point précédent que les dispositions ajoutées à l'article L. 752-6 du code de commerce par la loi du 23 novembre 2018, qui n'ont ni pour objet, ni pour effet d'instituer des critères constitutifs d'un test économique, mais ont pour seul objet de lutter contre le déclin des centres-villes et s'inscrivent dans un objectif d'aménagement du territoire, sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général. Par suite, le moyen tiré, par la voie de l'exception, de ce que ces dispositions méconnaîtraient les stipulations de l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et celles du point 5) de l'article 14 de la directive 2006/123/CE ne peut qu'être écarté. Il en va de même pour les dispositions du II de l'article R. 752-6 du même code, issues de l'article 4 du décret attaqué, qui se bornent à préciser le contenu de l'analyse d'impact.

11. En deuxième lieu, par sa décision n° 2019-830 QPC du 12 mars 2020, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les dispositions citées au point 6 de l'article L. 752-6 du code de commerce. Par suite, le moyen tiré, par le Centre national des centres commerciaux, de ce que ces dispositions porteraient atteinte à la liberté d'entreprendre, garantie par la Constitution, ne peut qu'être écarté.

12. En troisième lieu, il résulte de ce qui a été dit au point 11 que le moyen tiré, par la société BEMH, de ce que l'article L. 752-6 du code de commerce et le décret attaqué, en ce qu'ils réintroduisent des critères économiques qui ne sont pas justifiés par une raison impérieuse d'intérêt général, sont incompatibles avec les objectifs de l'article 10 de la directive 2006/123/CE ne peut qu'être écarté ».

Ainsi, si les anciennes législations d'aménagement commercial avaient, en leur temps, pu porter une atteinte patente à certaines libertés économiques protégées par le droit national, la jurisprudence administrative n'a pas manqué de conforter le dernier dispositif normatif en vigueur.

B. L'Autorité de la concurrence, gardienne du cadre économique concurrentiel

138. Par principe, la réglementation de l'accès à un marché est soumise au respect des principes concurrentiels. La portée de ces derniers sur la réglementation d'aménagement commercial a d'abord été précisée à la suite de l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 1986 relative à la liberté des prix (cf. *supra*, **points 5 et 39**), largement influencée par le droit communautaire de la concurrence. L'application de la concurrence à la régulation de l'implantation commerciale revêtait alors deux aspects : d'une part, un opérateur ne pouvait être placé en situation d'abuser de sa position dominante, du fait de l'exclusivité qui lui est accordée par l'Administration, sauf motif

⁵⁰² MONTECLER (de) M.-Ch., « Les nouvelles règles de l'aménagement commercial sont conformes au droit européen », AJDA 2020, p.1446

⁵⁰³ CE, 5 juillet 2020, *Société BEMH et Conseil national des centres commerciaux, op. cit.*

⁵⁰⁴ 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 et arrêté du ministre de l'économie et des finances du 19 juin 2019 fixant le contenu du formulaire de demande d'habilitation pour réaliser l'analyse d'impact mentionnée au III de l'article L. 752-6 du code de commerce

⁵⁰⁵ Ces dispositions, « qui n'ont ni pour objet ni pour effet d'instituer des critères constitutifs d'un test économique, mais ont pour seul objet de lutter contre le déclin des centres-villes et s'inscrivent dans un objectif d'aménagement du territoire, sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général. Par suite, le moyen tiré, par la voie de l'exception, de ce que ces dispositions méconnaîtraient les stipulations de l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et celles du point 5) de l'article 14 de la directive 2006/123/CE ne peut qu'être écarté »

d'intérêt général⁵⁰⁶ ; d'autre part, la détermination des conditions d'exercice de l'activité par l'Administration ne devait pas aboutir à la commission d'un tel abus⁵⁰⁷. La jurisprudence enseignait qu'une autorisation administrative ne pouvait porter atteinte aux prescriptions issues de l'ordonnance du 1er décembre 1986, et notamment celles relatives à l'abus de position dominante⁵⁰⁸. Les commissions d'aménagement commercial, suivies par le juge administratif le cas échéant, prenaient alors en considération le « *déséquilibre entre les différentes formes de commerce* » pour éventuellement refuser l'autorisation⁵⁰⁹.

139. L'abandon du volet économique de l'autorisation par la loi LME a été partiellement compensé par les nouveaux pouvoirs conférés à l'Autorité de la concurrence et au maire, qui peut désormais la saisir directement en cas d'abus de position dominante⁵¹⁰. En effet, en tant que condition d'exercice d'une activité, l'attribution d'une AEC constitue « *un véritable avantage concurrentiel pour son bénéficiaire, particulièrement quand le nombre de titres octroyés est limité* »⁵¹¹. Lors, le code de commerce octroie à l'Autorité de la concurrence un certain nombre de prérogatives en matière de lutte contre les abus de position dominante. C'est ainsi qu'en application de l'article L. 752-5 du code de commerce⁵¹²,

« *En cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique de la part d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail, ou points permanents de retrait par la clientèle d'achats au détail commandés par voie télématica, organisés pour l'accès en automobile, le maire, le président de l'EPCI à fiscalité propre ou le président du syndicat mixte ou de l'EPCI mentionné à l'article L. 143-16 du code de l'urbanisme peut saisir l'Autorité de la concurrence afin que celle-ci procède aux injonctions et aux sanctions pécuniaires prévues à l'article L. 464-2 du présent code.* »

140. Un avis relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris a alerté sur le fait que les pouvoirs dévolus à l'Autorité par l'ancien article L. 752-26 du code de commerce étaient subordonnés à des conditions particulièrement difficiles à satisfaire - la constatation d'un abus de position dominante ou de dépendance économique et la persistance de l'abus en dépit des mesures préalables. Ces conditions préalables ne permettaient pas toujours à l'Autorité de pouvoir réellement « *agir sur la structure du marché dans la zone de chalandise considérée* »⁵¹³. L'abrogation de cette disposition au profit du seul article L. 752-5 par l'ordonnance n° 2021-649 du 26 mai 2021 semble indiquer une prise en compte de cette doléance, l'article L. 752-5 ne faisant plus mention des deux conditions tancées par l'Autorité. Il est évident que le commerce doive s'intégrer dans un cadre économique concurrentiel et que les pouvoirs publics, nous venons de le voir, soient tenus à ne pas fausser les règles du marché. Mais le commerce,

⁵⁰⁶ TC, 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris et Air France c/ TAT*, n° 03.174

⁵⁰⁷ CE, Section, 26 mars 1999, *Société EDA*, n° 202.260

⁵⁰⁸ CE, *SA Caen Distribution*, op. cit. « *il incombe aux commissions d'équipement commercial de veiller, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, au respect des règles tendant à préserver le libre jeu de la concurrence, notamment de celles qui résultent des dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986, insérées dans le code de commerce. Au nombre de ces règles figurent celles qui visent à prévenir les risques d'abus de position dominante* ». Voir également CE, 17 décembre 2003, n° 241.471 ; Cons. conc., 21 juin 2005, n°05-D-30 ; CE, 5 avril 2006, n° 269.883 ; CE, 15 novembre 2006, n° 278047

⁵⁰⁹ CE, 21 décembre 2007 n° 298.195 ; CE 9 juillet 2007, n° 290.418 ; CE, 5 mars 2003, n° 255470

⁵¹⁰ TREMEAU J., « *Droit constitutionnel de l'urbanisme* », JCP Administratif, Fasc. 1454, février 2010

⁵¹¹ SOLEILHAC T., « *Vers une commercialité des autorisations administratives* », AJDA 2007, p. 2178

⁵¹² Rappelé par Rép. minis. à la question n° 1440 de Mme Michèle Crouzet (JO, 20 février 2018 p. 1441) « *le maire peut également saisir l'Autorité de la concurrence « en cas d'exploitation abusive de position dominante ou d'un état de dépendance économique de la part d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail » (article L. 752-5 du code de commerce)* ».

⁵¹³ AdlC, avis, 11 janvier 2012, n° 12-A-01

fonction humaine, doit également être vu comme une fonction urbaine ; à ce second titre, l'équipement commercial paraît se mouler parfaitement dans l'aménagement du territoire, et donc dans le droit de l'urbanisme. Il est alors nécessaire que son implantation réponde à certains critères, notamment ceux de ne pas porter « *atteinte à l'équilibre territorial et au bon fonctionnement des villes* » et de s'intégrer harmonieusement dans son environnement, dans le cadre de l'esthétique urbaine. Ici s'arrête donc la vision proprement concurrentielle de l'implantation commerciale, en application du précepte doctrinal selon lequel « *le champ de l'urbanisme se distingue du champ de la concurrence* »⁵¹⁴.

§2. Le principe d'égalité, questionnant les différences entre *drive* et *e-commerce*

141. Si la liberté constitutionnelle d'entreprendre, à l'instar de la liberté d'établissement du droit communautaire, a modelé le droit de l'aménagement commercial, il en va de même d'un principe plus protéiforme, celui d'égalité. La raison en est simple : ce principe constitutionnel s'applique également en droit commun de l'urbanisme depuis qu'une décision du 26 janvier 1995⁵¹⁵ du juge constitutionnel a clairement admis qu'il pouvait s'adapter à la spécificité des territoires⁵¹⁶. Les Sages ont en effet considéré dans la décision de 1995 que le législateur pouvait prévoir la subordination de décisions relatives à l'édification ou au changement de destination de locaux professionnels à l'obtention d'un agrément préfectoral, et ce dans certaines parties du territoire seulement. « *Loin de méconnaître le principe d'égalité* » cette dérogation constitue « *un moyen d'en assurer la mise en œuvre* », grâce à une lecture positive du principe constitutionnel d'égalité⁵¹⁷. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la conformité de dispositions législatives environnementales avec ce même principe d'égalité⁵¹⁸, dans son acception d'égalité « devant la loi » déduite de l'article 6 de la DDHC⁵¹⁹. Selon le juge constitutionnel, le principe d'égalité devant la loi ne s'oppose notamment :

« *ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »⁵²⁰.

De l'analyse même du Professeur Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, si, d'une part, les discriminations arbitraires ou insuffisamment justifiées doivent être prohibées, le législateur peut effectivement créer des inégalités de droit, ou des inégalités marginales, dans le but de rétablir une égalité de fait⁵²¹, d'autre part. Ce principe d'égalité a récemment connu une actualité particulièrement riche, légitimant ainsi toute sa place à ce stade du mémoire.

⁵¹⁴ JOYE J.-Fr., « Intégrer l'urbanisme commercial dans l'urbanisme général », *op. cit.*

⁵¹⁵ Cons. const., 26 janvier 1995, Aménagement du territoire, n° 94-358 DC

⁵¹⁶ ROUSSEAU D., « Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement territorial », RFDA 1995, p. 876

⁵¹⁷ *Ibid.*

⁵¹⁸ Voir pour un exemple récent, Cons. const., 11 octobre 2019, Société Total raffinage France, n° 2019-808 QPC

⁵¹⁹ « *La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ».

⁵²⁰ Cons. const., 28 mai 2010, n° 2010-3 QPC (cons. 3)

⁵²¹ MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Économica-PUAM, coll. "Droit public positif", 1997

142. Antérieurement au problème des entrepôts logistiques (**B**), c'est d'abord la prolifération des *drives* qui avait été un véritable casse-tête pour le législateur (**A**). Jusqu'à la loi ALUR, ils ne constituaient pas des surfaces de vente soumises à AEC. Le législateur de 2014 avait alors modifié l'article L. 752-1 du code de commerce pour élargir le champ de l'AEC à « *l'activité de « drive »* », en considérant que cette activité, développée par les grandes enseignes alimentaires, était à mi-chemin entre la grande surface et le commerce à distance. Nous allons voir que l'extension du champ d'application des AEC aux *drives* a eu une répercussion importante sur le débat actuel concernant l'absence de soumission des entrepôts de *e-commerce*, particulièrement consommateurs de sols non encore artificialisés, à la réglementation des AEC. Certains auteurs regrettent à ce titre l'existence d'un véritable « *vide juridique* »⁵²² à l'endroit de ces lieux de stockage de biens commercialisés.

A. L'extension du champ d'application de la réglementation aux *drives*⁵²³

143. La surface de vente⁵²⁴ - jumelle de la « *surface de plancher* » du droit de l'urbanisme - est un concept essentiel en matière d'aménagement commercial, puisque c'est d'elle que dépend l'application du régime d'AEC. Au-delà d'un certain seuil de superficie⁵²⁵, une autorisation devient en effet obligatoire, en sus de l'éventuelle autorisation au titre du droit de l'urbanisme. La définition de la notion est issue de l'article 3 de la loi fiscale du 13 juillet 1972, reprise par la circulaire du 16 janvier 1997⁵²⁶ ; elle est en principe commune pour l'application de la taxe sur les grandes surfaces et pour l'application de l'AEC⁵²⁷. Une jurisprudence fournie a apporté un certain nombre de précisions⁵²⁸. Le Conseil d'État, par exemple, considère laconiquement que « *la surface de vente est celle des lieux accessibles au public et directement liés à la vente* » tout en indiquant que les surfaces du hall d'entrée du magasin et de sa caisse centrale n'en font pas partie⁵²⁹. Jusqu'en 2014, seule la surface de vente était prise en considération pour déterminer le champ d'application des AEC. Or, les *drives* ne comportent aucune surface de vente ; il était alors logique,

⁵²² LE MORE P., TALAU J.-M., *op. cit.*

⁵²³ Pour l'anecdote, la commission générale de terminologie et de néologie préconise de proscrire l'utilisation du mot « *drive* » emprunté de l'anglais et d'utiliser les expressions « *point de retrait auto* » ou « *zone de retrait express* » (Avis 20 décembre 2013, NOR : CTNX1329258K).

⁵²⁴ Par « *surface de vente d'un magasin de commerce de détail* », il faut entendre la superficie des espaces couverts et non couverts, affectés à la circulation de la clientèle pour effectuer ses achats, à l'exposition des marchandises proposées à la vente, au paiement des marchandises et à la circulation du personnel pour présenter les marchandises à la vente, à l'exclusion des mails et des sas d'entrée des magasins lorsqu'aucune marchandise vendue n'y est exposée, ainsi que des ateliers d'entretien, de réparation, de fabrication ou de préparation des marchandises inaccessibles à la clientèle.

⁵²⁵ En principe 1000 m² pour le cas le plus simple : implantation d'une surface hors secteur de type ORT.

⁵²⁶ Circulaire n° 247 du 16 janvier 1997 portant application des dispositions de la loi du 27 décembre 1973 relative aux équipements commerciaux (II)

⁵²⁷ CE, 22 juin 1983, n° 38.258 « *Toutefois, alors que pour l'assiette de la taxe, ne sont prises en compte que la partie close et couverte des magasins, les surfaces non closes constituent de la surface de vente en ce qui concerne l'autorisation d'exploitation, dès lors que des marchandises y sont exposées et que le public y a librement accès* »

⁵²⁸ Pour la jurisprudence, constituent de la surface de vente : une partie d'une aire de stationnement d'un centre commercial affectée à l'exposition-vente temporaire et périodique d'articles encombrants de sports et loisirs » (CE, 22 juin 1983 *op. cit.*) ; les zones de caisses jusqu'aux portes de sortie du magasin (CAA Bordeaux, 2 juin 1994, n° 93BX00041 ; en sens contraire, voir CAA Nantes, 27 juin 2007, n° 06NT02017 ; CAA Douai, 29 septembre 2016, n° 15DA01670) ; des zones d'étiquetage directement liées à la vente et accessibles au public (CE, 19 décembre 1986, n° 77801 ; CE, 4 décembre 1987, n° 77.861 ; CE, 26 juin 1996, n° 128.072) ; les cabines d'essayage ; une surface de stockage de cartons laissés à la disposition de la clientèle (CE, 25 avril 1980, n° 10.572)

⁵²⁹ CE, 6 juin 2018, *Société Hurtevent LC*, n° 405608

de ce point de vue, qu'ils ne soient pas soumis à la réglementation d'aménagement commercial. Intéressons-nous maintenant aux raisons pour lesquelles les *drives* ont été soumis à AEC.

144. Antérieurement à la réforme de 2014, la doctrine administrative avait apporté certaines précisions relatives à l'assujettissement de certaines surfaces à l'autorisation au titre des articles L. 752-1 s. du code de commerce. Une réponse ministérielle⁵³⁰ rappelait à ce titre l'attachement du législateur à la notion de « surface de vente » pour la soumission au régime d'AEC. Par exemple, le retrait dans des entrepôts *ad hoc* de biens commandés en ligne devait être exempté du régime d'autorisation. La raison de ce non-assujettissement était assez simple : le chaland ne vient pas « acheter » directement les marchandises dans l'entrepôt. Comme aucune « surface de vente » à proprement parler n'est créée, la pratique est assimilable à de la vente par correspondance. Toutefois, cette même réponse ministérielle réservait le cas, dans le secteur du bricolage, des « *bâti-drive* » qui étaient eux soumis à AEC. Le client y accède effectivement en voiture, comme dans le cas d'un *drive* classique, mais l'acte d'achat est effectué directement sur place. De même, lorsque les commandes étaient effectuées sur des bornes, payées et retirées sur place et que l'espace de vente était situé dans un ensemble commercial supérieur au seuil de 1 000 m², il était logiquement soumis à autorisation. Ce raisonnement n'est pas sans faire penser à celui applicable au permis de construire et à la notion de surface de plancher⁵³¹. En dehors de ces cas très isolés de réglementation par le truchement des documents d'urbanisme mais en dehors de tout texte, l'absence de contrôle a incité la grande distribution à développer ce format particulier, qui a rapidement fait florès au détriment des autres types de commerce. Leur prolifération, parfois désordonnée d'un strict point de vue urbanistique, a eu des effets visibles tant sur l'aménagement du territoire et l'esthétique urbaine à proprement parler que sur le tissu économique. Le législateur de 2014 a alors décidé d'accroître le champ d'application de la réglementation d'aménagement commercial en incluant *le drive* au sein de l'article L. 752-3 III du code de commerce⁵³² pour soumettre cette nouvelle activité à AEC. Outre l'aspect environnemental originel, cette démarche est mue par des considérations de planification d'urbanisme et par la recherche une certaine équité commerciale, au vu de la concurrence née entre les commerces de détail et cette nouvelle activité au confluent du *e-commerce* et de la grande surface.

145. L'instruction du gouvernement du 3 mai 2017 aborde ensuite succinctement la question des *drives*, mais de façon négative et en s'alignant sur la position de la CNAC⁵³³. Selon ce texte, comme ils ne comportent aucune surface de vente, les *drives* ne peuvent jamais faire partie d'un « *ensemble commercial* »⁵³⁴. C'est surprenant au vu de la position géographique de la définition du *drive* dans le code de commerce⁵³⁵. Du reste, l'appréciation gouvernementale paraît *prima facie* sommaire et comporte de ce fait un certain nombre de lacunes : lorsque, par exemple, il existe des caisses permettant de payer sur place les marchandises commandées en ligne, l'espace ainsi affecté au paiement doit probablement être qualifié de « surface de vente ». Or, à s'en tenir à l'instruction du gouvernement précitée :

⁵³⁰ Rép. min. Le Loch, n° 89230, JOAN Q 18 janvier 2011, p. 466

⁵³¹ C. urb., article R* 421-2 s.

⁵³² Nous rappelons au besoin « *III. - Au sens du présent code, constituent des points permanents de retrait par la clientèle d'achats au détail commandés par voie télématique, organisés pour l'accès en automobile, les installations, aménagements ou équipements conçus pour le retrait par la clientèle de marchandises commandées par voie télématique ainsi que les pistes de ravitaillement attenantes* ».

⁵³³ CNAC, 2 mars 2017, n°3189T

⁵³⁴ Instruction du gouvernement, 3 mai 2017, *op. cit.* point 1.2.2

⁵³⁵ C. com, article L. 752-3 III. Nous rappelons que l'article pré-mentionné commence comme suit : « *Sont regardés comme faisant partie d'un même ensemble commercial (...)* »

« la référence en la matière est la surface de vente, laquelle s'entend « des espaces, couverts ou non, affectés à la circulation de la clientèle pour effectuer ses achats, à l'exposition de marchandises proposées à la vente, au paiement des marchandises, à la circulation du personnel pour présenter les marchandises à la vente » (1.2.2) (nous soulignons)

Quid alors des *drives* comportant une surface de vente, au sens de l'instruction ? En tout état de cause, nous pensons que l'exclusion des *drives* des ensembles commerciaux n'emporte que de vénielles conséquences, puisque les commissions ont l'obligation de se prononcer sur un projet global, sans distinction entre ses composantes. Le *drive* y sera donc nécessairement examiné en regard des flux de circulation qu'il risque de générer⁵³⁶. Enfin, selon les chiffres avancés par la CNAC, les *drives* ne représenteraient que 9% des projets examinés, avec un taux d'autorisation de 87%⁵³⁷.

B. Le refus discutable d'extension du champ d'application de la réglementation aux entrepôts logistiques de e-commerce

146. À l'instar des bâtiments industriels, les entrepôts logistiques sont soumis à la réglementation spécifique afférente aux installations classées pour la protection de l'environnement (**ci-après « ICPE »**) prévue par le code de l'environnement, au titre de la rubrique 1510 de la nomenclature ICPE « *Stockage de matière, produits ou substances combustibles dans des entrepôts couverts* »⁵³⁸. Ces installations étant susceptibles d'avoir des impacts sur l'environnement ou de présenter des dangers particuliers, elles sont soumises soit à autorisation (A) pour les plus dangereuses, nuisibles ou importantes d'entre-elles, soit à enregistrement (E), soit à déclaration (D) ; une nomenclature inscrite dans la partie réglementaire du code de l'environnement permet d'identifier les différentes catégories d'installations. En-deçà du seuil de déclaration, l'installation est dite « Non Classée » (NC) et soumise à ce titre à la police du maire⁵³⁹. Le régime juridique applicable dépend alors de la rubrique ICPE au sein de la nomenclature concernée par le projet. Dans le cas d'une installation soumise à autorisation, régime le plus lourd, elle consiste globalement en l'obligation d'obtention d'une autorisation préalable après soumission à avis de la mission régionale d'autorité environnementale (**ci-après « MRAe »**) et à consultation publique. Pourtant, la question s'est récemment posée de savoir si le cadre juridique offert par le droit des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) était le mieux à même de régir l'implantation des surfaces commerciales logistiques. Pour le dire autrement, au vu de la soumission des *drives* à l'AEC par le législateur en 2014 (cf. *supra*), fallait-il également soumettre l'implantation des entrepôts au même régime ? C'est au travers du prisme du droit constitutionnel d'égalité que nous allons tenter de répondre à cette question.

147. Pour contextualiser la problématique, il faut indiquer que l'article 52 de la loi Climat de 2021 interdit, en principe, la délivrance de l'AEC à tout projet entraînant une artificialisation des sols de plus de 10 000 m². En dessous de ce seuil, un certain nombre d'exceptions consistant en la réunion de conditions alternatives et cumulatives, permet de pouvoir implanter un équipement commercial en dépit de l'artificialisation causée par le projet. Cette interdiction concerne tous les équipements

⁵³⁶ CE, 12 octobre 2006, n° 268.758

⁵³⁷ CNAC, Rapport d'activité 2020, p. 99

⁵³⁸ Décret n° 2020-1169 du 24 septembre 2020 modifiant la nomenclature des installations classées pour la protection de l'environnement et la nomenclature annexée à l'article R. 122-2 du code de l'environnement

⁵³⁹ Le règlement sanitaire départemental.

commerciaux visés à l'article L. 752-1 du code du commerce, notamment les magasins, les ensembles commerciaux et les *drives*. Or, lors des débats précédent l'adoption de la loi, la Commission des affaires économiques du Sénat avait proposé un amendement, adopté à l'unanimité par les sénateurs et traduit au sein d'un article 52 bis dans le projet de loi, permettant l'assujettissement des entrepôts de *e-commerce* à la législation en vigueur pour les autres équipements commerciaux. Ayant reçu un avis défavorable de la part du gouvernement⁵⁴⁰, la disposition a été supprimée en Commission Mixte Paritaire (CMP), exactement comme elle avait été supprimée au sein de la loi ELAN trois ans auparavant. Un procès a donc été intenté contre la loi Climat par plus de soixante députés, dans le but d'enrayer « *la spirale d'inaction ayant conduit au non-respect de la trajectoire de la France en matière de réduction des GES* » ; il a débouché sur une décision du 13 août 2021⁵⁴¹. Ecartant rapidement l'argument relatif à la saisine générale au motif qu'il « *ne dispose pas d'un pouvoir général d'injonction à l'égard du législateur* », le Conseil a examiné la constitutionnalité de l'article 215 de la loi, modifiant le régime de l'AEC afin de prévoir les conditions dans lesquelles cette autorisation pouvait être délivrée pour les projets engendrant une artificialisation des sols. Il s'agissait surtout de se prononcer sur l'exclusion des entrepôts du régime de l'AEC, estimé contraire par les parlementaires au principe d'égalité devant la loi. Selon eux, la loi instituait une différence de traitement injustifiée entre ces entreprises et celles qui exercent une activité de commerce physique. Après avoir rappelé que l'article L. 752-1 du code de commerce ne s'appliquait pas aux entrepôts, le Conseil constitutionnel en a conclu à l'absence de différence de traitement entre les entreprises de commerce en ligne et celles qui exercent une activité de commerce au détail.

148. Cette solution nous laisse quelque peu perplexe. Il est vrai que la « *structure bâimentaire, économique et administrative d'un entrepôt est bien plus proche de l'usine que de l'immobilier commercial* »⁵⁴². Pourtant, nous pensons, à l'instar d'un certain nombre de soutiens apportés à la saisine parlementaire⁵⁴³, que le texte crée une atteinte à l'égalité devant la loi consistant en une discrimination injustifiée entre les magasins de commerce de détail et les entrepôts des entreprises spécialisées dans le *e-commerce*, comme *Amazon*, et sans rapport direct avec l'objet de la loi Climat et résilience. En effet, l'article L. 752-1 du code de commerce et l'article 52 de la loi Climat traitent de façon différente des situations identiques. Ceci d'autant plus que les *drives* sont assujettis à AEC, et donc aux dispositions sévères de l'article 52 relatives à l'interdiction d'artificialisation des sols. Les *drives* ne sont, pour la plupart d'entre eux, ni plus ni moins que des entrepôts ne comportant aucune surface de vente. Appréhendé sous cet angle, il semblerait de prime abord qu'il y ait effectivement une violation manifeste de l'égalité de traitement. Il faut rappeler que le Conseil d'État lui-même, dans le cadre de son avis sur le projet de loi élaboré par le gouvernement⁵⁴⁴, avait alerté sur le risque que le projet « *porte atteinte à l'égalité entre les opérateurs économiques* » dès lors qu'il ne concernait que les entreprises soumises à autorisation

⁵⁴⁰ Dans le cadre des débats parlementaires, le gouvernement s'est opposé à toute transposition de l'interdiction aux entrepôts logistiques et du commerce électronique au motif que ces derniers « *ne répondent pas aux mêmes règles et aux mêmes enjeux en matière d'artificialisation des sols* » et « *ne sont responsables, au maximum, que de 1% de l'artificialisation des sols de notre territoire* » (cf. intervention de Mme la Ministre du Logement, de l'Égalité des territoires et de la Ruralité, Emmanuelle WARGON lors de la séance du 15 avril 2021).

⁵⁴¹ Cons. const., 13 août 2021, *Loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, n° 2021-825 DC

⁵⁴² Contribution de l'association Afilog à la saisine du Conseil constitutionnel sur le projet de loi Climat & Résilience, 29 juillet 2021 : « *On a l'impression qu'on veut « délogistiser » la France comme on a désindustrialisé la France il y a quelques dizaines d'années* » D. DIZIAIN, directrice déléguée d'Afilog

⁵⁴³ Liste des contributions extérieures - Décision n° 2021-825 DC *Loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets* (publiée sur le site du Conseil constitutionnel, 165 pages)

⁵⁴⁴ CE, Avis, 4 février 2021, *Projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et ses effets*, n° 401.933

d'exploitation commerciale « alors que d'autres entreprises peuvent s'installer sans autorisation dans ces zones, tout en entraînant une artificialisation importante des sols »⁵⁴⁵.

SECTION 2 - LA REVITALISATION DES CENTRES-VILLES, DISPOSITIF PROPHYLACTIQUE

149. L'article 166 de la loi ELAN⁵⁴⁶ a réécrit une partie de l'article L. 752-6 du code de commerce. Depuis le 1er janvier 2019, ont été adjoints aux critères d'autorisation examinés par les CDAC, déjà prévus au I de l'article, la « *contribution du projet à la préservation ou à la revitalisation du tissu commercial du centre-ville* » de la commune d'implantation, des communes limitrophes ou de l'intercommunalité, ainsi que « *les coûts indirects supportés par la collectivité en matière notamment d'infrastructure de transport* ». De surcroit, depuis le 1er janvier 2020 il est demandé au pétitionnaire de produire, une analyse d'impact, réalisée par un organisme indépendant habilité par la préfecture, portant sur les effets du projet sur le centre-ville et devra démontrer qu'aucune friche existante en centre-ville ou à défaut en périphérie ne peut accueillir son projet. L'examen de ce nouveau dispositif législatif, validé par le Conseil, est l'occasion pour ce dernier de consacrer un nouvel « objectif d'intérêt général »⁵⁴⁷, celui de la lutte contre le déclin des centres-villes (**paragraphe 1**).

150. L'objectif de revitalisation des centres-villes est surtout rempli par la signature de contrats d'ORT⁵⁴⁸ entre la ville, l'intercommunalité et l'Etat. Ce dispositif, constituant le cœur du volet revitalisation de la loi ELAN de 2018, permet aux élus de mettre en œuvre un projet global de territoire. Grâce à cette convention, les communes signataires sont nanties d'une large palette d'outils, juridiques comme fiscaux, permettant entre autres de « *renforcer l'attractivité commerciale en centre-ville* » : dispense d'AEC en centre-ville et possibilité de suspension préfectorale de projets commerciaux en périphérie, renforcement du droit de préemption au sein des locaux artisanaux, dispositions facilitant la dissociation des baux locatifs situés au-dessus des commerces, etc. Selon un récent rapport sénatorial, « *60 % des élus consultés dans le cadre de la mission estiment que ces mesures contribuent à la revitalisation* »⁵⁴⁹ (**paragraphe 2**).

⁵⁴⁵ Le blog du droit de l'urbanisme et de l'aménagement, « Loi climat et création de nouvelles surfaces commerciales », 11 mai 2021

⁵⁴⁶ Ces nouveaux critères proviennent de l'article 15 de la proposition de loi sénatoriale du 20 avril 2018 *op. cit.*, reprises par l'amendement n° COM-893 du 2 juillet 2018 de la sénatrice Dominique ESTROSI-SASSONE, rapporteure de la loi ELAN. La proposition sénatoriale prévoyait en effet d'intégrer à l'article L. 752-6 du code de commerce « *un critère de préservation du tissu commercial dans les décisions d'autorisation d'une implantation commerciale* », d'imposer au demandeur de produire une « *analyse d'impact du projet, réalisée par un organisme indépendant habilité par le représentant de l'Etat dans le département, qui en précise les effets sur l'emploi et sur l'animation du centre-ville* » afin de permettre à la CDAC d'apprécier les effets du projet, et d'imposer au demandeur de démontrer qu'aucune friche existante ne permettait l'accueil de son projet en centre-ville ou, à défaut, en périphérie.

⁵⁴⁷ « *Lorsque le législateur restreint l'exercice de certains principes, droits ou libertés protégés par le Conseil, il doit justifier son action par la poursuite d'un objectif d'intérêt général. De cette manière, le Conseil constitutionnel se dote d'un nouvel instrument de protection des droits fondamentaux* » in MERLAND G., « *L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ?* », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 16, juin 2004

⁵⁴⁸ CCH, article L. 303-2

⁵⁴⁹ Rapport d'information n° 910, 29 septembre 2022, *op. cit.*

§1. Le juge constitutionnel au chevet de la réglementation : la consécration de l'objectif général de « *lutte contre le déclin des centres-villes* »

151. A l'instar de la Cour de justice de Luxembourg, le Conseil constitutionnel français a participé à la mutation de la réglementation d'aménagement commercial. Il faut indiquer que, de longue date, il n'a pas été totalement rétif à l'éventualité de sanctionner de possibles atteintes à la liberté d'entreprendre portées par une disposition de loi encadrant l'implantation commerciale. En témoignent, par exemple, cette incise extraite de son examen de la constitutionnalité de la loi SRU de 2000 (op. cit.)⁵⁵⁰, ou encore une décision de 2013⁵⁵¹ dans laquelle il a reconnu que le législateur néocalédonien avait « *poursuivi un objectif de préservation de la concurrence dans le commerce de détail* » en soumettant à un régime d'autorisation toute mise en exploitation, extension, changement d'enseigne commerciale, changement de secteur d'activité et reprise par un nouvel exploitant d'un magasin de commerce de détail dont la surface de vente est supérieure à 350 m². Rappelant les particularités économiques de la Nouvelle-Calédonie et le degré de concentration dans ce secteur d'activité, les Sages considèrent que « *l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par la procédure d'autorisation préalable pour les commerces de détail d'une certaine superficie est en lien avec l'objectif poursuivi et ne revêt pas un caractère disproportionné* »⁵⁵². Mais c'est avec leur décision du 12 mars 2020⁵⁵³, rendue sur QPC, que les Sages de la rue de Montpensier ont apporté une pierre supplémentaire à l'édifice de la réglementation d'aménagement commercial (**A**).

152. Si la première censure prononcée pour un manquement à la liberté d'entreprendre concernait une loi d'urbanisme⁵⁵⁴ et si, depuis lors, cette liberté a régulièrement été opposée aux nécessités d'un développement commercial équilibré, le juge constitutionnel n'est pas vraiment coutumier de l'examen *a posteriori* des lois relatives à l'aménagement commercial. Il est même possible d'affirmer, avec Michael REVERT, que les QPC sont particulièrement rares en la matière⁵⁵⁵ : entre 2010 et 2020, seules cinq questions avaient été portées devant le Conseil d'État, sans qu'aucune d'entre-elles ne donne lieu à renvoi à l'aile de Montpensier du Palais Royal. Quatre concernaient des dispositions de la loi LME du 4 août 2008⁵⁵⁶, une était relative à la loi ACTPE du 18 juin 2014⁵⁵⁷. Une décision de 2020 rendue sur QPC a cependant donné l'occasion au Conseil constitutionnel d'enrichir le panel des sources de l'aménagement commercial en consacrant l'objectif de « lutte contre le déclin des centres villes ». Un certain nombre d'écueils dans la portée de la décision sont toutefois à regretter (**B**).

⁵⁵⁰ Cons. const., *Loi SRU*, op. cit. (cons. 20) : « *le souci d'assurer "la sauvegarde de la diversité commerciale des quartiers"* » constitue un objectif d'intérêt général pouvant justifier une atteinte à la liberté d'entreprendre.

⁵⁵¹ Cons. const., 1er octobre 2013, *Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie*, n° 2013-3 LP

⁵⁵² *Ibid.*, cons. 11

⁵⁵³ Cons. const., 12 mars 2020, *Conseil national des centres commerciaux*, n° 2019-830 QPC

⁵⁵⁴ Cons. const., *Loi SRU*, op. cit. (cons. 20) : les neuf Sages ont estimé qu' « *en soumettant à une autorisation administrative tout changement de destination d'un local commercial ou artisanal entraînant une modification de la nature de l'activité, le législateur a apporté, en l'espèce, tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre [...] une atteinte disproportionnée à l'objectif poursuivi* ».

⁵⁵⁵ REVERT M., « Premières QPC sur le volet aménagement commercial de la loi Elan », RDI 2020, p.153

⁵⁵⁶ CE, 26 janvier 2011, *SAS Auxa*, n° 344.204 ; CE, ord., 8 novembre 2011, *SARL Brico Roquebrune* ; CE, 23 juin 2014, *Société TPLM*, n° 373.671 ; CE, *SCCV Lisieux développement*, op. cit.

⁵⁵⁷ CE, 24 juillet 2019, *Société Sotourdi*, n° 430.770

A. Un soutien constitutionnel ostensible au nouveau cadre législatif

153. « *Signe que la question est sensible* »⁵⁵⁸, le Conseil constitutionnel est intervenu pour valider le nouveau cadre législatif issu de la loi ELAN. En effet, le Conseil national des centres commerciaux (**ci-après « CNCC »**) avait saisi le Conseil d'Etat d'une demande de renvoi de QPC pour faire invalider ce dispositif qu'il estimait défavorable aux grandes surfaces, argument pris de sa méconnaissance à la liberté d'entreprendre découlant de l'article 4 de la DDHC. Étaient avancées au soutien de l'action, d'une part, la finalité purement économique poursuivie par le législateur, éloignée des critères d'aménagement du territoire, de développement durable et de la protection du consommateur guidant l'examen en commission et, d'autre part, l'iniquité de l'opération, qui favoriserait injustement les commerçants déjà installés, qu'ils aient précédemment bénéficié d'une telle autorisation ou qu'ils y aient échappé en raison de leur petite taille⁵⁵⁹. La question présentant un caractère sérieux indéniable⁵⁶⁰, elle a passé le filtre du Conseil d'Etat⁵⁶¹. Ce renvoi était d'autant plus logique que, d'une part, la haute juridiction de l'ordre administratif considère de jurisprudence constante que :

« *il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »⁵⁶².

D'autre part, la liberté d'entreprendre est classiquement⁵⁶³ utilisée par le juge administratif depuis l'arrêt *RATP*⁵⁶⁴ pour contrôler la régularité des décisions administratives susceptibles d'entraver les activités économiques. A l'instar des libertés économiques issues du droit communautaire examinées *supra*, l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre doit être nécessaire à l'objectif d'intérêt général évoqué et proportionnée à celui-ci.

154. Sans grande surprise, les nouvelles règles relatives à la délivrance de l'AEC ont alors, et avec succès, « *passé le test de constitutionnalité* »⁵⁶⁵ en étant déclarées conformes à la Constitution⁵⁶⁶. Très classiquement, le Conseil constitutionnel a d'abord contrôlé que les limitations apportées à la liberté d'entreprendre étaient liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, puis qu'il n'en résultait pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif

⁵⁵⁸ GIACUZZO J.-Fr., « Permis valant autorisation d'exploitation commerciale, Période transitoire du contentieux » *op. cit.*

⁵⁵⁹ DEVILLERS H., « Le Conseil constitutionnel au chevet des centres-villes dévitalisés », AJDA 2020, p.1617

⁵⁶⁰ NICINSKI S., Actualité du droit de la concurrence et de la régulation, AJDA 2020 p.605

⁵⁶¹ CE, 13 décembre 2019, n°431.724

⁵⁶² CE 7 mars 2019, *Société Viagogo Entertainment Inc.*, n° 426.336 ; CE, 11 décembre 2019, n° 434.826

⁵⁶³ NICINSKI S., *op. cit.*

⁵⁶⁴ CE, *RATP c/ société 20 minutes France*, *op.cit.*

⁵⁶⁵ MONTECLER (de) M.-Ch., « Aménagement commercial : les nouvelles règles de l'autorisation passent le test de constitutionnalité », AJDA 2020, p.598

⁵⁶⁶ Cons. const., *Conseil national des centres commerciaux*, *op. cit.* : « *qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu renforcer le contrôle des commissions d'aménagement commercial sur la répartition territoriale des surfaces commerciales, afin de favoriser un meilleur aménagement du territoire et, en particulier, de lutter contre le déclin des centres-villes. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général (...)* »

Les dispositions du paragraphe I de l'article « se bornent à prévoir un critère supplémentaire pour l'appréciation globale des effets du projet sur l'aménagement du territoire, et notamment sur le rééquilibrage des agglomérations par le développement des activités en centre-ville. En particulier, elles ne subordonnent pas la délivrance de l'autorisation à l'absence de toute incidence négative sur le tissu commercial des centres-villes mentionnés par ces dispositions (...) ».

poursuivi⁵⁶⁷. Pour lui, le fait d'imposer au demandeur une analyse d'impact « *se borne à prévoir un critère supplémentaire* »⁵⁶⁸. Un tel motif, lié au « vaste ordre public spécial urbanistique », pouvait ainsi aisément justifier la restriction à la liberté d'entreprendre⁵⁶⁹, laquelle est alors reconnue proportionnée :

« 5. *Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.*

(...)

13. *Il résulte de tout ce qui précède que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par les dispositions contestées n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. Le grief tiré de la méconnaissance de cette liberté doit donc être écarté »*

Cette solution sera ensuite reprise par la jurisprudence : saisie par le préfet, la cour administrative d'appel de Nantes⁵⁷⁰ a considéré par exemple, concernant l'extension de 993 m² d'un ensemble commercial, que l'arrêté de permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale devait être suspendu, car il n'avait pas été tenu compte « *des effets du projet sur la préservation et la revitalisation du tissu commercial du centre-ville de Beaune-la-Rolande* ». Précisément, la cour indique :

« *les dispositions ajoutées au I de l'article L. 752-6 du code de commerce par la loi du 23 novembre 2018, telles qu'interprétées par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2019-830 QPC du 12 mars 2020, poursuivent l'objectif d'intérêt général de favoriser un meilleur aménagement du territoire et, en particulier, de lutter contre le déclin des centres-villes. Elles prévoient ainsi un critère supplémentaire pour l'appréciation globale des effets du projet sur l'aménagement du territoire* ».

155. Outre l'appropriation de la solution du Conseil constitutionnel par les juridictions inférieures, l'apport majeur de cette décision réside indéniablement dans l'entérinement, au sein de son considérant n°8, d'un nouvel⁵⁷¹ « *objectif d'intérêt général* » de « *lutte contre le déclin des centres-villes* ». Cet objet juridique nouvellement consacré par le Conseil permet, à lui-seul, de justifier l'atteinte causée par le législateur d'urbanisme commercial à la liberté d'entreprendre. Et si cette dernière semble fragilisée, son poids n'est cependant pas totalement annihilé par la solution rendue. Mais, de par son « *lien avec la condition d'intérêt général, [elle] bénéficie d'une protection moins intense que les autres principes constitutionnels* »⁵⁷². Du reste, il est patent que le Conseil

⁵⁶⁷ Cons. const., *Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie*, op. cit. ; Cons. const. 11 octobre 2013, *Société Schuepbach Energy LLC*, n° 2013-346 QPC ; Cons. const. 17 octobre 2014, *Chambre syndicale des cochers chauffeurs CGT-taxis* n° 2014-422 QPC ; Cons. const., 23 mars 2017, n° 2017-750 DC.

⁵⁶⁸ « *en prévoyant que l'analyse d'impact « s'appuie notamment sur l'évolution démographique, le taux de vacance commerciale et l'offre de mètres carrés commerciaux existants dans la zone de chalandise pertinente », les dispositions contestées [du] paragraphe III n'instituent aucun critère d'évaluation supplémentaire* ».

⁵⁶⁹ FERRIER D., « *La liberté du commerce et de l'industrie* », in CABRILLAC R. [dir.], *Libertés et droits fondamentaux*, 25e éd., Dalloz, 2019, p. 891

⁵⁷⁰ CAA Nantes, 9 octobre 2020, n° 20NT02920

⁵⁷¹ La consécration d'objectifs d'intérêt général en urbanisme commercial par les neuf Sages n'est pas vraiment nouvelle : dans la décision précitée relative à la loi SRU, le Conseil constitutionnel estime que les atteintes causées au droit de propriété par les dispositions des nouveaux plans locaux d'urbanisme « *sont justifiées par l'intérêt général qui s'attache à la maîtrise, par les collectivités publiques, de l'occupation des sols et du développement urbain* » ; de même, « *la réalisation de logements répondant à une préoccupation de mixité sociale* » ou « *la sauvegarde de la diversité commerciale des quartiers* » poursuivent un objectif d'intérêt général, susceptible, le cas échéant, de justifier une atteinte au principe d'égalité, au droit de propriété ou à la liberté d'entreprendre. Enfin, dans sa décision n° 2003-480 DC du 31 juillet 2003, le Conseil constitutionnel consacre un objectif d'intérêt général relatif au « *développement économique* » et à « *l'aménagement du territoire* », proche dans son principe de celui de la QPC de 2020 ici commentée.

⁵⁷² MERLAND G., op. cit.

constitutionnel fait, dans cette décision, une « *interprétation neutralisante et artificielle* »⁵⁷³ de la disposition litigieuse, certainement afin de la « sauver » coûte que coûte. Utilisant la forme négative, il vient alors indiquer que l'autorisation « *ne peut être refusée que si, eu égard à ses effets, le projet compromet la réalisation de ces objectifs* » (consid. 9). Les Sages, à l'instar de la Cour de justice avant eux dans sa décision *Visser* de 2018, ont donc choisi la voie du réalisme économique, lors même que jusqu'ici, la jurisprudence consacrée à l'urbanisme commercial faisait montre d'une conception plus exigeante de la proportionnalité des mesures⁵⁷⁴. Nul besoin d'être alors prophète pour deviner que cette décision a subséquemment attiré les commentaires. Selon Hugo DEVILLERS, par exemple, plutôt philosophe sur l'avenir de la liberté d'entreprendre,

« *cette solution engage la jurisprudence sur la voie d'une conception plus équilibrée des libertés économiques (...) Le contenu économique de l'objectif d'intérêt général pourrait annoncer une mutation de la liberté d'entreprendre plus qu'une restriction de ce principe* »⁵⁷⁵.

Toutefois, il est à regretter quelques élusions au sein de la décision du Conseil constitutionnel ; son choix d'utiliser une interprétation neutralisante est en effet particulièrement discutable.

B. Une solution circonscrite, aux élusions dommageables

156. En l'espèce, le Conseil constitutionnel devait répondre à la question de savoir si les éléments d'évaluation des projets d'exploitation commerciale liés à la protection des centres-villes étaient réellement contraires à la liberté d'entreprendre. De l'appréciation des Sages, le nouveau sous-critère inscrit au e) du 1^o du I de l'article L. 752-6 n'est qu'un élément parmi une multitude d'autres, appartenant tous à la catégorie de l'aménagement du territoire. Ce simple critère n'est pas une condition *sine qua non* de délivrance des autorisations⁵⁷⁶, en ce sens qu'un projet générant des effets négatifs sur le tissu urbain d'un centre-ville ne sera pas nécessairement mauvais au regard des objectifs de développement durable par exemple. L'impression qui se dégage à la lecture de cette décision est que les rapports de force entre les protagonistes d'un secteur économique identique participent d'une « concurrence loyale », au sens de l'article L. 750-1 du code de commerce comme de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁵⁷⁷. L'aide apportée par le législateur aux petits commerçants s'est muée en une arme pour combattre le comportement des autres acteurs du même secteur⁵⁷⁸. Or, pour éviter que chaque protagoniste du secteur de la distribution n'appréhende de façon biaisée le contenu de la liberté d'entreprendre, il aurait été judicieux que le Conseil inclue plus explicitement « *l'impératif d'équilibre économique et commercial (...)* » dans les « *éléments de définition composant la liberté d'entreprendre* »⁵⁷⁹. Une

⁵⁷³ BALAGUER F., « Liberté d'entreprendre 0 – Protection des centres-villes 1, vraiment ? », Droit Administratif n° 12, comm. 50, décembre 2020

⁵⁷⁴ « *la liberté d'entreprendre est une liberté véritable, économiquement réaliste, (...) au statut raffermi* », in BÉCHILLON (de) D., « Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », Cahiers du Conseil constitutionnel 2015, n° 49, p. 7

⁵⁷⁵ DEVILLERS H., *op. cit.*

⁵⁷⁶ « *Ces dispositions n'ont [...] pas pour effet d'interdire toute délivrance d'une autorisation au seul motif qu'une telle friche existerait. Elles permettent en outre au demandeur de faire valoir les raisons, liées par exemple à la surface du commerce en cause, pour lesquelles les friches existantes ne permettent pas l'accueil de son projet (...)* »

⁵⁷⁷ CJUE (GC), *Visser* *op. cit.*

⁵⁷⁸ REVERT M., « La constitutionnalité sans surprise des nouveaux critères de délivrance des autorisations d'exploitation commerciale », RDI 2020, p. 267

⁵⁷⁹ *Ibid.*

telle inclusion reviendrait en outre à assumer pleinement le fait que le droit de l'aménagement commercial demeure une police économique.

157. La disposition en litige indique que le demandeur « *doit* » démontrer qu'aucune friche ne peut accueillir son projet. S'agissant alors d'une disposition impérative, elle « *constraint son destinataire à se conformer à un comportement déterminé, sans lui laisser la liberté d'en apprécier l'opportunité* »⁵⁸⁰. Il est alors quelque peu déconcertant de constater que le juge constitutionnel travestit l'impérativité de la norme, visiblement souhaitée par le législateur, en une simple faculté, « *en un simple objectif* »⁵⁸¹ pour reprendre les termes utilisés en doctrine. Il en fait une obligation de moyen et non de résultat : ces dispositions n'ont pas pour effet « *d'interdire toute délivrance d'une autorisation au seul motif qu'une telle friche existerait* ». En indiquant par la suite que cette disposition a pour « *seul objet d'instituer un critère supplémentaire permettant d'évaluer si, compte tenu des autres critères, le projet compromet la réalisation des objectifs énoncés par la loi* », il semble neutraliser en partie l'impérativité de la disposition contestée - mais n'oublions pas que l'étude d'impact doit être réalisée. La proportionnalité de la mesure est ensuite déduite de ce que ces dispositions « *permettent [...] au demandeur de faire valoir les raisons, liées par exemple à la surface du commerce en cause, pour lesquelles les friches existantes ne permettent pas l'accueil de son projet* ». Cette méthode d'interprétation n'est pas réellement nouvelle⁵⁸², elle a déjà été utilisée par le juge administratif - en matière d'urbanisme - pour neutraliser le contenu d'une norme impérative dans le contentieux des SDAGE⁵⁸³ et du SCoT⁵⁸⁴.

158. Du reste, la tournure choisie par les rédacteurs de la décision permet de faire l'économie d'une appréciation, pourtant attendue, des répercussions des nouvelles dispositions en regard de l'importance du champ géographique qu'elles couvrent. En effet, il faut mentionner qu'elles ne concernent pas seulement la « zone de chalandise » du projet mais le « *centre-ville de la commune d'implantation, des communes limitrophes et de l'établissement public de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre dont la commune d'implantation est membre* », ce qui étend d'autant leur zone d'impact. Mais ce ne sont pas là, tant s'en faut, les seuls écueils de la décision émanant de la vénérable institution. D'une part, l'approche économique des nouvelles dispositions est totalement éludée de par le choix d'opérer une approche neutralisante de la question (cf. *supra point 142*)⁵⁸⁵. D'autre part, il est particulièrement regrettable que les Sages n'aient pas pris position sur l'étude d'impact en tant que telle⁵⁸⁶. A ce titre cependant, nous gageons que certaines élusions puissent être mises sur le compte de regrettables oubli au sein des arguments développés par le CNCC, lesquels ne mettaient en cause ni l'existence-même de l'analyse d'impact, ni l'obligation de recourir à un organisme indépendant. C'est en tout cas la raison avancée par le Conseil constitutionnel pour justifier la circonscription de son examen aux seules dispositions du e du 1^o du paragraphe I de l'article L. 752-6 du code de commerce, ainsi qu'à la seconde phrase du paragraphe III et au paragraphe IV du même article. Enfin, l'interprétation neutralisante limite le contrôle opéré par la CDAC sur les autorisations, et donc par ricochet

⁵⁸⁰ GROULIER C., « L'impératif dans la jurisprudence Duvignères : réflexion sur un sésame contentieux », RFDA 2008, p. 941

⁵⁸¹ BALAGUER F., *op. cit.*

⁵⁸² BOUYSSOU F., « SCoT et urbanisme commercial », AJDA 2013, p. 416

⁵⁸³ CE, 21 novembre 2018, *Société Roybon Cottages*, n° 408.175 ; CE, 25 septembre 2019, *ASA de Benon*, n° 418.658

⁵⁸⁴ CE, 18 décembre 2017, *Regroupement des organismes de sauvegarde de l'Oise*, n° 395.216

⁵⁸⁵ Cette approche permet au Conseil d'assurer la conventionnalité du dispositif : si à elle seule elle pouvait justifier le refus de PCVAEC, il y aurait le retour d'une nouvelle forme de « test économique » interdit par le droit communautaire.

⁵⁸⁶ Selon le Rapport sénatorial précité du 29 septembre 2022, l'indépendance des organismes chargés de réaliser les études d'impact, rétribués par les porteurs de projets, pose question. En outre, le test anti-friches se heurte à la difficulté d'identifier et de répertorier les friches, même s'il existe le logiciel « Cartofriche ».

l'objectif d'éviter le déclin des centres-villes et centres-bourgs poursuivi par le législateur⁵⁸⁷. Ce *modus operandi* semble d'autant plus critiquable dans la mesure où le juge constitutionnel n'a exercé en l'espèce qu'un contrôle minimum⁵⁸⁸, alors qu'il aurait été logique de pondérer les critères : à l'instar de son voisin de Palais, « *il ne les interprète pas comme il devrait en regard des obligations énoncées à l'article L. 750-1* »⁵⁸⁹. Fait notable cependant, le Conseil constitutionnel, qui est toujours frileux⁵⁹⁰ lorsqu'il s'agit d'intégrer des stipulations conventionnelles dans le bloc de constitutionnalité, semble s'être calqué au cas présent sur la solution rendue par Luxembourg en 2011, à propos de la liberté d'établissement garantie par l'ancien article 43 du TCE.

§2. Le manteau contractuel revêtu par l'objectif de lutte contre la dévitalisation des centres-villes

159. La souplesse de lecture du Conseil, préférant taire le caractère impératif originel de la disposition au profit d'un simple caractère incitatif, aurait pu contrevenir aux buts que s'était fixés le législateur ELAN. Car, en ajoutant une telle disposition aux critères préalablement contenus dans l'article L. 752-6 du code de commerce, ce dernier souhaitait poursuivre un objectif visant à améliorer l'aménagement du territoire tout en luttant contre la désertification des centres-villes et des centres-bourgs. Fort heureusement, le bilan de l'analyse d'impact est globalement positif⁵⁹¹. Du reste, l'objectif du législateur est également rempli de manière opportune grâce à d'autres instruments législatifs. En effet, la lutte contre la dévitalisation des centralités urbaines a pris différentes formes au sein des textes successifs depuis sa consécration par la loi ELAN, il y quatre ans ; elle a revêtu entre autres - et ce sera l'objet des paragraphes à suivre - le visage de dispositifs partenariaux appelés « *opérations de revitalisation de territoire* » (ORT) (cf. *supra point 69*).

160. Le Sénat, grand promoteur de cette initiative, y voyait un « *enjeu civilisationnel* » permettant de « *renouer avec la culture de la centralité* »⁵⁹². La loi 3DS, texte présenté comme « *concret, utile, de terrain* »⁵⁹³, a quelque peu précisé et amendé le dispositif des ORT, notamment en y introduisant la possibilité (article 97 de la loi) d'une expérimentation d'une durée de six ans. Un rapport du Sénat, rendu public le 29 septembre 2022⁵⁹⁴, a réalisé un « *service après vote* »⁵⁹⁵ des mesures législatives relatives à la revitalisation. Si les opérations de revitalisation semblent globalement appréciées des élus locaux, le titre du rapport - « *entre enthousiasme et frustrations* » - est particulièrement évocateur. Nous allons à présent détailler ce dispositif partenarial permettant justement de lutter contre la dévitalisation des centres-villes (**A**), en faisant la lumière sur les risques d'inconventionnalité dont il est porteur (**B**).

⁵⁸⁷ BALAGUER F., *op. cit.*

⁵⁸⁸ GENEVOIS B., « L'enrichissement des techniques de contrôle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, Hors-Série 2009, colloque du cinquantenaire, 3 novembre 2009

⁵⁸⁹ LINOTTE D., ROMI R., *Droit public économique*, LexisNexis, 2012

⁵⁹⁰ DRUESNE G., *Droit de l'Union européenne et politiques communautaires*, PUF, 8e éd., déc. 2006, p. 161

⁵⁹¹ Rapport d'information n° 910, 29 septembre 2022, *op. cit.*

⁵⁹² Proposition de loi portant Pacte national de revitalisation des centres-villes et centres-bourgs, avril 2018, Sénat

⁵⁹³ GOURAULT J., Discussion générale sur la loi dite « 3DS », Ass. Nat., 6 décembre 2021

⁵⁹⁴ Rapport d'information n° 910, 29 septembre 2022, *op. cit.*

⁵⁹⁵ Comm. de presse du rapport d'information *ibid.*, site du Sénat (30 septembre 2022)

A. Un enrichissement du cadre législatif de lutte contre la dévitalisation : les opérations de revitalisation de territoire (ORT)

161. « *Après plusieurs années de désertification, les centres-villes retrouvent sous l'impulsion des enseignes un nouvel élan* ». Ce constat, dressé au sein de l'étude d'impact de la loi ACTPE du 18 juin 2014 est « *désarmant d'optimisme* »⁵⁹⁶. Pourtant, il ne sera corroboré ni par un Sénat alarmiste faisant plutôt état d'un déclin du commerce dans plus de 800 villes, ni par un sondage de 2017⁵⁹⁷ indiquant qu'un tiers des Français seulement juge leur cœur de ville dynamique. Et c'est dans ce contexte, plutôt alarmant, qu'est intégrée au code de la construction et de l'habitation la convention dite d' « opérations de revitalisation de territoire »⁵⁹⁸. L'ORT constitue le cadre juridique de mise en oeuvre du plan « *Action cœur de ville* » (ACV)⁵⁹⁹, palliatif supposé à la perte d'attractivité d'un grand nombre de petites et moyennes centralités urbaines⁶⁰⁰. Celle-ci remplace d'anciens dispositifs périmés, introduits au fil des réformes précédentes, en particulier les contrats de revitalisation artisanale et commerciale (**ci-après « Cram »**)⁶⁰¹ expérimentés par la loi ACTPE, ou encore les opérations de requalification des quartiers anciens dégradés (**ci-après « ORQAD »**) institués par la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté⁶⁰². Ne souhaitant pas renouveler ces expériences, le législateur de 2018 leur substitue donc les ORT⁶⁰³. À la suite de la loi ELAN, la loi 3DSprécise quelque peu, en l'amendant, le dispositif. Une expérimentation, largement détaillée au sein de son article 97, attire l'attention des commentateurs depuis quelques mois (*cf. infra points 164 s.*).

162. La convention s'inscrit, dans sa lettre comme dans son esprit, dans une cinétique globalement vertueuse, en se donnant pour finalités de ramener habitants et commerces au cœur des villes et d'assurer la cohérence et l'équilibre des politiques intercommunales en matière de planification commerciale. En principe, les commerces qui souhaiteraient s'implanter dans le centre des villes signataires ne sont plus soumis à autorisation d'exploitation commerciale. En application des dispositions de l'article L. 303-2 du CCH, les ORT ont pour objet :

⁵⁹⁶ LE DORH M., « Les nouveaux pouvoirs des collectivités en matière de revitalisation des centres-villes » *Constitutions 2019*, p.403

⁵⁹⁷ Chiffres extraits d'un sondage présenté lors de la « 12e édition des Assises Nationales du Centre-Ville à Orléans », juin 2017

⁵⁹⁸ CCH, art. L. 303-2

⁵⁹⁹ Instruction du gouvernement relative au programme « *Action Coeur de ville* » : annonce des villes bénéficiaires et étapes d'élaboration des conventions-cadres pluriannuelles, NOR : TERR1810707C, 16 avril 2018 : « *Le programme « Action cœur de ville » a été présenté le 14 décembre 2017 par le Premier ministre à l'occasion de la deuxième Conférence nationale des territoires. Il s'agit d'une démarche pluriannuelle en faveur de la revitalisation des centres-villes des agglomérations de taille moyenne impliquant à titre principal l'Etat, la Caisse des dépôts et consignations, le groupe Action logement et l'Agence nationale de l'habitat, ainsi que d'autres agences et acteurs nationaux et locaux* »

⁶⁰⁰ CNAC, Rapport d'activités 2020, p. 48 : ces programmes (« *Action coeur de ville* » et « *petites villes de demain* ») concrétisent la volonté gouvernementale d'assurer la revitalisation des centres-villes des villes moyennes autour de 5 axes structurants : habitat, accessibilité, patrimoine, équipements et services publics et développement économique et commercial équilibré.

⁶⁰¹ Introduits à titre expérimental par la loi du 18 juin 2014, les Crac étaient conclus par les personnes publiques et permettaient, après organisation d'une concertation publique sur l'élaboration du projet de contrat, de sélectionner un candidat à la suite d'une procédure de mise en concurrence au regard du montant total des produits de l'opération de revitalisation artisanale et commerciale envisagée. L'opérateur sélectionné était chargé de la conduite de l'opération de revitalisation projetée. La loi Elan n'a pas souhaité renouveler cette expérimentation.

⁶⁰² Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté

⁶⁰³ Loi « ELAN », article 157

« la mise en œuvre d'un projet global de territoire destiné à adapter et moderniser le parc de logements et de locaux commerciaux et artisanaux ainsi que le tissu urbain de ce territoire pour améliorer son attractivité, lutter contre la vacance des logements et des locaux commerciaux et artisanaux ainsi que contre l'habitat indigne, réhabiliter l'immobilier de loisir, valoriser le patrimoine bâti et réhabiliter les friches urbaines, dans une perspective de mixité sociale, d'innovation et de développement durable » (nous soulignons).

Le préfet est, dans ce cadre, doté de pouvoirs importants, notamment grâce à la remise entre ses mains d'un puissant outil de régulation commerciale : le moratoire d'implantation commerciale en périphérie des ORT⁶⁰⁴.

163. Sous la présidence du sénateur Rémy POINTEREAU⁶⁰⁵, la mission sénatoriale conjointe de contrôle sur la revitalisation des centres-villes et centres-bourgs a adopté son rapport, le 29 septembre 2022. Les rapporteurs y détaillent le bilan tiré de quatre ans de pratique des dispositifs partenariaux d'ORT. Sans grande surprise, le bilan qu'ils tirent n'est que partiellement positif :

« *Les programmes "Action cœur de ville" et "Petites villes de demain" apportent une méthode pour lancer, accélérer ou structurer une dynamique locale de revitalisation du territoire qui part des besoins et des projets du terrain et intègre des problématiques nouvelles, comme celle de la transition environnementale ; (ils) incitent à construire une stratégie globale mobilisant de façon transversale les politiques publiques de revitalisation des centres-villes et centres-bourgs ; ils renforcent une démarche partenariale avec l'Etat et les partenaires des programmes ; ils permettent immédiatement un accès privilégié à du co-financement de l'ingénierie (recrutement des chefs de projets) ».*

En réalité, les écueils concernent surtout le volet financier des opérations. Les élus regrettent en particulier que les communes du dispositif « Action cœur de ville » (**ci-après « ACV »**) n'aient qu'un accès limité aux dotations de l'Etat : la part des subventions y afférentes a diminué entre 2018 et 2021 et a, pour partie, été remplacée par des prêts, des prises de participation et des aides aux bailleurs privés. En outre - et ceci est plus problématique - la progression de 1 % du taux de vacance commerciale dans les villes couvertes par le programme démontre que le volet commercial des ORT n'est pas suffisamment développé. Enfin, les objectifs attendus de la revitalisation, contrairement à ceux de l'objectif de lutte contre l'artificialisation⁶⁰⁶, ne sont ni chiffrés, ni facilement évaluables.

⁶⁰⁴ C. com., article L. 752-1-2

⁶⁰⁵ Sur son travail parlementaire précédemment réalisé, voir, par ex., Proposition de loi n°1086 portant pacte national de revitalisation des centres-villes et centres-bourgs, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 juin 2018 ; POINTEREAU R., BOURQUIN M., Rapport d'information n° 676 sur la revitalisation des centres-villes et des centres-bourgs, Sénat, 2016- 2017

⁶⁰⁶ La politique de « zéro artificialisation » en oeuvre depuis quelques années, annonçait la dernière grande loi environnementale, la loi Climat et Résilience. Elle entérine de nouveaux critères de délivrance de l'AEC : l'article 52 de la loi fixe un principe général d'interdiction de création de nouvelles surfaces commerciales qui entraîneraient une artificialisation des sols. Pour résumer, tout projet de moins de 10.000 m² de surface de vente entraînant une artificialisation des sols sera soumis à trois conditions obligatoires cumulatives et une quatrième condition obligatoire alternative, qui rendra plus difficile, voire impossible, la construction de futurs centres commerciaux « régionaux » et « super-régionaux ». Elle fixe un objectif de « zéro artificialisation nette » (ZAN), à l'horizon 2050. La stratégie visant à la réduction de la consommation d'espaces est donc organisée à l'échelle régionale, mais doit aussi être adaptée à la spécificité de chaque territoire, selon les modalités prévues par décret. Du reste, l'article 11 de la loi fixe un objectif de 20 % de surfaces de ventes consacrées à la vente en vrac d'ici 2030 dans les centres de plus de 400 m² de surface de vente afin de réduire les déchets, notamment plastiques. L'article 24 abaisse le seuil de 1 000 m² prévu à l'article L. 111-18-1 du code de l'urbanisme, prônant l'installation de systèmes de production d'énergies renouvelables ou des toitures végétalisées sur les surfaces commerciales et les entrepôts, à 500 m². Le champ d'application de l'article est étendu aux extensions de bâtiments et aux constructions destinées au commerce de gros. Enfin, le nouveau DAACL doit par ailleurs traiter des flux engendrés par la présence des entrepôts en matière de personnes et de marchandises.

B. L'urbanisme commercial contractualisé, « entre enthousiasme et frustrations »

164. La « petite révolution » contenue dans l'article 97 de la loi 3DS laisse l'observateur quelque peu perplexe. Le législateur a jugé les esprits suffisamment mûrs pour expérimenter pendant six ans et sur un nombre restreint de territoires - principalement ceux ayant signé une convention d'ORT⁶⁰⁷ (article 97, I) - le basculement total de la réglementation d'aménagement commercial dans le champ du droit commun de l'urbanisme⁶⁰⁸. Sous réserve de l'approbation de leurs communes membres et de l'avis conforme de la CNAC⁶⁰⁹, certains EPCI peuvent participer à cette expérimentation sous réserve de satisfaire à deux séries de conditions : d'une part, être dotés d'un document d'urbanisme (SCoT ou PLUi) approuvé et exécutoire et, d'autre part, que ledit document comprenne soit un DAACL, soit des OAP « commerce »⁶¹⁰, selon le type de document. Alors que la présence de l'Etat est assez forte dans la procédure normale de délivrance des AEC⁶¹¹, l'expérimentation recentre le processus sur les autorités locales, et œuvre dans le sens d'une décentralisation totale de la procédure (article 97, III) :

« Dans les territoires participant à cette expérimentation, lorsque le projet nécessite une autorisation d'exploitation commerciale mentionnée à l'article L. 752-1 du code de commerce, celle-ci est instruite et délivrée par l'autorité compétente pour délivrer les autorisations d'urbanisme sans que soit saisie la commission départementale d'aménagement commercial et sans que les services déconcentrés de l'Etat instruisent la demande » (nous soulignons).

165. Nul n'est devin ; nous verrons dans six ans le bilan à tirer cette expérimentation - même si un point d'étape doit être dressé annuellement (article 97, VIII). Nous pouvons émettre cependant deux séries de réserves. D'une part, cette expérimentation accentuera la grande hétérogénéité avec laquelle le commerce est pris en compte au sein des documents d'urbanisme locaux et conduira très certainement à un manque en terme qualitatif. En effet, les critères à prendre en compte par l'autorité locale compétente afin de délivrer l'AEC sont l'exacte reprise de ceux existant déjà dans le code de commerce, qui devront donc être traduits dans les documents de planification, et ce, avant le 31 décembre 2025 (cf. *infra*). Les délais de mise en compatibilité sont donc particulièrement contraints au vu de la grande technicité de la planification commerciale, et la difficulté pour traduire « urbanistiquement » certains de ces critères est patente. D'autant que ce travail colossal, au coût souvent prohibitif pour les collectivités, peut se retrouver anéanti si la CNAC fait jouer son « droit de veto ». D'autre part, la question des luttes politiques intestines entre autorités communales et intercommunales risque de se poser avec acuité, au vu de l'articulation prévue par

⁶⁰⁷ « X. - Par dérogation au I, les communautés urbaines, les métropoles, la métropole d'Aix-Marseille- Provence, la métropole de Lyon et la métropole du Grand Paris ne sont pas tenues de conclure une opération de revitalisation de territoire pour participer à l'expérimentation ».

⁶⁰⁸ PETIT J.-M., « Loi 3DS : principales innovations en matière d'aménagement du territoire et d'environnement », AJCT 2022, p. 296

⁶⁰⁹ « L'arrêté du représentant de l'Etat dans le département est pris sur avis conforme de la Commission nationale d'aménagement commercial au regard de la stratégie d'aménagement commercial du territoire, prévue dans le document d'aménagement artisanal, commercial et logistique et déclinée dans les plans locaux d'urbanisme ».

⁶¹⁰ « 2° Les documents d'urbanisme mentionnés au 1^o du présent II ont été modifiés pour déterminer les conditions d'implantation des équipements commerciaux en prenant en compte les critères fixés au I de l'article L. 752-6 du code de commerce (...) »

⁶¹¹ Les commissions départementales sont largement pilotées par le préfet, et l'Etat est présent à plusieurs titres au sein de la Commission nationale.

le texte entre leurs différentes prérogatives. La menace d'une multiplication des conflits d'intérêts milite pour le maintien d'un organisme collégial de décision sur les demandes d'AEC - même si une réformation complète des CDAC n'est pas à exclure.

166. La doctrine nous semble par ailleurs particulièrement sceptique⁶¹² vis-à-vis de cette expérimentation⁶¹³, qui

*« repose sur l'idée que les prérogatives des élus locaux peuvent être renforcées pour une meilleure efficacité du dispositif de régulation et que planifier et renforcer le contrôle de l'urbanisme commercial au stade des documents locaux d'urbanisme peut raccourcir la procédure d'instruction des projets en aval »*⁶¹⁴.

Certains avantages du nouveau dispositif mis en place sont indéniables, notamment le fait qu'il « *tranchera radicalement avec la relative opacité des décisions des CDAC, prises au coup par coup* »⁶¹⁵. Toutefois, en dépit du délai de trois ans et demi (fin de l'année 2025) octroyé par la loi pour modifier les SCoT et les PLUi - éventuellement opérée sous la forme simplifiée - une telle modification pourrait engendrer des crispations au niveau de la politique locale. Incertaine en pratique (cf. *supra*), cette expérimentation nécessite en outre une durée de préparation particulièrement longue et coûteuse. Il faut par ailleurs, avec Jean-Marc PETIT « *regretter, comme pour la mise en œuvre des objectifs de la loi Climat et résilience en matière d'artificialisation des sols, que le choix d'une procédure de modification sans commissaire-enquêteur ait été fait* ». Enfin, la mise en compatibilité des documents de planification locaux avec les deux derniers « wagons législatifs » implique que les élus aient mené à terme une réflexion aussi difficile que clivante sur la problématique des entrepôts logistiques, en principe non soumis à examen en commission départementale. A l'heure où les praticiens doutent que cette nouvelle expérimentation « encadrée par près de trois pages de règlementation »⁶¹⁶, il est légitime de douter que cette expérimentation apporte une réelle « simplification » en matière d'aménagement commercial. L'ensemble de la loi 3DS est d'ailleurs taxée d' « *emblématique des maux de la législation contemporaine* »⁶¹⁷.

CONCLUSION DU TITRE 1

167. En 1973, la loi ROYER instituait une police économique de protection du petit commerce face à la concurrence des nouvelles formes de distribution ; la notion de « zone de chalandise », utilisée par les commissions pour évaluer les effets de l'installation d'un commerce, était ensuite introduite au sein du critère de « concurrence suffisante » en 1993 ; la loi RAFFARIN de 1996 optait finalement pour la notion de « *conditions d'exercice de la concurrence au sein du commerce et de*

⁶¹² FRESNEAU J.-A., « Loi 3DS : la fin annoncée des commissions d'aménagement commercial ? », *op. cit.* ; voir également la position prise par Mme Soazic MARIE lors du colloque « La relance économique par le droit de l'urbanisme » (REDUC) après la crise de la Covid-19 », organisé par l'Institut Maurice HAURIQU (IMH) de l'Université Toulouse 1 Capitole (UT1), 22 septembre 2022

⁶¹³ Et d'ailleurs même vis-à-vis de la loi 3DS prise dans son entièreté : « *un tel fatras de dispositions laisse perplexe* » nous dit Jean-François BRISSON, « La loi du 21 février 2022 et la décentralisation », in Dossier : « 3DS, grande loi ou grosse loi ? », AJDA 2022, pp. 1366 s.

⁶¹⁴ PETIT J.-M., *op. cit.*

⁶¹⁵ *Ibid.*

⁶¹⁶ ADDEN, le blog

⁶¹⁷ PÉRINET-MARQUET H., « Loi 3DS : un texte emblématique des maux de la législation contemporaine », Construction-Urbanisme, repère 3, mars 2022

l'artisanat ». Ainsi « *conçu à l'origine comme une police économique* »⁶¹⁸, l'ancien droit d'aménagement commercial était essentiellement orienté vers le droit public économique, défini comme :

*« la présence d'un ensemble d'institutions et règles destinées, d'une part, à assurer la sécurité et la moralité des rapports entre particuliers et dont ceux-ci ne peuvent, en principe, écarter l'application dans leurs conventions et, d'autre part, à protéger dans les rapports contractuels la partie économiquement faible et, enfin, à mettre en œuvre une politique tendant à contribuer à une certaine direction de l'économie »*⁶¹⁹.

169. Globalement, la remise en cause de l'ancienne législation a été amorcée sous l'impulsion significative du droit public économique, tant au niveau du droit interne qu'à celui du droit communautaire. Le droit de la concurrence, la liberté d'établissement, corollaire de la libre prestation de services, et le principe fondamental de la liberté d'entreprendre⁶²⁰ ont tous trois joué contre elle. Du reste, « *le commerce constitue incontestablement un élément structurant de l'aménagement et de l'animation du territoire, que le législateur a, depuis longtemps, cherché à encadrer* »⁶²¹. La législation nationale n'a pas eu d'autre choix que de se conformer aux injonctions communautaires en éludant, à tout le moins partiellement, le volet économique de la réglementation. Si certains outils généraux de droit commun de l'urbanisme sont désormais utilisés pour réglementer l'implantation et la modification des équipements commerciaux de plus de 1000 m², force est de constater qu'une réglementation bicéphale - droit de l'urbanisme, droit commercial - est toujours à l'œuvre en la matière - ce qui peut poser problème, notamment au point de vue contentieux avec l'application partielle du principe de l'indépendance des législations.

168. Le constat qui peut donc être dressé ici, et nous l'avons largement abordé dans nos propos introductifs et dans ce premier titre, est que la soumission de la réglementation de l'aménagement commercial à la liberté d'établissement et à la directive *Services de 2006* n'a que partiellement entraîné le passage de l'ancien modèle de « police de la concurrence » au modèle de « police d'aménagement », sans que la réforme de 2008 ne parvienne à intégrer complètement la réglementation au sein du code de l'urbanisme, ni que la réglementation actuelle ne s'affranchisse totalement de vagues considérations économiques (**titre 2**). En revanche, même si le sujet traité ici ne portait pas spécifiquement sur l'analyse « environnementale » de la législation d'aménagement commercial, il faut souligner que le recadrage post-LME sur les critères d'aménagement du territoire et de développement durable a eu pour effet une implantation durable, stabilisée, voire même réussie de la réglementation dans la transition écologique.

170. Enfin, le point d'achoppement actuel reste la réglementation des nouvelles formes de commerce. Du point de vue des sources *lato sensu*, c'est le droit constitutionnel qui vient principalement au secours de l'aménagement commercial pour la réglementation des *drives* et des entrepôts de *e-commerce*. L'application qui en est faite par son juge éponyme nous montre cependant que leur appréhension se fait de manière différenciée⁶²² ; et si la loi Climat a mis un moratoire sur l'ouverture des très grands hypermarchés, elle semble avoir « *oublié de le faire pour*

⁶¹⁸ MONÉDIAIRE G., *Plu et Commerce*, fiche 3, in Écriture du PLU, www.gridauh.fr

⁶¹⁹ COURIVAUD H., *op. cit.* point 145

⁶²⁰ VERDIER-MAILLOT A., « Urbanisme commercial : où en sommes-nous ? », *AJCT* 2015, p.383

⁶²¹ SOLER-COUTEAUX P., STREBLER J.-Ph., *op. cit.*

⁶²² VERPEAUX M., « La lutte contre le dérèglement climatique devant le juge constitutionnel : Les espoirs déçus », *AJDA* n° 43, 20 décembre 2021, p. 2526-2532

les surfaces logistiques »⁶²³. Du côté des normes constitutionnelles *stricto sensu*, nous avons vu que la liberté d'entreprendre n'était pas le seul principe de cette valeur à avoir structuré la réglementation d'aménagement commercial. Ici précisément, c'est plutôt le principe constitutionnel d'égalité qui a été mobilisé, dans plusieurs de ses nombreuses facettes.

171. Dans son avis sur le projet de loi Climat⁶²⁴, le Conseil d'Etat a considéré que dans une zone où les documents d'urbanisme en vigueur autorisent les activités commerciales,

« le refus systématique de délivrance de l'autorisation d'exploitation au seul motif d'une artificialisation des sols, au demeurant inhérente à l'acte de construire (...) serait susceptible de constituer une atteinte à l'égalité entre les opérateurs économiques dès lors qu'il ne concerne que les entreprises commerciales alors que d'autres entreprises peuvent s'installer sans autorisation dans ces zones tout en entraînant une artificialisation importante des sols ».

Sans le dire explicitement, le juge administratif a dans son viseur les nouveaux entrepôts logistiques commerciaux comme ceux d'Amazon qui fleurissent un peu partout en France, sur le modèle américain. Et les juges du Palais Royal de poursuivre en expliquant que l'énoncé d'une interdiction générale d'implanter une surface commerciale,

*« qui correspond à la volonté d'un moratoire sur les installations de commerces entraînant une artificialisation en périphérie urbaine, doit être accompagné de la possibilité de dérogations accordées au cas par cas. Sous réserve de modifications de rédaction, le système proposé par le projet de loi ne soulève pas d'objection au plan constitutionnel ou conventionnel »*⁶²⁵.

Aux grands maux, les grands remèdes : l'idée d'un moratoire, catégoriquement refusée en 2017 par le gouvernement⁶²⁶, semble alors avoir fait son chemin et s'être donnée droit de cité pour les entrepôts logistiques⁶²⁷.

172. Pour conclure ce premier titre, nous rappellerons qu'en 2014, Jean-Pierre FERRAND relevait que si les règles relatives à l'aménagement commercial avaient changé depuis 1973, « *nombre de professionnels et d'élus en [étaient] restés encore à des critères purement économiques et à la logique initiale de la loi ROYER* »⁶²⁸. Ainsi, selon lui « *à la très forte instabilité des règles juridiques s'opposait une tout aussi forte stabilité des pratiques* ». Malgré les presque dix années qui nous séparent de cette dernière assertion, elle nous semble avoir conservé toute sa vigueur. Il faut dire qu'entre 1973 et 2022, la réglementation de l'aménagement commercial a été remaniée en profondeur sous la plume du législateur, tant par l'impulsion du droit communautaire que guidée par le juge administratif, comme nous l'avons vu dans ce premier titre. Les destinataires de ces modifications - porteurs de projet et élus locaux principalement - ont semblé déroutés par un tel

⁶²³ JAIGU C., « Ronds points, zones commerciales, urbanisme sauvage ... La France moche - Comment l'État a laissé enlaidir le pays », Hors série, Le Figaro magazine, vendredi 26 et samedi 27 août 2022 p. 31

⁶²⁴ CE, Avis sur un projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et ses effets, *op. cit.*

⁶²⁵ *Ibid.*, point 60

⁶²⁶ Voir sur ce point *supra* point 112

⁶²⁷ Voir BATHO D., Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques sur la proposition de loi instaurant un moratoire sur l'implantation de nouveaux entrepôts logistiques destinés aux opérateurs du commerce en ligne et portant mesures d'urgence pour protéger le commerce de proximité d'une concurrence déloyale (n° 3040), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1er octobre 2020

⁶²⁸ FERRAND J.-P., *op. cit.*

foisonnement législatif et réglementaire⁶²⁹. En témoigne, par exemple, la transition entre la double autorisation et le permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale nouvellement consacré en 2014, pour laquelle il a fallu « *une jurisprudence particulièrement pédagogique du Conseil d'État*⁶³⁰ [...] pour sauver l'aménagement commercial des eaux de l'inintelligibilité de la loi »⁶³¹. Néanmoins, si les considérations proprement économiques au sein des critères de délivrance des AEC et des conditions de planification des équipements commerciaux ont fait l'objet d'une censure communautaire, la disparition du volet économique ne semble en réalité qu'un leurre,,

TITRE 2 - L'INÉVITABLE ENCHAINEMENT DE L'AMÉNAGEMENT COMMERCIAL À UNE LOGIQUE ÉCONOMIQUE

Rien n'est permanent, sauf le changement
(Héraclite d'Éphèse, VIe siècle av. J.-C.)

173. Aménager signifie « *disposer avec ordre* ». C'est pourquoi l'aménagement commercial a été conçu dès l'origine par le législateur comme un « *outil d'encadrement des politiques commerciales qui doivent s'insérer harmonieusement dans l'aménagement de l'espace* »⁶³². Son évolution historique, et notamment la disparition du critère économique dominant originel sur lequel les commissions fondaient leur jugement, a un temps laissé entrevoir une intégration de la matière au sein du seul code de l'urbanisme, comme l'avait suggéré le législateur de 2008. La première partie de notre étude se voulait **analytique** : il s'agissait de percevoir comment, au fil des réformes post-LME, la réglementation s'était progressivement dépouillée de ses vêtements économiques pour revêtir un habit urbanistico-écologique. La seconde partie se voudra plutôt **prospective**, puisque nous y aborderons certains aspects qui en font un droit en devenir, encore au milieu du gué. Nous rappellerons alors, à titre préliminaire de contextualisation, qu'en 2006 la Commission

⁶²⁹ « *La multiplicité des lois flatte dans les législateurs deux penchants naturels, le besoin d'agir et le plaisir de se croire nécessaires* » (Benjamin CONSTANT).

⁶³⁰ CE, 14 novembre 2018, Société MGE Normandie, n° 409.833

⁶³¹ GIACUZZO J.-Fr., « L'encadrement de l'aménagement commercial : frein ou encouragement ? », *op. cit.*

⁶³² GIACUZZO J.-Fr., LE GRAND V., PRIET F., « Etude relative à l'intégration des éléments de l'aménagement commercial au sein des documents d'urbanisme », Convention de recherche : Ministère de la transition écologique et Ministère de l'économie, des finances et de la relance / GRIDAUH, 5 juin 2021

européenne avait adressé à la France un avis motivé, dans lequel elle tançait l'utilisation par la législation française de critères économiques :

« la procédure française se fonde pour une grande part sur des considérations de nature économique telles que l'impact de l'implantation sur les commerces existants, qui prévoit des critères insuffisamment prévisibles et objectifs, devant faire l'objet d'une évaluation par le demandeur ».

Dans ce contexte de remise en cause communautaire, la France s'était engagée dans la voie de la progression vers une urbanisation complète de la matière. Sans procéder à une abrogation pure et simple de la loi ROYER modifiée et à la création concomitante d'un véritable « *droit de l'aménagement commercial* » *ex-nihilo*⁶³³, elle avait choisi de maintenir provisoirement une législation spéciale sous la forme d'une « police d'urbanisme », en se réservant le temps nécessaire pour procéder à une intégration totale de la matière dans le droit commun de l'urbanisme (**chapitre 1**).

174. La législation antérieure n'avait pas réussi à circonscrire le phénomène qu'elle s'était donnée pour mission de juguler, comme l'indique la progression du taux de vacances commerciales dans les centres-villes et les centres bourgs⁶³⁴. L'urbanisation de la matière tarde toutefois un peu. Pourtant, de l'avis presque général de la doctrine « *les multiples objectifs assignés au droit de l'urbanisme*⁶³⁵ en font le corpus juridique le mieux armé »⁶³⁶ pour traiter de l'implantation commerciale. Mais - et c'est encourageant - l'aménagement commercial s'est tout de même considérablement rapproché du droit commun de l'urbanisme. La réglementation actuelle cherche ainsi à la fois à rendre plus esthétique l'aménagement des zones périphériques⁶³⁷, à limiter leur urbanisation et à protéger la diversité fonctionnelle des centres-villes et des centres-bourgs⁶³⁸. Néanmoins, l'obligation pour le pétitionnaire de faire la promotion de son projet, sans expliciter en quoi celui-ci ne produit pas de risques excessifs au regard des objectifs de l'aménagement commercial, a fait de la délivrance de l'AEC l'exception⁶³⁹, comme une sorte de résurgence du critère économique (**chapitre 2**).

⁶³³ Pourtant, « on ne corrige pas une mauvaise loi, on l'abroge » (François MITTERRAND).

⁶³⁴ Voir POINTEREAU R., BOURQUIN M., Rapport d'information n° 676 sur la revitalisation des centres-villes et des centres-bourgs, Sénat, 2016- 2017

⁶³⁵ C. urb., article L. 101-2

⁶³⁶ GIACUZZO J.-Fr., « L'encadrement de l'aménagement commercial : frein ou encouragement ? », *op. cit.*

⁶³⁷ PLANCHET P., « L'article L. 111-1-4 du Code de l'urbanisme : une nouvelle forme de contrainte d'urbanisme », RFDA 1998, p. 827

⁶³⁸ MORENO D., « Le droit de préemption commercial, cinq ans après », BJD 2012, p. 339

⁶³⁹ BOUYSSOU F., « La réforme de l'urbanisme commercial : une loi (presque) pour rien » *op. cit.*

CHAPITRE 1 - LA SUPERFICIALITÉ DE LA PRISE EN COMPTE DES SUJÉTIONS COMMUNAUTAIRES

175. Postérieurement à l'adoption de la directive *Services*, les lois LME et ACTPE ont rendu l'aménagement commercial en apparence conforme aux stipulations du droit dérivé, en purgeant la législation de critères économiques ostensiblement inconventionnels. C'est ainsi que depuis le 25 novembre 2008, l'implantation commerciale répond essentiellement à une logique urbanistique⁶⁴⁰. Une circulaire du 31 décembre 2009 a ensuite rappelé au besoin qu' « *il conven[ait] de ne plus faire intervenir les mécanismes concurrentiels comme éléments d'appréciation des autorisations d'implantations commerciales* »⁶⁴¹. Le « *test économique* » interdit par la directive aurait donc visiblement quitté le navire de la législation sans avoir été jeté par-dessus bord, comme nous le verrons. Les critères d'octroi de l'autorisation ont été fédérés au sein de trois rubriques et recentrés sur des considérations d'aménagement du territoire et de protection des consommateurs. La planification des implantations commerciales s'est alors affirmée comme l'avenir de l'aménagement commercial (**section 1**).

176. Les commissions d'aménagement commercial se prononcent sur chaque projet d'exploitation commerciale soumis à autorisation en considération de ces critères. Après avoir connu un nombre conséquent de remaniements, les dispositions relatives à ces organismes collégiaux ont récemment fait l'objet d'un nouveau rebondissement. Vouée aux géométries, la nouvelle composition des commissions revue par la loi ELAN a été sanctionnée par une récente décision de la Cour de justice⁶⁴² sans toutefois, et de manière fort curieuse, que la décision de la Cour de justice ne soit suivie des effets escomptés au niveau national (**section 2**).

SECTION 1 - UNE MISE EN CONFORMITÉ PARCELLAIRE DE LA LÉGISLATION FRANÇAISE AVEC LA DIRECTIVE « *SERVICES* »

177. Avec l'adoption de la loi LME, l'élargissement du champ d'application du régime d'autorisation a été partiellement stoppé et l'aménagement commercial concomitamment purgé de ses critères économiques : l'étude d'impact que les demandeurs devaient fournir disparaît de la législation, de même que le recours à l'enquête publique pour les projets de plus de 6.000 m², « disproportionnée » du point de vue de la directive *Services*. Depuis 2014, la CDAC émet « un avis » - ou rend « une décision » selon que le projet est soumis, ou non, à autorisation d'urbanisme - sur

⁶⁴⁰ « *Les implantations, extensions, transferts d'activités existantes et changements de secteur d'activité d'entreprises commerciales et artisanales doivent répondre aux exigences d'aménagement du territoire, de la protection de l'environnement et de la qualité de l'urbanisme* » (C. com., article L. 750-1 al. 1er)

⁶⁴¹ Circulaire du 31 décembre 2009 relative au rôle des services de l'État chargés de l'urbanisme et de l'environnement dans la mise en oeuvre des dispositions sur l'aménagement commercial (n° NOR : DEVU1000389C)

⁶⁴² CJUE, 15 juillet 2021, *op. cit.*

la conformité du projet aux multiples critères posés par l'article L. 752-6 du code de commerce exempt de « test économique » au sens de la directive de 2006. Ces critères sont désormais centrés autour de trois rubriques : l'aménagement du territoire, du développement durable et de la protection des consommateurs (**paragraphe 1**).

178. A l'analyse, les autorités françaises ont cependant eu une lecture relativement restrictive de la jurisprudence *Visser*, en interprétant la décision comme rendant difficilement possible un contrôle *ex-ante* de la localisation des commerces. Toutefois, l'urbanisation de la matière qui est à l'œuvre depuis 2010 laisse à penser qu'une planification efficace des commerces - et des implantations logistiques commerciales - pourrait voir le jour, dans le respect des principes issus de la directive (**paragraphe 2**).

§1. La délivrance de l'AEC fondée *a priori* sur des critères non économiques

179. Quelques mots en prolégomènes sur l'article L. 752-6 du code de commerce, qui regroupe les critères sur lequel se fondent les commissions afin de délivrer les AEC. Cette disposition cardinale de la législation a, *mutatis mutandis*, intégré de nouveaux critères. Au sein de chaque rubrique, d'abondants sous-critères sont autant de boussoles que les commissions peuvent utiliser pour affiner l'instruction des demandes des pétitionnaires⁶⁴³. Après avoir été regroupés au sein de deux principales rubriques - l'aménagement du territoire et le développement durable - la protection des consommateurs, très « euro-compatible », a été ajoutée pour former le triptyque actuel. En 2014, la contribution du projet en matière sociale est venue, « *à titre accessoire* », compléter le dispositif⁶⁴⁴. En 2018, la loi ELAN a ajouté, entre autres, la « *contribution du projet à la préservation ou à la revitalisation du tissu commercial du centre-ville de la commune d'implantation, des communes limitrophes et de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre dont la commune d'implantation est membre* », ainsi qu'une analyse d'impact du projet sur le centre-ville et l'emploi. Plus récemment, la loi Climat a interdit, en principe, l'implantation ou l'extension d'un équipement commercial susceptible d'entraîner une artificialisation des sols⁶⁴⁵.

180. Aujourd'hui, l'AEC ne peut être refusée que si, eu égard à ses effets, le projet compromet la réalisation des trois objectifs énoncés par la loi. Sauf s'il est démontré une méconnaissance de ces objectifs, le principe est donc celui de l'octroi de l'autorisation ; la jurisprudence présume ainsi de la légalité des projets sous réserve de leur satisfaction aux critères légaux. Ils ne sont toutefois pas tous logés à la même enseigne : le Conseil d'Etat, par exemple, ne reprend pas toujours le troisième critère de protection des consommateurs⁶⁴⁶. Selon une partie de la doctrine, il suffit même que seuls quelques critères d'évaluation soient satisfaits pour que le projet soit autorisé⁶⁴⁷, même si la loi elle-même ne fixe aucune hiérarchie entre-eux, ni n'indique s'il convient d'opérer un examen de chaque critère pris séparément ou si la commission doit effectuer un examen d'ensemble. Dans ce contexte, le critère du développement durable a alors pris une ampleur considérable (**A**) jusqu'à

⁶⁴³ En matière d'aménagement du territoire, par exemple, la commission prend en considération six sous-critères.

⁶⁴⁴ C. com., article L. 752-6, II

⁶⁴⁵ C. com., article L. 752-6, V

⁶⁴⁶ BOUYSSOU F., Les nouveaux critères des autorisations d'urbanisme commercial - Appréciation par le juge, AJDA 2011 p.659

⁶⁴⁷ MORENO D., JCl. Collectivités territoriales, fasc. 1320, n° 118

être sur le point de devenir le principal critère de délivrance des autorisations actuellement. Il est donc en passe de supplanter le critère d'« aménagement du territoire », et cela semble heureux en partie car, sous les éléments qui composent ce dernier critère, l'économique affleure (B).

A. Le « développement durable », critère discriminant de délivrance des autorisations d'exploitation commerciale

181. Le lien entre l'écologie et l'urbanisme remonte aux années 1920. Aujourd'hui, pas un discours de politique d'urbanisme, pas une loi relative à l'aménagement du territoire sans une mise à l'honneur de l'approche écologique de la ville. Permettons-nous d'abord quelques observations sur le discours ambiant omniprésent sur le « développement durable », qui prétend à l'universalisme. Nous partageons le point de vue de Myriam ARMAND-FARGUES, selon laquelle « *en privilégiant les points de vue économique et technique, [ce discours] méconnaît les singularités sociétales* »⁶⁴⁸. Les ingénieurs-urbanistes y voient un moyen d'élaborer une « *conception dynamique de l'espace urbain* », au-delà de la dichotomie espace urbain / espace rural ; les juristes y voient une réponse normative commode à tous les problèmes environnementaux ; les professionnels de l'immobilier y voient des sujétions supplémentaires applicables à leurs projets ; les politiques aimeraient y voir l'assurance de leur réélection. La ville d'aujourd'hui est en pleine mutation, et il serait vain de penser que l'écologie pourrait « *panser* » les blessures causées par l'urbanisme sauvage post-décentralisation. « *Les peintres du bocage nous ont fait si longtemps rêver. On cherche encore ceux qui célèbrent les monotones cultures industrielles* »⁶⁴⁹. De la même manière, un traitement en silo des problématiques inhérentes à l'espace urbain édulcorerait l'interdépendance entre elles. Au fond, « *écologie et urbanisme invoquent la nécessité d'une approche globale* »⁶⁵⁰. Afin d'étayer son propos, l'auteure précitée prend l'exemple de la gestion de la pollution atmosphérique à Los Angeles et à Athènes dans les années 90 pour mettre en exergue la nécessité d'une « *vision globale des questions d'environnement dans l'aire métropolitaine et sur la coordination des politiques d'aménagement du territoire* »⁶⁵¹. Elle en déduit la nécessité de traiter ensemble des questions qui sont habituellement individualisées⁶⁵².

182. Dans ce contexte de verdissement tous azimuts, le développement durable a donc logiquement intégré les critères de délivrance des AEC. A ce titre, la législation prévoit que la commission prend en considération :

« 2° *En matière de développement durable :*

a) *La qualité environnementale du projet, notamment du point de vue de la performance énergétique et des émissions de gaz à effet de serre par anticipation du bilan prévu aux 1° et 2° du I de l'article L. 229-25 du code de l'environnement, du recours le plus large qui soit aux énergies renouvelables et à l'emploi de matériaux ou procédés éco-responsables, de la gestion des eaux pluviales, de l'imperméabilisation des sols et de la préservation de l'environnement ;*

⁶⁴⁸ ARMAND-FARGUES M., « L'environnement urbain entre écologie et urbanisme » in LE BRIS E. (ed.). « Villes du sud : sur la route d'Istanbul » Paris, ORSTOM 1996, p. 167-199

⁶⁴⁹ Hors Série Le Figaro Magazine, *op. cit.* p. 31

⁶⁵⁰ ARMAND-FARGUES M., *op. cit.*

⁶⁵¹ *Ibid.*

⁶⁵² Les programmes internationaux eux-mêmes, à l'instar du *Metropolitan Environmental Improvement Program and Sustainable cities*, sous l'égide de la Banque Mondiale et du Programme des Nations Unies pour le développement, recommandent que la stratégie retenue pour parvenir au développement durable « *émerge d'un processus de planification multisectoriel, multidisciplinaire et participatif* ».

- b) *L'insertion paysagère et architecturale du projet, notamment par l'utilisation de matériaux caractéristiques des filières de production locales ;*
- c) *Les nuisances de toute nature que le projet est susceptible de générer au détriment de son environnement proche ».*

L'impact environnemental des projets doit donc être précisé dès le stade du dépôt du dossier de demande d'AEC. La CDAC, la CNAC et, le cas échéant, le juge administratif, vont alors exercer un contrôle sur l'impact environnemental du projet et les mesures de compensation proposées⁶⁵³. Pour remplir les conditions attendues des projets en matière de qualité environnementale par exemple, le projet ne doit pas, du fait de sa localisation, contrevénir de manière irréversible aux politiques menées en faveur de la biodiversité, des paysages et des sites, ainsi que de la prévention des risques. Une réponse ministérielle de 2010 indique que si les qualités propres du projet en termes de production d'énergie ou de performance énergétique sont également à prendre en compte, elles sont considérées comme secondaires de par leur caractère intrinsèquement évolutif. Elles peuvent cependant s'inscrire dans un « faisceau d'indices » utilisé par la commission pour se prononcer⁶⁵⁴. De même, lorsque des aménagements apparaissent nécessaires pour satisfaire aux sous-critères du développement durable, l'autorisation ne sera accordée que si la réalisation de ces aménagements est suffisamment certaine à l'ouverture de l'ensemble commercial⁶⁵⁵.

183. Selon le rapport d'activités de la CNAC, sont à regretter les faibles garanties de réalisation des aménagements ou des améliorations des dessertes par les transports en commun, l'absence d'étude de trafic concernant l'évaluation des flux journaliers automobiles générés par le projet sur les principaux axes de desserte du site et la mauvaise qualité des visuels et photomontages indispensables pour que la commission puisse se prononcer sur les dossiers⁶⁵⁶. Un point de vigilance particulier porte sur les opérations conduisant à l'imperméabilisation des sols, même si elles devraient à l'avenir être réduites à la portion congrue⁶⁵⁷. La Commission nationale semble apprécier tout particulièrement les aménagements permettant soit de limiter cette imperméabilisation, soit de compenser l'atteinte ainsi causée à l'environnement. Elle émet par exemple un avis favorable lorsque les espaces verts couvrent un pourcentage suffisant de l'emprise foncière du projet⁶⁵⁸, que la toiture est végétalisée⁶⁵⁹, que les places en extérieur sont en revêtement perméable⁶⁶⁰ (ou imperméables, pour protéger la nappe phréatique⁶⁶¹) ou encore que la gestion des eaux pluviales est satisfaisante⁶⁶². Amenée à se prononcer sur le projet après le recours préalable devant la CNAC, une cour administrative d'appel a pu considérer, concernant un projet de création d'un supermarché de 1 431 m², que :

⁶⁵³ CAA Nantes, 18 janvier 2017, n° 15NT01288

⁶⁵⁴ Rép. min. n° 10275, JO Sénat 4 mars 2010, p. 526; JCP E 2010, n° 1307

⁶⁵⁵ CE, 12 septembre 2018, n° 390646

⁶⁵⁶ CNAC, Rapport d'activité 2020, p. 12

⁶⁵⁷ La loi Climat fixe la notion dans le domaine législatif, en introduisant sa définition à l'article L. 101-2-1 du code de l'urbanisme. Il s'agit de « *l'altération durable de tout ou partie des fonctions écologiques d'un sol, en particulier de ses fonctions biologiques, hydriques, climatiques, ainsi que de son potentiel agronomique par son occupation ou son usage* ». Ce long article, créé *ex-nihilo* par la loi de 2021, vient utilement compléter et préciser l'objectif posé au 6° de l'article L. 101-2 du même code. La loi Climat a modifié l'article L. 752-6 du code de commerce, en y ajoutant *in fine* un long narratif sur la lutte contre l'artificialisation. Le principe posé est particulièrement diristant pour les porteurs de projet, puisque par hypothèse les AEC ne peuvent plus être délivrées si l'implantation ou l'extension envisagée engendre une artificialisation des sols, au sens de l'article L. 101-2-1 du code de l'urbanisme.

⁶⁵⁸ CNAC, 6 février 2020, 4041T

⁶⁵⁹ CNAC, 6 février 2020, 4043D

⁶⁶⁰ CNAC, 20 février 2020, 4070T

⁶⁶¹ CNAC, 28 mai 2020, 4093D

⁶⁶² CNAC, 10 juin 2020, 4104T ; CNAC, 11 juin 2020, P 01100 58 19To1

« il ressort des pièces du dossier que plus de 8 000 m² seront aménagés en espaces verts et que quarante arbres seront plantés. La seule circonstance que le projet accroît l'imperméabilité des sols ne permet pas d'établir que les dispositions précitées de l'article L. 752-6 du code du commerce seraient méconnues »⁶⁶³.

A l'instar de la réglementation de l'implantation des ICPE, les risques d'atteintes à l'environnement font l'objet d'un suivi attentif et la CNAC examine les mesures compensatoires et celles en faveur de la biodiversité mises en œuvre par les porteurs de projet⁶⁶⁴. Enfin, l'aspect esthétique n'est pas laissé pour compte parmi les différents critères ; la CDAC vient à ce titre ajouter son évaluation du critère à celle de l'autorité en charge de la délivrance de l'autorisation d'urbanisme, sans pour autant empiéter sur les compétences de cette dernière⁶⁶⁵.

B. L'économique affleurant sous le critère d'« aménagement du territoire »

184. Rappelons d'abord que le critère de « densité commerciale » a disparu des éléments examinés par les commissions⁶⁶⁶ depuis l'entrée en vigueur de la loi LME⁶⁶⁷ (cf. supra **point 108**), comme le rappelle avec vigueur l'arrêt du 4 octobre 2010⁶⁶⁸ :

« l'autorisation d'aménagement commercial ne peut être refusée que si, eu égard à ses effets, le projet contesté compromet la réalisation des objectifs énoncés par la loi ; qu'il appartient aux commissions d'aménagement commercial, lorsqu'elles statuent sur les dossiers de demande d'autorisation, d'apprécier la conformité du projet à ces objectifs, au vu des critères d'évaluation mentionnés à l'article L. 752-6 du code de commerce ; que, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 août 2008, la densité de l'équipement commercial de la zone de chalandise concernée ne figure plus au nombre de ces critères » (nous soulignons).

⁶⁶³ CAA Marseille, 17 février 2020, n° 19MA04163

⁶⁶⁴ CNAC, 23 janvier 2020, 4038T à propos d'une extension qui accueillera, au niveau R+1, une terrasse qui permettra l'exploitation d'un potager hors sol et la production de miel ; CNAC, 10 juin 2020, 4073T à propos de l'installation de 829 m² de panneaux photovoltaïques en toiture du bâtiment, majorant de plus de 20 % l'objectif minimal imposé par la RT 2012 ; CNAC, 5 mars 2020, P 00360 56 19T01 / 4064T à propos de mesures de compensation à la suppression de certains arbres et l'artificialisation des sols telles que l'aménagement d'un bassin de rétention de 3 471 m² et d'une profondeur de 0,6 m, des noues paysagères et l'installation de ruches et de gîtes pour la faune ; CNAC, 8 juillet 2020, 3860T à propos d'un projet qui a fait l'objet d'une instruction au titre de la loi sur l'eau, validée au niveau notamment des mesures de compensations pour la réduction de cette zone ; CNAC, 10 juin 2020, P 00213 74 19T ; CNAC, 15 octobre 2020, P 01470 77 20T ; CNAC, 12 novembre 2020, P 0244 64 20N à propos d'un pétitionnaire engagé à financer la dépollution du terrain d'implantation qui a accueilli une décharge municipale pendant de nombreuses années ; qu'il s'est également engagé à conserver et à préserver, durant les travaux et par la suite, la partie boisée classée située au nord du terrain d'assiette

⁶⁶⁵ CE, 16 février 2011, n° 332.884

⁶⁶⁶ « En effet, depuis lors, les critères économiques, à l'exemple de la densité commerciale, sont exclus, en faveur d'objectifs d'aménagement du territoire, de développement durable et de protection des consommateurs », in Question n° 1440 de Mme Michèle CROUZET (La République en Marche - Yonne) au MINEFI ; Réponse publiée au JO le 20 février 2018, p. 1441

⁶⁶⁷ CAA Lyon, 2 avril 2020, n° 19LY00208 « Pour soutenir que le projet aura des incidences négatives sur les commerces du centre-ville, la requérante ne peut utilement se prévaloir de la densité commerciale de la commune de S. et des communes voisines, ce critère n'étant plus, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 août 2008, au nombre de ceux que la Commission nationale est susceptible de prendre en compte pour se prononcer sur la demande d'autorisation dont elle est saisie ».

⁶⁶⁸ CE, Syndicat commercial et artisanal de l'agglomération sénonaise, Société Sens distribution *op. cit.*

Toutefois, la Cour de cassation a brouillé quelque peu les pistes en affirmant, lorsque l'occasion s'est présentée à elle⁶⁶⁹, qu'il pouvait toujours être utilisé à titre d'élément d'appréciation des effets potentiels du projet par les magistrats d'une cour d'appel⁶⁷⁰, sans qu'il ne soit déterminant :

« en l'état de ses constatations et appréciations, la cour d'appel, à laquelle il n'était pas interdit de prendre en compte, à titre d'élément d'appréciation des effets potentiels du projet, la densité d'équipement commercial de la zone de chalandise, même si celle-ci ne figure plus au nombre des conditions définies par l'article L. 752-6 du code de commerce que la CNAC doit appliquer, et qui a, ainsi, caractérisé la perte de chance certaine subie par la société Bricolor, a légalement justifié sa décision ; » (nous soulignons).

185. Par suite, à l'aune du droit communautaire, le critère de l'impact sur l'animation de la vie urbaine a remplacé celui d'animation de la concurrence. Il faut rappeler qu'en 2006, dans son avis motivé dirigé contre la législation française, la Commission européenne avait relevé, s'agissant de l'animation de la concurrence,

« qu'il s'agit d'une considération économique qui ne peut justifier des restrictions aux libertés fondamentales que dans la mesure où son utilisation est limitée aux cas dans lesquels il serait démontré par l'autorité compétente que la nouvelle implantation entraînerait un risque objectif de remise en cause de l'approvisionnement de base de proximité. Cela pourrait être le cas si une nouvelle implantation conduisait une même enseigne à détenir la majorité des commerces dans une zone et lui permettrait de regrouper ses commerces et donc d'en supprimer certains, n'ayant à craindre aucune concurrence » (avis motivé n°39).

A l'analyse, ce nouveau critère sous-entendrait la recherche d'un équilibre entre le centre-ville et la périphérie. Il pourrait éventuellement être rapproché du critère de « variété de choix entre la grande distribution (en périphérie) et le commerce de détail (en centre-ville) », validé dans son principe par la Cour de justice dans sa décision de 2011 (cf. *supra point 101*). Pourtant, critiqué par la doctrine⁶⁷¹, il n'est pas davantage révéré par une jurisprudence qui y est souvent insensible⁶⁷². Un examen des décisions jurisprudentielles qui le reprennent témoigne, en outre, de sa relative imprécision : il semble satisfait par la seule considération de la complémentarité entre un projet de grande surface de distribution et les offres commerciales existantes, par exemple en raison de la localisation du projet dans un quartier en cours d'aménagement, de développement ou de réhabilitation. Il faut noter également que ce critère permettrait le transfert d'une activité

⁶⁶⁹ Il s'agissait précisément d'un recours en responsabilité civile sur le fondement de la perte de la chance d'obtenir l'annulation d'une autorisation d'implantation d'un magasin « Brico Leclerc ». En l'espèce, une décision de la Commission départementale d'aménagement commercial avait autorisé la création d'un magasin Brico Leclerc à proximité d'un Mr Bricolage exploité par la société Bricolor. La société Mr Bricolage avait alors demandé à son conseil de former, au nom de la société Bricolor, un recours contre cette décision auprès de la Commission nationale d'aménagement commercial, puis de s'en désister. Néanmoins, la société Mr Bricolage avait omis d'aviser la société Bricolor de ce désistement. Cette dernière l'avait donc assignée en réparation de son préjudice de perte de la chance d'obtenir l'annulation de l'autorisation d'implantation du magasin Brico Leclerc.

⁶⁷⁰ Com., 8 novembre 2017, n° 16-19.035

⁶⁷¹ BOUYSSOU F., « Le contrôle des critères d'autorisation d'aménagement commercial », AJDA 2017, p.1064

⁶⁷² La nature des marchandises vendues est déterminante d'un double point de vue : elle peut révéler la satisfaction de besoins que les commerces existants n'assurent pas ; elle peut aussi, en sens inverse, montrer que des commerces existants sont compromis, et par contrecoup, l'animation du centre-ville notamment en cas de subventions du fonds d'intervention pour les services, l'artisanat et le commerce (FISAC). Ainsi, par exemple, la CAA de Bordeaux a jugé légal le refus d'un projet de modification substantielle d'un ensemble commercial précédemment et définitivement autorisé ; il s'agissait, en l'espèce, de valider l'arrivée d'une nouvelle enseigne réputée pour ses bas prix dans le secteur du textile, dangereuse pour les magasins préexistants au centre-ville de Bayonne où d'assez nombreux magasins de cette nature avaient déjà fermé (CAA Bordeaux, 7 avril 2016, n° 15BX00371)

commerciale du centre-ville vers la périphérie dans le cadre de la résorption d'une friche industrielle⁶⁷³.

186. Enfin, la CNAC examine avec une attention particulière la bonne intégration urbaine des projets de création de magasins ou d'ensembles commerciaux. L'implantation en centre-ville ou en continuité du tissu urbain, la proximité de l'habitat ou l'implantation dans une zone d'activité commerciale et la bonne accessibilité par tous les modes de transport sont ses principaux points de contrôle au titre du critère d'aménagement du territoire⁶⁷⁴. Les opérations favorisant les mixités fonctionnelles en milieu urbain laissent présumer de cette bonne intégration urbaine⁶⁷⁵. A rebours, l'éloignement des lieux de vie et l'implantation de projets en dehors du tissu aggloméré sont souvent considérés comme ayant des effets négatifs en matière d'aménagement du territoire⁶⁷⁶, de même que l'implantation sur des espaces naturels, agricoles et forestiers ou générant un étalement urbain⁶⁷⁷. Les zones commerciales (anciennes ZACOM) et zones d'aménagement concertées (ZAC) constituent *a priori* des secteurs d'implantation privilégiés, gages d'une bonne intégration urbaine⁶⁷⁸. L'implantation dans une zone d'activités reste cependant soumise à appréciation *in concreto*, sans caractère d'automaticité, notamment lorsque la réalisation du projet aurait pour

⁶⁷³ LE MORE P., TALAU J.-M., « La réforme de l'urbanisme commercial à l'aune des droits de l'urbanisme et de la concurrence », *op. cit.*

⁶⁷⁴ CNAC, 6 février 2020, 4043D, à propos d'un magasin « *plus proche du centre-ville que le supermarché actuellement exploité par l'enseigne* » ; CNAC, 5 mars 2020, 4067T ; CNAC, 28 mai 2020, 4078T ; CNAC, 28 mai 2020, P 00262 31 19T à propos d'un magasin « *en continuité de l'urbanisation (...) entouré de quartiers d'habitation, dont de nombreux logements sociaux* » ; CNAC, 10 juin 2020, 4083T à propos d'un magasin « *implanté en continuité d'urbanisation, dans un secteur majoritairement constitué d'habitations* » ; CNAC, 10 juin 2020, P 00353 91 19T ; CNAC, 23 juillet 2020, P 01296 33 19T ; CNAC, 29 octobre 2020, P 00162 85 19T considérant qu'« *étant donné le type de produits vendus [bricolage], et leur taille, ce magasin a toute sa place en périphérie* » ;

⁶⁷⁵ CNAC, 20 février 2020, P 00347 91 19T « *Considérant que le projet prendra place sur une friche naturelle située en bordure de l'autoroute et de la RD, entre les quartiers de la « G. » et « G. » ; qu'il s'inscrit dans le cadre d'une opération globale de réalisation d'un nouveau quartier « Cœur de Ville » où doivent prendre place des logements, des équipements publics et culturels ainsi que des commerces* » ; CNAC, 5 mars 2020, P 00240 69 19T ; CNAC, 24 juin 2020, P 00584 94 19T ; CNAC, 27 novembre 2020, P 0757 78 20T à propos d'un projet « *situé au rez-de-chaussée d'un bâtiment mutualisé avec des équipements publics et des logements en étages ; que le projet se situe également dans le périmètre de l'Opération d'Aménagement Programmé (OAP) « secteur du centre-ville » qui a déjà livré 94 logements fin 2019, situés en vis-à-vis ; qu'un projet de logements et de 300 m² de commerces devrait être réalisé prochainement* »

⁶⁷⁶ CNAC, 6 février 2020, 4044T ; CNAC, 10 juin 2020, 4094T ; CNAC, 24 juin 2020, 4103T-4105T ; CNAC, 8 juillet 2020, P 01285 56 19T à propos d'un projet « *qui consistera à planter un nouveau commerce alimentaire en périphérie de V, ce qui est de nature à accentuer le déséquilibre entre les équipements de périphérie et les commerces de centre-ville alors que la démographie de la commune de V marque une stagnation (+0,7 % entre 2007 et 2017)* » ; CNAC, 27 novembre 2020, P 02408 42 20T à propos d'un projet qui pourrait « *être de nature à détourner les habitants du centre-ville des commerces de proximité implantés dans la centralité urbaine* » ; CNAC, 15 décembre 2020, P 01812 94 20T « *Considérant que la réalisation du projet risque de concurrencer les supermarchés alimentaires déjà implantés en nombre au sein du centre-ville de C ; qu'ainsi, les consommateurs pourraient être amenés à délaisser lesdits supermarchés au profit du projet implanté en périphérie, fragilisant ainsi la fréquentation des commerces de proximité du centre-ville* ».

⁶⁷⁷ CNAC, 6 février 2020, 4046T à propos d'un ensemble commercial qui « *se déplace d'une zone urbanisée proche du centre-ville de M en périphérie Est, zone vierge de toute construction ; que le terrain d'implantation, d'une surface de 104 000 m² est constitué de parcelles agricoles encadrant un chemin bordé d'une bande boisée de qualité ; que le projet conduit ainsi à une consommation excessive de terres agricoles* » ; CNAC, 10 juin 2020, 4094T à propos d'un projet qui « *s'implantera sur des parcelles non artificialisées d'une surface totale de 21 434 m² ; qu'il contribuera à l'imperméabilisation des sols et à l'étalement urbain* » ; CNAC, 12 novembre 2020, 3687TR à propos d'un projet « *consommateur d'espaces supplémentaires ; qu'il prévoit l'acquisition d'une parcelle de 4,18 hectares de foncier naturel pour accueillir une partie de l'extension, laquelle ouvre la possibilité de son aménagement futur, le zonage en Ue le permettant, contribuant ainsi fortement à l'étalement urbain ; qu'il n'est pas démontré dans le dossier l'impossibilité de réaliser l'extension de 950 m² de surface de plancher sur l'emprise foncière déjà fortement imperméabilisée de l'ensemble commercial* » ; CNAC, 27 novembre 2020, P 01451 94 20T

⁶⁷⁸ CAA Bordeaux, 25 juin 2020, n° 18BX02537-18BX02544 à propos d'un projet qui « *s'insère dans un secteur destiné à accueillir un pôle commercial d'attraction supra communale situé au sein d'une importante zone d'aménagement concerté (...) Ce projet de ZAC prévoit de réaliser la continuité du projet avec le tissu urbain bâti du centre et doit comporter notamment un nouveau quartier résidentiel mixte comprenant un collège d'une capacité d'accueil de 700 élèves et 400 logements dans le quartier B, situé à proximité et au nord du terrain d'assiette* ».

effet de créer une nouvelle polarité commerciale en concurrence d'une zone dédiée aux activités artisanales, industrielles ou de services préexistante⁶⁷⁹. C'était d'ailleurs précisément sur ce terrain que l'avocat général s'était placé dans l'affaire *Visser* pour justifier la restriction territoriale néerlandaise (cf. *supra point 119*). « *L'aménagement du territoire est d'abord un aménagement des mentalités* »⁶⁸⁰.

§2. Le casse-tête de la planification commerciale à l'heure des nouvelles formes de commerce

187. Une étude géographique des implantations commerciales françaises témoigne de la difficulté face à laquelle se retrouvent aujourd'hui les autorités, locales comme nationales, en matière de réglementation d'aménagement commercial ; en quelque sorte, on pourrait être tenté de dire que « *le mal est déjà fait* ». Pour essayer d'expliquer les enjeux de la planification commerciale, procémons à une rétrospective chiffrée : de nombreuses terres arables proches des villes ont préalablement été acquises, souvent à vil prix, par des promoteurs de la grande distribution. Les aménagements commerciaux, routiers et de parkings se sont alors multipliés sous l'œil bienveillant des communes, à qui était reversée en partie la taxe sur les surfaces commerciales⁶⁸¹. « *Une manne tombée du ciel* », selon le journaliste Charles JAIGU⁶⁸². Les chiffres, accablants, montrent cependant la réalité de l'implantation de ces « boîtes à chaussures » en entrées de ville, qualifiées « *d'avatar des configurations urbaines qui se sont développées durant la seconde moitié du XX^e siècle* »⁶⁸³ : en France, 70 % du chiffre d'affaires lié aux commerce est réalisé en périphérie des villes, contre 30 % en Allemagne. Caustique, le journaliste se permet même de rajouter que « *la rue commerçante de centre-ville s'y porte mieux que dans notre diagonale du vide* »⁶⁸⁴. Mais aujourd'hui⁶⁸⁵, les cartes sont rebattues. Certes, le vieillissement de la population laisse encore subsister le petit commerce de proximité ; néanmoins, le développement concomitant d'internet a fait s'introduire le commerce électronique dans les mœurs actuelles de consommation, avec son lot de hangars de *e-commerce* et de plateformes logistiques commerciales. Les hypermarchés essaient alors de rester dans la course en se ré-inventant à l'heure de l'environnementalisation, entre panneaux solaires en toiture et végétalisation murale. Il devient alors particulièrement malaisé de « planifier » le commerce au sein des documents d'urbanisme. Seule une rédaction soignée desdits documents permettrait, dans un premier temps, de les rendre compatibles avec les sujétions communautaires (A).

⁶⁷⁹ CNAC, 5 mars 2020, 4049T ; CNAC, 10 juin 2020, P 00213 74 19T ; CNAC, 10 juin 2020, P 00017 77 19T à propos d'un nouvel ensemble commercial « *situé en périphérie de la commune de V, à distance des zones d'habitation de cette commune ; qu'il ne contribuera pas ainsi à l'animation du centre-ville mais participera au renforcement d'une zone d'activités périphérique* » ; CNAC, 11 juin 2020, 4101T à propos de la réalisation d'un projet « *qui générera le renforcement d'un pôle périphérique, éloigné des zones d'habitation, et ne contribuera pas à l'animation du centre-ville de M* » ; CNAC, 9 juillet 2020, P 00326 25 19T à propos d'un projet « *qui contribuera à la rénovation urbaine de l'entrée de ville Est de l'agglomération b* » ; CNAC, 1er octobre 2020, 3548AS-3548T

⁶⁸⁰ CASTELBAJAC (de) P., MONOD J., *L'aménagement du territoire*, op. cit., p. 88

⁶⁸¹ Bofip-Impôts n°BOI-TFP-TSC relatif à la taxe sur les surfaces commerciales

⁶⁸² Hors série, *Le Figaro magazine*, op. cit.

⁶⁸³ SUEUR J.-P., sénateur, 2009

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 32

⁶⁸⁵ Et nous parlons bien de 2022 (bientôt 2023) ; car la crise du Covid-19 est passée par là, et a contribué au changement de paradigme que nous décrivons.

188. Pour couronner le tout, le développement de la « logique concurrentielle » chère aux instances communautaires a rapidement imposé aux autorités nationales un exercice de style : ôter de la réglementation relative à l'implantation des équipements commerciaux toute référence « purement économique ». A la suite de ce premier défrichage, une intégration de l'aménagement commercial dans l'urbanisme de droit commun s'est imposée aux yeux de tous. Il s'agissait pourtant d'une véritable gageure. Et comme le rappelle avec force Isabelle HARDY, ancienne adjointe au maire de Toulouse en charge du commerce, « *le commerce ne se décrète pas* » :

*« Le défi est d'imaginer que le commerce est aussi un outil d'aménagement du territoire, au même titre que le logement, les transports en commun, les services publics. Il faut remettre les commerces dans l'urbanisme traditionnel. Mais à la différence du logement, le commerce ne se décrète pas. Il y a une réalité économique à laquelle on ne peut pas échapper. Le rôle d'une collectivité est d'aménager le territoire sans bloquer le développement économique. Le pouvoir politique n'est pas là pour empêcher le développement mais pour l'accompagner »*⁶⁸⁶.

Ce rapatriement des règles relatives aux implantations commerciales dans le code de l'urbanisme aurait effectivement de nombreux avantages, parmi lesquels une mise en conformité quasi-totale avec les sujétions imposées par Bruxelles et Luxembourg. Mais elle n'est pas la panacée, comme nous allons le voir notamment avec le développement des nouvelles formes de commerce (**B**).

A. Une appréciation nationale restrictive de la jurisprudence communautaire

189. Rappelons au besoin qu'en 2018, la Cour de justice intègre expressément la planification d'urbanisme dans le champ des « exigences contrôlées » visées à l'article 15 de la directive. La « limite territoriale » posée par la réglementation néerlandaise est en effet jugée compatible avec les conditions de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité prévues à l'article 15, § 3⁶⁸⁷ (*cf. supra*). La Cour s'est par ailleurs rangée du côté de l'appréciation de son avocat général, lorsqu'il indique dans ses conclusions que :

« les centres commerciaux à l'extérieur de la ville ont un effet d'entraînement. Une fois que certains commerces se trouvent à l'extérieur du centre-ville et que les habitants prennent leur véhicule pour s'y rendre, cet endroit devient également plus attractif pour d'autres commerces jusqu'alors installés au centre-ville. Le seul moyen d'éviter les conséquences négatives d'une augmentation de la circulation et de la désertification des centres-villes est ainsi de limiter les possibilités pour les prestataires de services de s'installer à l'extérieur du centre-ville » (concl., pt 148).

Il faut cependant insister sur le fait, et nous l'avons déjà souligné, que cette décision concerne une restriction géographique, et non une limite quantitative (*cf. supra* **point 120**). La nature des commerces visés par la décision n'était effectivement pas indifférente à la tournure prise par la solution : les petits commerces peuvent en effet s'implanter en tous lieux - dans la galerie d'un immense centre commercial comme dans la petite rue commerçante d'un centre-ville - lors que les grandes surfaces commerciales sont condamnées, en principe, à s'implanter à l'extérieur des

⁶⁸⁶ HARDY I., adjointe en charge du commerce et de l'artisanat de l'ancien maire de Toulouse Pierre COHEN, *in L'Opinion Indépendante*, propos recueillis par COULAUD N., 14 décembre 2011

⁶⁸⁷ *L'objectif de « protection de l'environnement urbain » est susceptible de constituer une raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier une limite territoriale telle que celle en cause au principal* » (CJUE (GC), *Visser op. cit.* point 135 et conclusions de l'avocat général, point 147)

centres-villes. Toutefois, la lecture qui a été faite de la décision par les autorités françaises a été, malheureusement, des plus restrictives.

190. En effet, c'est ainsi qu'en France,

*« comme pour mieux renoncer à toute véritable réforme de l'urbanisme commercial, on s'abrite derrière la directive BOLKESTEIN de 2006 qui, en réaffirmant le principe de la liberté d'implantation, empêcherait toute régulation ou planification. »*⁶⁸⁸

L'instruction du 3 mai 2017 illustre parfaitement la lecture française restrictive de la décision *Visser*, relativement à la planification des commerces au sein des documents sectoriels d'urbanisme. Elle rappelle d'abord que les schémas de cohérence territoriale, documents pivots de la planification commerciale, ne doivent être « *ni trop prescriptifs ni trop restrictifs sous peine de violer le principe de libre établissement d'un commerce et d'entraver la liberté de la concurrence* »⁶⁸⁹. Puis, elle indique que de tels documents « *ne peuvent notamment pas interdire certains types de commerce sur [leur] périmètre d'action* ». De même, il serait souhaitable de ne pas « *limiter le nombre de mètres carrés de surface de vente dans une zone* » au sein des SCoT, sous menace de porter atteinte au principe de bonne administration de la justice⁶⁹⁰. Nous partageons la position doctrinale consistant à voir dans cette instruction du 3 mai 2017 une minoration « *sans doute excessive* » des possibilités d'intervention des autorités locales en matière d'urbanisme commercial⁶⁹¹. Du reste, la lecture ainsi faite de la décision de la Cour de justice paraît en partie biaisée : dans l'arrêt *Visser*, ce n'était pas la nature des commerces qui était visée par l'interdiction, mais leur implantation géographique périphérique. La protection de la vitalité commerciale des centres-villes ou bien leur revitalisation apparaissent donc comme des « *raisons impérieuses d'intérêt général* » au sens du considérant 40 de la directive Services, justifiant des limites territoriales à l'installation de nouveaux commerces. Comme l'a indiqué dans ses conclusions l'avocat général dans l'affaire *Visser*,

« une ville peut avoir un intérêt à contribuer, au moyen d'un plan d'occupation des sols, à ce que son centre reste vivant et maintienne son caractère original. Déterminer quels commerces peuvent s'installer dans quels endroits peut, en général, faire partie d'une telle politique » (concl., pt 147).

Mais une épée de Damoclès flotte en permanence au-dessus des limitations ou interdictions à l'installation d'un commerce : fondées sur des considérations purement économiques, elles seraient contraires à la liberté d'établissement.

191. Une lecture dynamique des jurisprudences *Commission c/ Espagne* et *Visser* nous révèle alors que la protection du petit commerce ne saurait justifier une interdiction pure et simple des grands équipements commerciaux. La rédaction des rapports de présentation des documents d'urbanisme - SCoT⁶⁹² ou PLUi⁶⁹³ - sera donc cruciale pour éviter une éventuelle annulation des documents de planification commerciale grâce aux justifications apportées aux prescriptions

⁶⁸⁸ Directeur de l'ancienne direction du commerce, à propos de la mise en oeuvre de la loi de modernisation de l'économie.

⁶⁸⁹ Instruction du 3 mai 2017 *op. cit.*, point 1.1.1

⁶⁹⁰ « *Il est plus clair et plus simple d'obtenir l'annulation d'un SCoT, qui disparaît ainsi de l'ordonnancement juridique, que de faire consacrer son inopposabilité, dossier par dossier, par la voie de l'exception d'illégalité, au terme de procédures souvent longues et coûteuses* ».

⁶⁹¹ FERRAND J.-P., « Nouveau paradigme pour les collectivités locales en matière d'urbanisme commercial ? », *op. cit.*

⁶⁹² C. urb., article L. 141-3

⁶⁹³ C. urb., article L. 151-4

inscrites dans lesdits documents. Depuis 2021⁶⁹⁴, le nouveau DAACL du DOO du SCoT participe pleinement de l'urbanisation de l'aménagement commercial en tant qu' « *exigence à évaluer* » au sens de l'article 15 de la directive *Services*. La disposition du code de l'urbanisme qui l'institue, volontairement long, se caractérise par sa grande plasticité. Outre l'inclusion de la logistique commerciale (cf. *infra*), ce nouveau document revêt une double fonction : d'une part, il régit la localisation de certains équipements commerciaux notamment dans « *les secteurs d'implantation périphérique ainsi que les centralités urbaines* », d'autre part, il détermine les conditions d'implantation des grands équipements commerciaux « *susceptibles d'avoir un impact significatif sur l'aménagement du territoire, le commerce de centre-ville et le développement durable* » comme des petites constructions commerciales. A la lecture du texte, on aurait presque l'impression que ce document peut tout prévoir, les secteurs d'implantation comme le type d'activité ou la surface de vente maximale. La limitation à la liberté d'établissement qu'implique le DAACL, nécessaire et visiblement proportionnée, a conduit le législateur à ajouter que « *la révision ou l'annulation du document d'aménagement artisanal, commercial et logistique est sans incidence sur les autres documents du schéma de cohérence territoriale* »⁶⁹⁵ afin de limiter les conséquences d'une annulation contentieuse du document.

B. L'urbanisme à la rescouasse de la planification des nouvelles formes de commerce

192. La planification de l'implantation commerciale doit aujourd'hui faire face au défi de la mutation de la société. Elle est donc sommée de se mettre au diapason des nouveaux modes de consommation. Alors *quid* de la planification de l'implantation commerciale à l'heure du *e-commerce* ? Dès 2010, lors de la présentation de la proposition de loi relative à l'urbanisme commercial⁶⁹⁶, le commerce électronique avait été abordé par Benoist APPARU. L'ancien secrétaire d'État chargé du logement et de l'urbanisme avait rappelé l'importance d'œuvrer « *vers l'équilibre commercial entre les centres-villes et les périphéries* », faisant le *distinguo* entre « *les commerces traditionnels et les nouvelles formes de commerce – [...] en particulier [...] Internet* ». Certes, le développement de la « toile » et de la dématérialisation des magasins ont fait bouger les lignes. Toutefois, il faut mentionner qu'une forme de consubstantialité entre le commerce en ligne et hors ligne a été récemment reconnue par l'Autorité de la concurrence dans son étude spécifiquement dédiée aux incidences du *e-commerce* sur la politique de concurrence⁶⁹⁷. Au sein d'une analyse très fouillée⁶⁹⁸ des mécaniques à l'œuvre en la matière, et prenant en compte les plateformes et marché numériques, l'Autorité indique que dans de nombreux secteurs, le commerce en magasin et le commerce en ligne exercent leur activité sur le même marché pertinent⁶⁹⁹, de sorte qu'ils doivent être regardés comme concurrents⁷⁰⁰.

⁶⁹⁴ C. urb., article L. 141-6 dans sa version en vigueur depuis le 25 août 2021

⁶⁹⁵ *Ibid., in fine*

⁶⁹⁶ Voir notes de bas de page n° 237 et n° 257

⁶⁹⁷ Autorité de la concurrence, « Concurrence et commerce en ligne », 2020, 128 pages

⁶⁹⁸ Extraite d'un rapport plus important de l'Autorité de la concurrence, « Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques », février 2020.

⁶⁹⁹ Aut. conc., 27 juillet 2016, décision relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac, n° 16-DCC-111

⁷⁰⁰ Selon les chiffres de la FEVAD, le commerce en ligne « *représente aujourd'hui un chiffre d'affaires de près de 100 milliards d'euros, soit un peu moins de 10 % du commerce de détail en France, avec une croissance rapide d'environ 14 % par an entre 2014 et 2018* ». Néanmoins, la fermeture des commerces « physiques » pendant les confinements de l'année 2020 a conduit à une accélération sans précédent de la vente en ligne, qui peut désormais être évaluée à 13,4% du commerce de détail.

193. Le droit de l'urbanisme aurait alors la capacité de venir, une fois de plus, prêter main forte à l'aménagement commercial. Les distorsions de concurrence entre le commerce physique et le commerce en ligne pourraient en effet être gommées grâce à une politique nationale et locale de soutien à un « *développement commercial et artisanal harmonieux* ». Cette idée ressort d'un rapport d'information de 2022 relatif à l'attractivité commerciale en zone rurale. Y est indiqué que la maîtrise « *des impacts des implantations des entrepôts de logistique commerciale* » permettrait de « *rétablissement une concurrence équitable entre les différentes formes de commerce* »⁷⁰¹. Du reste,

*« l'évolution commerciale dans les centres-villes mêmes est un sujet éminemment complexe en raison du développement de services qui se sont peu à peu substitués aux commerces traditionnels, lesquels ont souffert également du développement anarchique des zones périphériques. Pour autant, dans la mesure où le développement de cette offre commerciale répond à la liberté de l'entreprise et d'installation commerciale, le Gouvernement souhaite maintenir les éléments de concurrence, au cœur même de l'économie de marché »*⁷⁰².

Dans ce contexte, il faut alors relativiser certains arguments utilisés dans le débat actuel, très vif, relatif au développement du commerce en ligne. Et si le diable est dans les détails, il n'est pas nécessairement dans le *e-commerce* : selon une étude publiée par le Massachussets Institute of Technology (**ci-après « MIT »**), le commerce électronique permettrait de réduire les émissions de CO₂ de 36 %. Selon la Fevad, cette différence s'explique par l'optimisation des livraisons et l'évitement des émissions liées aux kilomètres parcourus en voiture individuelle pour effectuer des achats en magasin. Toutefois, le commerce en ligne a un impact non négligeable sur le trafic de marchandises en ville et, en conséquence, sur la qualité de l'air. Gageons alors qu'une planification urbanistique des commerces - pertinente tant dans l'échelon de planification choisi que dans la nature des prescriptions mises en place dans ce cadre - aurait le mérite de prendre en compte des objectifs aussi variés que l'esthétique urbaine, les problématiques de développement durable (et la lutte contre les émissions de GES qui en est le parfait corollaire), ou encore l'impératif de lutte contre la dévitalisation des centres-villes et des centres-bourgs.

194. Le problème reste alors celui de la faible intégration de la logistique dans les documents d'urbanisme régionaux, même récents, qui fait craindre un retard pris dans la planification d'un phénomène qui tend pourtant à se généraliser. La révision des SCoT ou des PLUi est une procédure particulièrement lourde et coûteuse pour les collectivités, qui doivent souvent se tourner vers des cabinets d'urbanisme car elles ne disposent pas des moyens humains et matériels, ni de la compétence pour ce faire. Certains auteurs avaient alors préconisé de généraliser aux entrepôts logistiques la procédure d'agrément⁷⁰³, réglementée par le code de l'urbanisme, qui existe depuis

⁷⁰¹ BELIN B., BABARY S., Rapport d'information fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable et de la commission des affaires économiques sur les perspectives de la politique d'aménagement du territoire et de cohésion territoriale, sur le volet « attractivité commerciale en zones rurales », n° 577 16 mars 2022, proposition n° 7

⁷⁰² PIRON M., Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques sur la proposition de loi relative à l'urbanisme commercial n°2490, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 1er juin 2010

⁷⁰³ L'agrément, institué par le décret n° 55-883 du 30 juin 1955, pour les activités industrielles et administratives dans un premier temps, a ensuite été élargi aux bureaux en 1958 avec le décret n° 58-1461 du 31 décembre. Les dispositions relatives à l'agrément sont codifiées aux articles L. 510-1 et s. et R. 510-1 s. du code de l'urbanisme. Le champ d'application de l'agrément résulte de la combinaison de trois critères cumulatifs : la localisation géographique, la nature de l'activité économique projetée et la nature de l'opération envisagée. La circulaire n° 96-38 du 14 juin 1996 relative à la réforme de la procédure d'agrément des locaux d'activités économiques en Ile-de-France indique que « *ces trois critères doivent toujours être croisés, et si le projet se trouve en dehors du champ de la procédure au regard d'un seul de ces critères, l'agrément n'a pas à être sollicité* ».

longtemps en Île-de-France⁷⁰⁴. Il s'agit d'une autorisation administrative réglementée au sein du code de l'urbanisme, nécessaire avant toute implantation d'une activité économique. Véritable outil au service de l'aménagement du territoire francilien, l'agrément est un préalable à toute opération de construction ou de réhabilitation-extension d'immeubles de bureaux dans les secteurs où un déséquilibre habitat-emploi existe. Depuis les orientations du préfet de la région Ile-de-France édictées en novembre 2018 et renforcées en septembre 2021, il est conditionné à la création de logements et à l'introduction d'un principe de mixité urbaine. De nouvelles orientations ont été récemment édictées pour l'instruction des demandes d'agrément relatives aux entrepôts logistiques, notamment pour limiter l'artificialisation des sols.

« Les critères d'attention seront ainsi portés sur la justification du projet au regard de sa consommation d'espace ainsi que les mesures adoptées pour limiter ses impacts environnementaux. En effet, l'analyse de l'implantation des entrepôts agréés entre 2018 et 2020 montre la concentration et la polarisation des projets d'entrepôts logistiques dans les territoires qui se sont au fil des années spécialisés sur ce secteur d'activité »⁷⁰⁵.

SECTION 2 - LA COMPOSITION KAFKAIENNE DES COMMISSIONS DÉPARTEMENTALES, SOUMISE AU DROIT DE L'UNION

195. Arlésienne juridique, l'urbanisation complète de l'aménagement commercial devait entraîner la disparition complète du système actuel des autorisations d'exploitation commerciale délivrées par les commissions - et donc par voie de conséquence la fin des commissions (**paragraphe 2**). Force est de constater cependant que leur complète disparition n'est pas encore au goût du jour⁷⁰⁶ - il faudra attendre six ans et la fin de l'expérimentation mise en place par la récente loi 3DS pour entrevoir l'avenir qui leur est réservé. Le contentieux de leur composition est par ailleurs réapparu avec vigueur il y a quelques mois, comme en témoigne la récente décision de la CJUE⁷⁰⁷ visant la France. Après les critères de délivrance des AEC et la soumission de la planification des activités commerciales à la directive *Service* (**titre 1** de ce mémoire), la Cour est en effet venue donner le ton de la composition des commissions en charge de la délivrance des AEC. Il faut bien avouer que le risque de censure au regard du droit de l'Union, qui planait au-dessus de la composition renouvelée par la loi ELAN, était particulièrement élevé (**paragraphe 1**).

196. Rappelons préalablement que la loi LME avait écarté les représentants des chambres consulaires des commissions départementales afin de faire « *glisser la procédure de l'autorisation d'exploitation commerciale en-dehors de l'ordre public économique* »⁷⁰⁸. Mais, curieusement, et alors même que la décision de 2011 avait déjà permis à la Cour de se positionner sur la question en indiquant que ces personnalités ne devaient siéger à aucun titre au sein des organismes, même

⁷⁰⁴ DRIEA Ile-de-France, Instruction des demandes d'agrément relatives aux entrepôts logistiques et aux locaux d'activités, Fiche repère, mars 2022

⁷⁰⁵ *Ibid.*

⁷⁰⁶ FRESNEAU J.-A., *op. cit.*

⁷⁰⁷ CJUE, 15 juillet 2021, *op. cit.*

⁷⁰⁸ GIACUZZO J.-Fr., « L'encadrement de l'aménagement commercial : frein ou encouragement ? », *op. cit.*

collégiaux, se prononçant sur l'octroi d'une autorisation administrative, les représentants des chambres consulaires avaient fait leur grand retour dans les commissions départementales, à la faveur des dispositions de la loi ELAN de 2018. Au vu de la teneur de la décision de la Cour de justice, dans la droite ligne de sa propre jurisprudence de 2011, la composition des commissions départementales était, en principe, appelée à évoluer. Pourtant, la récente loi 3DS de 2022 n'y a rien changé.

§1 - La composition amphigourique originelle des commissions départementales

197. Qu'elles soient nommées CDUC, CDEC ou CDAC, les commissions départementales sont

« des instances collégiales qui se prononcent, notamment, sur les demandes d'autorisation d'exploitation commerciale relatives aux projets de création ou d'extension de magasins de commerce de détail, ou d'ensembles commerciaux, dont la surface de vente est supérieure à 1 000 m² »⁷⁰⁹.

Aujourd'hui prévue à l'article L.750-2 du code de commerce, leur composition, largement débattue depuis leur avènement (**A**), a été retouchée à de multiples reprises⁷¹⁰ dans le but de renforcer la place des élus locaux, et d'entériner la consultation des acteurs économiques des centres-villes concernés par les projets, tout en évitant les conflits d'intérêts. Certaines personnalités représentatives du tissu économique y ont désormais leur place. Leur rôle est très important, puisque d'elles dépend la délivrance des autorisations d'exploitation commerciale, même si désormais elles sont appelées à donner un simple « avis » depuis la réunion des volets urbanistique et commercial au sein du PCVAEC.

198. Afin de résumer les modifications successives de la composition des commissions au fil des réformes, nous emprunterons une formule au personnage de *Tancredi FALCONERI*, « *il faut que tout change pour que rien ne change* »⁷¹¹. Et, alors même que la Cour de justice avait indiqué dans sa décision de 2011 précédemment examinée que,

« s'agissant de la représentation, dans la commission d'équipements commerciaux, du seul intérêt sectoriel du commerce local préexistant, un organisme composé de la sorte, au sein duquel les intérêts liés tant à la protection de l'environnement qu'à celle des consommateurs ne sont pas représentés, tandis que le sont les concurrents potentiels du demandeur d'autorisation, ne peut constituer un instrument apte à réaliser des objectifs d'aménagement du territoire, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs »,

la France a fait sienne l'obligation de représentation de personnalités actives dans le domaine de la protection de l'environnement et des groupements d'intérêt œuvrant à la protection des consommateurs. Mais elle paraît avoir balayé d'un trait de gomme les restrictions tenant à la représentation des concurrents du demandeur au sein des commissions. « *Rien n'a changé* » donc, et il ressort des débats parlementaires préalables à l'adoption de la loi 3DS que la question de la disparition des trois membres *non gratae* n'y a même pas été abordée⁷¹² (**B**).

⁷⁰⁹ CJUE, 15 juillet 2021, *op. cit.* point 12

⁷¹⁰ Pas moins de dix versions différentes de l'article L. 751-2 depuis 2006 (accessibles sur legifrance)

⁷¹¹ Giuseppe Tomasi di LAMPEDUSA, *Le Guépard*, 1958

⁷¹² https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/docs/RAPPANR5L15B4721-tII.raw#_Toc256000041

A. Des commissions historiquement sujettes à controverses

199. Un retour en arrière s'impose, afin de mieux comprendre la motivation de la décision du 15 juillet 2021. A l'époque de l'« urbanisme commercial », les premières CDUC étaient nanties d'un pouvoir décisionnaire local important, faisant rempart à celui de l'état central. En effet, parmi les vingt (!) membres de la commission, neuf élus locaux⁷¹³ côtoyaient neuf représentants du commerce et de l'artisanat locaux - à la fois juges et parties car élus par les commerçants en activité. Seuls les deux derniers membres, des représentants d'associations de consommateurs, étaient désignés par le préfet⁷¹⁴ pour y représenter les intérêts de l'Etat. Les commissions d'équipement commercial (CDEC) qui les remplacent à la faveur de la loi SAPIN de 1993, sont notamment différentes : elles ne comptabilisent que sept membres, dont trois élus locaux et trois représentants socio-professionnels. Leurs votes, motivés et basés sur l'information d'observatoires départementaux d'équipement commercial au fonctionnement quelque peu ésotérique, sont rendus publics. Du reste, une obligation déontologique est instituée : tout membre de la commission doit informer le préfet des intérêts qu'il détient et de la fonction qu'il exerce dans une activité économique. Le cas échéant, il ne pourra pas délibérer dans une affaire où il a un intérêt personnel ou s'il représente ou a représenté une ou des parties⁷¹⁵. Examinées par le Conseil d'État, la composition et les conditions de fonctionnement de ces CDEC ne semblent pas poser de problématique particulière. La Haute juridiction de l'ordre administratif estime qu'en se prononçant sur des critères législatifs, soumis au contrôle éventuel du juge administratif⁷¹⁶, elles ne favorisent aucune entente d'entreprises au sens de l'ancien article 81 TCE⁷¹⁷.

200. La directive 2006/123 a marqué un incontestable tournant dans l'aménagement commercial français. Rappelons qu'antérieurement à son entrée en vigueur, la Cour de justice s'était déjà prononcée sur la compatibilité d'une réglementation nationale prévoyant la présence de concurrents au sein des organes collégiaux se prononçant sur l'octroi d'une autorisation d'exercer une activité commerciale avec les dispositions du Traité CE protégeant la liberté d'établissement. C'est ainsi par exemple que dans une décision de 2002⁷¹⁸, elle avait eu à connaître d'une législation commerciale italienne. A cette occasion, elle avait jugé que des dispositions subordonnant l'organisation de foires à l'intervention d'organismes composés d'opérateurs exerçant cette activité, déjà présents sur le territoire concerné ou représentatifs de ces opérateurs, aux fins d'agrément, constituaient une restriction à la liberté d'établissement ou à la libre prestation de services. Et ce, même si ces concurrents potentiels ne donnaient alors qu'un simple avis consultatif. Dix ans plus tard, la décision du 24 mars 2011, que nous avons déjà examinée plus haut, fait également un examen notable de la conformité de la composition des commissions d'urbanisme commercial espagnoles aux stipulations du Traité CE sur la liberté d'établissement. Les commissions catalanes étaient composées, entre autres, de représentants « *des intérêts du commerce de détail préexistant* » avec pour mission d'établir un rapport avant qu'une décision de délivrer ou de refuser une autorisation ne soit arrêtée, sans qu'il ne soit demandé à « *des associations actives dans le domaine de la protection de l'environnement et des groupements d'intérêt œuvrant à la protection des consommateurs* » d'intervenir. Or, « *la présence de concurrents potentiels du demandeur d'autorisation ne peut permettre à la commission de constituer un instrument apte à*

⁷¹³ Dont six membres du conseil général (aujourd'hui conseil départemental)

⁷¹⁴ JOYE J.-Fr., « Intégrer l'urbanisme commercial dans l'urbanisme général » *op. cit.*

⁷¹⁵ C. com, anc. article L. 751-3 « *Tout membre de la commission départementale d'équipement commercial informe le préfet des intérêts qu'il détient et de la fonction qu'il exerce dans une activité économique* ».

⁷¹⁶ CE, *Société Immaldi*, *op. cit.*

⁷¹⁷ TFUE, article 101

⁷¹⁸ CJCE, 15 janvier 2002, Commission c/ Italie, aff. C-439/99, point 39

réaliser des objectifs d'aménagement du territoire, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs » (point 111). La Cour les juge contraires aux stipulations de l'article 43 et s. (article 49 s. TFUE)⁷¹⁹.

201. La transposition française de la directive Service s'était traduite dans un premier temps par l'adoption de la LME, qui remplaçait la commission départementale d'« équipement commercial » par une commission départementale d' « aménagement commercial » à la composition réformée, avec une présence locale renforcée. *Exeunt* les représentants locaux du commerce et de l'artisanat ainsi que les représentants d'associations de consommateurs. Ces derniers étaient remplacés par « *trois personnalités qualifiées en matière de consommation, de développement durable et d'aménagement du territoire* », nommées par le préfet. Les élus locaux se voyaient à nouveau confier le rôle qui leur avait été précédemment ôté afin de prévenir les phénomènes de conflits d'intérêt⁷²⁰, et l'obligation déontologique était pérennisée dans l'article L. 751-3, toujours en vigueur et inchangé depuis 2008. Dans un second temps, la loi ACTPE avait porté à sept le nombre d'élus locaux - auparavant plafonné à cinq, auxquels s'ajoutaient quatre personnalités qualifiées⁷²¹, supposées veiller, pour deux d'entre elles à la consommation et la protection des consommateurs, et pour les deux autres au développement durable et à l'aménagement du territoire. Le nombre total de membres passait ainsi de neuf à douze, préfet compris.

B. Le remaniement de 2018 : un curieux retour des représentants des chambres consulaires au sein des commissions

202. La composition est modifiée par la loi ELAN de 2018⁷²², sans toutefois que la correction apportée par le législateur, ayant visiblement eu une lecture plutôt souple des jurisprudences communautaires précitées, ne soit réellement pertinente. La doctrine de l'époque, prophétique, avait d'ailleurs indiqué que cette nouvelle composition amendée laissait « *planer un fort doute d'inconventionnalité* »⁷²³. La loi ajoute aux personnalités déjà consultées,

« *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* »⁷²⁴.

Or, de longue date, il est admis que donner ainsi voix au chapitre aux membres des chambres consulaires est contraire à la liberté d'établissement. Ainsi, alors qu'elles étaient sorties par la porte de la loi LME, les chambres consulaires reviennent par une fenêtre ouverte par la loi ELAN.

⁷¹⁹ CJUE, Commission c/ Espagne, *op. cit.*, points 104, 108 et 111

⁷²⁰ Circulaire conjointe Intérieur/Minefe, 18 février 2009, dont la légalité a été reconnue par CE, 3 octobre 2011, *Lille Métropole Communauté urbaine de Lille*, n° 330.137

⁷²¹ C. com., article L. 751-2, II

⁷²² Loi « ELAN », article 163

⁷²³ GIACUZZO J.-Fr., LE GRAND V., PRIET F., Convention de recherche *op. cit.*

⁷²⁴ C. com., article L. 752-2 I 3°)

Pourtant, l'intervention indirecte d'opérateurs concurrents, « *y compris au sein d'organes consultatifs* » est expressément prohibée par l'article 14, 6) de la directive Services⁷²⁵.

203. Saisi une nouvelle fois par le CNCC, cette fois-ci de la question de la légalité du décret d'application du 17 avril 2019 et de l'inconventionnalité - par voie d'exception - de la disposition qu'il explicite, le Conseil d'Etat⁷²⁶ choisit la voie de la prudence. Il renvoie à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle⁷²⁷ portant sur la présence aux séances de la commission départementale de personnalités désignées par les chambres consulaires, sans droit de vote de leur part. La CJUE est alors sollicitée pour dire si une telle présence est autorisée par l'article 14, 6) de la directive du 12 décembre 2006⁷²⁸.

« *6. En vertu de l'article L. 751-1 du code de commerce, les commissions départementales d'aménagement commercial donnent un avis, qui est un avis conforme, sur les demandes d'autorisation d'exploitation commerciale. La réponse au moyen soulevé par les requérants dépend de la question de savoir si le paragraphe 6) de l'article 14 de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 doit être interprété en ce sens qu'il permet la présence, au sein d'une instance collégiale compétente pour émettre un avis relatif à la délivrance d'une autorisation d'exploitation commerciale, de personnalités qualifiées représentant le tissu économique, dont le rôle se borne à présenter la situation du tissu économique dans la zone de chalandise pertinente et l'impact du projet sur ce tissu économique, sans prendre part au vote sur la demande d'autorisation. Cette question, qui est déterminante pour l'issue du litige, s'agissant de la légalité des articles 1er à 3 du décret du 17 avril 2019, présente une difficulté sérieuse. Il y a lieu, par suite, d'en saisir la Cour de justice de l'Union européenne en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et, jusqu'à ce que celle-ci se soit prononcée, de surseoir à statuer sur la requête n° 431724, en tant qu'elle tend à l'annulation des articles 1er à 3 du décret attaqué* » (nous soulignons).

Dans sa décision en réponse du 15 juillet 2021, la CJUE considère sans surprise que l'incise rajoutée dans l'article L. 751-2 par la loi ELAN contrevient aux objectifs de la directive, visant à assurer la liberté d'établissement et la libre circulation des services (point 32). La solution est logique : selon le Professeur Jean-François GIACUZZO, « *une forme de test [économique] paraît avoir été internalisée et menée au niveau de commissions* »⁷²⁹. Au nom de l'impartialité du processus d'autorisation, la Cour répond à la question en interdisant la présence d'opérateurs concurrents ou de leurs représentants dans les instances décisionnelles.

« *L'article 14, pt 6, de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, 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*

⁷²⁵ « *Les États membres ne subordonnent pas l'accès à une activité de services ou son exercice sur leur territoire au respect de l'une des exigences suivantes: (...) 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; 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;* »

⁷²⁶ CE, 15 juillet 2020, *op. cit.*

⁷²⁷ « *Le [point 6] de l'article 14 de la directive [2006/123 doit-il] 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 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 [?].* »

⁷²⁸ MONTECLER (de) M.-Ch., *op. cit.*

⁷²⁹ GIACUZZO J.-Fr., « *L'encadrement de l'aménagement commercial : frein ou encouragement ?* », *op. cit.*

*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 »*⁷³⁰ (nous soulignons).

De prime abord, la solution de 2021 est des plus claires : les membres représentant le « *tissu économique de la zone de chalandise pertinente* » ne doivent pas siéger, et ce, à quelque titre que ce soit.

204. Une ambiguïté pourrait toutefois naître de la formulation alambiquée du dispositif monolithique de l'arrêt, notamment de la dernière assertion *in fine* lorsque la Cour indique « *pour autant que les concurrents actuels ou potentiels du demandeur participent à la désignation desdites personnalités* ». Une lecture de la solution - qui pourrait possiblement avoir été celle du législateur français - consisterait à penser que les personnalités qualifiées ne seraient interdites que « *dans la mesure où* » elles ont été désignées par les concurrents du pétitionnaire. A l'instar des réserves d'interprétation de la loi parfois émises par le Conseil constitutionnel destinées à sauver une disposition à la limite de l'inconstitutionnalité - ou de l'interprétation neutralisante qui peut en être faite - cette interprétation viendrait en effet sauver la disposition nationale, en la conditionnant à sa conformité au principe de libre et saine concurrence entre opérateurs économiques. Il reviendrait donc au règlement la difficile tâche d'organiser la présence de tels membres au sein des commissions à la composition renouvelée en conformité avec le droit supranational.

§2 - La solution de la Cour mise au ban par le législateur : la disparition annoncée des commissions ?

205. En laissant subsister la disposition litigieuse du texte⁷³¹ tout en ayant concomitamment ajouté à l'article, notamment concernant la participation des communes limitrophes du projet⁷³², la loi du 21 février 2022 n'a *a priori* pas purgé l'article de son inconventionnalité. Etant intervenue consécutivement à la réponse de la Cour de justice, cela laisse à penser que l'orientation de la décision communautaire a curieusement été éludée par le législateur français. Dans le même temps toutefois, le principe d'impartialité a manifestement guidé la main du législateur. Ce principe général de la procédure administrative⁷³³, en vertu duquel nul ne peut être à la fois juge et partie⁷³⁴, est essentiel en matière de délivrance des autorisations. En effet, la commission départementale dispose d'un pouvoir important, semblable à celui des autorités en charge de la délivrance des

⁷³⁰ CJUE, 15 juillet 2021, *op. cit.*, point 32

⁷³¹ C. Com, article L. 751-2

⁷³² « *(La commission départementale) informe également des demandes d'AEC, le cas échéant, l'organe exécutif des collectivités territoriales frontalières ou de leurs groupements compétents en matière d'aménagement commercial* » (al. 1er *in fine*) et, lorsque la zone de chalandise du projet dépasse les limites du département « *le préfet invite à participer à la commission, sans voix délibérative, un représentant de chacune des collectivités territoriales frontalières ou de leurs groupements compétents en matière d'aménagement commercial ainsi qu'un représentant de tout groupement européen de coopération territoriale compétent en matière d'aménagement commercial ou d'aménagement du territoire dans le périmètre duquel est située la commune d'implantation* » (II, al. 4).

⁷³³ Il existe par exemple en matière d'autorités administratives indépendantes - voir sur ce point loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes

⁷³⁴ Fiche d'orientation, Dalloz

autorisations d'urbanisme (A). D'ailleurs, ce serait presque à se demander si le législateur n'a pas en tête la disparition pure et simple des commissions - ou, à tout le moins, leur complète réformation (B).

206. Du reste, même si elle n'est pas expressément visée par la décision de la Cour de justice, la problématique du « *manager de centre-ville* » reste cependant d'actualité. En effet, la loi ELAN a ajouté au premier alinéa de l'article L. 751-2 l'audition par la commission, pour tout nouveau projet, de :

« la personne chargée d'animer le commerce de centre-ville au nom de la commune ou de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre, l'agence du commerce et les associations de commerçants de la commune d'implantation et des communes limitrophes lorsqu'elles existent ».

Inspiré des « *town managers* » britanniques, la « *personne chargée d'animer le commerce de centre-ville* » est dotée de fonctions nébuleuses⁷³⁵. Son audition pourrait être justifiée théoriquement par des considérations d'aménagement du territoire et de protection des consommateurs, mais elle reste sujette à caution. Car, dans les faits, il ne serait pas totalement exclu que ce manager de centre-ville puisse être affilié, même indirectement, avec de « potentiels concurrents » du pétitionnaire, au sens de la directive.

A. L'apparente recherche d'une composition conforme au principe d'impartialité des commissions

207. Dans la décision de 2021 présentement examinée, la Cour de justice remplit son office et interprète le droit de l'Union en tenant compte non seulement de sa lettre, mais également de son esprit au travers de son contexte et de ses objectifs⁷³⁶. Elle considère alors que le rôle dans la procédure d'octroi de l'autorisation attribué par la législation française à ces trois personnalités qualifiées, susceptibles de constituer des représentants des concurrents actuels ou potentiels du demandeur d'AEC, relèverait de l'« *intervention directe ou indirecte d'opérateurs concurrents* » au sens de l'article 14, 6) de la directive. Toutefois, elle ouvre une porte au sauvetage d'une partie de la disposition nationale litigieuse en invitant, au retour de sa réponse, le Conseil d'Etat français à vérifier si :

*« 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 »*⁷³⁷.

⁷³⁵ L'article L. 751-2, I du code de commerce prévoit désormais que la CDAC « *auditionne pour tout projet nouveau la personne chargée d'animer le commerce de centre-ville au nom de la commune ou de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre, l'agence du commerce et les associations de commerçants de la commune d'implantation et des communes limitrophes lorsqu'elles existent* ».

⁷³⁶ CJUE, 6 octobre 2020, *Jobcenter Krefeld*, aff. C-181/19, point 61 ; CJUE, 18 janvier 2017, *NEW WAVE CZ*, aff. C-427/15, point 19

⁷³⁷ CJUE, 15 juillet 2021, *op. cit.*, point 30

Il lui faudra être vigilant car sous les critères d'aménagement, de développement durable et de protection des consommateurs sur la base desquels les commissions fondent leur analyse, « *l'économique affleure* »⁷³⁸ (cf. *infra points 217 s.*).

208. En principe, la combinaison de la liberté d'établissement et des règles d'urbanisme commercial opérée par la jurisprudence met en exergue la nécessité pour les secondes de permettre la réalisation d'objectifs d'intérêt général tels que l'aménagement du territoire, la protection de l'environnement et des consommateurs, au nom de la première ; la protection du commerce local contre de potentiels concurrents n'y est que rarement abordée. La décision de 2021 est intéressante de ce dernier point de vue. En effet, la Cour y indique que

« l'influence sur le processus décisionnel exercée par des concurrents du demandeur d'une autorisation d'exploitation commerciale, même si ceux-ci ne prennent pas part au vote sur la demande d'autorisation, est de nature à gêner ou à rendre moins attrayant l'exercice de ces libertés fondamentales. En effet, ces concurrents pourraient essayer de retarder l'adoption des décisions nécessaires, d'encourager l'adoption de restrictions excessives ou d'obtenir des informations importantes au regard de la concurrence » (point 24).

La solution ainsi dégagée par Luxembourg paralyse en principe toute velléité nationale de présence, même indirecte, de représentants d'intérêts économiques susceptibles d'affecter la libre concurrence au sein des commissions. N'oublions pas qu'à l'époque de leur éviction des CDAC par la loi LME, les chambres consulaires avaient vivement protesté en faisant valoir leur nature juridique singulière⁷³⁹, non prise en compte selon elles par la directive de 2006, sans toutefois que leurs vitupérations n'influent sur la décision du législateur de les faire totalement disparaître des commissions.

209. Si la loi 3DS n'a rien modifié dans le texte de l'article L. 752-1, son décret d'application, en revanche, n'a pas trouvé grâce aux yeux du Conseil d'Etat. Le règlement prévoyait en effet qu'à compter du 1er octobre 2019⁷⁴⁰, un arrêté préfectoral désignait dans chaque département les trois personnalités qualifiées « *mentionnées au 3° du II, au 3° du III et au 3° du IV de l'article L. 751-2* »⁷⁴¹. Par décision du 22 novembre 2021⁷⁴², le Conseil d'Etat a annulé partiellement l'article 1er du 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. Il considère que :

« eu égard aux missions des chambres d'agriculture (...) elles ne peuvent être regardées comme constituées d'opérateurs concurrents des demandeurs d'autorisation d'exploitation commerciale faisant obstacle à ce qu'elles désignent une personnalité qualifiée au sein des commissions départementales d'aménagement commercial » (cons. 10)

Par voie de conséquence, il en déduit que :

⁷³⁸ GIACUZZO J.-Fr., « L'encadrement de l'aménagement commercial : frein ou encouragement ? », *op. cit.*

⁷³⁹ Etablissement public administratif (EPA) de l'État remplissant une mission d'intérêt général de représentation des entreprises de leur circonscription.

⁷⁴⁰ Décret du 17 avril 2019 *op. cit.*, article 1er annulé par CE, 22 novembre 2021, n°431.724

⁷⁴¹ MONTECLER (de) M.-Ch., « Réforme des commissions départementales d'aménagement commercial », AJDA 2019, p.907

⁷⁴² CE, 22 novembre 2021, *op. cit.*

« les dispositions ajoutées à l'article L. 751-2 du code de commerce par la loi du 23 novembre 2018 sont incompatibles avec les objectifs fixés au point 6) de l'article 14 de la directive 2006/123/CE en tant qu'elles prévoient que les commissions départementales d'aménagement commercial comprennent des personnalités qualifiées désignées par la chambre de commerce et d'industrie et par la chambre de métiers et de l'artisanat, et que les dispositions du décret du 17 avril 2019 prises pour leur application, sont illégales dans la même mesure » (cons. 11).

À l'heure où nous rédigeons ces lignes, les dispositions décrétale n'ont toujours pas été remplacées.

B. La lente agonie des commissions d'aménagement commercial

210. Avant de nous interroger sur la pertinence d'une disparition pure et simple des commissions d'aménagement commercial, il faut d'abord regarder avec un œil critique l'évolution de leur composition. En cherchant sans cesse à augmenter le nombre d'élus locaux au sein des commissions, le législateur s'est, de notre point de vue, fourvoyé. Outre la disparition pure et simple des commissions dans le cadre d'une urbanisation complète de l'aménagement commercial, l'un des remèdes à administrer à la réglementation serait une diminution du nombre d'élus siégeant en commission - en privilégiant les échelons intercommunal et régional au détriment des échelons départemental et communal - et une augmentation corrélative du nombre des représentants d'associations de protection de l'environnement, en regard de l'orientation globale actuelle des politiques d'urbanisme. Les élus locaux, quant à eux, pourraient être mobilisés au seuil de la procédure, dans le cadre de la planification réglementaire des activités commerciales. Cela leur permettrait, entre autres, de traduire « *en normes l'expression d'un projet commercial de territoire* ». Si le législateur - éventuellement sous la pression de lobbys - souhaite tout de même faire intervenir les chambres consulaires, ces dernières pourraient, sans siéger dans les commissions, participer à titre consultatif dans les instances qui élaborent de documents réglementaires d'urbanisme, comme les SCoT et leurs nouveaux DAACL.

211. A terme, la commission départementale, à bout de souffle, semble appelée à disparaître. L'expérimentation de l'article 97 loi 3DS pourrait répondre, dans un peu moins de six ans, à la question de l'opportunité de transférer la compétence d'instruction de l'autorisation d'exploitation commerciale à l'autorité en charge de la délivrance du permis de construire⁷⁴³. Une chose est sûre néanmoins : les collectivités locales ne disposent pas toutes des mêmes moyens humains, matériels et financiers - rappelons au besoin la grande hétérogénéité qui caractérise les services d'urbanisme (lorsqu'ils existent) des quelques 36 700 communes françaises - ce qui engendrera d'inévitables inégalités au stade de la rédaction des documents de planification. Ainsi, outre les différenciations territoriales induites par l'absorption de la réglementation des implantations commerciales par les documents de planification locale, la disparition des commissions au profit des services instructeurs du droit commun de l'urbanisme pourrait conduire à une multiplication des conflits d'intérêts. Selon Madame Soazic MARIE, le maintien d'un organisme collégial serait peut être pertinent, au moins de ce point de vue⁷⁴⁴, et la CNAC pourrait être amenée à jouer un véritable rôle

⁷⁴³ Il faudrait, pour ce faire, qu'un décret d'application de la disposition législative voie le jour ; ce qui n'est pas encore le cas au moment où nous rédigeons le présent paragraphe.

⁷⁴⁴ Intervention de Mme Soazic MARIE, *in* Colloque « La relance économique par le droit de l'urbanisme (REDUC) après la crise de la Covid-19 », organisé à l'initiative de l'Institut Maurice Hauriou (IMH), Université Toulouse 1 Capitole (UT1), 22 septembre 2022

de garde-fou afin d'éviter que les collectivités territoriales bâclent la réalisation de leurs documents d'urbanisme⁷⁴⁵.

212. L'expérimentation mise en place par la loi 3DS sera alors un véritable laboratoire, permettant entre autres d'analyser les rapports entre les différents dépositaires du pouvoir local⁷⁴⁶, lesquels n'ont pas, il faut bien le dire, la même légitimité⁷⁴⁷. Précisément, lorsque l'heure du bilan aura sonné, il faudra être attentif au dimensionnement politique incontestable de la planification commerciale, qui pourrait s'être avéré également déterminant au stade de la délivrance des précieux sésames administratifs. Loin de solutionner tous les problèmes, la disparition des commissions pourrait alors entraîner un changement de focale : la problématique concurrentielle actuelle serait remplacée par une autre problématique, celle-là purement politique. Et alors que la première pourrait être corrigée facilement, notamment grâce à la mise en conformité avec les textes européens, aucun texte ne viendrait malheureusement au secours de la seconde - véritablement insoluble, il faut le dire, par ses aspects quasi-ontologiques.

CHAPITRE 2 - LA FRAGILITÉ DE LA MISE EN CONFORMITÉ AU DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE

213. La nouvelle législation d'aménagement commercial - principalement issue des lois LME, ACTPE, ELAN et 3DS - est toujours teintée d'une vague coloration économique. Celle-ci est pourtant interdite par la directive *Services*, laquelle s'applique comme nous l'avons vu précédemment, tant aux conditions de délivrance des AEC - critères d'octroi des autorisations et composition des commissions qui les délivrent - qu'aux documents régissant l'implantation de tels équipements (**section 1**). Ainsi, l'hypothèse d'un recours en manquement contre les nouveaux critères de délivrance des AEC initié par la Commission n'est pas complètement fantaisiste. Le cas échéant, la récente décision du Conseil constitutionnel du 12 mars 2020 pourrait aider à muscler les arguments gouvernementaux. En effet, si l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre⁷⁴⁸ est bien réelle, elle est circonscrite : à la lumière des derniers chiffres publiés, la disposition introduite ne semble pas avoir limité le nombre (important) des autorisations délivrées.

214. *In fine*, nous ferons le bilan de la rénovation impulsée par le droit communautaire mais également par le droit public économique interne. Il est relativement mitigé (**section 2**). En effet, en dépit de la tournure urbanistique qu'elle est en passe de prendre, la réglementation est encore phagocytée par un certain nombre de considérations proprement économiques, en grande partie

⁷⁴⁵ Il faut toutefois rappeler ici que peu de collectivités rédigent ces documents, qui font, pour la plupart d'entre eux, l'objet d'une complète externalisation.

⁷⁴⁶ Il ne faut pas oublier que si le maire a le pouvoir d'urbanisme, le président de l'EPCI doit cependant donner un avis conforme.

⁷⁴⁷ Le maire et le président de l'EPCI ne sont pas issus des mêmes modes de scrutins.

⁷⁴⁸ « *Le Conseil constitutionnel rappelle, comme il s'y emploie depuis 2001, qu'une atteinte à la liberté d'entreprendre est possible « à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi »,* BALAGUER F., *op. cit.*

prohibées. Or, cela a pour conséquence de faire dévier l'aménagement commercial de « *l'objet premier du droit de l'urbanisme qui est d'attribuer des affectations à l'espace et d'en contrôler le respect* ». Avec la consécration d'une procédure d'autorisation « intégrée », particulièrement dans l'air du temps⁷⁴⁹, les constructions commerciales devraient pourtant être attribuées sur la base des règles du code de l'urbanisme, ce qui est encore loin d'être le cas. C'est d'autant plus regrettable que, comme l'indiquait déjà en 2011 le Professeur Alain LAGUERRE :

« *si le sort du commerce et de la ville, soit celui de l'urbanisme, sont traditionnellement liés, ce n'est pourtant qu'à une période récente et paradoxalement à partir du moment où le commerce est devenu un phénomène périurbain, que l'urbanisme s'est véritablement intéressé à la place du commerce dans la cité. Les échanges marchands ont beaucoup participé par le passé à faire la ville, mais depuis quelques années le commerce a davantage contribué à la défaire, aussi recherche-t-on aujourd'hui comment il pourrait aider à son « renouvellement »* »⁷⁵⁰.

SECTION 1 - LA RÉMINISCENCE D'UNE APPROCHE ÉCONOMIQUE DE LA LÉGISLATION

215. Le constat de départ est assez simple : l'évolution démographique a conduit à une irrémédiable dévitalisation de beaucoup de communes françaises situées en zone rurale. Les premiers signes cliniques ont été l'augmentation de la vacance des logements et une certaine morosité commerciale ambiante. Concernant cette dernière, elle a été aggravée par deux principaux facteurs : d'une part, les zones de chalandise des commerces en zone rurale sont étroites en raison du bassin de vie étendu dans lequel les communes sont implantées ; d'autre part, les opportunités commerciales diminuent proportionnellement à la baisse de population⁷⁵¹. Les chiffres avancés aujourd'hui par les pouvoirs publics sont édifiants : 46,5 % des communes françaises ne disposent d'aucun commerce⁷⁵² et 59 % des communes rurales n'ont plus aucun commerce de proximité⁷⁵³. Cette fragilité du petit commerce de détail expose les zones peu peuplées au développement des grandes surfaces en périphérie, ce qui, dans le même temps, produit le phénomène inverse d'excès de l'offre commerciale⁷⁵⁴ périphérique.

216. Dans le sillage du Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat indique que

« *l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par le dispositif restrictif introduit par le projet de loi (Climat et résilience) peut être admise dès lors que le but poursuivi par le*

⁷⁴⁹ JOYE J.-Fr., *op. cit.*

⁷⁵⁰ LAGUERRE A., *op. cit.*

⁷⁵¹ Voir par exemple CNAC, 15 décembre 2021, à propos de l'implantation d'une enseigne Lidl de 1722 m² « *si le centre de la commune de La Seyne-sur-Mer présente un taux de vacance commerciale de 19,9 %, cet élément doit être relié à sa très faible attractivité intrinsèque, dont témoigne le taux de logements vacants* »

⁷⁵² Direction générale des entreprises (2020) : 16,4 % des communes de moins de 1 000 habitants disposaient d'une boulangerie et leur taux d'équipement commercial moyen est de 36 % environ

⁷⁵³ INSEE, *Les entreprises en France*, édition 2017

⁷⁵⁴ La croissance des surfaces commerciales y atteint depuis vingt ans le double de la croissance de la consommation des ménages vivant dans ces zones périphériques (3 % contre 1,5 %).

*législateur est de favoriser un meilleur aménagement du territoire et, en particulier, de lutter contre le déclin des centres-villes »*⁷⁵⁵.

Malgré tout, l'objectif dégagé par le Conseil constitutionnel a tous les atours d'un principe économique (**paragraphe 1**). Certaines dispositions de la loi ELAN semblent elles-aussi opérer un retour au critère économique, en posant pour principe le refus et pour exception l'acceptation de l'AEC. Ce retour est d'autant plus critiquable que de l'aveu de certains sénateurs « *l'intention du législateur (...) n'a jamais été de faire de l'autorisation d'exploitation commerciale le principe et son refus l'exception* »⁷⁵⁶ (**paragraphe 2**).

§1. L'objet économique de l'objectif de « *lutte contre la dévitalisation des centres-villes* »

217. « *Beaucoup plus utile que des milliers d'heures de débats parlementaires* ». Ce sont en ces termes que l'actuel locataire de l'Elysée commente le premier point d'étape du programme « *Action cœur de ville* » (ACV)⁷⁵⁷. Un an plus tard, le bilan de la mission sénatoriale conjointe de contrôle sur la revitalisation des centres-villes et centres-bourgs⁷⁵⁸ est nettement moins enthousiaste. Si la mission propose d'assurer la pérennité du dispositif jusqu'à la fin du prochain mandat municipal (2026-2032) compte tenu de la relative satisfaction que suscite le programme, il serait plus juste de faire le constat de la complexité, des risques de standardisation et finalement d'avouer la difficulté d'évaluer ces programmes. Les rapporteurs proposent même de « *simplifier l'action des élus en simplifiant drastiquement les dispositifs ACV et PVD* ». Mais l'une des véritables problématiques réside dans l'objet incontestablement économique de ces dispositifs de lutte contre la dévitalisation des centralités urbaines, notamment au vu de l'étude d'impact réintroduite dans la réglementation à la faveur de la loi ELAN (**A**).

218. Du reste, au regard de la jurisprudence Visser, la « *contribution du projet à la préservation ou à la revitalisation du tissu commercial* » est certes susceptible de constituer une raison impérieuse d'intérêt général, mais à condition toutefois qu'elle soit proportionnée. Nous questionnerons cette proportionnalité dans la seconde partie de ce paragraphe (**B**).

A. L'incontestable objet économique de la lutte contre la dévitalisation des centres-villes

219. La lutte contre le phénomène de dévitalisation des centres-villes ne date pas d'hier. Le thème de la « *revitalisation commerciale des centres-villes* » a même été qualifié d'« *enjeu sociétal* »⁷⁵⁹ dans un rapport porté par l'IGF. Ce document de 2016 augurait déjà des tractations menées avec l'Union européenne pour que la protection des centres-villes puisse, commodément, être

⁷⁵⁵ CE, avis sur le projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et ses effets, *op. cit.*, point 60

⁷⁵⁶ Proposition de loi n° 460, présentée par M. Rémy POINTEREAU (et autres), adoptée en première lecture par le Sénat le 14 juin 2018

⁷⁵⁷ Discours prononcé par le chef de l'État l'occasion des quatrièmes rencontres nationales « *Action cœur de ville* », à la Cité de l'architecture et du patrimoine (Paris), 7 septembre 2021

⁷⁵⁸ Rapport d'information n° 910, Sénat, 29 septembre 2022, *op. cit.*

⁷⁵⁹ IGF et du CGEDD, Rapport sur le thème de la « *revitalisation commerciale des centres-villes* », juillet 2016

considérée comme une « raison impérieuse » au sens de la directive de 2006. Le Sénat lui-même s'était emparé de la question en adoptant le 14 juin 2018 une proposition de loi « *portant Pacte national de revitalisation des centres-villes et centres-bourgs* »⁷⁶⁰ dans le but de renouer avec « *la culture de la centralité* », présentée à ce titre comme un « *enjeu civilisationnel* ». La préservation des centres-villes est également devenue une préoccupation majeure de la CNAC⁷⁶¹. Un moratoire sur la délivrance des AEC a même été suggéré⁷⁶², malgré les doutes émis tant sur sa conventionnalité⁷⁶³ que sur sa constitutionnalité⁷⁶⁴ si une telle mesure devait être automatique. Si les chiffres afférents à l'implantation des grandes surfaces commerciales communiqués par la CNAC font état d'une diminution du nombre de mètres carrés autorisés chaque année par la Commission nationale⁷⁶⁵, l'ineffectivité de la régulation des implantations commerciales est fustigée par les parlementaires : en 2016, 82 % des demandes d'autorisation ont été accordées par les commissions départementales. L'exposé des motifs de la proposition de loi précitée, jamais examinée à l'Assemblée nationale, indique qu'en supprimant le « *test économique* » sous la pression communautaire, la loi LME « *a favorisé l'expansion de la grande distribution en périphérie, en libérant la création de mètres carrés commerciaux au-delà des besoins économiques réels* ». La solution proposée par les sénateurs passait alors par :

*« une révision drastique des procédures existantes des implantations commerciales afin de faire en sorte que les projets soient plus sélectifs. C'est en particulier la régulation des commissions départementales qui doit être renforcée pour en finir avec le laxisme qui a conduit à la prolifération, dans certains territoires, des surfaces commerciales en périphérie »*⁷⁶⁶.

220. L'entrée en vigueur de la loi ELAN résonne alors comme un écho à cette proposition sénatoriale. La réintroduction de l'analyse d'impact et l'ajout du critère supplémentaire dans la catégorie de l'aménagement du territoire⁷⁶⁷ sont autant de signaux lancés par le législateur aux commissions en charge de la délivrance des autorisations. Sensible à la sauvegarde de la vitalité commerciale des lieux d'implantation, le Conseil constitutionnel a même donné sa bénédiction⁷⁶⁸. Mais l'objectif d'intérêt général de « *lutte contre la dévitalisation des centres-villes* » consacré dans sa décision pose question du fait de son incontestable objet économique⁷⁶⁹, même si elle poursuit dans le même temps d'indéniables objectifs urbanistiques. Le juge constitutionnel - visiblement soucieux de sauver la loi, mais taxé dans le même temps d'avoir apporté à la liberté constitutionnellement protégée d'entreprendre une restriction discutable - a effectivement

⁷⁶⁰ Proposition de loi n° 460 *op. cit.*

⁷⁶¹ CNAC, Rapport d'activités 2020, p. 44

⁷⁶² Voir POINTERAU R., BOURQUIN M., Rapport d'information n° 676, Sénat, 2016-2017, sur la revitalisation des centres-villes et des centres-bourgs, p. 56 ; RAZEMON O., « *Comment la France a tué ses villes* », Rue de l'échiquier, 2016 ; GINTRAND F., « *Centres commerciaux : un moratoire est indispensable pour sauver les centres-villes* », Les Echos, 8 janvier 2018

⁷⁶³ IGF-CGDEDD, « *La revitalisation commerciale des centres-villes* », juillet 2016, p. 36

⁷⁶⁴ CE, avis, 29 mars 2018, n° 394435

⁷⁶⁵ La surface moyenne des projets commerciaux est passée de 2 104 m² en 2016 à 1 513 m² en 2020. Avant crise, la surface de vente totale autorisée avait diminué, passant de 2 millions de mètres carrés en 2016 à 1,3 million en 2019 (soit une baisse de 35 % alors que le nombre de projets soumis à autorisation n'a diminué « que » de 24 %). Convoyons ici Alfred SAUVY pour dire avec lui que « *les chiffres sont des êtres fragiles qui, à force d'être torturés, finissent par avouer tout ce qu'on veut leur faire dire.* » En effet, les « *m² autorisés* » ne sont pas synonymes de « *m² construits* ».

⁷⁶⁶ Exposé des motifs de la proposition de loi, p. 33

⁷⁶⁷ Pour rappel, il s'agit de la « *contribution du projet à la préservation ou à la revitalisation du tissu commercial du centre-ville de la commune d'implantation, des communes limitrophes et de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre dont la commune d'implantation est membre* ».

⁷⁶⁸ Cons. const., 12 mars 2020, *op. cit.*

⁷⁶⁹ GIACUZZO J.-Fr., « *L'encadrement de l'aménagement commercial : frein ou encouragement ?* », *op. cit.* ; Voir également sur ce point : BALAGUER F., *op. cit.*

interprété les dispositions contestées dans le but de les rendre compatibles avec le droit de l'Union⁷⁷⁰.

221. Les critères nouvellement introduits par la loi ELAN pour permettre à la commission de délivrer les AEC rappellent certains critères antérieurs à la loi LME, supprimés pour satisfaire aux exigences communautaires. Au premier chef d'entre-eux, le nouveau critère de « *l'analyse des effets du projet sur l'animation et le développement économique du centre-ville et sur l'emploi* » qui s'appuie « *notamment sur l'évolution démographique, le taux de vacance commerciale et l'offre de mètres carrés commerciaux déjà existants dans la zone de chalandise pertinente, en tenant compte des échanges pendulaires journaliers et, le cas échéant, saisonniers, entre les territoires* ». Il semble faire écho aux critères de « *l'effet potentiel du projet sur l'appareil commercial et artisanal de (la) zone (de chalandise concernée) et des agglomérations concernées* » de « *l'équilibre souhaitable entre les différentes formes de commerce* »⁷⁷¹ ou encore de « *l'impact éventuel du projet en termes d'emplois salariés et non salariés* »⁷⁷² de l'ancien article L. 752-6. Chassez le test économique, il revient au détour des derniers *addenda* législatifs ! De ce fait, la seule façon de sauver la disposition nationale sur la « *contribution du projet à la préservation ou à la revitalisation du tissu commercial* » des eaux de l'inconventionnalité serait pour le juge français d'en tenir strictement à la grille d'analyse proposée par la Cour de justice.

B. La conventionnalité du moratoire préfectoral sujette à caution

222. Peu de temps après son entrée en vigueur, plusieurs auteurs ont alerté sur d'éventuels risques d'inconventionnalité⁷⁷³ d'une partie du dispositif satellite aux ORT, en particulier concernant le moratoire préfectoral qu'il institue⁷⁷⁴ au regard des objectifs poursuivis. Rapidement, la suspension de l'instruction des demandes d'autorisation par le préfet a été interrogée en regard de la protection des libertés économiques par le droit communautaire. Avant que le Conseil d'Etat ne se prononce sur la question, une partie de la doctrine considérait que la décision préfectorale, prise en considération de données existantes sur la zone de chalandise - notamment le taux de commerces vacants - pourrait être considérée comme un « *test économique* » au sens de la directive. Cependant, le Conseil d'Etat met un coup d'arrêt à cette position : saisi par voie d'exception de la question de la conventionnalité des dispositions insérées à l'article L. 752-1-2 du code de commerce par la loi ELAN⁷⁷⁵ au regard des stipulations de l'article 49 du traité sur le fonctionnement de

⁷⁷⁰ BALAGUER F., *ibid.*

⁷⁷¹ C. com., anc. article L. 752-6 (3°), en vigueur du 09 juin 2006 au 25 novembre 2008

⁷⁷² *Ibid.* article L. 752-6 (4°)

⁷⁷³ Voir par exemple GIACUZZO J.-Fr., Convention de recherche GRIDAUH, *op. cit.*

⁷⁷⁴ C. com., article L. 752-1-2 ; voir également **supra point 162**

⁷⁷⁵ Ces dispositions « *permettent au représentant de l'Etat dans le département de suspendre, sous le contrôle du juge, la procédure d'AEC d'un projet d'urbanisme commercial dont l'implantation est prévue sur le territoire d'une ou plusieurs communes signataires d'une convention d'ORT mais hors des secteurs d'intervention de l'opération si, compte tenu de ses caractéristiques et de l'analyse des données existantes sur sa zone de chalandise, ce projet est de nature à compromettre les objectifs poursuivis par cette opération, au regard notamment du niveau et de l'évolution des taux de logements vacants, de vacance commerciale et de chômage dans les centres villes des territoires concernés par l'opération. De même, lorsque le projet est situé dans une commune qui n'a pas signé la convention mais qui est membre de l'EPCI à fiscalité propre signataire de cette convention ou d'un EPCI limitrophe de celui-ci, le représentant de l'Etat peut suspendre la procédure si, compte tenu de ses caractéristiques et de l'analyse des données existantes sur sa zone de chalandise, le projet est de nature à compromettre gravement les objectifs de l'opération, au regard des éléments mentionnés précédemment* » (extrait cons. 3).

l'Union européenne et du point 5) de l'article 14 de la directive Services, il choisit de sauver la disposition, motif pris de sa justification par « *des raisons impérieuses d'intérêt général* » :

« *3. Les dispositions de l'article L. 752-1-2 du code de commerce (...) qui n'ont ni pour objet ni pour effet d'instituer des critères constitutifs d'un test économique, mais ont pour seul objet de lutter contre le déclin des centres-villes et s'inscrivent dans un objectif d'aménagement du territoire, sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général. Par suite, le moyen tiré, par la voie de l'exception, de ce que ces dispositions méconnaîtraient les stipulations de l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et celles du point 5) de l'article 14 de la directive 2006/123/CE ne peut qu'être écarté* »⁷⁷⁶ (nous soulignons).

223. Néanmoins, nous partageons avec les auteurs précités l'idée selon laquelle si un requérant saisissait la Cour de justice pour faire invalider - ou valider - le dispositif français de l'opération de revitalisation de territoire, la décision qu'elle pourrait rendre ne confirmerait pas nécessairement celle du Conseil d'Etat⁷⁷⁷. En effet, au vu des critères sur lesquels se prononce le Cour (nécessité et proportionnalité pour l'essentiel), la conventionnalité du dispositif ne va pas de soi. Sa nécessité ne ferait *a priori* pas débat en ce qu'il se fonde essentiellement sur une « *raison impérieuse d'intérêt général* » au sens du droit dérivé - liée à l'aménagement du territoire et à la sauvegarde des centralités urbaines. Pour autant, il faut rappeler que le sujet de « *vitalité des centres-villes* », préalablement identifié par le législateur avant la loi ELAN, était déjà pris en compte par les commissions dans leurs avis et décisions, en particulier au regard des critères légaux « *d'animation de la vie urbaine* » et de « *préservation des centres urbains* »⁷⁷⁸.

224. En revanche, sa proportionnalité semble davantage sujette à caution : les critères d'appréciation préfectorale de l'opportunité de la suspension sont particulièrement cryptiques⁷⁷⁹ et la suspension pourrait durer jusqu'à trois ans, ce qui en fait un outil particulièrement dissuasif. Il faut par ailleurs mentionner, ce qui va dans le sens de l'inconventionnalité, que dans son avis très fouillé sur le projet de loi ELAN, le Conseil d'Etat avait estimé les mesures proposées inadaptées au traitement du problème du déclin des coeurs de nombreuses villes moyennes. Notamment, une suspension générale de l'enregistrement et de l'examen de toutes les demandes en cas d'opération de revitalisation du territoire porterait une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre⁷⁸⁰ :

« *En second lieu, le Conseil d'Etat estime que, si la suspension pour une durée limitée de l'enregistrement et de l'examen des demandes d'autorisation peut être admise dans son principe, en raison de l'intérêt général qui s'attache à l'objectif de préservation d'un centre- ville, une telle décision de suspension, si elle devait avoir un caractère général et concerner l'ensemble des projets futurs présentés hors centres-villes, constituerait une mesure disproportionnée, portant une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre, alors que tous les projets en zone périurbaine n'ont pas nécessairement un effet négatif sur les centres. Par suite, il y a lieu de ne prévoir qu'une décision de suspension au cas par cas, selon les caractéristiques de chaque projet* » (nous soulignons).

⁷⁷⁶ CE, 2 août 2021, n°434.918

⁷⁷⁷ Mais ce ne serait pas la première fois : rappelons que le dispositif de l'ancien droit de l'aménagement commercial avait été déclaré conforme au droit communautaire dans une décision antérieure à la prise de position communautaire inverse (cf. introduction, **points 41 s.**).

⁷⁷⁸ C. com., article L. 752-6

⁷⁷⁹ C. com., article R. 752-29-1 : « *La décision du préfet de suspendre l'enregistrement et l'examen en commission départementale d'aménagement commercial d'une demande d'autorisation d'exploitation commerciale relative à un projet mentionné au premier ou au deuxième alinéa de l'article L. 752-1-2 est prise au cas par cas, selon les caractéristiques du projet* ».

⁷⁸⁰ CE, 29 mars 2018, n° 394435, Avis sur un projet de loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, points 94 à 96

Enfin, l'ORT pouvant neutraliser les effets du DAACL pour des raisons économiques⁷⁸¹, sa proportionnalité ne semble définitivement pas acquise.

§2. Les nouveaux critères de délivrance, palliatifs à l'ombre du « *test économique* » indirect planant au-dessus des AEC

225. Regroupés au sein de deux principales rubriques par la loi LME, puis de trois rubriques à partir de 2014, les nouveaux critères - et notamment celui d'« *aménagement du territoire* » - permettent d'incorporer, à dose homéopathique, certaines considérations indirectement économiques au sein de la réglementation. Il semblerait alors que le législateur français ait eu une lecture extensive des « raisons impérieuses d'intérêt général » au sens du droit dérivé, justifiant une dérogation à l'interdiction des tests économiques conditionnant l'accès à l'exercice d'une activité économique, en reprenant à son compte la raison de « *protection de l'environnement urbain* »⁷⁸². Une analyse des décisions de la CNAC permet de se faire une opinion sur la manière dont ces critères sont pris en considération par les commissions. Par exemple, les projets sont régulièrement évalués au regard de la vitalité commerciale des centres-ville ou encore au vu des effets du projet en terme d'animation urbaine⁷⁸³, l'absence d'information sur ce sujet étant souvent sanctionnée lorsqu'il s'agit de projets de « *création de cellules commerciales dans des galeries attenantes à des supermarchés ou hypermarchés, d'un format similaire à celui de boutiques de centre-ville* » (A).

226. Le critère de « développement durable » est par ailleurs de plus en plus apprécié par les commissions. En témoigne sa singulière bienveillance à l'égard des projets vertueux en terme de transports et de parkings. Il faut dire aussi que « *les hommes se sont toujours rassemblés autour*

⁷⁸¹ MARIE S., « Le rôle de l'État en matière d'aménagement commercial », Droit et ville 2021/2, n° 92, pp. 41 à 63

⁷⁸² Directive Services, cons. 66 « *L'accès à une activité de services ou son exercice sur le territoire d'un État membre ne devrait pas faire l'objet d'un test économique. L'interdiction des tests économiques comme condition préalable à l'octroi d'une autorisation devrait viser les tests économiques en tant que tels, et non les autres exigences objectivement justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général telles que la protection de l'environnement urbain, la politique sociale ou la santé publique. L'interdiction ne devrait pas affecter l'exercice des compétences des autorités chargées de l'application du droit de la concurrence* » (nous soulignons).

⁷⁸³ CNAC, 9 janvier 2020, 4028T à propos d'un projet dont le pétitionnaire « *n'a pas joint d'étude d'impact indiquant quelle sera la contribution du projet à l'animation, à la préservation ou à la revitalisation du tissu commercial des centres-ville de S et de B, alors que la commune de S a connu une diminution de sa population de 5,7 % entre 2006 et 2016 et que la ville de B s'figure parmi les communes du Plan « Action Cœur de Ville »* » ; CNAC, 20 février 2020, 3332TR, même reproche adressé au pétitionnaire qui « *n'a pas transmis d'étude d'impact indiquant pas quelle sera la contribution du projet à l'animation, à la préservation ou à la revitalisation du tissu commercial du centre-ville de C et des communes limitrophes et notamment la commune de D* » ; CNAC, 23 janvier 2020, 4033AS à propos d'un projet « *dont le site d'implantation se trouve à 6 km du centre-ville, pourrait porter atteinte à la vitalité commerciale de ce dernier, d'autant plus, qu'outre les 7 moyennes surfaces de secteur 2, 10 boutiques de moins de 300 m² de surface de vente vont être créées et correspondent à une typologie de commerce de proximité, tels que les commerces de centre-ville* » ; CNAC, 24 juin 2020, P 00691 54 19T considérant que « *le projet est susceptible de porter atteinte à l'animation de la vie urbaine, les deux principales enseignes concernées par le projet étant déjà présentes dans le centre-ville de N ; que ces deux enseignes pressenties n'apportent pas de diversité de l'offre au sein de la zone N Porte Sud* » ; CNAC, 25 juin 2020, 4127T à propos d'un projet dont le terrain d'implantation est situé sur le territoire de « *la ville de V, située à 13 minutes du projet, dont le centre-ville connaît un taux de vacance commerciale de 20,9 %, est signataire d'une convention « Action cœur de ville » visant à revitaliser son centre-ville* » ; CNAC, 1er octobre 2020, P 01601 62 19T ; CNAC, 15 octobre 2020, 3554T à propos d'un projet compte tenu du risque de création de friche commerciale au vu de la crise sanitaire actuelle ; CNAC, 15 octobre 2020, P 01232 26 20T ; CNAC, 12 novembre 2020, P 01882 78 20N refus en raison du fait notamment que le pétitionnaire « *n'a pas indiqué quelles seront les enseignes ou les activités destinées à s'installer dans ces boutiques* ».

des axes de communication, des carrefours et des ports. La mise en valeur du territoire ne se conçoit donc pas sans une doctrine cohérente de l'organisation des transports »⁷⁸⁴. Et s'il y a bien un domaine dans lequel l'aménagement du territoire et l'écologie semblent être au diapason, c'est celui des transports. Les chiffres sont particulièrement accablants : 7 français sur 10 se rendraient au travail en voiture, et ce mode de transport représenterait à lui seul 30 % des émissions de GES⁷⁸⁵. Mais la conception de la route et de l'automobile a changé ; nous sommes loin de la « conception romantique de la route, délicieusement surannée, presque littéraire et mûtinée de réminiscences gracquienennes » de Georges POMPIDOU dans une lettre du 17 juillet 1970 adressée à Jacques CHABAN-DELMAS⁷⁸⁶. Aujourd'hui, dans notre société de l'immédiateté, tout doit aller vite ; si le temps de trajet routier médian en heure pleine vers un panier d'équipements de la vie courante demeure élevé en zones très peu denses (10 minutes), il s'est considérablement réduit dans les zones peu denses (5,5 min), intermédiaires (2,7 min) et denses (2,6 min)⁷⁸⁷. Ainsi, mieux que le lien de rattachement avec le critère de l'aménagement du territoire, c'est la gestion intelligente des problématiques liées aux flux de transport qui pèse aujourd'hui en faveur de la législation française dans la balance de la conventionnalité (B).

A. Le rattachement commode des critères suspects à l'« aménagement du territoire »

227. Certains des critères de délivrance des autorisations d'exploitation commerciale ne sont pas totalement dénués d'une approche économique, laquelle passe néanmoins « *sous les radars du droit de l'Union* »⁷⁸⁸ du fait de leur rattachement au critère d'aménagement du territoire. D'ailleurs, dans une récente décision du 25 mars 2020, le rapporteur public Raphaël CHAMBON indiquait au Conseil d'Etat la conduite à tenir concernant l'un de ces critères, celui de « *l'impact du projet sur l'animation de la vie urbaine* ». Ce faisant, il balaie d'un trait de gomme les critiques consistant à dire que ce sous-critère amènerait les commissions à opérer une appréciation purement économique, étrangère à l'esprit de l'article L. 752-6 du code de commerce (cf. *supra point 185*) :

« *Contrairement à ce qui est soutenu, la cour administrative d'appel n'a pas commis l'erreur de droit consistant à se fonder, pour refuser l'AEC, sur un critère purement économique étranger à ceux énoncés à l'article L. 752-6 du code de commerce et insusceptible de justifier une restriction à la liberté d'établissement garantie par l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Certes l'arrêt de la cour, qui examine l'impact du projet sur l'animation de la vie urbaine, l'un des aspects qu'elle peut prendre en compte au titre des effets du projet sur l'aménagement du territoire en vertu de l'article L.752-6, décrit longuement l'offre commerciale de l'agglomération d'Alençon destinée à accueillir le projet. Mais la cour se fonde également sur d'autres indices tels que la démographie déclinante et la fragilité des commerces du centre-ville pour lequel des subventions du FISAC ont été demandées pour estimer que les projets sont de nature à nuire à la vie urbaine du centre-ville. Elle a ce faisant porté une appréciation souveraine exempte de dénaturation (...) »⁷⁸⁹ (nous soulignons).*

⁷⁸⁴ CASTELBAJAC (de) P., MONOD J., op. cit. p.79

⁷⁸⁵ *Ibid.* p.80

⁷⁸⁶ FLONNEAU M., *op. cit.*

⁷⁸⁷ Baromètre de la cohésion des territoires, 2021

⁷⁸⁸ La formule est empruntée au Pr. Jean-François GIACUZZO.

⁷⁸⁹ Concl. de M. Raphaël CHAMBON, rapporteur public sous CE, 25 mars 2020 *Société Guignard Promotion op. cit.*

228. Par ailleurs, les apparentes largesses de la Cour de justice, notamment après sa décision *Visser*, ont visiblement enthousiasmé le législateur français au point qu'il introduise l'obligation pour le pétitionnaire de faire réaliser une « *analyse d'impact du projet* », jugée conforme à la liberté d'entreprendre par un Conseil constitutionnel particulièrement coulant. Mais sa conventionnalité n'est pas assurée. Certes, la proportionnalité de la mesure semble déduite de la réflexion holistique que tiennent les commissions lorsqu'elles se prononcent sur une AEC : aucun critère n'est *a priori* déterminant pour la délivrance de l'autorisation d'exploitation commerciale, et le défaut de l'un d'eux n'entraîne pas nécessairement le refus de l'autorisation sollicitée. La doctrine considère cependant que la conventionnalité de la disposition tient à sa présence au sein des dispositions commerciales de la réglementation. Selon le Professeur Jean-François GIACUZZO, si un tel critère était inscrit dans le code de l'urbanisme, « *un risque d'inconventionnalité pourrait naître* ». En effet, le permis de construire « classique » est délivré dans le cadre de rapports de conformité du projet avec les dispositions relatives à l'utilisation des sols⁷⁹⁰. En d'autres termes, chacun des critères examinés par les services instructeurs est décisif et peut à lui seul entraîner un refus de l'autorisation demandée. Ainsi, dans le cadre hypothétique d'un PC valant AEC unique - c'est-à-dire dans lequel les volets AEC et PC, réunis pour l'occasion, seraient instruits par les mêmes services, avec des critères unifiés - la prise en compte de ce seul critère pourrait entraîner un refus d'autorisation. Aussi, au mieux le maintien en l'état d'une telle disposition pourrait obérer la refonte de la réglementation d'aménagement commercial actuelle au sein du seul code de l'urbanisme ; au pire, elle pourrait être reconnue inconventionnelle en regard de l'objectif purement économique qu'elle semble poursuivre.

229. D'un strict point de vue procédural, il faut mentionner que même rénovée et en apparence conforme au droit communautaire dérivé, la réglementation d'aménagement commercial continue d'être contestée au regard de moyens tirés de son inconventionnalité, même si ces arguments ne trouvent pas vraiment grâce aux yeux des membres du Palais Royal :

*« La procédure organisée par les dispositions des articles L. 752-1 et suivants du code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 (dite loi LME), soumettant certains projets d'exploitation commerciale à autorisation ne font pas « double emploi » avec d'autres procédures administratives, telles que le permis de construire, certaines autorisations spécifiques à la protection de l'environnement ou les règles régissant les établissements accueillant du public, qui ont une finalité différente. Ces mêmes dispositions édictent des critères clairs et objectifs et n'instituent pas de « test économique ». Par suite, le moyen tiré de ce que ces dispositions seraient, pour ces motifs, contraires à la directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur ainsi qu'au principe de liberté d'établissement énoncé à l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) doit être écarté »*⁷⁹¹.

Il est néanmoins étonnant de constater qu'en 2012, plusieurs années après la transposition de la directive Services et postérieurement à l'entrée en vigueur de la LME, le Conseil d'Etat se référait encore aux « *objectifs prévus à l'article 1er de la loi du 27 décembre 1973* » - article dont on rappellera qu'il est inséré dans le chapitre 1er de ladite loi, intitulé « *orientations économiques* » - comme s'il voulait s'employer à brouiller les pistes :

⁷⁹⁰ C. urb., article L. 421-6 « *Le permis de construire ne peut être accordé que si les travaux projetés sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires relatives à l'utilisation des sols, à l'implantation, la destination, la nature, l'architecture, les dimensions, l'assainissement des constructions et à l'aménagement de leurs abords et s'ils ne sont pas incompatibles avec une déclaration d'utilité publique* »

⁷⁹¹ CE, 11 février 2015, Société Reims République Développement, n° 370.089

« En ce qui concerne le respect des critères de l'article L. 752-6 du code de commerce : (...) »

2. Considérant qu'il appartient aux commissions d'aménagement commercial, lorsqu'elles se prononcent sur un projet d'exploitation commerciale soumis à autorisation en application de l'article L. 752-1 du code de commerce, d'apprécier la conformité de ce projet aux objectifs prévus à l'article 1er de la loi du 27 décembre 1973 et à l'article L. 750-1 du code de commerce, au vu des critères d'évaluation mentionnés à l'article L. 752-6 du même code ; que l'autorisation ne peut être refusée que si, eu égard à ses effets, le projet compromet la réalisation de ces objectifs ; (...) »⁷⁹² (nous soulignons).

Il en va curieusement de même au sein de certains arrêts, plus récents, qui visent expressément :

« le troisième alinéa de l'article 1er de la loi du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat : « Les pouvoirs publics veillent à ce que l'essor du commerce et de l'artisanat permette l'expansion de toutes les formes d'entreprises, indépendantes, groupées ou intégrées, en évitant qu'une croissance désordonnée des formes nouvelles de distribution ne provoque l'écrasement de la petite entreprise et le gaspillage des équipements commerciaux et ne soit préjudiciable à l'emploi »⁷⁹³.

B. La gestion des flux de transport, à l'euro-compatibilité incontestable

230. L'utilisation effrénée de l'automobile⁷⁹⁴ est entrée en parfaite contradiction avec les objectifs de développement durable assignés aux pouvoirs publics français, et notamment au législateur d'urbanisme. Il faut rappeler à ce titre que l'article L. 101-2 du code de l'urbanisme énonce, dans son 7^o que « la lutte contre le changement climatique et l'adaptation à ce changement, la réduction des émissions de gaz à effet de serre, l'économie des ressources fossiles, la maîtrise de l'énergie et la production énergétique à partir de sources renouvelables » doivent guider l'action des collectivités publiques en matière d'urbanisme, dans le respect des objectifs de développement durable. En outre, ce même article traite ensemble des équipements commerciaux et des transports dans son 3^o relatif à l'objectif de « diversité des fonctions urbaines et rurales ». Est visé l'objectif de :

« répartition géographiquement équilibrée entre emploi, habitat, commerces et services » concomitant à celui « d'amélioration des performances énergétiques, de développement des communications électroniques, de diminution des obligations de déplacements motorisés et de développement des transports alternatifs à l'usage individuel de l'automobile ».

La problématique actuelle ne se limite pas à trouver des succédanés « durables » à l'automobile ; elle concerne également la construction de places de stationnement, très consommatrices en terme d'artificialisation. Et si la loi ALUR avait, en son temps, tenté d'apporter certaines restrictions à la construction de places de parking imperméabilisées, il faut être réaliste : les grands ensembles

⁷⁹² CE, Société Davalex, *op. cit.*

⁷⁹³ CE, Société Guignard Promotion, *op. cit.* point 6

⁷⁹⁴ Selon les chiffres de l'INSEE, « en 2018, 36 % des ménages disposent d'au moins deux voitures, contre 32 % en 2004. Le taux de motorisation atteint 84 %. En 2017, 94 % des ménages habitant les zones rurales possèdent un véhicule. Dans l'agglomération parisienne, 67 % des ménages sont motorisés ; dans les autres agglomérations françaises, les taux de motorisation dépassent 80 % » in Tableaux de l'économie française, éd. 2020

commerciaux accessibles sans voiture ne sont pas vraiment légion. Alors comment la réglementation d'aménagement commercial traite-t-elle la problématique des flux de transports ? A l'analyse, ils sont pris en compte à deux titres : en amont, au titre de la planification des implantations, et par la suite, au moment de la délivrance de l'AEC par la commission départementale lorsqu'elle examine, entre autres critères, celui de desserte par les transports en commun.

231. L'implantation des grandes zones commerciales en périphérie des villes est une source importante de nuisances sonores, visuelles et de pollution⁷⁹⁵. Difficilement conciliable *a priori* avec la protection de l'environnement, l'urbanisme commercial est également ségrégatif dans la mesure où l'accès aux équipements commerciaux est rendu difficile aux personnes démunies de voiture⁷⁹⁶. Pour reprendre de façon elliptique une formule attribuée à Georges POMPIDOU, il faut alors adapter la ville à l'automobile⁷⁹⁷. C'est pourquoi le législateur a accordé une place toute particulière aux flux de transports dans les critères d'évaluation des AEC. Lorsque le juge administratif doit connaître d'une autorisation⁷⁹⁸, il est particulièrement attentif au critère de desserte par les transports en commun du projet commercial en litige ; une décision récente de la cour administrative d'appel de Nantes en témoigne⁷⁹⁹. A l'inverse, le juge administratif peut invalider l'appréciation de la CNAC quant à la compatibilité d'un projet avec le SCoT, argument pris de ce

⁷⁹⁵ LEPELTIER S., Rapport d'information n° 113, Les nuisances environnementales de l'automobile, 4 décembre 2001

⁷⁹⁶ MARCONIS R., « Droit à la ville et droit au transport » Droit et ville n° 34, 1992, p. 67

⁷⁹⁷ Phrase prononcée par le Président POMPIDOU dans un discours du jeudi 18 novembre 1971 au district de la région parisienne. En réalité, cette phrase doit être replacée dans son contexte ; pour lui rendre justice, voici un extrait quasi *in extenso* dudit discours : « « *J'entends bien qu'il ne suffit pas d'avoir du travail et qu'il y a le problème de vivre. Vivre, c'est d'abord le logement. [...] Tout cet effort accompli en si peu de temps ne serait pas suffisant s'il n'y avait pas la possibilité de se déplacer. Et j'en viens, je crois, au plus difficile des problèmes de la région parisienne: c'est-à-dire aux transports. [...] Certes, on peut imaginer que la politique des villes nouvelles tende sinon à diminuer tout au moins à limiter ce besoin de migration quotidienne. [...] Il y aura toujours des migrations. Il y aura toujours le besoin d'assurer à des centaines de milliers de personnes dans la région parisienne le moyen de se déplacer pour aller sur les lieux du travail. (...) la voie express rive droite que quelques-uns critiquent quelquefois mais qu'en tout cas 23 millions d'automobilistes ont emprunté l'an dernier, ce qui prouve qu'elle sert à quelque chose, et cela sans abîmer le paysage et même en donnant à ces 23 millions de gens qui l'ont empruntée l'an dernier quelques-unes des plus belles satisfactions qu'un homme puisse avoir au point de vue esthétique, comme par exemple quand il sort du tunnel devant le Louvre et qu'il débouche sur le pont Neuf et l'île de la Cité. Ceci pour expliquer qu'il y a un certain esthétisme auquel il faut renoncer et que ce n'est pas parce que l'on empêcherait les voitures de circuler qu'on rendrait Paris plus beau. La voiture existe, il faut s'en accommoder et il s'agit d'adapter Paris à la fois à la vie des Parisiens et aux nécessités de l'automobile, à condition que les automobilistes veuillent bien se discipliner* ».

⁷⁹⁸ Nécessairement la cour administrative d'appel (CJA, article R. 311-3 « *Les cours administratives d'appel sont compétentes pour connaître en premier et dernier ressort des litiges relatifs aux décisions prises par la Commission nationale d'aménagement commercial en application de l'article L. 752-17 du code de commerce* »).

⁷⁹⁹ CAA Nantes, 22 décembre 2020, n° 19NT03415 « *Or il ressort des pièces du dossier que le projet litigieux (...) ne sera pas implanté dans une des localisations préférentielles identifiées par le document d'orientation et d'objectifs du schéma de cohérence territoriale de l'agglomération t . (...) En outre, le projet litigieux, ainsi qu'il a été dit, se traduira par l'artificialisation de 6,9 hectares pour une surface de vente de seulement 2 hectares, et contrariera donc l'orientation de « promouvoir un développement commercial économe en foncier ». D'autre part, le projet litigieux, compte-tenu de sa localisation et de la faiblesse de la desserte en transports en commun, contrariera l'orientation tendant à « orienter les développements commerciaux sur des secteurs bien desservis par les transports en commun » ainsi celle de « produire des formes urbaines favorisant les mobilités durables », notamment en urbanisant en priorité les secteurs desservis par les transports collectifs performants. (...) De même, en dépit de mesures importantes pour réduire la consommation énergétique du projet, la circonstance que le projet sera presque exclusivement accessible en véhicules individuels ne contribuera pas à la réduction des émissions de gaz à effet de serre.* » (nous soulignons)

qu'il serait suffisamment bien desservi par les transports collectifs⁸⁰⁰. En outre, le SCoT n'est pas le seul document d'urbanisme avec lequel l'AEC doit être compatible ; la CNAC a déjà sanctionné par un refus l'incompatibilité de certains projets avec d'autres documents d'urbanisme opposables⁸⁰¹. La bonne accessibilité par tous les modes de transport fait partie des principaux points de vigilance de la Commission nationale, au titre du critère relatif à l'aménagement du territoire⁸⁰². L'analyse de la jurisprudence et des décisions des commissions traitant de ces problématiques de flux est particulièrement intéressante, et nous montre que le critère lié aux problèmes de circulation générés par le projet peut parfois suffire, à lui seul, à justifier un refus d'autorisation. Le Conseil d'Etat s'est montré prompt à valider les refus d'autorisation pour ce motif. Par exemple, si l'accessibilité au site est insuffisamment assurée compte tenu des flux de circulation et que la réalisation des aménagements nécessaires pour y faire face est incertaine, l'autorisation doit être refusée⁸⁰³. Par principe, l'autorisation est également refusée si la réalisation des aménagements de voirie nécessaire à la desserte d'un projet non desservi par les transports collectifs n'est pas réalisable en temps utile. D'ailleurs, selon une jurisprudence constante, les juridictions examinent le caractère certain des aménagements rendus nécessaires par la réalisation du projet⁸⁰⁴. Pour les projets nécessitant la réalisation de travaux routiers, les pétitionnaires doivent par exemple fournir dans leur dossier de demande toutes les garanties attestant de la réalisation effective des travaux pour l'ouverture au public de l'équipement commercial, et de leur financement (délibérations des collectivités gestionnaires de la voirie, convention de co-financement, de projet urbain partenarial, etc.)⁸⁰⁵. Enfin, la condition de desserte par les transports en commun s'apprécie au regard de leur

⁸⁰⁰ CAA Nantes, 17 janvier 2020, n° 18NT04359 « si le DOO du SCoT du Pays de L. privilégie l'implantation des nouveaux commerces, quelles que soient leurs dimensions, dans les centralités commerciales, il autorise également l'implantation, dans les ZACOM, de nouveaux commerces destinés à des achats occasionnels et exceptionnels dont la surface de vente est supérieure à 500 m². (...) Le projet, qui vise à densifier une zone d'activité commerciale, ZACOM de type 1, de 80 000 m² de surface de vente, par la création d'un commerce de 2 000 m² et dont il n'est pas contesté qu'il est destiné à des achats occasionnels et exceptionnels, n'est pas incompatible avec le document d'orientation et d'objectifs du schéma de cohérence territoriale du Pays de L. (...) l'ensemble commercial existant, compris, ainsi qu'il a été dit, dans une zone d'activité commerciale d'environ 80 000 m² de surfaces de vente totale, est desservi à proximité immédiate par sept lignes de transports collectifs disposant de fréquences de passage importantes et peut être rejoint à vélo ou à pied depuis le centre-ville et que l'extension projetée aura un impact, estimé à moins de 1% du trafic journalier, très limité sur les flux routiers. Par suite, en considérant que l'opération projetée n'était pas compatible avec les orientations du schéma de cohérence territorial du Pays de L, la Commission nationale d'aménagement commercial a fait une inexacte application des dispositions précitées de l'article L. 142-1 du code de l'urbanisme ».

⁸⁰¹ CNAC, 20 février 2020, 4054D « Considérant que le projet n'est pas pleinement compatible avec le SDRIF au regard de son défaut d'intégration urbaine, étant totalement fermé sur lui-même, sans contact avec les éléments remarquables proches (cimetière, ancienne gare de déportation) ainsi que de son caractère routier fortement marqué, ne correspondant pas aux ambitions de développement durable et d'usage des transports en commun ou des mobilités actives ».

⁸⁰² CNAC, Rapport d'activités 2020, p. 29

⁸⁰³ CE, 23 octobre 2013, n° 359.260 ; Voir également CE, 9 mai 2011, n° 332.642 : à propos de la création d'un ensemble commercial de près de 45 000 m² au nord de Bordeaux entraînant une augmentation très importante des flux de véhicules sur les axes de desserte et susceptible d'aggraver les difficultés de circulation constatées actuellement sur ces voies

⁸⁰⁴ CE, 27 juillet 2012, n° 354.436

⁸⁰⁵ CNAC, 10 juin 2020, P 00213 74 19T ; CNAC, 10 juin 2020, P 00017 77 19T01 ; CNAC, 11 juin 2020, 4101T ; CNAC, 9 juillet 2020, P 00635 83 19T

fréquence et de la proximité des arrêts, lesquels doivent être proches de l'ensemble commercial et d'un cadencement suffisant⁸⁰⁶.

232. Concernant les documents de planification des implantations commerciales, le document d'orientation et d'objectif (DOO) du SCoT, qui détermine les conditions d'application du nouveau projet d'aménagement stratégique⁸⁰⁷ (**ci-après « PAS »**), prévoit un « *objectif de développement équilibré du territoire* », lequel repose sur la complémentarité entre :

- « 1^o *Les activités économiques, artisanales, commerciales, agricoles et forestières* ;
- 2^o *Une offre de logement et d'habitat renouvelée, l'implantation des grands équipements et services qui structurent le territoire, ainsi que l'organisation des mobilités assurant le lien et la desserte de celui-ci* ;
- 3^o *Les transitions écologique et énergétique, qui impliquent la lutte contre l'étalement urbain et le réchauffement climatique, l'adaptation et l'atténuation des effets de ce dernier, le développement des énergies renouvelables, ainsi que la prévention des risques naturels, technologiques et miniers, la préservation et la valorisation des paysages, de la biodiversité, des ressources naturelles, des espaces naturels, agricoles et forestiers (...)* » (nous soulignons)

ainsi que « *toute autre orientation nécessaire à la traduction du projet d'aménagement stratégique, relevant des objectifs énoncés à l'article L. 101-2 et de la compétence des collectivités publiques en matière d'urbanisme* »⁸⁰⁸. Les dessertes s'inscrivent donc dans une logique de durabilité, très en vogue actuellement. Plus précisément concernant les activités commerciales et logistiques, le nouvel article L. 141-6 du code de l'urbanisme nous indique que le DAACL du DOO :

- « *détermine les conditions d'implantation des constructions commerciales et des constructions logistiques commerciales en fonction de leur surface, de leur impact sur l'artificialisation des sols et de leur impact sur les équilibres territoriaux, notamment au regard du développement du commerce de proximité, de la fréquence d'achat ou des flux générés par les personnes ou les marchandises. Ces conditions privilégient (...) l'optimisation des surfaces consacrées au stationnement* » (nous soulignons).

Les implantations logistiques sont prises en compte au titre de « *la capacité des voiries, existantes ou en projet, à gérer les flux de marchandises et au regard des objectifs mentionnés au second alinéa de l'article L. 141-3* ». Parmi les autres facultés offertes aux rédacteurs du document, nous retrouvons la possibilité de « *prévoir les conditions permettant le développement ou le maintien de la logistique commerciale de proximité dans les centralités urbaines afin de limiter les flux de marchandises des zones périphériques vers les centralités urbaines* ». Lorsque le territoire n'est pas couvert par un SCoT, le PLUi peut remplir son rôle, notamment en matière d'aménagement du territoire et d'implantation de grands équipements, commerciaux ou logistiques. Dans ce cadre, en application de l'article L. 151-6, les OAP comportent les orientations relatives à l'équipement

⁸⁰⁶ CNAC, 23 janvier 2020, 4039T ; « *le site du projet est également accessible par les transports en commun, via deux lignes de bus desservant des arrêts situés à 10 m de l'entrée du futur magasin, pour le plus proche, et à 500 m pour le plus éloigné ; que l'amplitude horaire et la fréquence de passage de ces bus permettront de rendre cette desserte satisfaisante ; que la gare de la commune de P implantée à 550 m du projet est, quant à elle, desservie par la ligne H du T et le RER* » (CNAC, 6 février 2020, 4080T) ; « *la présence de trottoirs et de passages piétons dans la zone permet aux habitants des quartiers alentours de se rendre à pied sur le site* » (CNAC, 6 février 2020, 4048T) ; « *le projet, situé en zone urbaine, bénéficiera d'une très bonne desserte en transports en commun grâce à la présence de plusieurs lignes de bus et par la présence de la gare RER à 350 mètres ; que le site sera également accessible par le futur tram-train « express » et par un Bus à Haut Niveau Service ; que le site est facilement accessible aux piétons et aux cyclistes* » (CNAC, 20 février 2020, P 00347 91 19T) ; « *65% des clients accèderont au projet par les transports en commun et les modes doux* » (CNAC, 24 juin 2020, P 00584 94 19T) ; « *le site bénéficie d'une desserte satisfaisante via le réseau D avec notamment l'arrêt « J » localisé à environ 400 m, desservi par la ligne C, qui propose du lundi au samedi un passage toutes les 10 minutes entre 7h et 19h* » (CNAC, 1er octobre 2020, P 02049 59 19T).

⁸⁰⁷ C. urb., article L. 141-3

⁸⁰⁸ C. urb., article L. 141-4

commercial, artisanal et logistique et déterminent les conditions d'implantation des équipements commerciaux, artisanaux et logistiques qui, du fait de leur importance, sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur l'aménagement du territoire et le développement durable. Cette formulation est quasi-identique à celle de l'article L. 141-6, relatif au SCoT. Du reste, l'article L. 151-7 du code de l'urbanisme nous renseigne sur les attributions des OAP en la matière.

SECTION 2 - LE BILAN MITIGÉ DE LA RÉFORMATION IMPULSÉE PAR LE DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE

233. À bout de souffle, l'ancien droit de l'urbanisme commercial avait entraîné plusieurs phénomènes délétères de concentration du secteur de la distribution, de distorsion de concurrence et d'inflation des prix. Rénové par la loi LME après les prises de position communautaires, le nouvel « aménagement commercial » était alors voué à intégrer l'urbanisme de droit commun : « *c'est bien l'urbanisme qui commande le commerce, et non l'inverse* »⁸⁰⁹. Une telle intégration impliquerait, encore aujourd'hui, de profondes mutations de la réglementation, car le commerce et l'urbanisme sont *a priori* pareils à l'huile et l'eau, ils se superposent sans se mêler. Comme l'indique en prolégomènes le rapport précité de M. PIRON,

*« la concurrence, ne saurait être l'alpha et l'oméga d'une politique d'urbanisme. C'est l'un des éléments à intégrer, mais non le seul. Lorsque l'on définit une politique d'urbanisme, ce sont les élus qui ont la légitimité pour le faire. Dès lors, plusieurs questions se posent : la question du périmètre, la question du document et la question de la gouvernance. Se pose également la question de savoir quelle est la bonne adéquation entre surfaces de vente et besoins des habitants »*⁸¹⁰.

234. Dans la perspective de l'urbanisation de la matière, la question de la capacité des documents d'urbanisme à réglementer le commerce se pose alors avec une certaine acuité (**paragraphe 1**). Il faut ensuite se demander si, en écartant toute considération économique de la police d'implantation des surfaces commerciales, le droit communautaire a réellement œuvré dans le sens de l'urbanisation de la matière (**paragraphe 2**).

§1. La question de la capacité des documents d'urbanisme à orchestrer une implantation rationnelle des équipements commerciaux et logistiques

235. Se dirige-t-on vers la planification totale des commerces, si ardemment souhaitée depuis les années 1980 ? Cette idée n'a jamais réellement trouvé de résonance auprès des gouvernements qui se sont succédés, pour la plupart par peur d'introduire une trop grande rigidité dans une matière - la matière commerciale - plutôt propice à la souplesse. Les commerçants ont en effet leurs propres

⁸⁰⁹ PIRON M., Rapport n°2490, *op. cit.*

⁸¹⁰ *Ibid.*

usages, leurs propres tribunaux consulaires, leur propre code, leurs propres baux commerciaux qui répondent à des règles dérogeant aux dispositions générales sur les baux d'habitation du code civil... Pourtant, l'idée fait son chemin, au Parlement comme dans les laboratoires de recherche des facultés de droit, où une partie de la doctrine semble « *désireuse de voir instituer un « POS des commerces », à l'élaboration concertée, à la transparence indiscutable et au caractère contraignant* »⁸¹¹. Les évolutions de la réglementation témoignent de cette recherche d'un « mode proactif » de planification de l'implantation commerciale (A).

236. Certains auteurs plaident même pour une disparition totale de l'AEC devenue inutile après l'instauration de tels documents sectoriels⁸¹² - à l'instar de ce qu'avait imaginé, par analogie, l'ancien garde des sceaux Albin CHALANDON, quand en 1969, il prédisait la fin du permis de construire. Dès lors, toute la question est celle de savoir s'il faut créer des outils spécifiques pour traiter du commerce ou si les outils urbanistiques de droit commun suffisent ? »⁸¹³. Selon le rapport précité de M. PIRON justement, ce sont désormais les critères de « *cœur de ville, de proximité, de développement durable, de ville dense et d'articulation entre différentes fonctions : déplacements, habitat, travail, services* », critères éminemment urbanistiques, qui doivent « *présider à l'élaboration de règles d'implantation commerciale* ». Mais l'historique des tentatives de planification des activités commerciales témoigne de la difficulté de l'exercice (B).

A. La recherche d'un « mode proactif » de planification locale des commerces

237. Les premiers « schémas de développement commercial » (SDC) à assiette intercommunale, tels qu'imaginés par les parlementaires⁸¹⁴, avaient été institués comme des vecteurs d'une presqu'économie administrée, une sorte de « *gosplan*⁸¹⁵ commercial » pour reprendre les termes employés par Julien DRAY lors des débats sur la loi RAFFARIN à l'Assemblée nationale⁸¹⁶. Parfaitement intégrés au sein des documents de planification urbaine déjà existants, ils devaient prendre en compte les anciennes directives territoriales d'aménagement (DTA) et les anciens schémas régionaux d'aménagement et de développement du territoire (SRADET). Ils ne passeront toutefois pas à la postérité (cf. *supra*, point 35) et la « *forte différenciation des politiques urbaines ou d'aménagement commercial à l'échelle locale* »⁸¹⁷ a conduit à repenser le dispositif. Avant la réforme de 2008, c'est plutôt la loi SRU qui avait établi la première un réel contrôle urbanistique de l'implantation des équipements commerciaux, à une échelle intercommunale, avec

⁸¹¹ BOUYSSOU F., Commentaire de divers textes portant réforme de l'urbanisme commercial, AJDA 1996 p.754

⁸¹² Attention cependant, le Conseil d'Etat est particulièrement réservé sur le sort qui serait fait à ces AEC. Dans son avis sur le projet de loi ELAN, op. cit., il considère que « *la suppression de l'autorisation d'exploitation commerciale pour la création, l'extension ou la transformation de surfaces commerciales de plus de 1 000 m² dans les centres-villes risque de s'avérer inutile, dès lors que les surfaces commerciales envisagées actuellement dans les centres-villes sont le plus souvent très inférieures à 1 000 m² (...)* » (point 96).

⁸¹³ LAGUERRE A., *op. cit.*

⁸¹⁴ Si elles ont été qualifiées par le rapporteur à l'Assemblée nationale comme étant les plus importantes de la loi, les dispositions relatives aux SDC sont aussi, de l'avis du Pr. BOUYSSOU, « *parmi les plus ambiguës* » : le Parlement unanime a souligné l'urgence d'une telle planification, mais dans le même temps, a demandé au gouvernement de déposer avant le 31 décembre 1997 un rapport sur « *la mise en place et le contenu prévisionnel* » de ces schémas, « *alors même que c'est au vu de ce rapport que la procédure d'élaboration et les effets véritables de ces schémas doivent être décidés par une loi nouvelle* » (!). L'urgence ne semblait alors que relative ...

⁸¹⁵ Organisme d'Etat de l'U.R.S.S. chargé de définir et de planifier les objectifs économiques à atteindre

⁸¹⁶ BOUYSSOU F., *op. cit.*

⁸¹⁷ MONNET J., *op. cit.*

la mise en place du « document d'aménagement commercial » (DAC). Un renforcement du rôle des documents de planification urbaine dans la planification commerciale a ensuite vu le jour sous la plume du rédacteur de la loi Grenelle 2 (2010). La loi a sensiblement renforcé la place du SCoT grâce à l'élargissement de sa couverture territoriale. La loi ALUR de 2014 poursuit l'extension de la fonction intégratrice de ce document, notamment en renforçant ses attributions en matière de « qualité paysagère » et de lutte contre l'étalement urbain, mais également et surtout en matière d'encadrement du commerce⁸¹⁸.

238. Pourtant, les commentateurs étaient quelque peu sceptiques sur le succès de la planification commerciale par le truchement des documents stratégiques pré-existants. « *A quoi sert le SCoT en matière commerciale ? A presque rien* »⁸¹⁹, dit même Jean-Pierre FERRAND. En 2014, le remplacement du DAC par le DAAC (loi ACTPE) fera dire à une doctrine particulièrement critique que :

« *les dispositions pertinentes du SCoT qui doivent figurer dans le DOO, n'ont pas joué jusqu'ici un rôle significatif en matière d'encadrement de l'implantation des équipements commerciaux. [...] Les quelques décisions rendues par le Conseil d'État sont aussi surprenantes que décevantes* »⁸²⁰.

Quelques années après ces différents constats, pas vraiment glorieux il faut le dire, les parlementaires semblent plus enthousiastes sur le bilan à tirer de la planification commerciale : lors des débats préalables à l'adoption de la loi ELAN, les sénateurs constatent que les territoires soumis à SCoT ou à DAAC régulent mieux leurs implantations commerciales. Forts de ce résultat, ils suggèrent alors de rendre le DAAC « *obligatoire et prescriptif* » et de « *passer d'un mode de gestion « réactif » à un mode de gestion « proactif » de l'urbanisme commercial par les collectivités territoriales* »⁸²¹.

239. La question qui se pose alors dans cette « recherche d'un « *mode proactif* » de planification locale commerciale » est celle du « meilleur échelon » de planification pour traiter du commerce. Nous prendrons ci-après l'exemple de la planification de la logistique commerciale⁸²², particulièrement édifiant. La mise en place du schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires⁸²³ (SRADDET) fait de la région l'échelon stratégique de la planification de la logistique. Ce document prévoit des objectifs « *de logistique et de développement des transports de personnes et de marchandises* ». Néanmoins, l'échelon intercommunal semble le mieux adapté pour régir l'implantation des entrepôts logistiques, laquelle « *constitue un enjeu d'importance stratégique qui doit être traité par les intercommunalités dans le cadre de leur compétence en matière de développement économique et de planification* »

⁸¹⁸ LEBRETON J.-P., « La planification urbaine dans la loi ALUR », AJDA 2014 p.1088

⁸¹⁹ Citation de Jean-Pierre FERRAND, maître de conférences en droit d'urbanisme à l'Université Aix Marseille *in* Contribution extérieure de l'association « Les amis de la Terre » à la saisine du Conseil constitutionnel n°2021-825 DC - Loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (disponible en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel).

⁸²⁰ PRIET F., « Réforme de l'urbanisme commercial : quels enjeux, quelles nouvelles stratégies ? », *in* colloque organisé par la CCI de Paris IDF, le GRIDAUH et le Cabinet Herbert Smith, 10 octobre 2014

⁸²¹ SOLER-COUTEAUX P., STREBLER J.-Ph., *op. cit.*

⁸²² Afin de trouver ce « meilleur échelon », il faut bien avoir en tête que « *le gouvernement des entités urbaines offre au regard des caractéristiques très particulières. Ces structures administratives de base que restent encore les communes ne coïncident pas avec les réalités urbaines, elles ne sont en général pas à l'échelle. Moyennant quoi, il a fallu trouver des formules de gouvernement « multi-level » dont l'instrument essentiel est constitué par les intercommunalités : en attendant, mais cela n'est pas encore fait, pas partout en tous les cas, que la structure locale de base devienne l'intercommunalité elle-même* », *in* AUBY J.-B., « La ville, nouvelle frontière du droit administratif ? », AJDA 2017 p.853

⁸²³ Ces objectifs sont opposables aux schémas de cohérence territoriale (SCoT) et aux plans locaux d'urbanisme (PLU).

urbaine »⁸²⁴. C'est donc aux niveaux communal et intercommunal que la loi Climat a renforcé la place de la logistique dans le DOO du SCoT, qui doit désormais comprendre un document d'aménagement artisanal, commercial et logistique (DAACL) déterminant au niveau du bassin de vie les conditions d'implantation des équipements commerciaux qui, en raison de leur importance, sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur l'aménagement du territoire, le commerce de centre-ville et le développement durable⁸²⁵. Le PLU peut délimiter, dans les zones urbanisées (ZU) ou à urbaniser (ZAU), des secteurs dans lesquels la préservation ou le développement d'infrastructures et d'équipements logistiques est nécessaire et définir, le cas échéant, la nature de ces équipements ainsi que les prescriptions permettant d'assurer cet objectif⁸²⁶. De même, il lui est possible d'imposer la réalisation d'aires de livraison permettant de tenir compte des besoins logistiques liés à l'utilisation de la construction⁸²⁷. Enfin, le plan de mobilité (**ci-après « PDM »**), qui remplace l'ancien plan de déplacements urbains⁸²⁸,

« détermine les principes régissant l'organisation de la mobilité des personnes et du transport des marchandises, la circulation et le stationnement dans le ressort territorial de l'autorité organisatrice de la mobilité »⁸²⁹.

Ces nombreux documents de planification d'urbanisme sont plus ou moins étroitement liés les uns aux autres, tantôt par des règles de compatibilité, tantôt par de simples règles de prise en compte. Les SCoT et les PDM prennent en compte les objectifs du SRADDET, et sont compatibles avec les règles générales du fascicule de ce schéma⁸³⁰. Le PDM doit être compatible avec les orientations des SCoT⁸³¹. Les PLUi, PLU et documents en tenant lieu sont dans ce même rapport de compatibilité avec les SCoT et les PDM. Toutefois, malgré ces différents rapports hiérarchiques, caractéristiques du droit de l'urbanisme, le cadre juridique de l'implantation des surfaces logistiques ne semble pas pleinement mature. D'une part, il n'est pas encore contraignant et se limite à offrir de simples potentialités. L'analyse doctrinale⁸³² de la planification urbanistique de la logistique urbaine fait ressortir une prise en compte particulièrement poussive de la problématique par les documents d'urbanisme, lesquels sont d'ailleurs souvent boudés au profit de simples réglementations du transport, moins contraignantes. D'autre part, la question de la logistique a actuellement « *les honneurs de la grande presse* »⁸³³ depuis le débat de l'été 2022 relatif à la qualification juridique à réserver aux *dark stores*. Si le tribunal administratif de Paris a suspendu les procès-verbaux d'infraction au motif que les locaux litigieux occupés par les sociétés requérantes étaient des infrastructures logistiques réduisant la circulation en centre-ville, au nom des dispositions du PLU parisien aujourd'hui en vigueur. Or, force est de constater que cette « *future ancienne* » version du document d'urbanisme de la capitale ne reprend pas, en effet, les « *destinations* » et « *sous-destinations* » actuellement dans le code de l'urbanisme, ce qui est source d'une certaine complexité.

⁸²⁴ DRIEA Ile-de-France, Fiche repère, *op. cit.*

⁸²⁵ C. urb., article L. 141-6

⁸²⁶ C. urb., article L. 151-16

⁸²⁷ C. urb., article L. 151-33-1

⁸²⁸ Loi n° 2019-1428 d'orientation des mobilités (dite « LOM »)

⁸²⁹ C. transp., article L.1214-1

⁸³⁰ CGCT, article L. 4251-3

⁸³¹ C. transp., article L. 1214-7

⁸³² HEITZ A., « Existe-t-il un urbanisme de la logistique ? Le cas de l'Ile-de-France », *Transports Infrastructures & Mobilités*, n°522, juillet-août 2020

⁸³³ ROLIN F., *op. cit.*

B. La nécessité d'une planification territoriale efficiente

240. La planification commerciale s'effectue dans deux documents principalement : le DAACL du DOO du SCoT, et les OAP commerce des PLUi. Concernant le premier, le nouvel article L. 141-5 du code de l'urbanisme⁸³⁴ dispose que :

« dans un principe de gestion économe du sol, le document d'orientation et d'objectifs fixe les orientations et les objectifs en matière de : (...) »

3° Localisations préférentielles des commerces dans les polarités existantes et à proximité des lieux de vie, des secteurs de revitalisation des centres-villes, des transports et préservation environnementale, paysagère et architecturale des entrées de villes ».

La prudence s'impose toutefois, à deux chefs. D'une part, l'emploi du terme « préférentiel » a été fait à dessein : une localisation dite « préférentielle » n'est pas nécessairement « exclusive », et les documents d'orientation et d'objectifs des SCoT ne doivent pas, en principe, interdire toute localisation commerciale en dehors de ces secteurs dits « préférentiels ». A ce titre, il faut rappeler les objectifs de « revitalisation des centres-villes » et de « maintien d'une offre commerciale diversifiée » assignés par la loi dans le but de « répondre aux besoins courants de la population tout en limitant les obligations de déplacement et les émissions de gaz à effet de serre, de cohérence entre la localisation des équipements commerciaux et la maîtrise des flux de personnes et de marchandises, de consommation économe de l'espace et de préservation de l'environnement, des paysages et de l'architecture », qui doivent guider les rédacteurs des SCoT. D'autre part, l'article L. 141-5 doit être combiné avec l'article L. 141-6 relatif au nouveau DAACL⁸³⁵ issu de la loi Climat et résilience. Ainsi, les « localisations préférentielles » de l'article L.141-5 ne sont pas nécessairement identiques aux « secteurs d'implantation » du DAACL⁸³⁶, même si en pratique, ils devraient *a priori* se recouper.

241. En réalité, si la recherche du meilleur échelon est l'un des meilleurs gages de l'efficacité de la planification territoriale (cf. *supra point 239*), il en va de même de l'extension de la réglementation à des activités commerciales qui nous pourrions qualifier de « connexes ». A ce titre, l'exemple de la gestion législative du *drive*, ancêtre du *e-commerce*, est particulièrement pédagogique. La pratique du *drive* s'adresse à un public de clients véhiculés, utilisateurs de nouvelles technologies, qui souhaite faire l'achat de produits essentiellement alimentaires et vendus dans n'importe quelle grande surface. C'est la raison pour laquelle à l'origine, un *drive* consistant en un simple entrepôt, lors même qu'il serait accolé à un commerce disposant d'une surface de vente, était dispensé d'autorisation. Seule sa transformation en surface de vente, ajoutée au franchissement du seuil légal de 1000 m², pouvait l'assujettir au régime de l'AEC, et ce dès le premier mètre carré. Il faut toutefois relever que le problème s'est d'abord posé dans des termes purement environnementaux : les *drives* isolés, implantés sur des zones de flux, étaient accusés d'accentuer la saturation du trafic et de ne pas remplir l'objectif d'esthétique urbaine. Des élus avaient cependant trouvé une parade originale pour réglementer leur implantation : il leur suffisait de les qualifier d'équipement commercial pour les incorporer dans les ZACOM des DAC des SCoT.

⁸³⁴ C. urb., article L. 141-5 dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 17 juin 2020

⁸³⁵ C. urb., article L. 141-6, 4e al. « Le DAACL localise les secteurs d'implantation périphérique ainsi que les centralités urbaines, qui peuvent inclure tout secteur, notamment centre-ville ou centre de quartier, caractérisé par un bâti dense présentant une diversité des fonctions urbaines, dans lesquels se posent des enjeux spécifiques du point de vue des objectifs mentionnés au 3° de l'article L. 141-5. Il prévoit les conditions d'implantation, le type d'activité et la surface de vente maximale des équipements commerciaux spécifiques aux secteurs ainsi identifiés ».

⁸³⁶ Par exemple, le commerce de proximité pourrait en théorie être encadré à ces deux titres : au sein d'un « secteur géographique d'implantation » dans le DAACL et par l'édition d'une « localisation préférentielle » où ce type de commerce serait encouragé.

Certains PLU utilisaient pleinement les potentialités de l'ancien⁸³⁷ article R. 123-9 du code de l'urbanisme, lequel disposait que les règles édictées au sein du règlement du PLU pouvaient être différentes, dans une même zone, « *selon que les constructions sont destinées à l'habitation, à l'hébergement hôtelier, aux bureaux, au commerce, à l'artisanat, à l'industrie, à l'exploitation agricole ou forestière ou à la fonction d'entrepôt* ». Qualifiant les *drives* d'« *entrepôts recevant du public* » au sens de cet article, ces documents prévoyaient donc des règles spécifiques, notamment en matière de desserte, de flux et d'aspect extérieur. Cela forçait par ailleurs les instructeurs des autorisations d'urbanisme à porter une attention particulière au changement de destination entre entrepôt et commerce. Le législateur a donc jugé bon d'intervenir afin de mettre un terme à ces réglementations occultes, rédigées en dehors de tout texte (cf. *supra points 143 s.*).

242. Nous partageons enfin l'idée selon laquelle une planification commerciale efficace permettrait effectivement de mieux protéger les centres-villes de la dévitalisation, en conditionnant par exemple les implantations logistiques commerciales nouvelles à l'urbanisation à l'usage préalable d'une « *dent creuse* » ou d'une friche commerciale⁸³⁸, dans la droite ligne de la décision *Visser de 2018*⁸³⁹. Rappelons au besoin qu'en dépit d'une complexité croissante inhérente à la crise du logement⁸⁴⁰ et à la pression foncière subséquente en zones urbaine et péri-urbaine, la maîtrise de l'étalement urbain participe pleinement de l'objectif de « *ZAN* ». La reconversion des friches, commerciales comme industrielles, est aujourd'hui encouragée par le législateur et les pouvoirs publics, qui y voient une solution afin d'obvier le problème de l'artificialisation. On trouve, là encore, un indice supplémentaire de l'urbanisation de l'implantation commerciale : la « *friche* » est un avant tout un concept éminemment urbanistique⁸⁴¹, défini depuis la loi Climat de 2021 dans le code de l'urbanisme comme « *tout bien ou droit immobilier, bâti ou non bâti, inutilisé et dont l'état, la configuration ou l'occupation totale ou partielle ne permet pas un réemploi sans un aménagement ou des travaux préalables* »⁸⁴². D'ailleurs, dans leur rapport sur le volet « *attractivité commerciale en zones rurales* »⁸⁴³ du 16 mars dernier, Bruno BELIN et Serge BABARY ont mis l'accent sur la nécessité d'établir « *un inventaire des friches situées en zone rurale pouvant accueillir des activités commerciales* » sous l'égide de l'Etat, ainsi que l'élaboration de « *lignes directrices devant être respectées par les porteurs de projet commercial lorsqu'ils étudient*

⁸³⁷ Abrogé par le décret précité du 28 décembre 2015

⁸³⁸ Le risque de générer une friche commerciale participe d'une appréciation défavorable des effets de certains projets : CNAC, 11 juin 2020, 4101T ; CNAC, 11 juin 2020, P 00128 68 19T ; CNAC, 11 juin 2020, A 00819 64 20T ; la CAA de Nancy a confirmé l'avis défavorable de la CNAC concernant la création d'un supermarché de 2 460 m², considérant qu'« *il ressort des pièces du dossier que le projet aura pour effet de déplacer le local commercial actuellement exploité à proximité du centre de la commune de R vers un secteur situé au Nord, entre les agglomérations de R et de G. A cet égard, ni le courrier du 31 mai 2018 par lequel une société de promotion immobilière se borne à réclamer des informations complémentaires ni le courrier de la communauté de communes V du 21 décembre 2018, qui indique seulement que cette dernière s'engage à tout mettre en œuvre pour éviter que ces locaux ne deviennent une friche commerciale, ne permettent d'établir que l'exploitation antérieure fera l'objet d'une reprise.* » (CAA Nancy, 5 mars 2020, n° 19NCo1181)

⁸³⁹ Un POS peut valablement interdire une activité de commerce de détail de produits non volumineux dans des zones géographiques situées en dehors du centre-ville afin de préserver la viabilité du centre-ville de la commune par l'usage de locaux inoccupés : CJUE (GC), *Visser op. cit.*

⁸⁴⁰ « *En vérité, si la population française arrête de croître, on a encore besoin de 1,7 million de logements d'ici 2030, simplement par desserrement des ménages. Même dans les secteurs détendus, il y a et aura un besoin de logements.* » (S. DEPRAZ, directeur de la recherche au groupe ESPI (Ecole Supérieure des Professions Immobilières), la gazette des communes, 17 juin 2022)

⁸⁴¹ Selon l'INSEE, la friche « *est un espace bâti ou non, anciennement utilisé pour des activités industrielles, commerciales ou autres, abandonné depuis plus de deux ans et de plus de 2 000 m²* » (DUNY P. (dir.), *Les friches : entre contrainte et potentiel de renouvellement urbain*, Aucame Caen Normandie, « *Observatoire foncier* », juin 2016).

⁸⁴² C. urb., art. L.111-26 (création de la loi Climat de 2021)

⁸⁴³ BELIN B., BABARY S., Rapport d'information sur les perspectives de la politique d'aménagement du territoire et de cohésion territoriale, sur le volet « *attractivité commerciale en zones rurales* », n° 577 16 mars 2022

*l'existence ou non de friches commerciales pouvant accueillir leur projet »*⁸⁴⁴. La mission sénatoriale conjointe de contrôle sur la revitalisation des centres-villes et centres-bourgs propose également dans son rapport du 29 septembre dernier :

*« d'utiliser davantage les documentations de planification urbaine et principalement le PLU pour agir dans un cadre supra-communal, et limiter ainsi le risque de concurrence entre territoires, notamment pour réguler les dark stores et la logistique des flux commerciaux »*⁸⁴⁵.

Dans le cas inverse, de nouvelles ouvertures pourraient être consenties, sous condition toutefois d'une bonne intégration aux réseaux de transports publics, entre autres. Les documents intercommunaux d'urbanisme, tels les SCoT et les PLUi, permettent déjà de mettre en place de telles restrictions. Leur caractère facultatif expliquait toutefois qu'il n'y était que peu recouru⁸⁴⁶, d'où l'importance d'en faire désormais des normes à usage obligatoire⁸⁴⁷.

§2. L'urbanisation de l'aménagement commercial, obstruée ou incitée par l'application du droit économique ?

243. Les réformes récentes sont-elles plutôt le signe de la mutation des libertés économiques⁸⁴⁸ ou celui d'un début d'intégration totale de l'urbanisme commercial dans l'urbanisme de droit commun ? La réponse nous impose d'examiner l'impulsion donnée par le droit économique - et notamment celui de l'Union européenne, source structurante mais incontestablement mouvante - sur l'aménagement commercial. Il faut avoir à l'esprit que si la Cour de justice a suivi le même fil d'Ariane en la matière, elle a égrené sa position au fil de jurisprudences relativement espacées. Dans un premier temps, elle avait validé la loi ROYER au regard de l'objectif de libre concurrence poursuivi par le projet communautaire, au motif que cette loi n'établissait pas de discrimination entre les nationaux et autres Européens⁸⁴⁹. La décision du 24 mars 2011 *Commission c/ Espagne* avait ensuite apporté une première précision en prônant l'élimination de toute référence économique au sein des critères de l'autorisation d'implantation. La décision du 30 janvier 2018 semble désormais faire du droit de l'Union une incitation à la réglementation de l'encadrement des commerces, permettant d' « *opérer un saut qualitatif* »⁸⁵⁰.

244. Pourtant, deux écueils majeurs subsistent après la mise en conformité de la réglementation aux sujétions communautaires et sa soumission aux normes nationales de droit public économique : d'une part, le morcellement des règles conduit à une absence de lisibilité de la réglementation (**B**), d'autre part, opter pour une planification commerciale dirigiste au sein des seuls documents d'urbanisme locaux pourrait faire craindre à terme une menace pour la liberté

⁸⁴⁴ *Ibid.*, proposition n°4

⁸⁴⁵ Proposition issue du Rapport d'information n° 910, 29 septembre 2022, *op. cit.*

⁸⁴⁶ STRUILLOU J.-F., « Droit et écriture du document d'orientations générales », in *Évaluation juridique des premiers SCoT*, Les cahiers du GRIDAUH, 2009, n° 1, p. 189

⁸⁴⁷ BALAGUER F., *op. cit.*

⁸⁴⁸ DEVILLERS H., *op. cit.*

⁸⁴⁹ CJCE, *Gauchard*, *op. cit.* au **point 41 de l'introduction** du présent mémoire ; sur ce point, voir également BOUYSSOU F., « Le droit de l'urbanisme commercial en 1986 et 1987 », *Droit et Ville* 1988, n° 25, p. 209.

⁸⁵⁰ GIACUZZO J.-Fr., « L'encadrement de l'aménagement commercial : frein ou encouragement ? », *op. cit.*

d'établissement et la saine concurrence entre les opérateurs. En outre, l'apparition de l'étude d'impact à produire depuis 2020 a encore ajouté aux multiples contraintes qui pèsent sur les porteurs de projet. Elle pourrait être la « contrainte » de trop (A).

A. Les vicissitudes d'une réglementation d'urbanisme commercial trop contraignante

245. Les observateurs restent prudents : « certes « *la liberté d'entreprise ne doit pas être synonyme d'implantation anarchique* », mais faut-il pour autant faire entièrement dépendre l'implantation d'un commerce d'objectifs essentiellement urbanistiques ? » s'interroge le Professeur Alain LAGUERRE⁸⁵¹. Il subodore alors la naissance d'une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie du fait de l'assujettissement de l'implantation commerciale à des conditions urbanistiques, devenues prioritaires, trop contraignantes. Le Professeur Jean-François GIACUZZO craint, lui, les risques d'inconventionnalité à naître du fait du « *passage de la logique strictement économique à la logique de l'aménagement* » et préconise de manière prophylactique aux acteurs locaux, pour que l'intégration dans le droit commun de l'urbanisme soit *in fine* couronnée de succès, de « *se saisi(r) pleinement des outils (DAAC, OAP, ORT) aujourd'hui mis à leur disposition par le législateur* »⁸⁵². Madame Dominique MORENO, responsable juridique Droit public et économique à la CCI de Paris IDF, s'interroge quant à elle sur les effets d'un renforcement de la composante commerciale dans la planification d'urbanisme, et notamment sur les limites à ne pas franchir par ces documents. Jusqu'où peuvent-ils aller sans être jugés contraires à la LCI et à la liberté d'entreprendre ? Faut-il supprimer la « police spéciale de l'urbanisme » existante dès lors qu'elle ne joue plus, aujourd'hui, son rôle de filtre et que le taux d'autorisation par les commissions avoisine les 90 % ?⁸⁵³ S'il est admis que dans certains secteurs à enjeux de centres-villes ou de périphéries, il est possible de fixer des plafonds de surface selon les types d'activités, une contrariété avec la liberté d'entreprendre ou d'établissement reste à craindre pour les documents qui auraient des velléités trop prescriptives.

246. La multiplication des critères de décision par les CDAC au fil des réformes participe grandement de l'absence de lisibilité de la législation. Du reste, le nouveau critère de « *protection du consommateur* » relève incontestablement d'une logique qui doit échapper aux documents d'urbanisme⁸⁵⁴. Du côté du bilan de la réglementation d'aménagement commercial, le constat n'est pas meilleur. La tentative de contrôle des implantations commerciales par la mise en place de l'AEC n'a pas empêché la prolifération des grandes surfaces périurbaines⁸⁵⁵ : alors qu'il n'y a que 209 hypermarchés en France au moment de l'adoption de la loi ROYER en 1973, on en comptabilise 1444 en 2007 selon l'INSEE, et 2257 en 2020 (pour une surface totale de 11.874.131 m²) selon une étude LSA. La grande distribution est particulièrement concentrée⁸⁵⁶ : six grands

⁸⁵¹ LAGUERRE A., *op. cit.*

⁸⁵² GIACUZZO J.-Fr., « L'encadrement de l'aménagement commercial : frein ou encouragement ? », *op. cit.*

⁸⁵³ Colloque « La relance économique par le droit de l'urbanisme » (REDUC) après la crise de la Covid-19, organisé par l'Institut Maurice Hauriou (IMH) de l'Université Toulouse 1 Capitole (UT1), 22 septembre 2022

⁸⁵⁴ GIACUZZO J.-Fr., LE GRAND V., PRIET F., Convention de recherche *op. cit.*

⁸⁵⁵ Mais, comme l'indique avec clairvoyance Jérôme MONNET, « *comme on ne saura jamais ce qui ce serait produit sans procédure d'autorisation, il n'est pas possible de mesurer avec certitude si l'urbanisme commercial a échoué à freiner ces évolutions* ».

⁸⁵⁶ En 2017, Carrefour et Leclerc représentent à eux deux près de 42 % des parts de marché de l'ensemble des groupes de distribution, selon une récente étude de l'INSEE publiée en ligne

groupes dominent le secteur⁸⁵⁷. Le bilan à tirer est alors particulièrement mitigé : si « *la très grande majorité de la population vit à proximité d'un commerce alimentaire ou d'une pharmacie* »⁸⁵⁸, les réformes législatives successives ont cependant fait montre de l'incapacité de la réglementation à empêcher la dévitalisation des centres-villes et la défiguration des « entrées de ville », l'implantation des équipements commerciaux étant mal conçue par rapport au territoire urbain.

247. Enfin, le terme « *contraignant* » du titre de ce paragraphe doit être compris tant dans son sens matériel que dans son sens pécuniaire *stricto sensu*. Pour parler de cette dernière acception, il semblerait que la directive *Services* puisse voler au secours de l'aménagement commercial en raison de considérations plus « *basement* » matérielles. Son article 13, pt 2 stipule en effet 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 ».

En cherchant ainsi à limiter les coûts, elle plaide indirectement pour la réunion des deux volets urbanistique (PC) et commercial (AEC) de l'autorisation. Du reste, le coût prohibitif de l'analyse d'impact⁸⁵⁹, nouveau volet ajouté au dossier de demande d'autorisation par la loi ELAN, risquerait à terme d'entrainer l'inconventionnalité du dispositif sur le fondement de la stipulation susmentionnée. Si la Cour de justice s'est très rarement prononcée en utilisant la stipulation de l'article 13 de la directive depuis 2006, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de se positionner dans une décision du 15 juillet 2020⁸⁶⁰ :

« 13. En quatrième lieu, aux termes de l'article 13 de la directive 2006/123/CE : " (...) 2. 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. (...) ". Si la société BEMH soutient que l'obligation, découlant pour le pétitionnaire de l'article L. 752-6 du code de commerce, de recourir à deux prestataires distincts pour la réalisation du dossier de demande d'autorisation et celle de l'analyse d'impact, constituerait une formalité dissuasive, il ne ressort pas des pièces du dossier que le surcoût financier et administratif en résultant, au demeurant non évalué, serait dissuasif et disproportionné au regard du coût de la procédure d'autorisation. Par suite, la société n'est pas fondée à soutenir que l'article L. 752-6 du code de commerce méconnaît dans cette mesure les objectifs de l'article 13 de la directive 2006/123/CE » (nous soulignons).

⁸⁵⁷ Carrefour, Leclerc, Mousquetaires-Intermarché, Casino, Système U, Auchan

⁸⁵⁸ Trois consommateurs sur quatre résident à moins de deux kilomètres d'une boulangerie et 65 % des montants dépensés en pharmacie ont lieu dans la commune de résidence (chiffres de l'INSEE).

⁸⁵⁹ Selon des données recueillies par la Commission européenne, près de 4.200 études d'impact ont été réalisées en France en 2008, dont 20 % portaient sur des projets d'infrastructure et 42 % sur des projets de développement. Plus de la moitié des études d'impact se rapportaient à des projets relevant de la législation sur les installations classées (ICPE) et notamment des autorisations ayant trait à des installations d'élevage. Le coût moyen d'une étude d'impact pour un maître d'ouvrage varierait entre 1 et 5 % du montant total du projet. « En ce qui concerne le chiffre d'affaires généré par cette procédure, les données ne sont pas disponibles. Quelques journées de chargé d'études à 800-1.000€/journée pour les études les plus simples (lotissement, ZAC, extension d'élevage intensif) jusqu'à des budgets de plusieurs millions d'euros dévolus aux étude d'impact des grandes infrastructures ferroviaires ou autoroutières », estime le CGEDD.

⁸⁶⁰ CE, *Société BEMH et Conseil national des centres commerciaux, op. cit.*

B. La « balkanisation » dommageable des règles d'urbanisme commercial

248. Après le duel, le commerce et l'urbanisme sembleraient maintenant aller de concert, pour presque devenir un duo sous la plume du législateur. L'efficacité de la planification commerciale *via* le DAAC - désormais DAACL - vient de ce qu'il peut « prévoir les conditions d'implantation, le type d'activité et la surface de vente maximale des équipements commerciaux spécifiques aux secteurs ainsi identifiés ». Il faut toutefois garder en mémoire qu'au cours des débats parlementaires précédent la loi ELAN, il avait été question de refuser ces attributions au document, ce qui avait conduit une partie de la doctrine à penser que « la contribution de ce document d'urbanisme au développement d'une véritable politique d'aménagement commercial demeurerait plus que limitée »⁸⁶¹.

249. Et cette efficacité est ainsi à relativiser. En effet, le nombre grandissant, le morcellement et la formulation alambiquée de certains critères et sous-critères de délivrance des AEC ont conduit à l'apparition de « doublons » avec les prescriptions contenues dans les documents d'urbanisme. Les parlementaires avaient, à ce propos, attiré l'attention du gouvernement sur une difficulté à naître du fait de la nouvelle rédaction de l'article L. 752-6 du code de commerce : ils reprochaient aux critères de l'effet d'un projet sur l'animation de la vie urbaine, rurale et de montagne, ou des flux de transports d'être « éminemment subjectifs » et que « leur accumulation risquait d'aboutir au refus systématique de toute implantation commerciale ». Or,

« la plupart, sinon la totalité de ces éléments, sont d'ores et déjà pris en compte par les documents d'urbanisme (SCoT et PLU), ce qui pose la question de l'articulation, sinon de la redondance entre prescriptions d'urbanisme et critères de la CDAC »⁸⁶².

Le maintien d'un système bicéphale - AEC délivré par les CDAC et PC instruit en considération des règles d'urbanisme - conduit à un enchevêtrement normatif des plus fâcheux et est source d'insatisfaction contentieuse à deux égards. D'une part, la fermeture du prétoire à certaines personnes, qui découle directement du maintien de ce système hybride, interroge. D'autre part, la lecture de certaines décisions d'un juge administratif (celui de la cour administrative d'appel pour l'essentiel) qui se mue en administrateur, « déçoit » et « étonne ».

250. Mais si l'urbanisation de l'aménagement commercial est à l'œuvre, force est de constater que la disparition de l'autorisation d'exploitation commerciale n'est pas encore d'actualité. Il faudra donc que les porteurs de projets commerciaux composent avec les enchevêtements de réglementations et l'alourdissement progressif des documents à fournir dans le cadre du dépôt du dossier de demande. Néanmoins, un épurement du dispositif est envisageable - et même souhaitable - afin d'appréhender sereinement et à terme la consécration d'un urbanisme commercial entièrement réglementé par les dispositions du code de l'urbanisme et dépouillé de toute considération purement économique⁸⁶³. En attendant, « le maintien d'une instance de régulation de la concurrence commerciale ou de simple conseil semble encore justifiée en parallèle des autorités publiques compétentes en matière d'urbanisme »⁸⁶⁴, ne serait-ce que pour

⁸⁶¹ FERRAND J.-P., « Les obstacles au développement d'une véritable politique d'aménagement commercial dans les SCoT » *op. cit.*

⁸⁶² ESTROSI-SASSONE D., Rapport de la commission des affaires économiques n° 630 déposé le 4 juillet 2018

⁸⁶³ JOYE J.-Fr., « Intégrer l'urbanisme commercial dans l'urbanisme général » *op. cit.* ; Voir Également sur ce point, MORENO D., « Intégration de l'urbanisme commercial dans l'urbanisme général : une réforme presque aboutie... », BJDU 2014, p. 335

⁸⁶⁴ JOYE J.-Fr., *ibid.*

éviter les phénomènes de corruption du fait de potentielles relations financières directes entretenues par les élus locaux avec les grands distributeurs commerciaux et les grandes entreprises de logistiques,. Pour emprunter une formule au poète Gérard de NERVAL « *le passé et l'avenir* (de la réglementation d'aménagement commercial) *sont solidaires* »⁸⁶⁵. Des autorisations délivrées, mais mal évaluées, pourraient conduire à placer leurs bénéficiaires à abuser de leur position dominante, en principe interdite par le droit de l'Union. Or, les instances de régulation ont une mission de prévention en amont⁸⁶⁶ de tels abus. Du reste, il faudrait également réfléchir à un cadre juridique subsidiaire en cas d'absence ou d'insuffisance de planification territoriale locale ; car tous les territoires français ne sont pas encore couverts par un PLUi ou un SCoT⁸⁶⁷, tant s'en faut.

CONCLUSION DE TITRE 2

251. L'évolution de la réglementation est globalement insatisfaisante et partiellement inachevée. Pour le démontrer, revenons à la réforme de 2008, présentée à l'époque comme conjoncturelle, transitoire⁸⁶⁸ et destinée à mettre la réglementation française en conformité avec le droit communautaire. Il faut nous souvenir que son adoption avait été suivie par l'annonce gouvernementale de l'intégration future des dispositions d'aménagement commercial dans le seul code de l'urbanisme. Une telle intégration aurait impliqué, d'une part, de fixer les règles d'implantation des commerces dans les seuls documents d'urbanisme, en utilisant les potentialités de l'architecture SCoT / PLUi / PLU et en réservant le cas des communes non-couvertes par l'un de ces documents, dans lesquelles serait mise en place une autorisation spéciale d'exploitation commerciale ; d'autre part, de fusionner totalement les deux autorisations ; enfin, de supprimer les commissions départementales et nationale⁸⁶⁹.

252. Néanmoins, à ce jour, l'intégration n'a pas eu lieu et les réformes successives, sans toucher à l'architecture de la réglementation⁸⁷⁰, n'ont amendé que de façon parcellaire le droit existant : l'examen préalable par les commissions demeure, la réglementation de l'implantation des surfaces commerciales reste bicéphale et les critères au vu desquels les différentes autorités saisies - maire ou président de l'EPCI et CDAC - se prononcent, selon qu'est instruit le PC ou l'AEC, font doublon. Par exemple, il est indiqué en plusieurs endroits que les AEC délivrées par les commissions doivent être compatibles avec les orientations générales du SCoT, et précisément avec « *le document d'orientation et d'objectifs du schéma de cohérence territoriale* »⁸⁷¹.

⁸⁶⁵ Nous faisons référence aux phénomènes de corruption et de pratiques douteuses qui avaient court sous l'ancien droit - cf. **point 23** en introd. de ce mémoire

⁸⁶⁶ CE, *SA Caen Distribution*, *op. cit.*

⁸⁶⁷ JOYE J.-Fr., *op. cit.*

⁸⁶⁸ « *L'objectif assigné visait à renforcer l'autorité collective des élus locaux sur l'architecture, l'environnement et l'aménagement territorial des équipements commerciaux, à supprimer les autorisations économiques préalables à l'ouverture des établissements commerciaux, dorénavant mieux soumis aux seules règles de la loi du marché et de la concurrence loyale, à répondre aux demandes de relance «cœurs de villes au cœur des échanges», avec des idées nouvelles pour faciliter la réactivité-mobilité des entreprises au service des consommateurs, familles et territoires* » (Dr. adm. 2008, Alerte 71).

⁸⁶⁹ CHARIÉ J.-P., *Rapport « Avec le commerce, mieux vivre ensemble »*, *op. cit.*

⁸⁷⁰ Rép. min. n° 8843, JOAN Q, 15 janvier 2013, p. 518

⁸⁷¹ C. urb., article L. 142-1, 5° et - doublon ! - C. com. article L. 752-6, I

253. Du reste, le législateur a encore brouillé les pistes avec la mise en place de l'expérimentation de l'article 97 de la récente loi 3DS. Cette expérimentation aurait dû être accueillie positivement par la doctrine, les collectivités territoriales et même par les porteurs de projets, en tant qu'elle se voulait « simplificatrice » et « accélératrice » de procédures particulièrement longues, contraignantes et couteuses. Mais, souffrant de multiples vicissitudes, elle pose aujourd'hui la question de savoir si le droit de l'urbanisme est finalement le *corpus juridique* le mieux armé pour atteindre certains des objectifs fixés par la réglementation, notamment mieux organiser l'implantation commerciale dans le respect du droit de la concurrence. Du reste, le danger de transférer l'aménagement commercial dans le droit de l'urbanisme commun présente le risque du transfert de la « charge contentieuse » sur les épaules des rédacteurs de SCoT et PLU. A trop vouloir faire de l'urbanisme une police économique, pourrait naître un risque de multiplication des recours contre les documents d'urbanisme sur des moyens de non-respect des libertés économiques. Aujourd'hui, ce poids pèse plutôt sur la réglementation nationale et sur les autorisations individuelles. Or, les conséquences d'une annulation d'un PCVAEC ne sont pas les mêmes que celle d'un PLU ou d'un SCoT.

254. En réalité, afin de parvenir aux objectifs assignés à la réglementation d'aménagement commercial, il conviendrait que les documents d'urbanisme locaux prennent en compte la nature de l'activité qui s'installe en un endroit donné, ce qui dépasse de beaucoup le simple cadre de l'esthétique urbaine. L'intégration de nombreuses préoccupations connexes par le droit de l'urbanisme, en particulier celles relatives à la politique de protection de l'environnement et des paysages depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 janvier 1993⁸⁷² ainsi que les problématiques relatives à l'organisation des transports et des économies d'énergie⁸⁷³, ont considérablement renforcé la portée des documents d'urbanisme. La loi SRU, amendée par la loi « urbanisme et habitat » de 2003⁸⁷⁴, a mis à profit le souci de cohérence entre l'urbanisme et les domaines connexes, en prévoyant que les documents d'urbanisme devaient concourir aux équilibres entre développement urbain, préservation des espaces agricoles et protection des espaces naturels et des paysages dans l'esprit du développement durable ainsi qu'à une utilisation économe de l'espace urbain et naturel et à la maîtrise de la mobilité et à la limitation de la circulation automobile. A sa suite, la loi ALUR a prévu des mesures pour lutter contre l'étalement urbain et la consommation d'espaces naturels. Toutes ces dispositions militent en faveur d'une planification globale du commerce au sein des documents sectoriels d'urbanisme.

255. Mais les choses ne sont pas aussi simples. En effet, le droit de l'urbanisme, droit codifié défini comme « *l'ensemble des règles, procédures, techniques et institutions qui contribuent à la réglementation, l'aménagement et au contrôle de l'utilisation du sol et de l'espace, conformément aux exigences de l'intérêt général (...)* »⁸⁷⁵, a essentiellement pour objet l'aménagement et le développement urbains : il « *encadre l'évolution physique de l'urbanisation* »⁸⁷⁶. Le Conseil d'État lui-même considère que le droit de l'urbanisme est chargé « *de définir et d'encadrer les possibilités d'utiliser le sol* »⁸⁷⁷. Néanmoins, à la faveur de l'urbanisation accélérée de la France, le droit matériel de l'urbanisme s'est étendu au droit de l'extension de la ville (périmètres urbain et péri-

⁸⁷² Loi n° 93-24 du 8 janvier 1993 sur la protection et la mise en valeur des paysages, créant les directives de protection et de mise en valeur des paysages, ainsi que les chartes des parcs naturels régionaux

⁸⁷³ Loi n° 96-123 du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie créant les plans de déplacements urbains (loi LAURE)

⁸⁷⁴ Loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 urbanisme et habitat

⁸⁷⁵ DROBENKO B., *Droit de l'urbanisme*, Gualino, 13e éd., 2018

⁸⁷⁶ JACQUOT H., PRIET F., MARIE S., *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, 8e éd., 2019

⁸⁷⁷ Conseil d'Etat, *L'urbanisme, pour un droit plus efficace*, Rapport public, 1992

urbain) puis à tous les ensembles spatiaux bâtis ou non bâtis ; il est désormais soumis à la planification urbaine. Or, selon le Professeur René CRISTINI, il s'agit d'un

« droit dévalorisé (...) par la dégradation des sources et l'altération des rapports hiérarchiques entre les différentes règles du droit ; un droit « éclaté » par les différents moyens dont dispose l'administration pour individualiser l'application des règles et par la juxtaposition des régimes différents dans l'espace et dans le temps ».

256. Il est clair que ce constat ne joue pas en faveur d'une meilleure lisibilité de l'aménagement commercial si celui-ci devait *in fine* être un prolongement des règles d'urbanisme général. Ceci explique peut-être l'activité législative « *relativement brouillonne* »⁸⁷⁸ sur l'aménagement commercial qui a eu cours lors de cette dernière décennie. Du reste, les « penseurs de l'urbanisme », depuis la genèse de la matière après la première guerre et jusqu'à aujourd'hui, souvent ingénieurs non juristes, ont fait prévaloir l'intérêt général sur la nécessité d'un équilibre entre droits collectifs et droits individuels.

257. Dans un rapport rendu public le 16 mars 2022⁸⁷⁹, les sénateurs Bruno BELIN et Serge BABARY ont attiré l'attention des pouvoirs publics sur la « *fragilisation du secteur commercial* ». Il nous semble tout aussi pertinent de parler de « *mutation* »⁸⁸⁰ que de « *fragilisation* »⁸⁸¹ car si un certain nombre de secteurs commerciaux restent durablement affectés par les crises successives, certains secteurs sont plus résilients que d'autres⁸⁸². Au final, les attentats de 2015 et 2016, les violences sociales de 2019 en marge du mouvement des « gilets jaunes » et dernièrement la crise sanitaire de 2020-2021 sont autant de chocs auxquels les commerces ont dû faire face au cours de la dernière décennie, accélérant la dématérialisation des pratiques commerciales. Le développement des nouvelles modalités de commerce en ligne a un impact profond sur le secteur, et les petites communes rurales craignent une multiplication des friches commerciales en lieu et place des petits commerces moribonds ne trouvant pas de repreneurs⁸⁸³.

258. Si bien qu'une nouvelle interrogation suit alors, logiquement : le droit de l'urbanisme est-il suffisamment armé pour réglementer le *e-commerce* ? « *Huit semaines de confinement et de slogan "restez chez vous" ont profondément interrogé notre vision de l'urbanisation et de la vie en collectivité* »⁸⁸⁴. Considérant alors la « *mutation* » du secteur commercial, particulièrement accrue

⁸⁷⁸ COURIVAUD H., Rep. de droit immobilier, op. cit., p.23

⁸⁷⁹ BELIN B., BABARY S., Rapport sur le volet « attractivité commerciale en zones rurales », op. cit.

⁸⁸⁰ « *Grâce au développement des différents modes de transport qui a « raccourci » les distances et au numérique, les campagnes et les villes moyennes, jusqu'alors menacées de dépeuplement, se trouvent reconnectées. Ceci conjugué à la hausse des prix dans les aires urbaines, cet exode urbain devient facilement accessible. Par ailleurs, la crise sanitaire a conduit à un repli sur le cercle familial et à l'adoption d'un mode de vie idéalement représenté par la sociabilité locale, le commerce de proximité et l'agriculture en circuit court* », les représentants de la Française des jeux lors de leur audition dans le cadre du rapport de 2022 *ibid.*

⁸⁸¹ « *Début 2021, l'activité s'améliore dans le commerce, après avoir plongé en 2020 (...) Au total, le PIB français a diminué de 7,9 % en 2020 et la consommation des Français chuté de 7,1 %. Dans ce contexte, les ventes du commerce de détail ont subi une baisse de 3 % sur l'année, mais de 9,3 % pour le commerce non alimentaire en magasin* », in INSEE première, n° 1866, juillet 2021

⁸⁸² « *En 2021, l'activité des secteurs commerciaux rebondit après une année 2020 sous le signe de la pandémie de coronavirus. Après une année de turbulences, le volume des ventes dans le commerce de gros finirait l'année au-dessus de l'année 2019. Il en va de même pour le commerce de détail. Dans les deux cas, certains secteurs restent durablement affectés par les mutations des comportements de consommation (plus fort recours à la vente à distance) et la limitation des déplacements, notamment la baisse de la fréquentation touristique. Les secteurs de l'équipement de la personne (maroquinerie, habillement-chaussure, horlogerie...) sont affectés, notamment dans les grands magasins* » in INSEE, La situation du commerce en 2021, document de travail op. cit.

⁸⁸³ Plusieurs professionnels auditionnés dans le cadre du Rapport d'information du 16 mars 2022 cité *supra* ont établi un lien entre le développement du commerce en ligne et la fragilisation des commerces de proximité.

⁸⁸⁴ MOCQUAX D., *Construction et urbanisme, quelle stratégie pour les villes de demain ?*, CCI Paris IDF 2020

depuis la crise pandémique mondiale du Covid-19 et l'ensemble des mesures restrictives prises par un grand nombre de gouvernements occidentaux, il semble ardu de continuer à raisonner en terme de « surface de vente » ou de « surface à construire ». Ces notions, intrinsèquement urbanistiques, ne font manifestement pas de ce dernier « *le bon vecteur pour traiter du commerce virtuel* »⁸⁸⁵. En réalité, tout dépend des formes qu'il prend et si l'activité en cause entre dans les destinations et sous-destinations ; nous retombons alors sur des problématiques essentiellement urbanistiques.

CONCLUSION GÉNÉRALE

259. Pour résumer, aujourd’hui, en dehors de secteurs spéciaux de type « ORT », toute création d’un commerce de détail ou d’un ensemble commercial d’une surface supérieure à 1 000 m² nécessite la délivrance d’une AEC préalable. En-deçà de ce seuil et dans les communes de moins de 20 000 habitants, le maire ou le président de l’EPCI compétent en matière d’urbanisme a la possibilité, lorsqu’il est saisi d’une demande de permis de construire un équipement commercial dont la surface est comprise entre 300 et 1 000 m², de proposer au conseil municipal ou à l’organe délibérant de cet établissement de saisir la commission départementale d’aménagement commercial afin qu’elle statue sur la conformité du projet⁸⁸⁶ dans le délai d’un mois. Lorsque le projet nécessite un permis de construire, la demande d’autorisation d’exploitation commerciale doit être déposée concomitamment auprès de l’autorité compétente en matière de permis de construire, laquelle ne peut délivrer ce dernier en cas d’avis défavorable de la commission. En cas d’avis favorable de la commission, le maire délivrera un permis, qui vaudra à la fois permis de construire et autorisation d’exploitation commerciale. Lorsque le projet ne requiert pas d’autorisation de construire, la demande est directement déposée devant la commission départementale. Le constat ainsi dressé nous indique que le régime de l’activité commerciale est « *très remarquablement lié à la ville* »⁸⁸⁷ sans toutefois être totalement intégré dans les orientations générales du droit de l’urbanisme.

260. Nous souhaitons, en conclusion de ce mémoire, dire quelques mots sur l’environnementalisation de l’aménagement commercial, concomitante de son urbanisation. En effet, les années 1990 avaient été le théâtre d’un glissement de l’objectif initial de protection du « petit commerce » vers la promotion de la « proximité »⁸⁸⁸ puis d’un aménagement commercial protecteur de l’environnement⁸⁸⁹. Il faut préciser ici que cette soumission au droit de l’environnement n’est pas du tout antinomique avec le phénomène d’urbanisation de la matière.

⁸⁸⁵ MORENO D., *Réforme de l’aménagement commercial*, CCI Paris IDF, septembre 2019, p.5

⁸⁸⁶ C. com., article L. 752-4, I

⁸⁸⁷ AUBY J.B., « Le statut de l’activité commerciale en Droit de l’Urbanisme », *Droit et ville*, 1989, 28 pp. 73-91

⁸⁸⁸ la Loi du 13 juillet 1991 d’orientation pour la ville (LOV) déclare dans son article 1 que les collectivités locales doivent « *prendre toute mesure tendant à maintenir et développer le commerce et les autres activités économiques de proximité* ».

⁸⁸⁹ MONNET J., *op. cit*

Bien au contraire⁸⁹⁰, la problématique du « paysage » est la pierre de touche de l'aménagement urbain contemporain, intégrant progressivement « *les composantes invisibles de sa dimension visible* »⁸⁹¹. Au nombre des préoccupations du législateur actuel, la préservation du cadre de vie passe aussi par la réglementation de l'implantation des commerces :

« *pris dans leur ensemble, les critères doivent ancrer les décisions des commissions dans l'ère du développement durable afin qu'elles s'attachent à vérifier la bonne insertion des commerces dans la ville et en assurer un fonctionnement optimal* »⁸⁹².

261. Le développement durable est celui « *qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs* »⁸⁹³. Cette définition, laconique mais qui présente l'avantage de la clarté, a été complétée en 1992 par la référence aux trois piliers que nous connaissons tous : un développement économiquement efficace, socialement équitable et écologiquement soutenable. Au niveau interne, s'il est inscrit dans la Constitution⁸⁹⁴, il est essentiellement protégé par le législateur⁸⁹⁵. En aménagement commercial, « *l'objectif de développement durable* » figure en bonne place parmi les critères utilisés par les commissions pour accorder ou refuser l'autorisation⁸⁹⁶.

262. Une hiérarchisation des critères avait court dans l'ancien droit de l'urbanisme commercial ; le principe en avait été posé de manière prétorienne, six ans après la loi RAFFARIN de 1996, par le Conseil d'Etat⁸⁹⁷. Selon cette solution, reprise par la suite⁸⁹⁸, les critères d'aménagement du territoire, d'urbanisme ou de création d'emplois ne devaient être appréciés qu'en un second temps, dans les seuls cas où le projet apparaissait de nature à compromettre l'équilibre entre les différentes formes de commerce. Aujourd'hui, cette ancienne hiérarchisation a officiellement disparu au profit d'une autre, plus latente. En effet, une analyse jurisprudentielle fouillée montre que, sans remettre en question le principe selon lequel les AEC sont délivrées que si le projet satisfait cumulativement aux trois catégories de critères fixées par l'article L. 752-6, le Conseil d'État fait primer le critère du développement durable dans l'appréciation de la légalité des autorisations d'exploitation commerciale⁸⁹⁹ (nous l'avons remarqué *supra*).

⁸⁹⁰ Il convient de souligner ici - entre autres exemples - que la plupart des critères de délivrance des AEC au titre de « l'aménagement du territoire » fait doublon avec ceux prévus au titre du « développement durable ». Nous pensons par exemple à « *l'effet du projet sur les flux de transports et son accessibilité par les transports collectifs et les modes de déplacement les plus économies en émission de dioxyde de carbone* » en lien de parenté avec « *la qualité environnementale du projet, notamment du point de vue de la performance énergétique et des émissions de gaz à effet de serre* ».

⁸⁹¹ BLANC N., GLATRON S., « Du paysage urbain dans les politiques nationales d'urbanisme et d'environnement », in « L'espace géographique », tome 34, 2005, pp. 65 à 80

⁸⁹² *Ibid.*

⁸⁹³ Citation de Mme Gro Harlem BRUNDTLAND, Premier ministre norvégien (1987)

⁸⁹⁴ « *Qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins (...)* » Préambule de la Charte de l'environnement de 2004 (*in fine*), adossée à la Constitution par la révision constitutionnelle du 1er mars 2005

⁸⁹⁵ C. urb., article L. 101-2

⁸⁹⁶ CE, 30 mai 2011, n° 336.134

⁸⁹⁷ CE, sect. *Société Guimatho et autres c/ Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, op. cit.*

⁸⁹⁸ Voir par exemple CE, *SARL Dvo, op. cit.* : Si une commission estime que le projet n'est pas de nature à perturber les équilibres commerciaux, elle ne peut pas valablement rechercher quels sont les effets de ce projet au regard des autres critères d'appréciation (annulant une décision de la CNEC qui avait rejeté une demande d'autorisation au motif que le projet, bien que n'étant pas de nature à perturber les équilibres commerciaux, était néanmoins susceptible d'entraîner une dégradation des conditions de circulation)

⁸⁹⁹ CE, 27 juin 2011, *GIE Centre commercial des Longs Champs, n° 336.234*

263. À l'instar du développement durable, le thème de l'esthétique urbaine est actuellement au fondement de toute politique d'urbanisme, nationale comme locale⁹⁰⁰. La pollution croissante, la crainte d'un réchauffement climatique plus rapide qu'escompté, la peur des conséquences de la dépendance au pétrole⁹⁰¹, la crise sanitaire sont autant d'arguments avancés pour limiter les déplacements en voiture. Du reste,

« on ne cesse de sous-estimer l'impotence du paysage, sur le plan esthétique (...). Un beau paysage est producteur de ce que Bertrand de JOUVENEL appelait des aménités : source d'inspiration, de sérénité et d'éducation du beau. Il est l'un des rares traits d'union où l'homme peut admirer le lien entre nature et culture »⁹⁰².

En cause, selon la majorité des personnes interrogées : la décentralisation⁹⁰³, qui a donné aux maires de substantiels pouvoirs en matière d'urbanisme. *« Depuis, les paysages des villes et des campagnes ont été envahis par une modernité bête et méchante »*⁹⁰⁴. L'aménagement commercial est directement touché par ces « quarante ans d'enlaidissement », ces « quarante ans d'adaptation au règne de la voiture et à l'américanisation de nos modes de vie »⁹⁰⁵.

264. Le contrôle de l'implantation des surfaces commerciales, même s'il restreint la concurrence, est alors devenu nécessaire dans le cadre renouvelé de cet aménagement dit « durable » du territoire tout en permettant, parallèlement, de protéger la diversité commerciale des centres-villes et des centres-bourgs. Le législateur se retrouve face à une gageure, celle de favoriser par les dispositions qu'il édicte un meilleur « aménagement du territoire » incluant la problématique commerciale. Cela suppose de réorienter la politique menée jusqu'alors⁹⁰⁶ en la matière vers la protection de l'environnement ; dans ce cadre, les SCoT peuvent alors apparaître comme les instruments les plus efficaces⁹⁰⁷, en tant que véritables outils de planification stratégique. Dans ce cadre législatif récemment renouvelé, l'autorisation d'exploitation commerciale est alors conçue comme un rempart contre un aménagement *a priori* « peu compatible avec le développement durable »⁹⁰⁸, lequel « vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs »⁹⁰⁹.

⁹⁰⁰ « *Le paysage est un élément important de la qualité de vie des Français; c'est un outil de développement économique non seulement dans les villes, mais également dans les campagnes* » (p. 4031, Sénat, 15 décembre 1993)

⁹⁰¹ Rendons hommage ici à René BARJAVEL (*Le grand secret*, éd. Presses de la cité, Pocket, 1973) : « *le 16 janvier 1971, seize compagnies pétrolières constituèrent un cartel pour opposer un front commun aux exigences des pays arabes producteurs d'or noir, mais il y a bien longtemps qu'une solidarité occulte agissant partout au monde contre tout ce qui peut menacer les intérêts du pétrole. Le pétrole a des ministres dans tous les gouvernements, et la plupart des services secrets, sans le savoir, travaillent pour lui. Il s'agit bien du pétrole plus que des pétroliers. Ces derniers profitent de lui, mais le servent. Le pétrole est une puissance en soi, une bête noire. Elle règne sur toutes les économies, y compris celle des pays socialistes. Elle provoque les guerres, du Biafra au Sinaï, elle tue, emprisonne, corrompt. Quelque méfait que l'on invente au compte du pétrole, si monstrueux soit-il, on est sûr de ne pas se tromper* » (p. 258).

⁹⁰² Hors série, *Le Figaro magazine*, *op. cit.* p. 32

⁹⁰³ « (...) les lois de décentralisation sont célébrées au nom d'un rééquilibrage longtemps attendu entre l'Etat centralisateur et le reste du pays. Pourtant, elles ont une responsabilité importante dans l'enlaidissement de la France. Les maires ont usé et abusé de leur pouvoir d'accorder les permis de construire, sources de revenus et de clientèle (...) » *ibid.* p. 29

⁹⁰⁴ *Ibid.* p. 25

⁹⁰⁵ *Ibid.* p. 28

⁹⁰⁶ BALAGUER F., *op. cit.*

⁹⁰⁷ FERRAND J.-P., *op. cit.*

⁹⁰⁸ La formule est empruntée à Frédéric BALAGUER.

⁹⁰⁹ C. env., article L. 110-1 ; Charte env., exposé des motifs

265. En réalité, ce souci de protection de l'environnement revient avec la régularité d'un métronome dans les différentes lois intéressant l'urbanisme en général⁹¹⁰ - l'urbanisme commercial singulièrement - à partir de 2014. Très récemment, c'est avec la loi Climat et résilience que le législateur a fait état son projet environnemental - particulièrement ambitieux - pour les trente années à venir. L'exposé des motifs de la loi nous indique que « *pour mettre fin aux 20 000 à 30 000 hectares d'espaces naturels, agricoles ou forestiers qui disparaissent chaque année en France* », et afin de mettre le pays sur la voie du « *zéro artificialisation nette* », la France doit repenser ses modèles urbains d'aménagement, surannés, et dont les conséquences économiques, sociales et environnementales sont désastreuses. La lutte contre l'artificialisation est subséquemment placée au cœur des politiques d'aménagement du territoire : les documents d'urbanisme devront la prendre en considération, les friches existantes seront réutilisées lorsque cela est possible, la prolifération des zones commerciales en périphérie des villes sera freinée.

266. La bonne répartition des rôles entre les différents acteurs de l'aménagement commercial nous semble par ailleurs être l'une des clés de la réussite de la mutation urbanistique de la matière. Un auteur rappelle à juste titre que l'Etat a pris différentes casquettes depuis la genèse de la réglementation : à l'Etat fonctionnaliste des années 1960, qui visait à la meilleure répartition territoriale des infrastructures commerciales, succède l'Etat protectionniste des années 1970, qui prétendait préserver le petit commerçant ou artisan des violences de la modernisation. Aujourd'hui, c'est un Etat « *paysagiste* » qui se préoccupe de protéger l'environnement et de soutenir les activités de proximité⁹¹¹. Dans le même temps, la place des élus locaux dans la planification de l'aménagement commercial reste encore à clarifier. Les grandes lois de décentralisation de 1983 les ont dotés de la compétence de principe en matière de documents d'urbanisme, d'aménagement urbain (ZAC et droits de préemption) ainsi que d'autorisations et d'actes relatifs à l'occupation ou à l'utilisation du sol. Force est de constater que ces élus cherchent encore le rôle qu'ils vont être appelés à jouer dans la planification des commerces, notamment depuis que la loi 3DS a brouillé les pistes avec l'expérimentation stratifiant encore davantage les prises de décision aux niveaux locaux.

267. Ce rôle est encore renforcé par la loi 3DS et le récent épisode des *dark stores*, où le gouvernement leur donne un quasi droit de vie et de mort sur l'implantation de ces entrepôts de *quick commerce*. Les « *logiques de proximité* » dont ils sont les principaux promoteurs devront coexister avec le *fonctionnement en réseaux de la société hyper-moderne et avec « une économie structurée par la flexibilité et la précarité, avec des modes de vie qui reconfigurent les relations sociales à la mobilité, à la consommation, au travail, au temps libre et aux autres »*⁹¹².

268. En outre, le commerce en ligne s'est imposé sur plusieurs marchés - notamment le tourisme et la culture, l'électroménager, l'habillement, et le jouet⁹¹³. En 2021, cela a représenté 129 milliards d'euros, en hausse de 15,1 % par rapport à 2020 - et de nouveaux acteurs ne provenant pas du

⁹¹⁰ La loi SRU introduit la nécessité d'intégration des impératifs de développement durable au sein des projets d'urbanisme : elle impose de préserver les équilibres entre développement urbain et rural, la diversité des fonctions urbaines et la mixité sociale dans l'habitat urbain et rural, et de veiller à la « *qualité de l'air, de l'eau, du sol et du sous-sol, des écosystèmes, des espaces verts, des milieux, sites et paysages naturels ou urbains, la réduction des nuisances sonores, la sauvegarde des ensembles urbains remarquables et du patrimoine bâti, la prévention des risques naturels prévisibles, des risques technologiques, des pollutions et des nuisances de toutes natures* ».

⁹¹¹ BERSANI C., « Les DTA ou le retour de l'Etat gendarme », *Etudes foncières* n°83, 1999

⁹¹² MONNET J., *op. cit*

⁹¹³ Sur la base des données FEVAD, INSEE et Kantar, la mission *e-commerce* estime, en moyenne sur la période 2015-2019, la part du marché du commerce en ligne sur ces marchés comme suit : tourisme : 44 % ; produits culturels : *a minima* 20 % ; électroménager : 20 % ; habillement : 16 % ; jeux et jouets : 27 %. Dans le secteur du livre, le commerce en ligne représente désormais 21 % des ventes, derrière les grandes surfaces spécialisées (25,5 %), les librairies (22 %) mais devant les grandes surfaces non spécialisées (19 %) et les ventes par correspondance (9 %).

secteur traditionnel du commerce sont « entrés dans le jeu »⁹¹⁴. Comprendre l'avenir de l'implantation des commerces suppose d'abord d'analyser leur implantation actuelle et leur taux de fréquentation, puisque c'est de lui que dépend leur survie. Les chiffres dénotent une crise de la fréquentation des sites commerciaux physiques, manifestement structurelle. Afin d'obvier cette baisse de fréquentation, les grandes surfaces commerciales tentent alors de se renouveler, en prenant pour modèle celui du « capitalisme récréatif » ou de l' « hyper-spectacle » permanent, tout droit venu de chez nos voisins outre-atlantiques. « *Il convient d'inventer un lieu nouveau en forgeant des concepts nouveaux, à l'instar du Centre Georges POMPIDOU en son temps, un lieu qui va au-delà des attentes des personnes* »⁹¹⁵.

269. L'acte d'achat est donc voué à devenir « hédoniste », l'attractivité du site doit être renforcée du fait de l'élargissement de la zone de chalandise, les flux maîtrisés et les clients fidélisés, tout cela dans la plus parfaite conjugaison d'une fréquentation occasionnelle et d'une fréquentation récurrente. Ainsi, les centres commerciaux du futur ne seront plus simplement une enfilade de petits magasins construite autour d'une grande enseigne commerciale, mais un lieu où l'on pourra à la fois se divertir, se cultiver, se restaurer et plus prosaïquement faire ses courses.

« *Quelles que soient la taille et l'envergure du site commercial cherchant à accroître son attractivité, les seules actions de communication et d'infrastructures ne suffisent pas. Le lieu semble devoir être hautement attractif par son ambiance, son style et sa capacité à provoquer émerveillement et dépaysement. On pourrait alors parler, en rapprochant les deux mots, de « resort commercial » pour signaler la double vocation, à la fois marchande et récréationnelle et dépaysante* »⁹¹⁶.

Un lieu tout droit sorti d'un roman d'Isaac ASIMOV ...

270. En toute logique, une nouvelle question se pose alors : ces magasins du futurs peuvent-ils réellement s'inscrire dans une démarche urbanistique et environnementale pertinente, notamment au vu des outils et règles dont nous disposons actuellement en France ? Un retour aux origines de l'urbanisme s'impose. Ildefonso CERDA désignait par urbanisme :

« *l'ensemble des actions tendant à grouper les constructions et à régulariser leur fonctionnement comme l'ensemble des principes, doctrines et règles qu'il faut appliquer pour que les constructions et leur groupement, loin de réprimer, d'affaiblir et de corrompre les facultés physiques, morales et intellectuelles de l'homme social, contribuent à favoriser son développement ainsi qu'à accroître le bien-être individuel et le bonheur public* ».

Ces principes restent valables pour l'urbanisme contemporain qui vise, par la régulation, à la recherche d'un intérêt général situé au-delà des conflits qui opposent les différents acteurs de la société. Cet idéal progressiste, privilégiant les valeurs d'hygiène et d'efficacité ainsi que l'usage de la technique, est implicite dans l'application aux villes du concept de « développement durable»⁹¹⁷. Toutefois, gardons-nous d'analyses trop hâtives : contrairement à une idée répandue, les grands équipements commerciaux ne sont pas les seuls vecteurs de consommation foncière et d'étalement urbain, le logement y prend aussi sa part avec des lotissements de maisons individuelles s'étendant

⁹¹⁴ BADOT O. , ABOUHAZIM K., *Hypothèses sur l'avenir du commerce*, op. cit.

⁹¹⁵ Jean-Jacques AILLAGON, ancien ministre de la culture et de la communication, parlant du projet EuropaCity

⁹¹⁶ BUFFARD C., « Centres commerciaux. A la recherche de l'exceptionnel », Points de Vente, n° 1178, 15 juin 2015, p. 37-39

⁹¹⁷ ARMAND-FARGUES M., l'environnement urbain entre écologie et urbanisme

« à perte de vue »⁹¹⁸. Mais si cette constatation semble plaider en sa faveur, il n'en demeure pas moins que le commerce ne saurait s'affranchir de l'objectif de sobriété foncière⁹¹⁹.

271. Les grands complexes « à l'américaine » n'ont toutefois pas vraiment le vent en poupe au pays de Voltaire. Un exemple intéressant de difficulté à faire sortir de terre, en France, ce genre de méga-complexe est celui de feu le projet de complexe EuropaCity, porté par le groupe Auchan et un consortium chinois. « *L'identité d'EuropaCity s'appuie sur un alliage : culture + commerce + loisirs + hôtels* »⁹²⁰. Ce type de complexe était supposé s'inscrire dans une logique de « mixité fonctionnelle » dans la perspective de la création, au sein d'un espace unique, différentes fonctions de commerce, de loisirs voire, d'habitat et de travail. L'abandon du projet⁹²¹ se veut cependant le reflet de la priorité à l'environnement revendiquée par le chef de l'Etat, Emmanuel MACRON. « *Nous avons eu du mal à arrimer la promesse écologique de l'acte II du quinquennat par des décisions concrètes ; cette fois, nous avons une masse critique qui nous permet d'afficher la couleur verte* ». En tout état de cause, le dernier état de la législation, en particulier la lutte contre l'artificialisation des sols inscrite dans la loi Climat, rendrait *a priori* impossible ce type de projet.

272. L'avenir du commerce se situe alors peut être dans le renouvellement des méthodes de vente au sein des petits commerces physiques préexistants⁹²². Au-delà de la construction de centres-commerciaux dantesques, les petits artisans-commerçants pourraient, en sus de la vente de leur produit *stricto sensu*, proposer une valeur ajoutée - par exemple « *un boulanger qui explique sa recette de macarons ou une pharmacienne qui donne des cours d'herboristerie* »⁹²³. Ce type de projet semble parfaitement compatible avec les objectifs législatifs actuels assignés aux implantations commerciales de préservation du commerce de proximité, de lutte contre l'artificialisation et l'étalement urbain, d'insertion paysagère et de développement durable. En effet, une attention particulière portée à la localisation, au *merchandising* et à une gestion des flux performante permettra une fidélisation de clientèle outre une captation de clientèle de passage. La problématique des flux étant au nombre des critères d'attribution des AEC, les petits commerçants porteront une attention particulière à la possible desserte en transports en commun, en vélo ou même à pied. La densification à l'œuvre depuis la loi Grenelle II a par ailleurs poussé certaines foncières commerciales à se lancer dans la promotion immobilière d'îlots d'habitation au pied desquels est implantée un format réduit de l'enseigne⁹²⁴. Les aéroports eux-mêmes sont aujourd'hui devenus de véritables centres commerciaux.

273. L'évolution cyclique de l'économie a fortement impacté les canaux de distribution ; un cadre réglementaire trop rigide serait de nature à instaurer une instabilité à l'équilibre à long terme de

⁹¹⁸ Selon les chiffres clés du logement 2022 (disponibles sur le site internet du ministère de la transition écologique et de la cohésion des territoires) « *sur 53 % des espaces artificialisés, l'usage est résidentiel, culturel, sportif ou de loisir. Le reste de l'espace est occupé par des infrastructures logistiques de transport ou de stockage et par les activités de production, de commerce ou de services* ».

⁹¹⁹ MORENO D., « Aménagement commercial et planification urbaine », Droit et Ville, 2021/2 n° 92 pp. 65 à 85

⁹²⁰ Extrait du site Web du projet

⁹²¹ ALIX G., « EuropaCity : le projet de mégacomplexe définitivement abandonné », Le Monde, 7 novembre 2019

⁹²² « *La « Nouvelle Économie de Proximité » qui voit une convergence d'intérêts entre le commerce de flux et de proximité et la nécessité de redonner au commerce sa vertu sociale en valorisant des produits locaux. Comme le dit Ganaël BASCOUL, fondateur de SoonSoonSoon, l'objectif est de créer un lien avec le consommateur sur un projet plus que sur un produit, de défendre le petit commerce local et les produits de la région* », in BADOT O. , ABOUHAZIM K., op. cit.

⁹²³ Projet *hobbystreet.com* émanant du département de la Lozère, développé par la suite à une échelle nationale.

⁹²⁴ Ce format s'est d'ailleurs considérablement développé : en 2005, on comptait en France, une superette pour 10 300 habitants. Dix ans plus tard, on compte 1 superette pour 7 500 habitants.

leur fonctionnement et à être source de coûts fixes de plus en plus lourds⁹²⁵. Le paradigme dominant au XXe siècle - celui de la physicalité, de la fixité et de la durabilité du point de vente - ancré dans une logique de concentration des commerces, des moments et des habitudes d'achat, globalement structurée par un *modus vivendi* déterministe - l'homme n'est finalement qu'habitudes⁹²⁶. Internet a bouleversé ces habitudes ; de nouvelles formes de commercialité, moins « spacialisées » ont alors bourgeonné : les *food-trucks*, les distributeurs automatiques, les stands, des *pop-up stores*, etc. La législation relative à l'urbanisme commercial devra alors nécessairement s'adapter à ces changements.

274. C'est pourquoi l'heure est à la densification. Ce phénomène urbain, en réalité ancien, s'accommode parfaitement des problématiques actuelles - la recherche des économies d'énergie, la lutte contre l'artificialisation des sols, la multiplication des transports en commun, la mixité sociale⁹²⁷, les économies d'échelle sur le développement des infrastructures - mais participe également d'un meilleur accès aux commerces, ce qui favorisera la concurrence entre eux. Le navire de l'urbanisme est donc en passe de changer de cap : *exeunt* l'ancien « coefficient d'occupation des sols » (COS) et la possibilité pour les PLU de fixer une surface minimale de construction. Aujourd'hui, et depuis la loi Grenelle II, il faut « s'élever ». La lutte contre l'étalement urbain fait désormais partie des objectifs cardinaux de l'aménagement du territoire. Les PLU doivent désormais intégrer une analyse de la consommation d'espace ; une taxe spécifique, le versement pour sous-densité, avait même vu le jour en 2010 dans le but de limiter l'étalement urbain grâce à la taxation des nouvelles constructions qui n'atteignent pas un seuil minimal de densité de bâti⁹²⁸. Toutefois, cet acharnement à imposer des constructions en hauteur est loin de faire l'unanimité : synonyme de laideur, associée à l'insécurité et aux « quartiers », la densification n'a pas bonne presse. En périphérie des grandes agglomérations, les communes multiplient les contraintes à la construction des logements pour préserver un « cadre de vie ». L'immeuble collectif est cependant doublement menacé : en mal de fondements scientifiques solides, l'économie qu'il permet de réaliser en terme d'énergie peut paraître marginale. En réalité, le consensus se fait aujourd'hui sur le passage à la voiture hybride et électrique, principale arme pour parvenir à une diminution rapide des émissions de GES⁹²⁹.

275. Un *aggiornamento* de la réglementation devient alors d'autant plus nécessaire que les problématiques ont évolué - objectif général de lutte contre l'artificialisation des sols et contre l'émission de GES, gestion des mobilités, transformation profonde des modes de consommation, prise en compte planétaire des dangers de l'hyper-consommation, crise sanitaire forçant à repenser les modes d'approvisionnement, apparition des entrepôts logistiques *Amazon* et prolifération des *drives* et autres *click-and-collect* - et la réglementation actuelle est loin de les avoir toutes intégrées. La compétition féroce pour la maîtrise du *process* logistique met au clair les grands mouvements stratégiques actuels d'intégration des activités logistiques par les e-commerçants⁹³⁰. On ne peut plus donc parler, de façon manichéenne, de déclin du petit commerce et d'expansion concomitante des grandes surfaces. « *L'image d'Épinal opposant le Goliath de la grande*

⁹²⁵ ATTUEL-MENDES L., FILSER M. et NOTEBAERT J.-F., « Les évolutions de l'urbanisme commercial et des rapports de force dans le canal de distribution : impact sur les stratégies des détaillants », *Revue Française du Marketing*, 2015, pp. 77-90

⁹²⁶ SPINOZA B., Lettre à SCHULLER, lettre 58, 1674

⁹²⁷ « *La densité est la source de l'urbanité et de la convivialité (...) faire de la densité un mal absolu est le degré zéro de la pensée architecturale* », Président Nicolas SARKOZY, 2011

⁹²⁸ Ayant rencontré un faible succès, la taxe est abrogée par la loi de finances pour 2021.

⁹²⁹ Pour une critique intéressante de cette assertion, Voir hors-série de Charlie Hebdo « Voiture électrique : dernière arnaque avant l'apocalypse » (juin 2022, dossier de 16 pages).

⁹³⁰ Le Monde Économie & Entreprise, 19 janvier 2016, p. 10 et du 8 août 2016, p. 8.

*distribution au David du petit commerce indépendant, n'est pas capable de décrire la diversité des paysages commerciaux de nos villes »*⁹³¹. L'avenir nous dira si les politiques d'urbanisme arriveront à réglementer, par le biais de politiques publiques locales efficaces, toutes les formes de commerce.

⁹³¹ MONNET J., *op. cit.*

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

NB : Seules les sources les plus utilisées pour la recherche sont mentionnées.

OUVRAGES

Traité, livres et manuels

- BIRNBAUM P., *Les sommets de l'Etat*, éd. Le Seuil, 1977, p. 126 et ss.
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, Précis Domat, 15e éd., L.G.D.J.
- CHOAY F., *La Règle et le Modèle, Sur la théorie de l'architecture et de l'urbanisme*, Ed. Seuil, Paris 1980
- DAVEZIES L., *La crise qui vient, la nouvelle fracture territoriale*, éd. Le Seuil, 2012
- DROBENKO B., *Droit de l'urbanisme*, éd. Gualino, 13e éd., 2018.
- FRESNEAU J.-A., *Guide juridique et pratique de l'urbanisme commercial*, EFE, 2020, 4e éd.
- GRABOY-GROBESCO A., *Droit de l'urbanisme commercial*, LGDJ, 1999, 360 pages
- HAUMONT F., *Droit européen de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme*, Bruylant, 2e éd., 2014
- KALFLÈCHE G., *Droit de l'urbanisme*, Thémis, 3e éd. P.U.F, 2021
- NICINSKI S., *Droit public des affaires*, Lextenso, 7e éd., 2019
- VIEL M., *Étalement urbain et mobilité*, La documentation française, 2010

Ouvrages collectifs

- BOULLÉ B., GROSSE D., GUINOT V., *Urbanisme commercial*, éd. Le Moniteur, 2020, 3e éd., 444 pages
- CASTELBAJAC (de) P., MONOD J., *L'aménagement du territoire*, éd. Que sais-je ?, P.U.F 2020
- MERLIN P., CHOAY F., *Dictionnaire de l'urbanisme et de l'aménagement*, P.U.F
- COLSON J.-P., IDOUX P., *Droit public économique*, éd. L.G.D.J., 8e éd., 2016.
- JÉGOUZO Y. (dir.), *Droit de l'urbanisme. Dictionnaire pratique*, éd. Le Moniteur, 2e éd., 2013.
- AUBY J.-B., NOGUELLOU R., PÉRINET-MARQUET H., *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Précis Domat, L.G.D.J., 11e éd., 2017
- JACQUOT H., PRIET F., MARIE S., *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, 8e éd., 2019
- SOLER-COUTEAUX P., CARPENTIER E., *Droit de l'urbanisme*, Hypercours, Dalloz, 8e éd., 2022
- O. BADOT, MORENO D., *Commerce et urbanisme commercial. Les grands enjeux de demain*, éd. EMS, 2016, 312 pages
- MORAND-DEVILLIER J., FERRARI S., *Droit de l'urbanisme*, Dalloz, 10e éd., 2018.
- LINOTTE D., PIETTE F., ROMI R., *Droit public économique*, LexisNexis, coll. Manuel, 9e éd., 2022, 524 pages

Memento Urbanisme et Construction, éd. Francis Lefebvre, 2021

Codes

Code de l'urbanisme (C. urb.), GRAND R. / MEHL-SCHOUDER M.-C. / DRIARD J.-H. / IBANEZ P. / LESERGENT M.-Ch., annoté et commenté, Droit public, 31e éd., 2022

Code de commerce (C. com.), RONTCHEVSKY N. / CHEVRIER E. / PISONI P., annoté, Droit privé, 117e éd., 2022

Code de la construction et de l'habitation (CCH), BERTOLASO S. / FUCHS-CESSOT A. / GARCIA F. / DREVEAU C., annoté et commenté, Droit privé, 29e éd., 2022

Code général des collectivités territoriales (CGCT), CAMBY J.-P., annoté, Droit public, 25e éd., 2022

Code de l'environnement (C. env.) CANS C. / MAKOWIAK J. / JOLIVET S. / DEJEAN E., annoté et commenté, 25e éd., 2022

Code des transports (C. transp.) 2019

Thèses

ABBESBEL-GHITH A., *La maîtrise urbaine*, Toulouse, 2017

INSERGUET J.-F., *La spécificité du régime des actes administratifs en droit de l'urbanisme : l'exemple du POS*, Limoges, 1997

MAUBLANC J.-V., *Le marché des autorisations administratives à objet économique*, Pau, 2016

ARTICLES

(par ordre alphabétique)

Dossier « Loi 3DS : l'esprit et la lettre », AJCT 2022, p. 239

Dossier « 3DS : grande loi ou grosse loi ? », AJDA 2022, p. 1366

AUBRIL S., « La LME simplifie le droit d'installation des commerces », LSA, 16 octobre 2008

AUBY J.-B., « Le statut de l'activité commerciale en Droit de l'Urbanisme », Droit et ville, 1989, 28 pp. 73-91

AUBY J.-B., « Droit de l'urbanisme et droit européen », AJDA 1995. 667

AUBY J.-B., « Quelques réflexions sur l'état du droit de l'urbanisme », Études foncières n° 120, mars-avril 2006, p. 7.

AUBY J.-B., « Faut-il abroger la loi ROYER ? Un point de vue de juriste » RD imm. 2004, p. 559

AUBY J.-B., « La ville, nouvelle frontière du droit administratif ? », AJDA 2017 p.853

BALAGUER F., « Liberté d'entreprendre o – Protection des centres-villes 1, vraiment ? », Droit Administratif n° 12, Décembre 2020, comm. 50

BERSANI C., « Les DTA ou le retour de l'Etat gendarme », Etudes foncières n°83, 1999

BLANC N., GLATRON S., « Du paysage urbain dans les politiques nationales d'urbanisme et d'environnement », in « L'Espace géographique », tome 34, éd. Belin 2005, p. 65 à 80

BONICHOT J.-Cl., DONNAT F., « Urbanisme et droit de l'Union européenne : les apports de la jurisprudence récente de la Cour de Justice », DAUH 2011, p. 22

BON-JULIEN E., « Le droit de préemption "commercial" : un droit inapplicable ? », LPA 15 avril 2009, p. 8

BONNEFONT R., « Principe d'indépendance des législations versus principe de prévention : le permis de construire et les mesures ERC », AJCT 2021 p.331

- BOREL J.-Ph., « Condition de validité d'une autorisation d'exploitation commerciale », AJDI 2014, 306
- BOREL J.-Ph., « Le document d'aménagement commercial, élaboration et intégration dans les Schémas de cohérence territoriale : état des lieux depuis la loi Grenelle II », AJCT 2013, p. 237
- BORTOLAMIOL A., « La proposition de loi OLLIER. Le point de vue d'une juriste d'une grande enseigne de distribution alimentaire. Un projet de réforme mis en attente, à juste titre », Cah. dr. entr., n°2, dossier 10, 2012
- BOUYSSOU F., « L'urbanisme commercial en 1993 », RFDA 1994, p. 336
- BOUYSSOU F., « Droit de l'urbanisme et développement économique et commercial », AJDA 1993, n° spécial, p. 161
- BOUYSSOU F., « Commentaire de divers textes portant réforme de l'urbanisme commercial », AJDA 1996 p.754
- BOUYSSOU F., « La réforme de l'urbanisme commercial : une loi (presque) pour rien », comm. de la loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (JO 5 août 2008, p. 12471), AJDA 2008 p.1941
- BOUYSSOU F., « Les nouveaux critères des autorisations d'urbanisme commercial - Appréciation par le juge », AJDA 2011 p.659
- BOUYSSOU F., « Les grands arrêts de l'urbanisme commercial » Gaz. Pal. 8-10 septembre 2013, p. 17
- BOUYSSOU F., « SCoT et urbanisme commercial », AJDA 2013, p. 416
- BOUYSSOU F., « La réforme de l'urbanisme commercial par la loi « artisanat-commerce » », RD imm. 2014, p. 389
- BOUYSSOU F., « L'urbanisme commercial après les lois DUFLOT, PINEL et MACRON », RJ com. 2016. 142
- BRAYE D., note « Les règles d'urbanisme commercial - Allemagne / Pays-Bas » publiée dans le rapport d'information « Urbanisme commercial » fait au nom de la Commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, relative à l'urbanisme commercial, n° 180 (2010-2011) - 15 décembre 2010
- BRETT R., « La participation du public à l'élaboration des normes environnementales : état des lieux et perspectives », Droit et Ville, n° 83, 2017, pp. 137-158
- CADIEUX P., « La LME ou la réforme inachevée de l'urbanisme commercial », Revue Lamy coll. terr., septembre 2008, p. 43
- CLAUDEL E., « Projet de loi « MACRON » : un texte controversé », RTD com. 2015. 75
- CLÉMENT-WILTZ L., MARTUCCI F., MAYEUR-CARPENTIER C., « Droit de l'Union européenne et droit administratif français », RFDA 2018. 741
- DEBAUSSART D., « À quoi servent les schémas de développement commercial ? », Mon. TP 2 janvier 2004, p. 44.
- DELPECH X., « Un décret de simplification en matière d'aménagement commercial », AJ Collectivités Territoriales - Concurrence - Distribution 2015 p.102
- DEVILLERS H., « Le Conseil constitutionnel au chevet des centres-villes dévitalisés », AJDA 2020 p.1617
- DONNAT F., « Les restrictions imposées à l'implantation des grands établissements commerciaux peuvent être justifiées », RJEP 2011 n° 691 p.25-26
- DUTRIEUX D., « Urbanisme commercial : précisions sur la notion de modification substantielle », LPA 27 octobre 2009, p. 12, note sous CE 3 septembre 2009, n° 318980, SAS Unipersonnelle l'immobilière groupe Casino, Lebon ; AJDA 2009.1580
- DURAND-PASQUIER G., « Le décret sur l'urbanisme commercial est sorti ! », Constr.-Urb. n° 4, avril 2015. Alerte 32
- FERRAND J.-P., « Les obstacles au développement d'une véritable politique d'aménagement commercial dans les SCoT », Droit et ville 2015, n° 78 pp. 43 à 57

- FERRAND J.-P., « Nouveau paradigme pour les collectivités locales en matière d'urbanisme commercial ? », AJDA 2018 p.978
- FLONNEAU M., « Georges POMPIDOU, président conducteur, et la première crise urbaine de l'automobile », Vingtième Siècle, revue d'histoire, n°61, janvier-mars 1999. pp. 30-43
- FONBAUSTIER L., « La participation du public », AJDA 2015 p.517
- FRESNEAU J.-A., « Loi 3DS : la fin annoncée des commissions d'aménagement commercial ? », Le moniteur, 10 juin 2022
- GIACUZZO J.-Fr., « Permis valant autorisation d'exploitation commerciale, Période transitoire du contentieux », AJDA 2020 p.1886
- GIVAUDAN A., « Entrées de villes : on s'est tiré une balle dans le pied », Études foncières, septembre 1997, n° 74, p. 42.
- GRABOY-GROBESCO A., « La loi de modernisation de l'économie et la nouvelle réforme du droit de l'urbanisme commercial », RD imm. 2008 p.470
- GRABOY-GROBESCO A., « Aménagement commercial : les suites réglementaires de la « réforme LME » », RD imm. 2009 p.144
- GRABOY-GROBESCO A., « Les schémas de développement commercial » AJDA 2003, p. 169
- GRAND R., « Autorisation d'exploitation commerciale : feu le critère de la densité d'équipement commercial », AJDA 2010 p.1852
- GRAND R., « Publication du volet réglementaire de la réforme de l'aménagement commercial », AJDA 2015. 309
- GUERMOND Y., « Repenser l'urbanisme par le développement durable ? », Revue « Natures Sciences Sociétés », Vol. 14, 2006, pp. 80 à 83
- HAUMONT F., « La Cour de justice des Communautés européennes et l'urbanisme », in Mélanges JACQUOT, PU Orléans, 2006
- HAUMONT F., « Droit européen de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme », REDE n°1, 2008, pp. 112-113
- HAURIOU A., « Le droit administratif de l'aléatoire », in Mél. TROTABAS, LGDJ, 1970, p. 197
- HEITZ A., « Existe-t-il un urbanisme de la logistique ? Le cas de l'Ile-de-France », Transports Infrastructures & Mobilités, n°522, juillet-août 2020
- HUGLO J.-G., « Liberté d'établissement et libre prestation des services, 1er juillet 1995 - 1er juillet 1996 », RTD Eur. 1996 p.741
- JACQUOT H., « Vers une profonde réforme de l'urbanisme commercial », in Mél. HOSTIOU, Litec, 2007, p. 259
- JOYE J.-Fr., « Intégrer l'urbanisme commercial dans l'urbanisme général », AJDA 2007 p.1063
- JOYE J.-Fr., « La réforme de l'urbanisme commercial par la loi du 18 juin 2014 - Un peu plus d'urbanisme, un peu moins de commerce », AJDA 2014 p.1994
- LAGUERRE A., « Le commerce intégré dans l'urbanisme, la liberté du commerce menacée. – A propos d'une proposition de loi... », JCP Adm. 2011. 2056
- LEBRETON J.-P., La planification urbaine dans la loi ALUR, AJDA 2014 p.1088
- LE COQ V., « Urbanisme commercial. Vingt années d'application de la réglementation des centres commerciaux », AJDI 1994 p.102
- LE DORH M., « Les nouveaux pouvoirs des collectivités en matière de revitalisation des centres-villes », Constitutions 2019 p.403
- LE MORE P., TALAU J.-M., « La réforme de l'urbanisme commercial à l'aune des droits de l'urbanisme et de la concurrence », Contrats Concurrence Consommation n° 4, Avril 2013, étude 6
- LENOIR N., « La décision n° 2021-825 DC du 13 août 2021 sur la loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience à l'aune du droit constitutionnel européen », JCP 4 octobre 2021, n° 40, p. 1798-1801
- LEPAGE-JESSUA C., « La loi ROYER déviée de son objet », AJPI, 10 février 1990

- MALAURIE-VIGNAL M., RIEM F., « Urbanisme commercial et droit de la concurrence », *JCP E* 2011, p. 1579
- MALINVAUD Ph., « Les centres commerciaux, Introduction au colloque du 23 septembre 1994 », *RD imm. 1994* p.529
- MARIE S., « L'urbanisme et le logement », *RFDA 2022* p.423
- MARTUCCI F., « Droit de l'Union européenne et droit administratif français, 1er juillet 2021 - 31 décembre 2021 », *RFDA 2022* p.137
- MONNET J., « L'urbanisme commercial français de 1969 à 2009 : quels changements avant et après la Directive européenne Services ? », in *Jornadas internacionales de estudio y análisis « La directiva de servicios y su impacto sobre el comercio europeo »*, Oct 2008, Valladolid, Espagne
- MONNET J., « Espacio público, comercio y urbanidad en Francia, México y Estados Unidos », *Alteridades* n°11, p.11-25 (México D.F.)
- MORENO D., « Le nouvel aménagement commercial : dans l'attente d'une vraie réforme », *BJDU 3/2008*, p. 150.
- MORENO D., « Quand l'urbanisme redécouvre le commerce », *BJDU 2010*. 246
- NOGUELOU R., « Évolution majeure de l'urbanisme commercial », *RD imm. 2022* p.129
- PASTOR J.-M., « L'urbanisme commercial s'invite dans le projet de loi MACRON », *AJDA 2014* p. 2388
- PETIT J.-M., « Loi 3DS : principales innovations en matière d'aménagement du territoire et d'environnement », *AJCT 2022*, p. 296
- PEYNET Ph., « Le point sur les autorisations d'urbanisme après la loi Climat et résilience », *AJCT 2022*. 8
- PHILIPPE B., REDON D., « Contrôle des concentrations : principaux apports des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence », *BRDA 2010*, n° 7, p. 11
- PICOD F., « Le dispositif espagnol relatif à la création des grandes surfaces mis à mal devant la Cour de Justice », *JCP 2011* n° 14 p.655
- PIRON M., « Pour une lecture politique de la jurisprudence européenne (à propos de la décision de la Cour de justice de l'Union européenne du 24 mars 2011) », *LPA* n° 145, 22 juillet 2011, p. 16
- PRIEUR M., « Exploitation commerciale des drives : la fin programmée et confirmée d'un vide juridique », *Gaz. Pal. 2014*. 838
- RENARD V., « La pertinence économique du droit de l'urbanisme », in Mél. en l'honneur de H. JACQUOT, Presses Universitaires d'Orléans, 2006, p. 535
- RENAUX M.-A., « L'aménagement commercial après la loi PINEL », *Construction - Urbanisme* n° 9, septembre 2014, étude 7
- RENAUX M.-A., « Les ajustements opérés par la loi MACRON en matière d'aménagement commercial », *Construction - Urbanisme* n° 11, novembre 2015, comm. 153
- RENAUX M.-A., « Sur la difficile définition de l'objectif de développement durable imposé aux bâtiments commerciaux », *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution 2015* p.188
- REVERT M., « L'intérêt à agir du concurrent voisin contre un permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale, note sous CAA Nantes, 25 janvier 2018, n° 17NT01192, Société Distribution Casino France », *RD imm. 2018*, p.188
- REVERT M., « Premières QPC sur le volet aménagement commercial de la loi Elan », *RD imm. 2020* p.153 ;
- REVERT M., « La constitutionnalité sans surprise des nouveaux critères de délivrance des autorisations d'exploitation commerciale », *RD imm. 2020* p.267
- REVERT M., « L'échec (provisoire ?) de la coordination du droit de l'urbanisme et du droit de l'aménagement commercial au stade du contrôle de la conformité des surfaces de vente », *RD imm. 2021* p.180
- RIVERO J., « Le plan et le droit », in *La planification comme processus de décision*, Armand Colin, 1965, p. 121

- ROBBES A., « Le contentieux des autorisations d'exploitation commerciale », Cahiers de droit de l'entreprise n° 2, Mars 2012, dossier 9
- ROBBES A., JÉGOU P., « L'urbanisme commercial : état des lieux et perspectives », Cah. dr. entr. 2012, n°2, dossier 6
- ROLIN F., « Supprimons les schémas de cohérence territoriale ! », AJDA, 2014.1177
- SOLER-COUTEAUX P., « Droit de l'urbanisme et droit de l'environnement : réflexions sur la production de la norme d'urbanisme », in « De Code en Code » Mélanges en l'honneur du doyen G. WIEDERKEHR, Dalloz, 2009, p. 763
- SOLER-COUTEAUX P., « Le droit de l'urbanisme : sous la règle, quelle liberté ? », RD imm. 2009, p. 208
- SOLER-COUTEAUX P., « Sur le contenu du volet commercial du SCoT (note sous TA Grenoble, 27 novembre 2014, n° 1203383, *SAS Sodigor et SAS Saint Rambert Dis*) » RD imm. 2015, p.141
- SOLER-COUTEAUX P., STREBLER J.-Ph., « La loi Elan et les documents d'urbanisme : les modifications adoptées et les évolutions annoncées », RD imm. 2019 p.132
- SOLER-COUTEAUX P., STREBLER J.-Ph., « Les documents d'urbanisme à l'épreuve du zéro artificialisation nette : un changement de paradigme », RD imm. 2021 p. 512
- SOLEILHAC Th., « Vers une commercialité des autorisations administratives », AJDA 2007 p. 2178
- STREBLER J.-Ph., « Changements d'ALUR modérés pour les SCoT », RD imm. 2014, p. 300
- STRUILLOU J.-F., « Droit et écriture du document d'orientations générales », in LEBRETON J.-P. (dir), *Évaluation juridique des premiers SCoT*, Les cahiers du GRIDAUH, n° 19.
- TALAU J.-M., « Urbanisme commercial et Autorité de la concurrence », JCP Adm. 2015. Actu. 416.
- TALAU J.-M., « Revue de détail des questions sur l'urbanisme commercial après les lois ALUR et ACTPE », JCP Adm. 19 janvier 2015, n° 2014.
- TALAU J.-M., « La riche actualité de l'urbanisme commercial », JCP Adm. 2014, n° 2272.
- TALAU J.-M., « L'impact du SCoT sur l'urbanisme commercial, à nouveau en question : la jurisprudence et le projet de loi ALUR », JCP Adm. 2013, n° 2190
- TALAU J.-M., « Mise en perspective de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et des mutations de l'urbanisme commercial en France », JCP Adm. 2011, n° 2277
- TALAU J.-M., « Revue de détail des questions sur l'urbanisme commercial après les lois ALUR et ACTPE », JCP A 2015, n° 3, pp. 1-12
- TALAU J.-M., « Confirmation de l'impact très limité des plafonds de surface commerciale dans le SCoT, à l'égard des autorisations d'aménagement commercial », JCP A n° 43, 21 octobre 2013, act. 837.
- TANGUY Y., « Quand l'argent fait la loi. Le cas de l'urbanisme commercial », Revue Pouvoirs n°46, septembre 1988, pp. 97 à 112
- TANGUY Y., « Une surprise tardive : la réforme de l'urbanisme commercial », RD imm. 1993, p.1
- TANGUY Y., « La Loi ROYER et la réforme du 5 juillet 1996 : troisième ou dernier acte? », RD imm. 1997, p. 1
- TERNEYRE P., « Sur les incohérences, effets pervers et failles de certaines dispositions du droit de l'urbanisme commercial », LPA 1996, n° 68, p. 24
- TOULLIER M., « Le juge administratif suprême face à l'équilibre des formes de commerce », AJDA 2004. 801
- TREMEAU J., « Droit constitutionnel de l'urbanisme », Fasc. 1454, JCP Administratif, février 2010
- TREMEAU J., « Comment apprécier la compatibilité d'un PLU avec les normes supérieures ? », AJDA 2018 p.1348
- VALDIGUIÉ M., SCHMIT P., « Favoriser la réutilisation des friches commerciales », Annales des Mines - Responsabilité et environnement, vol. 91, n° 3, 2018, pp. 38-40
- VANDERMEEREN R., « Le régime de l'urbanisme commercial : vers la fin d'une exception française ? », in Mél. JÉGOUZO Y., Dalloz, coll. Terres de droit, 2009, p. 77

- VANDERMEEREN R., « Une nouvelle réforme pour l'urbanisme commercial » JCP A 2019, 2016
- VANDERMEEREN R., « Loi Elan: nouvelle réforme en matière d'urbanisme commercial », BRDA 2019, n°1, p. 23
- VAUDOUR N., « Les grandes surfaces périphériques de vente dans les Bouches-du-Rhône », *in* Annales de Géographie, t. 87, n°479, 1978. pp. 40-58
- A. VERDIER-MAILLOT, « Urbanisme commercial : où en sommes-nous ? », AJCT 2015 p.383
- VERPEAUX M., « La lutte contre le dérèglement climatique devant le juge constitutionnel : Les espoirs déçus », AJDA 20 décembre 2021, n° 43, p. 2526-2532
- VITAL-DURAND E., SAUVE J., « Urbanisme commercial : publication du décret d'application de la loi PINEL », JCP N 2015, Actu. 318
- WALTUCH J., « Aménager sans artificialiser : le défi de l'aménagement commercial après la loi Climat », RD imm. 2021 p.523

DÉCISIONS JURIDICTIONNELLES

Jurisprudence constitutionnelle

- Conseil constitutionnel, 20 février 1973, n° 73-76 L
- Conseil constitutionnel, 26 janvier 1995, n° 94-358 DC, *Aménagement du territoire*
- Conseil constitutionnel 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC, *Loi Solidarité et renouvellement urbains (SRU)*
- Conseil constitutionnel, 12 mars 2020, n° 2019-830 QPC, *Conseil national des centres commerciaux*
- Conseil constitutionnel, 13 août 2021, n° 2021-825 DC, *Loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*

Jurisprudence administrative

Conseil d'État

- Conseil d'État, ass., 22 juin 1951, *Daudignac* n° 00.590 02.551
- Conseil d'État, ass., 22 février 1974, *Adam* n° 91.848 93.520
- Conseil d'État, sect., 17 décembre 1982, *Société Angéllica-Optique Centraix*, n° 35.554
- Conseil d'État, 13 mai 1992, *Ramier*, n°89.858
- Conseil d'État, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, n° 169.907
- Conseil d'État, 18 février 1998, *Société Soberga*, n° 160.836
- Conseil d'État, sect., 27 mai 2002, *Société Guimatho et autres c/ Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*, n° 229.187
- Conseil d'État, 5 mars 2003, *Société Immaldi*, n° 225.470
- Conseil d'État, 30 juillet 2003, *SA Caen Distribution*, n° 227.838
- Conseil d'État, 5 novembre 2003, *SCI Les blés d'or* n° 237.383
- Conseil d'État, 7 juin 2004, *Société DVO*, n° 257.834
- Conseil d'État, 12 janvier 2005, *Société Cora Belgique c/ Société des supermarchés Match*, n° 260.198
- Conseil d'État, 8 juillet 2005 *Société Alusuisse-Lonza-France*, n° 247.976
- Conseil d'État, 28 septembre 2005, *Société Sumidis, Société Coco fruits*, n° 274.706

Conseil d'État, ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy* n° 297.731
Conseil d'État, 4 octobre 2010 n° 333.413, *Syndicat commercial et artisanal de l'agglomération sénonaise, Société Sens distribution* (jurisprudence dite « « Porte de Bourgogne »)
Conseil d'État, 27 juin 2011, *GIE Centre commercial des Longs Champs*, n° 336.234
Conseil d'État, 23 mai 2012, *Régie autonome des transports parisiens*, n° 348.909
Conseil d'État, 11 juillet 2012, *Société Sodigor*, n° 353.880
Conseil d'État, 12 décembre 2012, *Société Davalex*, n° 353.496
Conseil d'État, 23 juin 2014, *Société TPLM*, n° 373.671
Conseil d'État, 30 décembre 2014, *Société groupe Patrice Pichet c/ Commune de Biarritz*, n° 360.850
Conseil d'État, 11 février 2015, *Société Reims République Développement*, n° 370.089
Conseil d'État, 7 mars 2018, *SNC Lidl*, n° 404.079
CE (avis), 29 mars 2018, *Avis sur un projet de loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (ELAN)*, n° 394.435
Conseil d'État, 14 novembre 2018 n° 409.833 *Conseil national des centres commerciaux*
Conseil d'État, 16 mars 2020, n° 434.918
Conseil d'État, 25 mars 2020, *SCI Parc du Béarn*, n° 409.675
Conseil d'État, 25 mars 2020, *Société Guignard Promotion*, n° 416.731
Conseil d'État, 15 juillet 2020, *Conseil national des centres commerciaux*, n° 431.703,
Conseil d'État, 29 décembre 2020, *Conseil national des centres commerciaux*, n°s 433.292, 434.451
Conseil d'État, 30 décembre 2020, *Association Koenigshoffen Demain*, n° 432.539
Conseil d'État, avis, 4 février 2021, *Projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et ses effets*, n° 401.933
Conseil d'État, 2 août 2021, n° 434.918, 436.437 et 436.962
Conseil d'État, 22 novembre 2021, n° 431.724

Cours administratives d'appel

CAA Marseille, 29 mars 2012, *SCI Regain*, n° 10MA02148
CAA Bordeaux, 7 avril 2016, n° 15BX00371
CAA Bordeaux, 28 décembre 2017, n° 15BX03116
CAA Nantes, 28 novembre 2019, *Assoc. Environnement et Patrimoine de Béner Le Mans*, n° 19NT00934
CAA Lyon, 17 juin 2021, n° 20LY01999

Tribunaux administratifs

TA Grenoble, 10 novembre 1976, *Groupement de réalisations économiques et commerciales, Lebon T. 1175*
TA Rouen, 30 mars 1984, *Syndicat général de commerce et des prestataires de services non portuaires et autres*, n° 2734, 2735, 2778 et 5387
TA Rouen, 8 mars 1985, *Ville d'Evreux et autres*, n° 1646 et 1650
TA Orléans, 16 juin 2009, *Société Sodichar SAS*, n° 0602577
TA Orléans, 16 juin 2009, *Commune de Barjouville*, n° 0602688
TA Paris, 5 octobre 2022, *Société Frichti, Société Gorillas Technologies France*, n°s 2219412/4, 2219413/4, 2219415/4, 2219157/4, 2219158/4, 2219161/4, 2219163/4, 2219165/4, 2219166/4

Autres décisions

Conseil de la concurrence, avis n° 07-A-12 du 11 octobre 2007, sur à la législation relative à l'équipement commercial

Autorité de la concurrence, avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012, relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris

Autorité de la concurrence, avis n°13-A-20 du 7 novembre 2013, à propos de la mise en œuvre de la dernière phrase du 1er al. de l'article L. 752- 6-1 du Code de commerce

Autorité de la concurrence, décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016, à propos de la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac

CNEN, avis n°22-02-03-02758 ; 22-02-03-02759 ; 22-02-03-02760 (séance du 22 février 2022)

Commission européenne, 13 décembre 2006, IP/06/1794 (Infraction n° 2000/5224) avis adressé à la République française au titre de l'article 226 du Traité CE en raison de restrictions à la liberté d'établissement des surfaces commerciales

Commission européenne, 25 juin 2009 (Infractions n°2008/4946 et 2015/4207) mise en demeure adressée à la République fédérale d'Allemagne, dans le cadre du déclenchement d'une procédure en manquement pour des restrictions à l'établissement de grandes surfaces concernant deux Länder (Rhénanie-du-Nord-Westphalie et Bade Wurtemberg)

Commission européenne, Communication au Conseil, au Parlement européen, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Vers une stratégie thématique pour l'environnement urbain n° COM/2004/0060

Cour de justice des Communautés européennes, 8 décembre 1987, *ministère public c/ Gauchard*, aff. 20/87

Cour de justice des Communautés européennes, 20 avril 1988, *procédure pénale c/ Bekaert*, aff. 204/87

Cour de justice des Communautés européennes, 14 juillet 1994, *procédure pénale c/ Peralta*, aff. C-379/92

Cour de justice des Communautés européennes, 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard*, aff. C-55/94

Cour de justice des Communautés européennes, 27 septembre 2001, *Głoszczuk*, aff. C-63/99

Cour de justice de l'Union européenne, 24 mars 2011, *Commission c/ Espagne*, aff. C-400/08

Cour de justice de l'Union européenne (GC), 30 janvier 2018, *Visser Vastgoed Beleggingen BV c/ Raad van de gemeente Appingedam*, aff. C-31/16

Cour de justice de l'Union européenne, 15 juillet 2021, *Conseil national des centres commerciaux*, aff. C-325/20, (sur question préjudicielle posée par Conseil d'État, 15 juillet 2020, n°431703).

AUTRES TEXTES

Lois

Loi n° 62-903 du 4 août 1962 complétant la législation sur la protection du patrimoine historique et esthétique de la France et tendant à faciliter la restauration immobilière (loi MALRAUX)

Loi n° 67-1253 du 30 décembre 1967 d'orientation foncière

Loi n° 72-657 du 13 juillet 1972 instituant des mesures en faveur de certaines catégories de commerçants et artisans âgés

Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat (loi ROYER)

Loi n° 79-1150 du 29 décembre 1979 relative à la publicité, aux enseignes et préenseignes

Loi n° 90-1260 du 31 décembre 1990 d'actualisation de dispositions relatives à l'exercice des professions commerciales et artisanales (loi DOUBIN)

Loi n° 91-662 du 13 juillet 1991 d'orientation pour la ville (loi LOV)

Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (loi SAPIN)

Loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement (loi BARNIER)

Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat (loi RAFFARIN)

Loi n° 96-987 du 14 novembre 1996 « Pacte de relance pour la ville »

Loi n° 96-123 du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie (loi LAURE)

Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains (loi SRU)

Loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 urbanisme et habitat

Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises

Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (loi LME)

Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (loi ENE)

Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (loi ALUR)

Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises (loi ACTPE)

Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (loi MACRON)

Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages

Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté

Loi n° 2017-257 du 28 février 2017 relative au statut de Paris et à l'aménagement métropolitain

Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (loi ELAN)

Loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités (loi LOM)

Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (loi Climat et Résilience)

Loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale (loi 3DS)

OLLIER P., PIRON M., Proposition de loi n° 2490 (3 mai 2010)

Ordonnances

Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du Code de commerce

Ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 portant refonte du Code de l'organisation judiciaire et modifiant le Code de commerce, le Code rural et le Code de procédure pénale

Ordonnance n° 2015-1174 du 23 septembre 2015 relative à la partie législative du livre Ier du Code de l'urbanisme

Ordonnance n° 2020-744 du 17 juin 2020 relative à la modernisation des SCoT

Décrets et autres règlements

Décret n° 93-306 du 9 mars 1993 relatif à l'autorisation d'exploitation commerciale de certains magasins de commerce de détail et de certains établissements hôteliers, aux observatoires et aux commissions d'équipement commercial

Décret n° 95-1140 du 27 octobre 1995 relatif à l'affectation de l'excédent du produit de la taxe d'aide au commerce et à l'artisanat

Décret n° 2001-260 du 27 mars 2001 modifiant le Code de l'urbanisme et le Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique et relatif aux documents d'urbanisme

Décret n° 2008-1212 du 24 novembre 2008 relatif à l'aménagement commercial

Décret n° 2015-165 du 12 février 2015 relatif à l'aménagement commercial

Décret n° 2015-482 du 27 avril 2015 portant diverses mesures d'application de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové et relatif à certaines actualisations et corrections à apporter en matière d'application du droit des sols

Décret n° 2015-815 du 3 juillet 2015 relatif à la procédure d'attribution des contrats de revitalisation artisanale et commerciale

Décret n° 2015-914 du 24 juillet 2015 modifiant certaines dispositions du Code de l'urbanisme relatives au droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial

Décret n° 2015-1461 du 10 novembre 2015 relatif aux exceptions à l'application du principe « silence vaut acceptation »

Décret n° 2015-1783 du 28 décembre 2015 relatif à la partie règlementaire du livre Ier du Code de l'urbanisme et à la modernisation du contenu du plan local d'urbanisme

Décret n° 2019-331 du 17 avril 2019 relatif à la composition et au fonctionnement des CDAC et aux demandes d'autorisation d'exploitation commerciale

Décret n° 2019-563 du 7 juin 2019 relatif à la procédure devant la CNAC et au contrôle du respect des autorisations d'exploitation commerciale

Décret n° 2019-795 du 26 juillet 2019 relatif à la faculté de suspension de la procédure d'autorisation d'exploitation commerciale

Décret n° 2020-1169 du 24 septembre 2020 modifiant la nomenclature des installations classées pour la protection de l'environnement et la nomenclature annexée à l'article R. 122-2 du Code de l'environnement

Décret n° 2021-631 du 21 mai 2021 relatif à la suppression de l'exigence de présentation par les entreprises d'un extrait d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers dans leurs démarches administratives

Décret n° 2022-762 du 29 avril 2022 relatif aux objectifs et aux règles générales en matière de gestion économe de l'espace et de lutte contre l'artificialisation des sols du schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires

Décret n° 2022-763 du 29 avril 2022 relatif à la nomenclature de l'artificialisation des sols pour la fixation et le suivi des objectifs dans les documents de planification et d'urbanisme

Projet de décret n° ECOI2208184D relatif aux modalités d'octroi de l'autorisation d'exploitation commerciale pour les projets engendrant une artificialisation des sols

Arrêté du 10 novembre 2016 définissant les destinations et sous-destinations de constructions pouvant être réglementées par le règlement national d'urbanisme et les règlements des plans locaux d'urbanisme ou les documents en tenant lieu

Arrêté du 22 décembre 2021 établissant les listes d'agglomérations de plus de 100 000, 150 000 et 250 000 habitants conformément à l'article R. 221-2 du Code de l'environnement et à l'article L. 2213-4-1 du CGCT

Circulaires et directives

Circulaire du 24 août 1961 dite « SUDREAU-FONTANET »

Circulaire du 21 août 1978 sur l'autorisation des clôtures et d'installations et de travaux divers

Circulaire du 13 juillet 2001 portant application des dispositions du Code de commerce en matière d'équipement commercial, n°3107

Circulaire du 7 et 28 août 2008 (retirée par celle du 24 octobre 2008) de la direction du Commerce, de l'Artisanat, des Services et des Professions libérales précisant la mise en oeuvre des dispositions transitoires applicables en matière d'implantations d'équipements commerciaux depuis la publication de la loi du 4 août 2008

Circulaire du 16 janvier 1997 portant application des dispositions de la loi du 27 décembre 1973 relative aux équipements commerciaux, n° 247

Circulaire du 21 juin 1999 de la Secrétaire d'Etat aux Petites et Moyennes Entreprises, au Commerce et à l'Artisanat

Circulaire du 31 décembre 2009 relative au rôle des services de l'État chargés de l'urbanisme et de l'environnement dans la mise en œuvre des dispositions sur l'aménagement commercial, n° DEVU1000389C

Circulaire du 4 février 2019 relative à l'accompagnement par l'État des projets d'aménagement des territoires, n° LOGL1905862J

Circulaire du 31 octobre 2019 relative à la faculté de suspension, par arrêté préfectoral, de la procédure devant les commissions départementales d'aménagement commercial, n° ECOI1929035C

Circulaire du 24 août 2020 sur le rôle des préfets en matière d'aménagement commercial dans le cadre de la lutte contre l'artificialisation, n° 620-SG

Circulaire du 30 août 2021 relative à la contractualisation et la planification locale pour lutter contre l'artificialisation des sols, n° TERB2118777C

Circulaire du 7 janvier 2022 relative à la mise en œuvre opérationnelle de la loi Climat et résilience en matière de lutte contre l'artificialisation des sols, n° 6323-SG

Instruction du gouvernement du 3 mai 2017 sur la législation en matière d'aménagement commercial, n° ECFI1713905C

Instruction du gouvernement du 29 juillet 2019 relative à l'engagement de l'État en faveur d'une gestion économe de l'espace, n° LOGL1918090J

Instruction du gouvernement, Fiches techniques, Modalités de régulation des *dark stores*, mars 2022

Textes européens et communautaires

Traité instituant la Communauté économique européenne (Traité CE)

Traité sur l'Union européenne (Traité UE)

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Traité FUE)

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

Directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement

RAPPORTS OFFICIELS

(par ordre alphabétique)

Rapports de groupes de travail

ATTALI J. (dir.), *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, XO Éditions, La Documentation française, 2008

CAPDEVILLE B., *Avis du Conseil économique et social, au nom de la section des questions économiques générales et de la conjoncture*, n° 19, 18 juin 2008

CHARIÉ J.-P., *Avec le commerce, mieux vivre ensemble*, 2009, pp. 354 s.

Conseil d'État, *Le droit souple*, étude annuelle 2013 (297 pages)

GIACUZZO J.-P., LE GRAND V., PRIET F., *Etude relative à l'intégration des éléments de l'aménagement commercial au sein des documents d'urbanisme*, 5 juin 2021

GIEC, *Rapport spécial du GIEC sur le changement climatique, la désertification, la dégradation des sols, la gestion durable des terres, la sécurité alimentaire et les flux de gaz à effet de serre dans les écosystèmes terrestres*, 2019

HÉMAR E., DAHER P., *Pour une chaîne logistique plus compétitive au service des entreprises et du développement durable*, 16 septembre 2019

Rapports d'information (Sénat / Assemblée nationale)

BABARY S., *Équité et souplesse, pour un commerce en pleine mutation*, Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 10 février 2021, n° 358 (2020-2021)

BELIN B., BABARY B., *Les perspectives de la politique d'aménagement du territoire et de cohésion territoriale, sur le volet « attractivité commerciale en zones rurales »*, Rapport d'information fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable et de la commission des affaires économiques n° 577, 16 mars 2022

BIZET J., *La transposition de la « directive services »*, Rapport d'information fait au nom de la délégation pour l'Union européenne, n° 199 (2007-2008) déposé le 7 février 2008 au Sénat

BLANC J.-B., LOISIER A.-C., REDON-SARRAZY Ch., *Objectif de zéro artificialisation nette à l'épreuve des territoires*, Rapport d'information n° 584 (2020-2021) fait au nom de la commission des affaires économiques, 12 mai 2021

CORBISEZ J.-P., *Sur la proposition de loi visant à faciliter le désenclavement des territoires*, Rapport n°308 fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable, déposé le 13 février 2019

FILLEUL M., HERZOG Ch., *Les perspectives de la politique d'aménagement du territoire et de cohésion territoriale, sur le volet « logistique urbaine durable »*, Rapport d'information n°636 fait au nom de la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable, 24 mai 2022

POINTERAU R., BOURQUIN M., *Sur la revitalisation des centres-villes et des centres-bourgs*, Rapport d'information n° 676, Sénat, 2016-2017

POINTERAU R., BABARY S., DEVINAZ G.-L., de la PROVÔTÉ S. , *Revitalisation des centres-villes et des centres-bourgs : entre enthousiasme et frustrations*, Rapport d'information n° 910 Sénat, 29 septembre 2022

POINTERAU R., BOURQUIN M., *Sur les travaux relatifs à la proposition de loi portant Pacte national de revitalisation des centres-villes et centres-bourgs*, Rapport d'information n° 526 fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation et de la délégation aux entreprises, 30 mai 2018

VAUGRENARD Y., *Sur le projet de loi ACTPE*, Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, 9 avril 2014

VERDIER F., *Sur le projet de loi ACTPE*, Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, 29 janvier 2014

Autres rapports et contributions

AdCF, *Le cadre légal de l'urbanisme commercial, Présentation des dispositions juridiques*, avril 2019

ANCT, *Point de situation sur les Opérations de Revitalisation de Territoire (ORT)*, mai 2021 (disponible en ligne)

APUR, *Les outils au service de la logistique urbaine dans le PLU. L'exemple du PLU de Paris*, Note 170, janvier 2020

Autorité de la concurrence, *Concurrence et commerce en ligne*, 2020

CEREMA, *Logistique urbaine et planification des déplacements : quel bilan après 20 ans d'intégration ? Comment concilier ambition stratégique et mise en œuvre opérationnelle ?*, Novembre 2019

CEREMA - *Fiche outils - Conditionner l'implantation des équipements commerciaux (le DAAC)*, Min. de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales, janvier 2020

CGDD, *Approche standardisée du dimensionnement de la compensation écologique - Guide de mise en œuvre*, mai 2021

CGEDD, France Stratégie, *Rapport de synthèse « Perspective 2040 - 2060 des transports et des mobilités »*, février 2022

CGEDD, *Ville et commerce : un lien à reconstruire*, juillet 2017

CGEDD, *Inscrire les dynamiques du commerce dans la ville durable*, mars 2017

Fédération des SCoT, *Les Schéma de cohérence territoriale et l'aménagement commercial de demain*, septembre 2019

CNAC, *Rapport d'activité*, 2020 (disponible en ligne)

Conseil de l'Europe, *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination*, 2018 (disponible en ligne)

France stratégie, *Rapport « Objectif « Zéro artificialisation nette » : quels leviers pour protéger les sols ?*, juillet 2019

IGF, CGEDD, *La revitalisation commerciale des centres-villes*, juillet 2016
IGF, CGEDD, France Stratégie, *Pour un développement durable du commerce en ligne*, février 2021
INSEE, *La situation du commerce en 2021*, document de travail n° 2021-06, décembre 2021
INSEE, *Les points de vente du commerce de détail – Un dixième des magasins réalise deux tiers du chiffre d'affaires*, 2017
Intercommunalités de France, Groupe La Poste, *Logistique urbaine : la capacité à agir des collectivités*, janvier 2022
Mission Ruralité, *Ruralités, une ambition à partager*, juillet 2019
MIT, Prologis Research, *Logistics Real Estate and E-Commerce Lower the Carbon Footprint of Retail*, janvier 2021
MORENO D., *Schéma de cohérence territoriale et équipement commercial*, 9 janvier 2012, <https://www.gridauh.fr/fr/node/13151>
MORENO D., *La réforme de l'aménagement commercial - à jour de la loi ELAN et de ses textes d'application*, CCI Paris IDF, septembre 2019
Observatoire des usages émergents de la ville, *Comprendre la ville de demain, anticiper ses évolutions et mesurer les bouleversements dans les modes de vie urbains*, novembre 2017
UFC-Que Choisir, *Concurrence locale sur les zones de chalandise et niveau de prix : Quelle relation ?*, 3 avril 2008
Ville de Paris, *Procédure de révision visant à l'adoption d'un Plan local d'urbanisme bioclimatique Avant-projet des Orientations d'aménagement et de programmation (OAP) et du règlement du futur PLU bioclimatique*, 5 septembre - 4 novembre 2022 (en ligne)

AUTRES

Correspondance parlementaire

Rép. min. n° 10275 : JO Sénat 4 mars 2010 - p. 526; JCP E 2010, n° 1307

Rép. min. n° 68705 : JO AN 3 août 2010, p. 8549

Rép. min. n° 89230 : JO AN Q 18 janvier 2011, p. 466

Rep. min. n° 980 : JO AN 31 octobre 2017, p. 5300

Rép. min. à la question de DUVERGÉ B. : JO AN 12 mars 2019 - p. 2 385.

Q. écrite n° 19597 de CAPO-CANELLAS V. (sénateur) : JO Sénat 14 janvier 2016 - p. 114.

Q. écrite n° 03725 de BONHOMME F. : JO Sénat 15 mars 2018 - p. 1144.

Articles de presse généraliste et spécialisée

(par date de publication)

SANTOUS E., Ce que la loi ELAN va changer pour les acteurs de l'immobilier et de la ville, *Business immo*, 21 mars 2018

ALIX G., « EuropaCity : le projet de mégacomplexe définitivement abandonné», *Le Monde*, 7 novembre 2019

GAUTHERON A., La première fois que « Le Monde » a écrit « hypermarché », Le Monde, 24 janvier 2020

Centres-villes : la revitalisation commerciale après la loi ELAN, La Gazette des communes, 5 février 2020

« Le commerce de proximité menacé par Amazon : quel commerce voulons-nous ? », Tribune du 22 juin 2020 publiée dans Libération

PHEULPIN S., Aménagement commercial : Matignon prie les préfets de faire respecter le principe de lutte contre l'artificialisation, Le Moniteur, 25 août 2020

PUGET Y., « Et si les hypermarchés se servaient de leurs magasins de proximité pour vendre du jouet, des livres... », LSA, 4 novembre 2020

Le Conseil d'État valide le moratoire sur les autorisations d'exploitation commerciale prévu par la loi ELAN, Le Moniteur, 8 septembre 2021

JAIGU C., Hors série, Le Figaro magazine, « Ronds points, zones commerciales, urbanisme sauvage ... La France moche - Comment l'État a laissé enlaidir le pays », vend. 26 et sam. 27 août 2022

Public Sénat, Revitalisation des centres-villes : un rapport du Sénat pointe un sous-financement des programmes, 30 septembre 2022

COLLOQUES - JOURNÉES D'ÉTUDE

« Grande distribution alimentaire et concurrence. La loi LME est-elle de nature à modifier les positions acquises des groupes de distribution français ? », 2ème Journée de Recherche Comindus, Montpellier, avril 2009 (intervention d'Odile CHANUT)

« Le droit de l'aménagement commercial », Journée d'étude du CRJP, Faculté de droit d'économie et de gestion d'Orléans, 22 avril 2021 (<https://www.cairn.info/revue-droit-et-ville-2021-2.htm>)

« Observer la vacance et les dynamiques commerciales pour faire face à la crise, réseau Commerce, ville et territoire (CVT) », Webinaire disponible à l'adresse suivante : <https://www.dailymotion.com/video/x7vrpi3> (1/2), <https://www.dailymotion.com/video/x7vrpxk> (2/2)

« La relance économique par le droit de l'urbanisme » (REDUC) après la crise de la Covid-19 », colloque organisé par l'Institut Maurice Hauriou (IMH) de l'Université Toulouse 1 Capitole (UT1), 22 septembre 2022

REMERCIEMENTS	4
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	5
INTRODUCTION	13
TITRE 1 - L'EFFORT DE RÉORIENTATION DE L'AMÉNAGEMENT COMMERCIAL VERS UNE LOGIQUE D'URBANISME	57
CHAPITRE 1 - L'AMÉNAGEMENT COMMERCIAL REMODELÉ PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE	58
CHAPITRE 2 - L'AMÉNAGEMENT COMMERCIAL RÉÉQUILIBRÉ PAR LE DROIT NATIONAL	78
TITRE 2 - L'INÉVITABLE ENCHAÎNEMENT DE L'AMÉNAGEMENT COMMERCIAL À UNE LOGIQUE ÉCONOMIQUE	103
CHAPITRE 1 - LA SUPERFICIALITÉ DE LA PRISE EN COMPTE DES SUJÉTIONS COMMUNAUTAIRES	105
CHAPITRE 2 - LA FRAGILITÉ DE LA MISE EN CONFORMITÉ AU DROIT PUBLIC ÉCONOMIQUE	126
CONCLUSION GÉNÉRALE	152
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE	160