

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Ministère de l'économie et des finances

Instruction du Gouvernement du 3 mai 2017 sur la législation en matière d'aménagement commercial

NOR : ECFI1713905C

Le 3 mai 2017

Le ministre de l'économie et des finances

**la secrétaire d'Etat chargée du commerce,
de l'artisanat, de la consommation
et de l'économie sociale et solidaire**

à

Mesdames et Messieurs les préfets,

La législation relative à l'aménagement commercial a été profondément modifiée avec l'entrée en vigueur de la loi n°2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, dite « ALUR », et de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite « ACTPE ».

La loi « ACTPE » a notamment introduit l'unicité du dossier de permis de construire et de l'autorisation d'exploitation commerciale, modifié la composition des commissions d'aménagement commercial (départementales et nationale) et procédé à une meilleure définition des critères d'appréciation des projets. En revanche, le niveau d'examen des projets commerciaux n'a pas été modifié, ceux-ci devant être, comme auparavant, examinés par les commissions départementales d'aménagement commercial (CDAC) puis, en cas de recours, par la commission nationale d'aménagement commercial (CNAC).

Les statistiques les plus récentes (année 2015) ont permis de constater que 89 % des demandes formulées devant les CDAC font l'objet d'une autorisation ou d'avis favorables. Par ailleurs si près de 25 % des décisions et avis des CDAC font l'objet d'un recours devant la CNAC, près de 75% ne sont pas réexaminés au niveau national.

Or, l'étude des dossiers ayant fait l'objet d'un recours devant la CNAC démontre que si, dans l'ensemble, les CDAC ont intégré les principales dispositions législatives, une amélioration dans le traitement des dossiers est possible et souhaitable (notamment quant au respect des critères d'appréciation des projets et au contrôle des dossiers déposés), y compris pour les dossiers qui ne font pas l'objet d'un recours devant la CNAC.

La présente circulaire vise, par conséquent, à rappeler aux préfets plusieurs éléments essentiels à la bonne mise en œuvre de la législation relative à l'aménagement commercial, dans le but de favoriser un développement équilibré du commerce dans les territoires et de sécuriser juridiquement les décisions ou les avis rendus par les CDAC.

1- Le rôle du préfet

1.1- Au titre de la mise en œuvre des politiques du gouvernement en matière d'aménagement du territoire

1.1.1- Le contrôle de légalité

En matière d'aménagement commercial, votre vigilance doit tout particulièrement se porter sur les schémas de cohérence territoriale (SCoT) : ceux-ci ne doivent en effet 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.

La jurisprudence des juridictions administratives est claire sur ce point : un SCoT ne peut notamment pas interdire certains types de commerce sur son périmètre d'action ; il ne peut, par exemple, pas exclure les hypermarchés de plus de 2 500 m² de surface de vente, ou les « discounteurs ». Un SCoT ne peut davantage limiter le nombre de mètres carrés de surface de vente dans une zone (par exemple, empêcher le développement d'une zone commerciale au-delà de 30 000 m² de surface de vente).

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.

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).

Suite à l'introduction du « permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale » (PC/AEC), par la loi dite « ACTPE » du 18 juin 2014, les arrêtés relatifs aux permis de construire doivent faire l'objet d'une attention particulière, plus précisément dans deux cas de figure.

Le premier concerne les arrêtés de permis de construire (délivrance ou refus de PC) pris sitôt connus les avis de CDAC, c'est à dire sans attendre l'expiration du délai de recours ou l'issue des recours en CNAC. Ces arrêtés sont illégaux (articles L.425-4 du code de l'urbanisme et L.752-17 du code de commerce). L'instauration du « PC/AEC » a conduit certains élus à commettre des erreurs d'appréciation sur l'articulation entre le PC et l'AEC. Néanmoins, la vigilance doit rester de mise, qu'il s'agisse de faire preuve de pédagogie ou de fermeté (la nouvelle procédure est en vigueur depuis presque deux ans maintenant).

Le second cas de figure concerne les permis de construire délivrés pour des projets commerciaux ayant précédemment donné lieu à un avis défavorable en CDAC et/ou CNAC. Tel est bien le cas notamment de la pratique qui consiste, plutôt que de corriger un projet des effets négatifs ayant

motivé l'avis défavorable, à déposer, en premier lieu, une demande de PC « classique » pour une surface de vente opportunément inférieure au seuil des 1 000 m², désormais hors champ d'application de l'article L.752-1 du code de commerce, puis, dans un second temps, une fois le PC obtenu et le bâtiment construit, voire ouvert au public, à solliciter l'autorisation d'étendre la surface de vente, pour porter celle-ci à la taille initialement voulue.

Une commission d'aménagement commercial examine les effets du seul projet qui lui est soumis, projet qu'elle ne peut refuser que si ses effets compromettent les objectifs légaux relatifs à l'aménagement du territoire, au développement durable et à la protection des consommateurs.

Cela signifie que, saisie d'un projet d'extension d'un équipement commercial, elle n'a pas à statuer sur l'existant. Or, il n'est pas rare qu'un projet d'extension de surface de vente, a fortiori dans un bâti existant, n'ait que des impacts limités en termes, par exemple, d'imperméabilisation des sols, de consommation d'espace, de mitage du territoire, d'insertion dans l'environnement (directement impactés, en revanche, par le projet de création de l'équipement commercial). D'où l'intérêt perçu par certains de ne finalement soumettre en CDAC qu'un projet d'extension de la surface de vente, en scindant en deux le projet d'équipement commercial (par exemple, et schématiquement, une création de 1 500 m² de surface de vente, sur 2 000 m² de surface de plancher, est transformée artificiellement en un prétendu projet de 999 m² de surface de vente sur 2 000 m² de surface de plancher, complété d'une demande d'extension de 501 m² de la seule surface de vente). Le but poursuivi est de réaliser le projet voulu, quels qu'en soient les effets négatifs, même pointés par une commission d'aménagement commercial ; la présentation artificielle précitée permet de ne pas corriger ceux-ci.

Ces pratiques sont contraires à l'esprit de la loi et portent atteinte à l'autorité des décisions et avis des commissions d'aménagement commercial. Dans de tels cas, un recours auprès du juge administratif est souhaitable, après en avoir préalablement avisé le président de la CNAC.

1.1.2- Les mises en demeure et arrêtés de fermeture

Le Gouvernement a déjà été interpellé sur la question sensible de la poursuite des exploitations illicites. De plus en plus de procédures contentieuses sont d'ores et déjà pendantes, y compris sur le fondement de la rupture d'égalité de la part d'exploitants qui, après s'être soumis aux exigences de la procédure d'autorisation, n'entendent pas subir la concurrence, déloyale, de tiers qui s'affranchissent de ces règles.

Par conséquent, les mesures de mises en demeure et les arrêtés de fermeture prévus à l'article L.752-23 du code de commerce qui relèvent de votre autorité, doivent permettre de faire respecter la loi, y compris en dissuadant les velléités d'exploitation illicite.

1.1.3- L'obligation de démantèlement et de remise en état

Afin d'éviter la multiplication de friches commerciales et leurs effets négatifs en termes d'aménagement du territoire et d'animation de la vie locale, la loi dite « ALUR » du 24 mars 2014 a introduit une obligation de démantèlement et de remise en état des terrains d'assiette sur lesquels toute exploitation commerciale a cessé depuis au moins trois ans (article L.752-1 in fine du code de commerce).

L'ensemble de la procédure est placée sous votre contrôle et votre autorité. Vous avez la possibilité d'interroger, et même de rencontrer un propriétaire dont vous constatez la carence à

respecter les prescriptions des articles R.752-45 à R.752-48 du code de commerce. En revanche, le pouvoir de poursuivre et de sanctionner ce propriétaire n'appartient qu'à l'autorité compétente en matière de permis de construire, informée de la situation par vos soins en vertu de l'article R. 752-48 du code de commerce.

1.2- Le rôle du Préfet en tant que président de la CDAC

A ce titre, vous disposez d'un pouvoir d'intervention aux différentes étapes de procédure de l'autorisation commerciale.

1.2.1- Le respect des règles de déontologie par les membres de la CDAC

Le décret n°2015-165 du 12 février 2015 relatif à l'aménagement commercial a permis la pleine entrée en vigueur de la loi « ACTPE » du 18 juin 2014. Il a modifié l'article R. 751-4 du code de commerce pour préciser les formalités que les membres de la CDAC doivent remplir pour siéger.

Chaque membre doit en effet remplir, lors de sa nomination, un formulaire visant à indiquer les fonctions et mandats qu'il exerce ainsi que ceux qu'il a exercés au cours des trois années qui ont précédé sa désignation. Il doit également mentionner ses différents intérêts au cours de cette même période.

Vous veillerez à ce que les différents membres de la CDAC, au regard des formulaires qu'ils vous auront remis, sont en capacité de siéger. Il vous appartient également de vérifier qu'ils n'ont pas omis de mentionner des intérêts, fonctions ou mandats, présents ou passés au cours des trois dernières années.

Votre rôle en la matière revêt une importance particulière dans le contexte actuel. Il s'agit de renforcer les règles de transparence et le lien de confiance entre les citoyens et les acteurs publics et économiques.

1.2.2- Le respect du champ d'application de la loi

Il peut être rappelé, à chaque séance si nécessaire, que l'aménagement commercial ne concerne que le « *commerce de détail* », à l'exclusion notamment du commerce de gros et des restaurants.

A l'exception des « drives », soumis à autorisation d'exploitation commerciale du seul fait de leur activité, 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* » (article 3 de la loi n°72-657 du 13 juillet 1972 modifiée). Précisément parce qu'ils n'ont pas de surface de vente, les « drives » ne peuvent jamais faire partie d'un ensemble commercial au sens de l'article L.752-3 du code de commerce.

La notion d'ensemble commercial ne doit pas davantage être utilisée comme un moyen de soumettre à la procédure d'autorisation des projets dont la surface de vente est inférieure à 1 000 m².

1.2.3- Le respect des critères d'appréciation des projets

Pour respecter les exigences de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur européen et mettre un terme à un contentieux communautaire engagé contre elle, la France a dû réformer sa législation en matière d'aménagement commercial. Depuis la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, dite « LME », tout critère économique est ainsi interdit ; il n'est notamment plus possible d'apprécier un projet commercial au regard de la densité commerciale ou du principe de libre concurrence.

Désormais, de nouveaux critères s'appliquent, répondant à des objectifs d'aménagement du territoire, de développement durable et de protection des consommateurs. Ils ont été renforcés et précisés par la loi « ACTPE » du 18 juin 2014 (cf. article L752-6 du code de commerce), en tenant notamment compte de la jurisprudence depuis 2008.

Dans le même temps, le législateur a élargi la composition des CDAC à des élus moins directement concernés par les projets, tout en conservant un équilibre avec les personnalités qualifiées, afin de « dépassionner » les enjeux, voire les conflits. En tant que Président de la commission départementale d'aménagement commercial, il vous appartient, le cas échéant, de rappeler les membres au strict respect des critères légaux.

Pour ce faire, il peut être pertinent de leur proposer des outils pratiques et objectifs, comme, par exemple, le rapport de l'Inspection Générale des Finances et du Conseil Général de l'Environnement et du développement Durable, remis à Madame la Ministre Martine PINVILLE en octobre dernier, sur la revitalisation des centres villes¹. Les données chiffrées qu'il recèle sur la vacance commerciale peuvent servir d'indicateurs en termes d'animation de la vie urbaine. Un autre outil d'information « objectif » pourrait, par exemple, être basé sur les taux de mise à disposition des locaux commerciaux.

1.2.4- Le droit de recours du préfet auprès de la commission nationale d'aménagement commercial

Votre connaissance précise du contexte local vous conduit à vous forger une opinion sur chaque projet, et doit vous inciter, le cas échéant, à saisir la commission nationale d'aménagement commercial, voire le juge administratif.

Votre droit de recours est inscrit dans la loi (article L.752-17 du code de commerce) : « *le représentant de l'Etat dans le département (...) peu(t), dans le délai d'un mois, introduire un recours devant la Commission nationale d'aménagement commercial contre l'avis de la Commission départementale d'aménagement commercial* ».

Il doit être exercé y compris en présence de recours tiers. A noter toutefois qu'en cas de désistement du tiers requérant, la CNAC est dessaisie et l'avis ou la décision favorable de la CDAC devient définitif.

La CNAC ne dispose de la faculté de s'autosaisir que pour des projets dont la surface de vente atteint au moins 20 000 m² (cf point 2.1.1 infra).

¹ www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/Rapport_RevitalisationcentresvillesVdef_octobre2016.pdf

2- Les CDAC

2.1- Une amélioration du contrôle des dossiers

Vous veillerez à la complétude des dossiers et à prévenir les cas de projets scindés par certains pétitionnaires cherchant à en diminuer les effets.

2.1.1- La vérification du caractère complet des dossiers

Depuis la loi « ACTPE », le dossier soumis à la CDAC est déposé à la mairie avec le permis de construire relatif à un équipement commercial. La mairie vérifie la cohérence entre les deux dossiers, puis transmet pour instruction à la préfecture le dossier destiné à la CDAC. Le service instructeur vérifie son exhaustivité, avant de l'enregistrer, et informe le maire, le cas échéant, des pièces manquantes. Cependant, le rapport d'activité 2015 de la CNAC² a démontré que de nombreux dossiers sont incomplets ou imprécis. Il est à déplorer que certains porteurs de projet déposent un dossier a minima pour le passage devant la CDAC, quitte à l'améliorer ultérieurement, si le recours devant la CNAC est exercé. Sont alors produits des documents complémentaires (nouveaux visuels, étude de trafic, délibérations, conventions, etc.).

Une telle pratique ne saurait perdurer : l'instruction devant la CNAC n'a pas pour objet de rectifier des dossiers qui doivent être complets dès le stade de l'examen par la CDAC. C'est pourquoi, votre attention est particulièrement attirée sur la nécessité d'une analyse la plus fine possible de l'exhaustivité des dossiers reçus.

A cet effet, il convient de demander la production des pièces justificatives relatives à la maîtrise foncière, aux engagements des collectivités territoriales sur les aménagements routiers (carrefour giratoire, voie d'accès) nécessaires, le cas échéant, pour accéder au site. En cas de transfert de l'activité du magasin dans de nouveaux locaux, des informations précises sur le sort des locaux et du terrain quittés doivent être jointes au dossier de demande.

Par ailleurs, les dossiers de demande doivent comporter les données listées à l'article R. 752-6 du code de commerce, telles que le secteur d'activité, le dernier recensement de la population authentifié par décret, ainsi que la desserte en transports collectifs (fréquence, amplitude, distance par rapport à l'arrêt le plus proche). La qualité des dossiers passe également par la présence de données précises sur l'état actuel et l'évolution des flux de véhicules des clients pour accéder au projet, ainsi que sur les flux de véhicules de livraison (horaires et nombre de livraisons, circulation sur le site du projet, aires de stationnement et de retournement des camions). Les insertions paysagères (vues du projet et espaces verts) doivent permettre aux membres de la commission d'avoir une représentation claire du projet, permettant de le comparer avec la situation existante.

Enfin, en présence d'un dossier incomplet, le principe est d'en refuser l'enregistrement. Un tel contrôle doit aider à lutter contre les évolutions majeures des projets entre le passage en CDAC et le passage en CNAC.

² http://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions_services/cnac/rapports-activite/Cnac-RA-2015.pdf

2.1.2- Le respect des délais de publication

Les dispositions du code de commerce prévoient une série de délais à observer. Parmi ces délais, le cas spécifique des délais de publication revêt une particulière importance. Il vous est ainsi rappelé que sous dix jours, un extrait de la décision d'autorisation doit être publié dans deux journaux régionaux ou locaux diffusés dans le département. Cette formalité est un gage de sécurité juridique pour votre décision ou avis ainsi que pour le pétitionnaire. En effet, l'avis ou la décision de la commission que vous présidez est susceptible de recours. Celui-ci doit être exercé, préalablement à tout recours contentieux, devant la CNAC, dans le délai d'un mois suivant la notification ou la publication de l'avis ou de la décision d'autorisation. En l'absence de réalisation de cette formalité de publication, le délai d'un mois dont dispose un éventuel requérant pour attaquer l'avis ou la décision ne court pas. Dans ce cas, le requérant est libre d'attaquer le projet sans limitation de date.

La publication étant faite aux frais du pétitionnaire, vous lui exposerez la nécessité d'effectuer cette formalité qui vise à sécuriser son projet.

2.1.3- Le contrôle des projets scindés

Chaque commission départementale d'aménagement commercial doit être en mesure de respecter des dispositions de l'article L. 752-6 du code de commerce ; c'est pourquoi l'analyse d'un projet doit se faire de manière globale. Si, pour un même ensemble commercial, la demande d'autorisation est divisée en plusieurs demandes juridiquement distinctes, celles-ci doivent être déposées en même temps, pour une instruction globale et un examen à une même séance, par la même commission.

A ce titre, un pétitionnaire peut présenter un projet en plusieurs demandes, lesquelles devront alors être examinées conjointement, afin de permettre à la commission d'apprécier l'ensemble des effets du projet et de s'assurer de la non-compromission des objectifs relatifs à l'aménagement du territoire, au développement durable et à la protection des consommateurs. Cette exigence a été rappelée par le Conseil d'Etat (Conseil d'Etat, 4^{ème} sous-section jugeant seule, 25/02/2015, 374181, inédit au recueil Lebon).

Il est rappelé que les projets scindés doivent nécessairement faire l'objet d'un refus de la CDAC. Ce sont des principes de sincérité de la demande et d'objectivité de la décision auxquels vous devrez veiller. Afin d'identifier ces projets, vous demanderez au service instructeur, de rappeler l'historique complet du dossier ainsi que des dossiers récents (trois dernières années) en mentionnant les surfaces de vente et de plancher.

La CNAC refuse les demandes présentées à quelques semaines d'intervalle portant sur un même projet global.

2.2- La procédure d'auto-saisine de la CNAC

Cette procédure, particulièrement importante, exige une parfaite information de la CNAC par les CDAC et le strict respect des délais impartis.

2.2.1- Rappel des projets susceptibles d'auto-saisine

L'article L.752-17 du code de commerce prévoit désormais que la CNAC peut se saisir de tout projet mentionné à l'article L.752-1 du code de commerce dont la surface de vente atteint au moins 20 000 m², que des recours soient déposés ou non par des tiers. Cette procédure s'applique donc aux projets qui portent sur au moins 20 000 m² de surface de vente mais aussi sur les extensions d'ensembles commerciaux qui dépasseront le seuil de 20 000 m² du fait de la réalisation du projet.

2.2.2- Rappel des délais

Le bon fonctionnement de cette procédure suppose que les secrétariats des CDAC communiquent à la CNAC les informations relatives aux projets concernés. Il est rappelé que, selon l'article R.752-40 du code de commerce, lorsqu'un projet se rapporte à un équipement dont la surface de vente est supérieure à 20 000 m², le secrétariat de la CDAC doit, dans un délai de dix jours francs suivant la réception de la demande d'autorisation commerciale, adresser à la CNAC un exemplaire dématérialisé de la demande et du dossier.

En outre, la décision ou l'avis de la CDAC doit être notifié(e) par vos soins à la CNAC, dans un délai de dix jours suivant la réunion de la commission ou la date de l'autorisation tacite, soit par voie administrative contre décharge, soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, soit enfin par courrier électronique (article R.752-19 du code de commerce).

Votre attention est appelée sur l'importance de cette nouvelle procédure qui permet à la Commission nationale d'examiner les projets les plus importants, quand bien même aucun recours n'a été déposé par un tiers. Compte tenu des délais contraints, et notamment du fait que la CNAC doit se prononcer dans un délai d'un mois à compter de la notification ou de l'avis de la CDAC, les modes dématérialisés de transmission doivent être privilégiés.

2.2.3- Importance de l'analyse précise de chaque projet

Il apparaît nécessaire également que les secrétariats de CDAC examinent le plus rapidement possible, dès le dépôt d'une demande d'autorisation d'exploitation commerciale, le contenu de la demande et son environnement commercial. Ceci permet de déterminer si le projet entraînera une extension d'un ensemble commercial pouvant conduire à dépasser le seuil de 20 000 m² de surface de vente, à partir duquel la CNAC peut s'autosaisir. Il convient également de rappeler que ce seuil peut être atteint par la réalisation de plusieurs projets, présentés par des pétitionnaires différents.

2.3- Les relations entre commissions départementales et commission nationale d'aménagement commercial

Plusieurs outils existent qui permettent de faciliter la tâche des secrétariats de CDAC et de nourrir les échanges entre les commissions départementales et la commission nationale d'aménagement commercial.

2.3.1- La boîte fonctionnelle du secrétariat de la CNAC

sec-cnac.dge@finances.gouv.fr

Elle permet aux secrétariats des CDAC de transmettre au secrétariat de la CNAC toutes questions juridiques relatives à l'aménagement commercial. Les réponses données par le secrétariat de la CNAC permettent de fixer une doctrine sur des points précis de la réglementation, sous le contrôle du juge administratif.

2.3.2- Le site de la CNAC

Depuis septembre 2016, un nouveau site internet a été mis en place par le secrétariat de la CNAC : www.entreprises.gouv.fr/cnac. Ce site propose de nombreuses fonctionnalités accessibles aux secrétariats des CDAC, comme aux professionnels de l'urbanisme commercial. Il permet de retrouver l'ensemble des décisions et avis prononcés par la CNAC depuis 2009, ainsi que les textes législatifs et réglementaires relatifs à l'aménagement commercial. Le site propose également des fiches thématiques analysant des points précis de la réglementation.

2.3.3- Le rapport annuel d'activité de la CNAC

Il convient également de rappeler que la CNAC publie chaque année un rapport d'activité intégrant les données relatives à l'activité des CDAC et de la CNAC. Ce rapport, consultable également sur le site www.entreprises.gouv.fr/cnac, présente notamment des exemples d'application des critères légaux d'appréciation des projets. Il rassemble également des recommandations utiles pour tous les acteurs de l'urbanisme commercial quant à la présentation des dossiers devant être examinés par les commissions d'aménagement commercial.

Vous voudrez bien porter une attention particulière aux éléments rappelés dans cette circulaire et nous informer de toute difficulté que vous pourriez rencontrer. Les services de la Direction Générale des Entreprises (DGE) se tiennent à votre disposition pour vous apporter tout élément d'information complémentaire dont vous auriez besoin.

Il vous appartiendra de réaliser un premier bilan de l'application de cette circulaire en fin d'année 2017. En fonction des éventuelles difficultés rencontrées, dont vous pourriez faire part à la DGE, des séances de formation à la mise en œuvre de la législation de l'aménagement commercial pourront être organisées au profit des agents placés sous votre autorité.

Le ministre de l'économie et des finances,

Michel SAPIN

La secrétaire d'Etat chargée du commerce, de
l'artisanat, de la consommation et de l'économie
sociale et solidaire,

Martine PINVILLE