

# Urbanisme commercial : mise en demeure de cesser une exploitation irrégulière

## Lire les conclusions de :

**Jean-Paul Vallecchia**

Conclusions du rapporteur public

## Lire les commentaires de :

**Pauline Chardonnet**

Les pouvoirs du préfet face à une exploitation commerciale illicite

## DÉCISION DE JUSTICE

---

CAA Lyon – N° 19LY00657 – 13 février 2020 – C+ [↗](#)

Pourvoi en cassation non admis : CE, 1er octobre 2020 N° 440877

## INDEX

---

### Mots-clés

Urbanisme commercial, Mise en demeure, Exploitation irrégulière, Responsabilité du fait d'une loi méconnaissant une convention internationale

### Rubriques

Urbanisme et environnement

Résumé Conclusions du rapporteur public Note d'avocat

## Résumé

<sup>1</sup> Pour refuser de mettre en demeure la société Neudis de fermer les surfaces de vente exploitées sans autorisation, le préfet s'est fondé sur des motifs tirés de ce que cette interruption d'activité entraînerait une perte de chiffre d'affaires ainsi qu'une suppression d'emplois.

<sup>2</sup> Toutefois, ainsi qu'il a été dit précédemment, il est établi que la société Neudis exploite irrégulièrement une surface de 1 000 m<sup>2</sup> ce qui ne constitue qu'une partie de son commerce. Si le courrier du gérant de la société adressé le 22 novembre 2017 à la direction départementale de la protection des populations du Rhône fait état d'une perte financière de 7 millions d'euros et de la suppression de 20 à 25 emplois à temps complet, ces allégations ne sont ni suffisamment circonstanciées, ni suffisamment étayées pour apprécier les conséquences économiques et sociales de la fermeture de la surface irrégulièrement exploitée.

<sup>3</sup> Enfin, et ainsi qu'elle le reconnaît dans ses écritures, la société a persisté à exploiter irrégulièrement la surface de vente litigieuse, en dépit de tentatives de régularisation restées infructueuses. Dans ces conditions, en refusant de mettre en demeure la société Neudis de fermer les surfaces exploitées sans autorisation, le préfet a entaché sa décision d'erreur manifeste d'appréciation, sans qu'y fassent obstacle les principes de sécurité juridique et d'espérance légitime ainsi que l'article 1er du protocole additionnel n° 01 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. [1]

<sup>4</sup> *68-02-04-02, Urbanisme commercial, Procédure administrative contentieuse, L. 752-23 du code de commerce, Refus de mise en demeure, Exploitation irrégulière, Pouvoir discrétionnaire, Erreur manifeste d'appréciation, Existence, Responsabilité du fait d'une loi méconnaissant une convention internationale*

## NOTES

---

[1] Cf. sur l'absence de compétence liée du préfet et le contrôle restreint du juge CE, 25 avril 1980, Société Sodirev, n° 10572, au Recueil ; CE Section, 23 février 1979, Ministre de l'équipement contre association des amis des chemins de ronde, n° 004467, au Recueil ; CE 6 février 1981, comité de défense de la forêt de Fouesnant, n° 018513, aux Tables. [Retour au texte](#)

Cf. sur les critères mis en œuvre, Conclusions Frédéric Dieu sur CE 18 janvier 2017, Association En toute franchise Région PACA, n° 396343.

Rappr. sur le contrôle du juge sur un refus de mise en demeure (CSA) CE, 26 novembre 2012, Union syndicale de la promotion audiovisuelle et syndicat des producteurs de films d'animation, n°s 349529 349530, aux Tables.

Nota : la nouvelle rédaction de ces dispositions issue de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 prévoit que le « représentant de l'Etat dans le département met en demeure ».

# Conclusions du rapporteur public

**Jean-Paul Vallecchia**

Rapporteur public à la cour administrative d'appel de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.6597](https://doi.org/10.35562/alyoda.6597)

<sup>1</sup> L'hypermarché de l'enseigne E. Leclerc qu'exploite à Genay dans le Rhône la société Neudis existe depuis plus de 30 ans. Il a été transféré et sa surface commerciale augmentée en 1997 et en 2010, cette dernière extension n'ayant pu être mise en œuvre en raison de l'invalidation de l'autorisation de construire. En 2017 un nouveau projet de transfert/extension a été engagé. La CNAC s'y est opposé à deux reprises, en dernier lieu le 13 juin 2019, les décisions favorables de la CDAC ayant été contestées par l'Association En Toute Franchise du département du Rhône. Parallèlement à sa contestation du projet d'extension de l'hypermarché, l'Association En Toute Franchise du Rhône a entrepris auprès du préfet du Rhône, sur le fondement de l'article L.752-23 du code de commerce, de faire constater que les surfaces commerciales effectivement exploitées par la société Neudis à Genay excédaient l'autorisation d'exploitation commerciale et qu'il y aurait donc lieu de le constater et de mettre fin à une exploitation qui serait irrégulière.

<sup>2</sup> L'Association en Toute Franchise indique avoir obtenu du préfet du Rhône la communication des trois autorisations d'exploitation commerciale qui ont été délivrées à la société Neudis : celle du 21 février 1984, pour un supermarché de 2.200 m<sup>2</sup> et un espace-jardin de 500 m<sup>2</sup> ; celle du 14 janvier 2010, pour la réalisation d'une surface de vente de 6.054 m<sup>2</sup>, qui n'a pas été mise en œuvre en raison de l'illégalité de l'autorisation de construire tenant à la présence sur le site de zones de captage d'eau potable perméables ; et celle du 3 mai 2017 pour la création d'un nouvel ensemble commercial de 7.104 m<sup>2</sup>, à environ 1 km de celui actuellement existant. Et l'Association en Toute Franchise de conclure qu'eu égard à la péremption de l'autorisation d'exploitation commerciale du 14 janvier 2010 la société Neudis ne pourrait justifier que d'une autorisation d'exploitation de 2.200 m<sup>2</sup> alors qu'elle reconnaît elle-même exploiter une surface de 3.190 m<sup>2</sup>.

<sup>3</sup> Les juges de première instance se sont dans cette affaire fondés sur le rapport intervenu en cours d'instance, le 9 novembre 2017, de la directrice départementale de la protection des populations du Rhône constatant l'exploitation illégale par la société Neudis d'une surface commerciale de 1.000 m<sup>2</sup> ; rapport transmis au préfet du Rhône conformément aux prescriptions du premier alinéa de l'article L.752-23 du code de commerce. Et pour l'application du troisième alinéa de l'article L.752-23 du code de commerce relatif au pouvoir de mise en demeure de l'autorité préfectorale, les premiers juges ont confirmé le

pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité préfectorale à cet égard et ont considéré qu'au cas d'espèce, eu égard aux conséquences socio-économique qui découleraient de la fermeture de la surface illégalement exploitée et considérant les tentatives de régularisation de l'exploitant, le préfet du Rhône n'avait commis aucune erreur manifeste d'appréciation en ne mettant pas en œuvre les prérogatives qu'il tient de ces dispositions du code de commerce.

<sup>4</sup> Voyons d'abord la question de la régularité du jugement qui est posée par l'Association En Toute Franchise, sur le fondement de la seule prise en compte par les premiers juges d'une surface illégalement exploitée de 1.000 m<sup>2</sup> alors qu'elle invoquait pour ce qui la concerne une exploitation illégale de 2.100 m<sup>2</sup> sur laquelle les premiers juges ne se seraient pas prononcés. Mais en réalité les premiers juges se sont bien prononcés au point 4 de leur décision sur le refus du préfet du Rhône de dresser procès-verbal d'infraction pour l'exploitation sans autorisation d'une surface commerciale au-delà de 1.000 m<sup>2</sup> et en ont conclu qu'il n'apparaissait pas que cette surface commerciale irrégulièrement exploitée excéderait les 1.000 m<sup>2</sup>. Il n'y a donc pas là d'irrégularité du jugement. Le nombre de m<sup>2</sup> illégalement exploités par la société Neudis relève du fond du débat contentieux.

<sup>5</sup> Sur le fond, c'est-à-dire à la fois sur le nombre de m<sup>2</sup> exploités et sur le refus implicite du préfet du Rhône de mettre en demeure la société Neudis, voyons ce qu'il en est.

<sup>6</sup> S'agissant des m<sup>2</sup> exploités, la surface de 1.000 m<sup>2</sup> irrégulièrement exploitée retenue par le rapport le 9 novembre 2017 de la directrice départementale de la protection des populations du Rhône recouvre deux surfaces d'environ 500 m<sup>2</sup> correspondant à un espace de vente de boissons et à un espace de vente d'articles pour le jardin. L'Association En Toute Franchise évoque ces deux espaces dans sa requête d'appel mais elle considère que l'exploitation irrégulière irait bien au-delà de cette surface. Elle se fonde pour affirmer cela sur une autorisation initiale qui aurait été de 2.200 m<sup>2</sup>, sur la déclaration de la société Neudis elle-même lors de sa demande d'autorisation de 2017, une déclaration de 3.190 m<sup>2</sup> de surface de vente, et sur des plans, communiqués par la commune de Genay, ayant servi au remplacement du système de sécurité incendie de l'hypermarché, plans faisant apparaître une surface de vente de 3.300 m<sup>2</sup>. Toutefois, l'Association en Toute Franchise commet une erreur de calcul dès le début de son raisonnement puisque l'autorisation initiale accordée le 21 février 1984 recouvrait une surface de 2.700 m<sup>2</sup> et non de 2.200 m<sup>2</sup> et qu'en outre, comme le soutient la société Neudis sans être démentie sur ce point, la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973, connue sous le nom de loi Royer, et plus précisément son article 29, autorisait la création, sans autorisation de la commission départementale de l'urbanisme commercial d'alors, d'espaces commerciaux inférieurs à 200 m<sup>2</sup> pour les établissements ayant

atteint ou devant atteindre le maximum de la surface de plancher ou de la surface de vente autorisée. En conséquence, nous ne voyons pas là de démonstration de l'Association en Toute Franchise que le rapport du 9 novembre 2017 de la directrice départementale de la protection des populations du Rhône aurait sous-évalué la surface de vente illégalement exploitée par la société Neudis. Le non-lieu à statuer qui a été prononcé sur le fondement de ce rapport intervenu en cours de première instance, en application des dispositions du 1<sup>er</sup> alinéa de l'article L.752-23 du code de commerce, devra donc être confirmé.

7 S'agissant de l'application du 3<sup>ème</sup> alinéa de ces mêmes dispositions du code de commerce, c'est-à-dire du refus implicite du préfet de mettre en demeure la société Neudis de cesser son exploitation illégale des m<sup>2</sup> de surface de vente non autorisée. Sur ce point, en premier lieu, le texte, dans sa version applicable au litige, précise très clairement que le préfet peut mettre en demeure. Dans la loi postérieure n° 02018-1021 du 23 novembre 2018 cette rédaction a évolué : elle indique désormais que le représentant de l'Etat met en demeure. Cela dit, le pouvoir de mise en demeure n'est généralement pas associé à une situation de compétence liée : voyez par exemple sur ce point la décision du Conseil d'Etat n° 010572, 25 avril 1980, société Sodirev concernant la mise en demeure de cesser les travaux dont disposait le préfet sur le fondement de la loi du 27 décembre 1973 et du décret du 28 janvier 1974. Par ailleurs et en second lieu, vous exercez sur l'exercice ou le non-exercice de ce type de pouvoir de mise en demeure un contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation : voyez sur ce point la décision du Conseil d'Etat n° 349529 et n° 349530, 26 novembre 2012, union syndicale de la promotion audiovisuelle et syndicat des producteurs de film d'animation, au sujet du pouvoir de mise en demeure du conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) à l'égard du titulaire d'une autorisation d'exploitation d'un service de communication audiovisuelle. Dans le champ de la mise en demeure prévue par les dispositions du code de commerce qui nous intéressent aujourd'hui, le préfet dispose d'une marge de manœuvre lui permettant de tenir notamment compte de motifs d'intérêt général ou bien encore de circonstances particulières (Conseil d'Etat n° 04467 du 23 février 1979 Ministre de l'équipement contre association des amis des chemins de ronde et Conseil d'Etat n° 18513, 6 février 1981, comité de défense de la forêt de Fouesnant) . Dans notre affaire le préfet du Rhône s'est essentiellement fondé pour refuser de mettre en demeure la société Neudis sur des motifs socio-économiques, tirés d'une perte de chiffre d'affaires de quelques 7 millions d'euros et de la suppression de 20 à 25 emplois, et le motif tiré de ce que la société Neudis avait à plusieurs reprises tenté de régulariser la situation, ce qui est effectivement attesté par les pièces du dossier contentieux qui vous est soumis. Toutefois, s'agissant ici d'une mise en demeure de



cesser d'exploiter environ 1.000 m<sup>2</sup> de surface de vente sur 3.190 m<sup>2</sup> de surface de vente légalement autorisée, soit un tiers seulement de cette surface, il nous semble que les motifs avancés relèvent d'une erreur manifeste d'appréciation, d'autant que l'intérêt financier ne fait pas bon ménage avec la notion d'intérêt général (Conseil d'Etat, Assemblée n° 279522, 8 février 2007 p.78), que la circonstance que la société exploitante a tenté de régulariser sa situation n'a pas eu pour effet de mettre fin à l'extension illégale réalisée, et qu'il n'est nullement justifié que le nombre d'emplois supprimés qui pourrait résulter de la mise en œuvre de ce pouvoir de mise en demeure (soit 20 à 25) correspondrait réellement aux deux surfaces de vente de 500 m<sup>2</sup> concernées, ce qui est fort peu probable.

8

Par ces motifs, nous concluons à l'annulation du jugement attaqué en tant qu'il rejette les conclusions de la demande de l'association *En Toute franchise du Rhône* tendant à l'annulation la décision implicite du 14 août 2017 du préfet du Rhône en tant qu'elle refuse de mettre en demeure la société Neudis de fermer au public les surfaces de vente illégalement exploitées à hauteur de 1.000 m<sup>2</sup>, d'annuler cette décision implicite, d'enjoindre au préfet du Rhône d'adresser cette mise en demeure à la société Neudis sous deux mois à compter de la notification de votre arrêt, de mettre à la charge de la société Neudis une somme de 2.000 euros qui sera versée à l'Association *En Toute Franchise du Rhône* sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de rejeter le surplus des conclusions des parties.

# Note d'avocat

## Les pouvoirs du préfet face à une exploitation commerciale illicite

**Pauline Chardonnet**

Avocat au Barreau de Lyon, Cabinet Philippe Petit

DOI : [10.35562/alyoda.6598](https://doi.org/10.35562/alyoda.6598)

<sup>1</sup> *En vertu des anciennes dispositions du Code de commerce, le préfet dispose d'une simple faculté de mettre en demeure un exploitant de fermer au public ses surfaces de vente en cas de manquement à la réglementation de l'urbanisme commercial.*

<sup>2</sup> L'association requérante, association de défense des commerçants et artisans contre les abus de la grande distribution, a demandé au préfet du Rhône d'utiliser l'un des pouvoirs prévus par [l'article L. 752-23 du Code de commerce](#) qui lui permettait, dans sa rédaction alors applicable, de mettre en demeure un magasin de fermer des surfaces de vente illégalement exploitées.

<sup>3</sup> Il lui était reproché d'exploiter 1 000 m<sup>2</sup> correspondant à deux réserves dédiées à la vente de boissons et d'articles de jardin sans avoir été autorisé à le faire par la commission départementale urbanisme commercial.

<sup>4</sup> Pour refuser de prendre une telle décision, le préfet s'est fondé sur les conséquences de l'arrêt de l'activité. Une telle décision engendrerait une perte de chiffre d'affaires ainsi que des suppressions d'emplois.

<sup>5</sup> Cependant, selon la Cour administrative d'appel de Lyon, la décision du préfet était entachée d'une erreur manifeste d'appréciation. Elle retient une telle solution pour deux raisons. D'une part, les prétendues conséquences de l'arrêt de l'activité n'étaient ni suffisamment circonstanciées, ni suffisamment étayées. D'autre part, la société continuait d'exploiter irrégulièrement sa surface de vente en dépit de tentatives de régularisations restées infructueuses.

<sup>6</sup> Par cet arrêt, la Cour apporte une précision intéressante sur l'étendue du pouvoir du préfet de mettre en demeure un porteur de projet d'arrêter son activité dont l'exploitation commerciale est illicite. Il en ressort que la faculté du préfet ne peut être appréciée par les juges que dans le cadre d'un contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation, confirmant ainsi son pouvoir discrétionnaire **(1.)**. Cet arrêt donne l'occasion de revenir sur la modification des pouvoirs du préfet en cas d'absence de conformité à la législation de l'urbanisme commercial par la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant sur l'évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (ci-après « ELAN ») **(2.)**.



# 1 La confirmation du pouvoir discrétionnaire du préfet

<sup>7</sup> Saisi d'un rapport établi par des agents habilités à rechercher et constater les infractions aux règles d'aménagement commercial, le préfet peut user de ses pouvoirs de police administrative spéciale en la matière (C.E., 18 janvier 2017, Req., n° 396343) . Plus précisément, dans sa version applicable au cas d'espèce, le Code de commerce lui reconnaissait une faculté de mettre en demeure le porteur de projet, soit de fermer au public les surfaces exploitées illégalement, soit de réduire les surfaces d'exploitation. Si cette mise en demeure n'était pas suivie d'effet, le préfet pouvait alors ordonner la fermeture au public des surfaces de vente exploitées illicitement jusqu'à une régularisation effective. Toutes ces mesures étaient susceptibles être assorties d'une astreinte journalière de 150 euros par mètre carré exploité illicitement.

<sup>8</sup> Or, la Cour administrative d'appel de Lyon censure le refus du préfet d'user de l'un ses pouvoirs dans le cadre d'un contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation. Un tel degré de contrôle par les juges révèle l'absence de compétence liée pour le préfet d'agir, et ce même en présence d'un manquement à la réglementation de l'urbanisme commercial.

<sup>9</sup> Une telle solution n'est pas nouvelle. En effet, le Conseil d'Etat a déjà jugé que le préfet n'était pas tenu de mettre en demeure un porteur de projet de cesser des travaux ou une exploitation en cas d'infraction à la législation de l'urbanisme commercial (C.E., 25 avril 1980, n° 010572) . Ce pouvoir discrétionnaire, soumis à un contrôle restreint du juge, a été reconnu à bien d'autres autorités publiques. Par exemple, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a pu décider de ne pas mettre en demeure une chaîne de télévision de respecter ses obligations de contribution au développement de la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation. Selon un considérant de principe, la réglementation en vigueur n'a « *pas pour effet d'obliger le Conseil supérieur de l'audiovisuel [...] à adresser auxdits titulaires une mise en demeure lorsqu'il est saisi une telle demande* » (C.E., 26 novembre 2012, n° 349529, n° 349530, Lebon T. p. 946) .

<sup>10</sup> Le contrôle restreint s'explique par le fait que le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation concerne pour l'essentiel les mesures de pouvoir de police spéciale laissant une marge de manœuvre à l'autorité administrative. À l'inverse, en matière de police administrative générale, le juge exerce un contrôle entier car il ne reconnaît pas un pouvoir d'appréciation discrétionnaire à l'administration ; le juge substitue son appréciation à celle de l'autorité de police (C.E., 19 mai 1933, n° 017413, Lebon T. p. 541) .

<sup>11</sup> Mais le degré de contrôle de la carence des autorités de police reste incertain. En effet, si le juge a consacré l'obligation des autorités d'agir en matière de police (C.E., 23 octobre 1959, n° 40922, Rec. p.540), il a pu être réticent à contrôler pleinement les refus des administrations d'utiliser leurs pouvoirs de police administrative tant générale que spéciale (conclusions, rapporteur public Laurence Marion, C.E., 13 octobre 2017, n° 397031).

<sup>12</sup> Ainsi, le contrôle restreint des magistrats de la Cour s'inscrit dans cette jurisprudence qui n'autorise qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation des refus d'agir des autorités de police.

## 2 Des pouvoirs du préfet modifiés par la loi ELAN

<sup>13</sup> L'un des volets de la loi ELAN porte sur l'aménagement commercial. Cette loi renforce les pouvoirs du préfet à toutes les étapes de la procédure de l'autorisation d'exploitation commerciale. Plus précisément, cette loi instaure un contrôle des autorisations d'exploitation commerciale après leur délivrance. À ce titre, le porteur de projet doit désormais transmettre au préfet un certificat de conformité démontrant le respect de l'autorisation, un mois avant l'ouverture au public du commerce. À défaut d'avoir communiqué ce certificat, l'exploitation des surfaces commerciales est réputée illicite. Dans sa nouvelle rédaction, l'article L. 752-23 du Code de commerce prévoit des sanctions en cas d'absence de conformité. Il oblige désormais le préfet à mettre en demeure l'exploitant, soit de fermer au public les surfaces de vente illicites, soit de ramener sa surface commerciale à l'autorisation d'exploitation commerciale accordée par la commission d'aménagement commercial. Cette mise en demeure n'est donc plus une faculté pour le préfet (sur l'évolution du pouvoir du préfet voir réponse ministérielle, J.O.A.N. du 13 août 2019 à la question n° 20674).

<sup>14</sup> Le contrôle des autorisations d'exploitation commerciale, récemment renforcé, échappe aux commissions d'aménagement commercial, seul le préfet peut agir. Reste à savoir de quelle manière les juges contrôleront désormais les décisions du préfet. Le gouvernement a pu relever, sans plus de précisions, que « *les juges se prononcent en toute indépendance et impartialité, en tenant compte des éléments contenus dans chaque dossier* » (réponse ministérielle préc.). Si le juge a pu se montrer réticent à censurer les carences des autorités administratives en matière de police, la jurisprudence évolue et le contrôle du juge tend à devenir entier (conclusions, rapporteur public Laurence Marion, préc.). Par exemple, il appartient au juge d'exercer un plein contrôle sur le refus de l'autorité de faire usage d'un pouvoir de police spéciale des déchets. Ainsi, un contrôle normal s'opère désormais sur le respect de l'obligation de prendre des mesures

nécessaires pour assurer l'élimination des déchets qui peuvent représenter un danger pour l'environnement (C.E., 13 octobre 2017, n° 397031).

15

Dès lors, le juge étant plus enclin à contrôler pleinement les carences des autorités de police et le préfet étant désormais en compétence liée pour agir en cas d'infraction à l'urbanisme commercial, il y a fort à penser que le refus d'agir en la matière sera apprécié dans le cadre d'un contrôle entier.