



**HAL**  
open science

# “ DRIVE ” ET URBANISME COMMERCIAL, ENTRE FANTASMES ET ILLUSIONS

Jean-Pierre Ferrand

► **To cite this version:**

Jean-Pierre Ferrand. “ DRIVE ” ET URBANISME COMMERCIAL, ENTRE FANTASMES ET ILLUSIONS. 2014. hal-01080048

**HAL Id: hal-01080048**

**<https://hal.science/hal-01080048v1>**

Preprint submitted on 4 Nov 2014

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# « DRIVE » ET URBANISME COMMERCIAL, ENTRE FANTASMES ET ILLUSIONS

Commentaire de l'article 129 (VI) de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014  
pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (ALUR)

Jean-Pierre FERRAND

MCF/HDR

Aix-Marseille Université, LIEU EA 889, 13628, Aix en Provence, France

## TABLE DES MATIÈRES

<b>I. LES MODALITÉS (INCERTAINES) DE L'ENCADREMENT JURIDIQUE DES DRIVES .....</b>	<b>2</b>
A. L'IMPRÉCISION DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ENCADREMENT DES DRIVES.....	3
1) Le drive, une réalité protéiforme.....	3
2) La qualification légale du drive .....	4
a) L'exigence d'installations, aménagements ou équipements conçus pour le retrait .....	5
b) La permanence de l'installation .....	6
c) Une clientèle d'achats au détail.....	6
d) Des commandes par voie télématique .....	7
e) Des points de retrait organisés pour l'accès en automobile .....	7
B. LES INTERROGATIONS SUR LA PORTÉE DU DISPOSITIF D'ENCADREMENT DES DRIVES .....	8
1) Les principes de l'encadrement des drives .....	8
a) Une soumission de principe aux règles de l'urbanisme commercial.....	8
b) Les dérogations au principe de l'application des règles de l'urbanisme commercial .....	9
2) Les incertitudes quant à la validité juridique d'un tel dispositif .....	11
a) La compétence de principe du législateur pour réguler une activité économique .....	11
b) Les interrogations sur la finalité et la proportionnalité du mécanisme.....	12
<b>II. L'OPPORTUNITÉ D'UN ENCADREMENT (IDÉALISÉ) DES DRIVES PAR LE DROIT .....</b>	<b>14</b>
A. LES DOUTES SUR L'EFFICACITÉ DU DISPOSITIF LÉGISLATIF D'ENCADREMENT DES DRIVES .....	14
1) L'intégration à un dispositif aux résultats contestés .....	14
a) L'échec des objectifs affichés.....	14
b) La question des autres objectifs .....	15
2) Les effets collatéraux du mécanisme d'encadrement des drives .....	16
a) Les effets équivoques sur le développement des drives .....	16
b) Les effets sur la concurrence .....	17
B. L'AMBIGUÏTÉ D'UNE VOLONTÉ POLITIQUE DE RÉFORME DE L'ENCADREMENT DES DRIVES.....	18
1) Une évaluation fragmentaire des enjeux de l'encadrement des drives .....	18
2) Des Interrogations sur la nécessité d'une réforme spécifique aux drives.....	21
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>22</b>

« Avec la grande distribution, on se retrouve typiquement face à ce qui se produit lorsque les objectifs de la politique publique ne sont pas très bien définis, qu'ils sont fluctuants voire contradictoires, et que les effets des mesures réglementaires, prises les unes après les autres, chacune pour remédier aux problèmes créés par la précédente, sont mal compris » (1).

Difficile de ne pas en voir un exemple supplémentaire avec l'article 129 (VI) de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (ALUR) relatif aux *drives* ou « points de retrait automobile » (2). Cette évolution du commerce de détail qui se présente comme un lieu spécialement aménagé (ou un service) permettant à un client de venir avec un véhicule retirer rapidement des achats effectués en ligne (3) est apparue en France il y a quelques années (4). Elle s'inscrit dans une logique de participation du client au processus logistique (5) et a connu ces dernières années un développement important (6) notamment comme substitut au quasi-échec de la livraison à domicile (7). Si l'on en croit diverses études, la très grande praticité du concept liée à des prix comparables voire plus bas que dans les magasins physiques ont permis un essor important des *drives* en France, au point d'inquiéter nombre d'élus locaux et de parlementaires (8).

En les soumettant, peu ou prou, aux articles L752-1 et s. du code de commerce relatifs à l'autorisation des surfaces de vente, le dispositif adopté à l'article 129 VI et VII de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (ALUR) doit permettre à la fois d'éviter la création d'un régime juridique *ex nihilo* et d'assurer une certaine égalité juridique entre le *drive* et le commerce traditionnel. Néanmoins, à l'examen du texte comme des travaux parlementaires, on peut difficilement ne pas s'interroger sur le caractère incertain du dispositif ainsi adopté (I) et sur les défis auxquels sera confrontée sa mise en œuvre (II)

## I. LES MODALITÉS (INCERTAINES) DE L'ENCADREMENT JURIDIQUE DES DRIVES

Si professionnels, élus locaux et parlementaires se rejoignent sur un point, c'est bien l'absence de soumission des *drives* au droit spécifique de l'urbanisme commercial avant l'intervention de ce texte (9). C'est donc afin de mettre fin à cette

<sup>1</sup> Perrot A., vice-présidente du Conseil de la concurrence, compte-rendu du séminaire DGPE-Concurrence du 17 octobre 2008, « Les relations entre producteurs et distributeurs », <http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/332256> (consulté le 11/03/2014).

<sup>2</sup> COMMISSION GÉNÉRALE DE TERMINOLOGIE ET DE NÉOLOGIE, « Vocabulaire du commerce et de l'urbanisme (liste de termes, expressions et définitions adoptés), texte n° 168 », JORF, 20 décembre 2013, p. 20825. La commission propose de remplacer le terme « Drive » au choix notamment par l'expression « point de retrait automobile », « zone de retrait automobile », « point de retrait express », et de manière abrégée « point de retrait auto ». On notera d'ailleurs que ce terme n'est pas utilisé dans ce sens en langue anglaise. Dans ces pays c'est l'expression « click & collect » qui est utilisée (voir par exemple : <http://www.tesco.com/collect/>).

<sup>3</sup> COMMISSION GÉNÉRALE DE TERMINOLOGIE ET DE NÉOLOGIE, *ibid.*

<sup>4</sup> Inspiré par le « Drive in » de Mc Donald, ce concept a été développé pour la grande distribution d'abord par Auchan et Leclerc avant d'être généralisé à l'ensemble de la grande distribution française. À l'étranger le mouvement est beaucoup lent ainsi qu'en atteste le développement de ce concept auprès du XXX

<sup>5</sup> MAROUSEAU G., « Le Click and Collect : La logistique participative du client dans les drive. », *Logistique et Management*, septembre 2013, vol. 21, n° 3, p. 31-39. On notera d'ailleurs que la grande distribution, dans un souci de productivité, cherche à maximiser le rôle fonctionnel du client dans le processus d'achat que ce soit par exemple avec les caisses automatiques ou en multipliant les tentatives pour transférer au client le scan des produits achetés.

<sup>6</sup> Selon les données LSA Expert relatives au seul secteur alimentaire « En mars [2014], le parc Français alimentaire compte précisément 661 «retraits accueil», 1930 «accollés picking» et 411 «drives déportés ». Soit un total de 3002 unités. », <http://www.lsa-conso.fr/exclusif-lsa-expert-la-france-passe-le-cap-des-3000-drives,168445#xtor=EPR-55> (consulté le 08/04/2014).

<sup>7</sup> On ne rappellera jamais assez que la réussite de la grande distribution que ce soit par l'intermédiaire du concept d'hypermarchés ou ici avec les *drives* repose en grande partie sur une adhésion de la clientèle à ces évolutions. A l'inverse, il ne suffit pas de « décréter » vouloir favoriser le commerce de proximité pour que celui-ci se développe. Par exemple, il est assez irréaliste comme certains élus locaux ont pu l'affirmer de vouloir privilégier des magasins sans lien avec des chaînes de distribution, dès lors que le client, lui, souhaite retrouver un Zara, un Gap ou un Kiabi... Sur le terrain juridique, cela met en lumière les limites d'une conception de l'urbanisme commercial par le moyen de l'unilatéralité ou, plus généralement, par le moyen de l'acte normatif.

<sup>8</sup> 39 questions parlementaires relatives à cette question ont été ainsi posées à l'Assemblée nationale entre le début de la 14<sup>ème</sup> législature et la date du vote de la loi ALUR.

<sup>9</sup> Question orale sans débat n° 0851S de M. Dominique Braye, JO Sénat du 11/03/2010, p. 564 ; Réponse du Ministère de l'artisanat, du commerce et du tourisme, JO Sénat du 19/12/2013, p. 3659 ; Réponse du Ministère de l'artisanat, du commerce et du tourisme, JO Sénat du 18/07/2013, p. 2112

situation que le Gouvernement a souhaité introduire un dispositif permettant selon ses propres termes une « régulation juste et équilibrée » et un « essor harmonieux » des *drives* <sup>(10)</sup>.

Le législateur a ainsi dû répondre à une double interrogation délicate : « Qu'est-ce qu'un drive » ? et « Comment les encadrer » ? Toutefois, à la fois de par l'intervention de multiples lobbys, du travail parlementaire et d'une rédaction initiale très largement perfectible, le dispositif ainsi mis en place est loin d'être dépourvu d'ambiguïté au point que l'on peut s'interroger sur sa portée réelle.

## A. L'IMPRÉCISION DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ENCADREMENT DES DRIVES

Malgré son emploi désormais courant, il n'est pas chose aisée de définir ce qu'est un « Drive » <sup>(11)</sup>. Face à une réalité protéiforme des *drives*, le législateur a choisi de retenir une définition dont la clarté et la précision ne sont sans doute pas les qualités principales. L'avenir nous dira si cette définition « fourre-tout » était pertinente ou bien s'il s'agit d'un de ces « méandres » qui provoquaient l'ire de Gérard Cornu <sup>(12)</sup>.

### 1) Le drive, une réalité protéiforme

Il n'existe pas un mais des *drives* tant les différentes formes de drive résultent en réalité à la fois de la distinction des fonctions commerciales assumées, de la structure de l'offre commerciale locale et de l'organisation interne des entreprises de distribution en cause <sup>(13)</sup>. Pourtant, à la lecture des travaux et questions parlementaires, on s'aperçoit que les parlementaires comme les services ministériels semblent n'avoir appréhendé qu'une part de cette réalité <sup>(14)</sup>. A leur décharge toutefois, il faut reconnaître que ce sont les formes les plus connues et les plus présentes qui ont été prises en compte.

Plusieurs typologies des *drives* sont envisageables selon qu'il est appréhendé sous l'angle du service commercial, de l'organisation interne ou de l'urbanisme <sup>(15)</sup>. Dans cette dernière typologie qui n'est pas celle retenue par les parlementaires <sup>(16)</sup>, on peut isoler quatre formes différentes de drive de la moins intégrée à la plus intégrée à un commerce existant <sup>(17)</sup>.

Avec le drive « étoile », le stockage et la préparation sont complètement séparés du point de retrait. Stockage et préparation des commandes sont alors réalisés dans un entrepôt classique (ou éventuellement dans un drive de grande surface) et, ensuite, des petits camions vont faire la navette entre cet entrepôt et le ou les points de retrait qui lui sont rattachés <sup>(18)</sup>. Le point de retrait peut alors être limité à sa plus simple expression <sup>(19)</sup>.

Avec le drive « isolé » ou « solo », la logique commerciale est autre, mais les conséquences urbanistiques ne sont pas nécessairement fondamentalement différentes (contrairement à ce que certains parlementaires semblaient croire). Le drive « isolé », appelé parfois drive offensif, a un objectif commercial de conquête de clientèle par captation (au moins partielle) de celle d'un ou plusieurs autres commerces. Dès lors il est installé le plus souvent à proximité d'un commerce

<sup>10</sup> Réponse du Ministère de l'artisanat, du commerce et du tourisme, JO AN du 10/12/2013, p. 12904.

<sup>11</sup> Par exemple, à l'exception d'un renvoi pour le « Drive in » vers la « Restauration rapide », il n'y a pas de définition du « Drive » dans DESSE R.-P., A. FOURNIÉ, A. GASNIER, N. LEMARCHAND, A. METTON, et J. SOUMAGNE (dir.), *Dictionnaire du commerce et de l'aménagement*, Presses Univ. de Rennes, 2008.

<sup>12</sup> CORNU G., « L'art d'écrire la loi », *Pouvoirs*, 2003, n° 4, p. 5-10, et spécifiquement ici p. 5.

<sup>13</sup> Voir notamment sur ces questions, HEITZ M., J.-P. DOUARD, et G. CLIQUET, « Grande distribution alimentaire et « drive » : une solution à la mobilité des consommateurs ? », 2011, les nombreux travaux de G. MAROUSEAU, notamment, « Le Click and Collect : La logistique participative du client dans les drive. », *Logistique et Management*, septembre 2013, vol. 21, n° 3, p. 31-39 et DAUVERS O., « Drive et Rentabilité - Fondements et leviers d'action », Editions Dauvers, 2013.

<sup>14</sup> Voir par exemple l'étude d'impact relative au projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, 25 juin 2013, [http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/3874/68475/version/1/file/ei\\_alur\\_cm\\_26.06.2013.pdf](http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/3874/68475/version/1/file/ei_alur_cm_26.06.2013.pdf), p.360

<sup>15</sup> <http://www.olivierdauvers.fr/2011/12/15/drive-le-format-de-lannee-2/>

<sup>16</sup> Qui ont principalement pris en compte la distinction entre « drive solo » et « drive isolé », ainsi que le cas particulier des « drives piétons ».

<sup>17</sup> Même si, comme on le verra, les autres aspects ont également une influence indéniable sur l'« urbanisme des drives ».

<sup>18</sup> « Intermarché estime que l'avantage de productivité d'une préparation centralisée peut compenser le surcoût de l'approvisionnement vers les points de retraits dans un maximum de 20 à 30 mn de temps-camion. Je confirme et partage. Il y a plusieurs mois, évoquant ici le scénario à venir des drives étoiles, j'étais arrivé peu ou prou au même résultat. Ensuite, reste à configurer la taille de l'entrepôt. Probablement plus grand que les Auchan Drive ou Leclerc Drive type, avec une taille cible de 2 000 à 2 500 m2 utiles. Cela dit, pour l'amortir, faudra quand même « sortir » pas loin de 700 commandes / jour. » Olivier Dauvers XXX

<sup>19</sup> Le géant mondial Tesco peut ainsi développer des points de retrait dont la surface, tout compris avoisine 60m2 : <http://www.olivierdauvers.fr/2013/11/13/les-coulisses-des-points-de-retrait-drive-tesco/>.

concurrent ou, plus rarement, dans une zone isolée mais stratégique. Deux possibilités sont alors envisageables. Soit le drive s'inscrit là aussi dans un système en étoile et les aménagements peuvent être de taille limitée, soit un bâtiment propre est installé afin que l'ensemble du processus, de la préparation de la commande à la mise à disposition, soit réalisé sur place.

A l'inverse, le drive « accolé », dénommé aussi « défensif », a pour finalité essentielle de conserver la clientèle du magasin. Le drive est ainsi collé au magasin lui-même ou à proximité immédiate. Ce type de *drives* se présente de plusieurs manières différentes en fonction essentiellement de problématiques financières, commerciales et logistiques. Les surfaces réservées sont moins importantes quand le drive fait partie d'un système dit « en étoile ». En revanche s'il s'agit d'un drive accolé, pour lequel il est prévu une zone de stockage propre et donc une préparation des commandes qui ne fait pas appel au « picking » dans le magasin <sup>(20)</sup>, les surfaces nécessaires seront d'autant plus importantes que ces *drives* visent une clientèle très large <sup>(21)</sup>.

Enfin, avec le drive « intégré » on se trouve en présence de la version minimale, la plus légère parmi les différentes catégories de *drives* présents sur le territoire national. Le *drive* n'occupe ainsi qu'une place extrêmement réduite, sans bâtiment propre et sans pistes de ravitaillement, lorsque toute la logistique du drive est intégrée au magasin (notamment obligation pour le client de se rendre à point déterminé du magasin et picking en magasin). L'accès au drive peut alors se faire en voiture ou à pied, ce qui en fait alors des *drives* « piéton » largement utilisés en ville ou par les supermarchés de taille restreinte.

Les enjeux urbanistiques de ces différentes catégories sont dès lors profondément différents. Or la définition législative ne semble pas suffisamment claire, précise et souple pour s'adapter à des modes d'organisation logistique en pleine mutation et à ce point diversifiés.

## 2) La qualification légale du drive

Usant d'un procédé de technique législative (plus précisément de rédaction des textes) désormais assez courant <sup>(22)</sup>, le législateur a souhaité préciser dans le III de l'article L. 752-3 du code de commerce que « [a]u 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. »

Tout d'abord, et c'est une première difficulté, qui sera vraisemblablement surmontée rapidement, le terme « Drive » n'apparaît pas dans le texte, alors que tout porte à croire évidemment que c'est justement la forme de distribution qui est directement visée par ce dispositif. En cela, sans semble-t-il s'y référer, les rédacteurs de ce texte ont suivi (et même précédé) les recommandations officielles de la Commission générale de terminologie et de néologie concernant le vocabulaire du commerce et de l'urbanisme <sup>(23)</sup>. Celle-ci proscrit en effet l'utilisation du terme « drive » lui préférant notamment l'expression « point de retrait automobile » que l'on retrouve dans ce texte.

En revanche, et cela est beaucoup plus perturbant, il n'y a pas une mais deux définitions dans ce texte dont on a un peu de mal à déterminer si elles sont réelles ou terminologiques <sup>(24)</sup>. Or la technique des définitions légales a justement pour

<sup>20</sup> Il y a « picking » quand les commandes sont directement préparées à partir du stock présent dans les rayons du magasin.

<sup>21</sup> L'une des erreurs régulièrement rencontrées dans les travaux parlementaires est de croire que le drive collé n'exige qu'une petite surface spécifique. De prime abord, il paraît en effet logique, dans cette catégorie de « drives », que la préparation des commandes se fasse à l'intérieur du magasin lui-même. C'est en réalité faire fi de la faible productivité actuelle des préparateurs dans ce type de configuration qui est manifestement réservé aux petites surfaces de magasin (voir les analyses d'O. Dauvers précitées).

<sup>22</sup> A juste titre les juristes canadiens ont montré que contrairement à ce qui était avancé parfois, le développement de cette technique de rédaction des textes ne résulte pas d'une pénétration de la *Civil Law* par la *Common Law* mais bien plus d'un développement du droit international et du droit communautaire. En effet, du fait de l'utilisation de langues différentes, le besoin de définitions claires et précises des termes usités dans les textes s'est trouvé considérablement renforcé depuis quelques dizaines d'années. Au point d'ailleurs d'être devenue une « marque de fabrique » de la légistique communautaire.

<sup>23</sup> COMMISSION GÉNÉRALE DE TERMINOLOGIE ET DE NÉOLOGIE, « Vocabulaire du commerce et de l'urbanisme (liste de termes, expressions et définitions adoptés), texte n° 168 », JORF, 20 décembre 2013, p. 20825. La commission propose de remplacer le terme « Drive » au choix notamment par l'expression « point de retrait automobile », « zone de retrait automobile », « point de retrait express », et de manière abrégée « point de retrait auto ». La commission propose également une définition du « point de retrait automobile » en précisant qu'il s'agit d'un « [l]ieu spécialement aménagé pour permettre à un client de venir avec un véhicule retirer rapidement des achats effectués en ligne ».

<sup>24</sup> Au sens donné à l'adjectif « terminologique » par Gérard Cornu : « ayant pour objet d'énoncer la signification des mots et expressions retenus », CORNU G., « Les définitions dans la loi », *Mélanges Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 77 et s.

finalité d'assurer une concordance de sens entre une expression du langage courant, du langage technique ou bien encore nouvellement apparue et son interprétation juridique <sup>(25)</sup>. Ici c'est une définition en deux temps, source logiquement de confusions, à laquelle semble vouloir procéder le législateur. En premier lieu, sans l'expliquer clairement, il qualifie les points de retrait automobile (ou « *drives* ») de « points permanents de retrait par la clientèle d'achats au détail commandés par voie télématique, organisés pour l'accès en automobile » qu'ils semblent vouloir définir dans un second temps comme étant « 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 ». Tout cela apparaît cependant comme une rédaction malheureuse bien éloignée de la fonction normative d'une telle définition et de l'objectif d'intelligibilité de la loi poursuivi par ce procédé de légistique <sup>(26)</sup>.

En outre, cette rédaction largement déficiente conduit à s'interroger sur le statut de certains des critères de la définition et donc, par là même, sur le champ d'application du dispositif. On rappelle en effet que lorsqu'une chose ou une notion sont définies « au sens d'un texte » c'est évidemment la définition qui donne précisément sens et non l'inverse. Ainsi si l'exigence « d'installations, aménagements ou équipements conçus pour le retrait » et la commande « par voie télématique » semblent effectivement des critères avérés du point de retrait automobile, la permanence de l'installation, la distinction entre la clientèle de détail et les autres, l'organisation du point de retrait pour « un accès automobile » et la présence de « pistes de ravitaillement attenantes » nécessiteront des précisions réglementaires et sans doute jurisprudentielles.

En réalité la précision de la rédaction aurait sans doute eu tout à gagner à ce que soit utilisée dans la loi l'expression « points de retrait automobiles » <sup>(27)</sup> dont la définition aurait été au sens de cette loi « installations, aménagements ou équipements conçus pour le retrait par la clientèle d'achats au détail commandés par voie télématique et organisés pour l'accès en automobile » et de réserver aux modalités d'autorisation la référence aux « pistes de ravitaillement ». Une telle définition aurait ainsi permis au législateur de rendre plus intelligible les critères qu'il semble avoir édictés.

Pour autant, même avec une telle rédaction, chacun des termes utilisés nécessite d'être précisé.

#### ***a) L'exigence d'installations, aménagements ou équipements conçus pour le retrait***

Cet élément de la définition du « Drive » signifie donc que sans agencements il n'y aura pas de soumission aux règles de l'urbanisme commercial. Dès lors il conviendra de préciser la double exigence exprimée par le texte quant aux notions « d'installations, aménagements ou équipements » et quant à l'expression « conçus pour ».

Utilisées seules, ensemble ou bien associées avec les termes « travaux », « opérations » ou « constructions », les notions employées ici par le législateur sont bien connues du droit de l'urbanisme ou de la construction.

Pour autant, leur application récurrente a été source d'une jurisprudence abondante. La définition des aménagements concernés par ce texte pourra ainsi sans doute se référer utilement aux « aménagements » pris en compte pour caractériser un ensemble commercial tels que la voirie particulière, les parkings ou les aménagements piétons. De même il ne sera pas sans importance de prendre en compte les aménagements pris en compte pour soumettre ou non une opération aux règles de l'urbanisme commercial, comme l'édification ou la suppression d'une clôture ou d'une cloison. Sans doute la notion la plus hétérogène, La notion d'équipement n'est guère aisée à appréhender. Désignant parfois des réalisations de faible importance comme par exemple au sens de l'équipement propre au lotissement auquel fait

<sup>25</sup> Sur cette question voir, notamment, outre l'article de Gérard CORNU « Les définitions dans la loi », D. Truchet, « Les définitions législatives », in La confection de la loi, (dir.) Roland Drago, Académie des sciences morales et politiques, 2003, p. 71 ainsi que les numéros de la Revue de la Recherche juridique, 1986-4, 1987-4 ou 1998-4.

Les définitions dans la loi et les textes réglementaires et 1987-4

<sup>26</sup> Quelle que puisse être la difficulté de l'exercice, on sera quand même un peu surpris de noter que des parlementaires considèrent que ce n'est pas au législateur de bien choisir ses mots pour éviter d'étendre de manière inconsidérée le champ d'application d'un dispositif législatif mais aux opérateurs économiques indûment concernés par une disposition mal rédigée de changer d'appellation. (<http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r1670-tl.asp> consulté le 7 mars 2014). A cet égard, on pourra rappeler les mots de Portalis dans son discours préliminaire du premier projet de code civil : « Il [le législateur] ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois »

<sup>27</sup> Comme le fait d'ailleurs l'exposé des motifs de ce projet de loi : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/projets/pl1179.pdf> (consulté le 7 mars 2014) p.74

référence l'article L. 332-6 du code de l'urbanisme <sup>(28)</sup>, elle désigne également des bâtiments <sup>(29)</sup> ou même des ensembles de bâtiments au sens du droit des équipements commerciaux <sup>(30)</sup>. De même si le terme « installations » est utilisé dans la proposition de loi OLLIER dans le même sens qu'« équipement » <sup>(31)</sup>, il en va tout autrement lorsque le code de l'urbanisme prévoit dans l'article R. 421-23 une déclaration préalable en cas de « [l]'installation, pour une durée supérieure à trois mois par an, d'une caravane (...) ».

Très clairement l'expression employée ici par le législateur ne doit être interprétée que dans sa globalité. Il s'agit en réalité d'appréhender une quelconque modification physique du site concerné, de la réalisation d'une simple cloison ou de la mise en place d'un comptoir de réception de la clientèle à la construction d'un bâtiment de plusieurs milliers de mètres carrés.

De même, l'exigence que ces installations, aménagements ou équipements soient conçus pour le retrait ne devraient pas réellement posée de difficultés pratiques même si l'expression « conçus pour » ne brille pas nécessairement pas sa clarté. Cette expression renvoie en effet à l'idée d'installations, aménagements ou équipements réalisés spécifiquement pour le retrait, c'est-à-dire dont la finalité initiale est par nature le retrait. Or on voit mal comment cette exigence pourrait être ainsi limitée. Sans doute convient-il dès lors de prendre également en compte les installations, aménagements ou équipements réalisés initialement dans un autre but et utilisé, par destination, pour le retrait. C'est donc bien sans doute une « utilisation pour » et non une « conception pour » qui devrait être le critère déterminant.

### **b) La permanence de l'installation**

Dans la version initiale du texte il n'était fait pas référence au caractère permanent ou ponctuel du point de retrait. Cet ajout résulte d'un amendement déposé devant l'Assemblée nationale <sup>(32)</sup> justifié par la nécessité « de différencier ces points d'autres installations (notamment sous forme d'étalages temporaires ou d'installations démontables) où les consommateurs peuvent, là aussi, retirer des biens achetés préalablement./ Une des principales différences qui existent entre ces points et les « drive » tient au caractère permanent de ces dernières installations puisque c'est cette dimension qui justifie, par l'emprise sur le foncier à laquelle elle conduit, à éventuellement demander une autorisation d'exploitation commerciale pour installer un « drive ». » Dans l'attente d'une interprétation jurisprudentielle, il faut sans doute comprendre de l'intention du législateur que ce n'est pas le retrait lui-même qui serait permanent mais bien plus les installations ou équipement mis en place. Dès lors une installation fixe mais utilisée de manière non permanente serait soumise à cet encadrement. A ce titre, il n'est pas certain que cela couvre parfaitement les hypothèses ainsi visées. Par exemple, au Sénat, était relevé le fait que « [l]a soumission à autorisation d'exploitation commerciale des points de retrait d'achats au détail par l'accès en automobile est dans sa rédaction actuelle, source d'ambiguïté et pourrait conduire à concerner des points de retrait ponctuels. Il en est ainsi des points de retrait de produits agricoles, transformés ou non, localisés dans des locaux utilisés ponctuellement pour cet usage. Il est en effet fréquent que des producteurs agricoles utilisent une ou plusieurs fois par semaine, des locaux mis à disposition par une collectivité, par une coopérative ou encore par un lycée agricole. » <sup>(33)</sup>

### **c) Une clientèle d'achats au détail**

Les techniques du « Reserve and collect » et du « click and collect » sont utilisées depuis fort longtemps dans les marchés de gros et demi-gros <sup>(34)</sup>. Et même si aujourd'hui la livraison a très largement pris le dessus dans ce secteur, il n'en reste pas moins qu'un certain nombre de commerce de gros utilise ou sont susceptibles d'utiliser une logistique qui s'apparente aux Drives <sup>(35)</sup>. Or, depuis son origine, l'autorisation d'urbanisme commercial a un champ d'application limité au

<sup>28</sup> Il peut alors s'agir d'un simple élément de réseau comme une canalisation (voir par ex. CE, 24/04/2012, SARL Angles Habitat, req. n°340954)

<sup>29</sup> Comme par exemple au sens de la distinction entre équipement collectif et équipement public.

<sup>30</sup> La nouvelle rédaction de l'article L. 122-1-9 issue également de la loi ALUR prévoit ainsi que le « Le document d'orientation et d'objectifs détermine 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.

<sup>31</sup> AN, Proposition de Loi relative à l'urbanisme commercial, déposé le 3 mai 2010, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion2490.asp> (consulté le 15/04/2014).

<sup>32</sup> AN, Amendement n°691 déposé le 14 janvier 2014 par Mme Linkenheld (Adopté).

<sup>33</sup> Sénat, Amendement N° COM-49 du 20 janvier 2014, présenté par M. CÉSAR (Rejeté).

<sup>34</sup> Nombre de petits commerçants, dès la fin des années 60, avaient pris l'habitude de passer leur commande auprès de leurs grossistes par téléphone avant de venir la retirer le lendemain.

<sup>35</sup> Pour un exemple, voir <https://www.metro.fr/vos-services/metro-drive.html> (consulté le 15/04/2014).

commerce de détail <sup>(36)</sup>. La condition retenue ici par le législateur n'est donc guère une surprise et induit une certaine cohérence dans le champ d'application de l'autorisation de l'urbanisme commercial. Pour autant, la notion de clientèle d'achats de détail retenue par le législateur est une notion moins usitée que celle de commerce de détail que connaissent le droit et la pratique. Toutefois elle ne devrait pas faire naître de difficultés supplémentaires <sup>(37)</sup>. En effet la doctrine administrative fait de la clientèle principale du commerce en cause le critère déterminant de la qualification de commerce de détail. La circulaire du 16 janvier 1997 précisait ainsi que « les magasins de commerce de détail soumis à autorisation d'exploitation commerciale sont les magasins où s'effectue la vente de marchandises neuves à des consommateurs pour un usage domestique » <sup>(38)</sup>.

En revanche le législateur ne réserve pas l'application de ce texte au domaine alimentaire. C'est donc bien l'ensemble du commerce de détail qui est concerné.

#### **d) Des commandes par voie télématique**

Même si elle présente indéniablement un côté suranné et qu'elle disparaît de plus en plus du droit positif, l'expression « par voie télématique » ne devrait guère poser de difficultés d'application <sup>(39)</sup>. On aurait certes sans doute préféré que lui soit substituée l'expression « par voie électronique », qui aurait permis de rattacher cette activité au commerce électronique <sup>(40)</sup> mais elle a l'avantage d'avoir été suffisamment présente dans le droit interne et communautaire pour ne pas poser, dans l'état actuel des technologies utilisées, de réelles difficultés d'interprétation <sup>(41)</sup>.

#### **e) Des points de retrait organisés pour l'accès en automobile**

En indiquant que ce dispositif s'applique aux points organisés pour l'accès en automobile, le législateur a entendu très clairement distinguer les *drives* dits piétons afin de les exonérer de cet encadrement. Il y a en effet, au regard des objectifs poursuivis par le législateur et des finalités du droit de l'urbanisme, une différence indéniable entre les deux. Sauf que, comme souvent, il y a souvent loin des intentions du législateur aux réalités qu'il cherche à encadrer. Si on imagine sans doute que le législateur avait en tête les drives piétons installés en centre-ville et pour lequel fort logiquement aucune piste de ravitaillement n'a été prévue, il faudra sans doute au juge s'écarter de la rédaction du texte tout en prenant en compte les intentions du législateur pour soumettre à ce texte les autres drives qui auraient pris soin de remplacer les pistes de ravitaillement par de simples places de stationnement réservées voire par un numéro de téléphone permettant à l'automobiliste de signaler sa présence et son lieu de stationnement <sup>(42)</sup>.

<sup>36</sup> Article 29, 1° de la loi du 27 décembre 1973, JO du 30 décembre 1973, p.14142 et, désormais, article L. 752-1 du code de commerce.

<sup>37</sup> Pour autant la définition du commerce de détail présente encore aujourd'hui un certain flou. Voir sur cette question, DESSE R.-P., A. FOURNIÉ, A. GASNIER, N. LEMARCHAND, A. METTON, et J. SOUMAGNE (dir.), *Dictionnaire du commerce et de l'aménagement*, Presses Univ. de Rennes, 2008, p. 63 et s. et <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/commerce-de-detail.htm> (consulté le 16/04/2014).

<sup>38</sup> Circulaire n°97-247 du 16 janv. 1997, JO 6 février 1997, p. 1999.

<sup>39</sup> L'auteur remercie le Pr Jean Frayssinet, Professeur émérite à Aix-Marseille Université, pour ses explications éclairantes sur le sens à donner à cette notion et, plus généralement, à celles utilisées en matière de commerce électronique.

<sup>40</sup> Dont l'INSEE donne une définition qui montre bien que les Drives sont très clairement au cœur de l'évolution du commerce traditionnel vers le e-commerce : « Transactions commerciales utilisant l'internet ou d'autres réseaux informatiques comme l'échange de données informatisé et impliquant un changement de propriété du bien ou du service commandé. Les biens et les services font l'objet d'une commande déposée via ces réseaux, mais le paiement et la livraison ultime du bien ou du service peuvent être effectués par des méthodes traditionnelles. Ne sont pas considérées comme relevant du commerce électronique les commandes reçues par téléphone, par télécopieur et par le courrier électronique. Ces outils ne permettent pas une automatisation complète des transactions commerciales. Les transactions bancaires et financières ne relèvent pas du commerce électronique. » <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/commerce-electronique.htm>

<sup>41</sup> Le terme télématique est ainsi défini comme étant « l'ensemble des services de nature ou d'origine informatique pouvant être fournis à travers un réseau de télécommunications » par l'arrêté relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique du 22 décembre 1981 (JO du 17 janvier 1982, p. 50626) puis comme « l'ensemble des services, autres que les services télégraphique et téléphonique usuels, qui peuvent être obtenus par les usagers d'un réseau de télécommunication ; ces services qui mettent généralement en œuvre des techniques de téléinformatique permettent d'envoyer ou de recevoir des informations publiques ou privées, ou d'effectuer certaines opérations telles que consultation de fichier, réservation, opérations commerciales ou bancaires. » par l'arrêté du 27 avril 1982 portant enrichissement du vocabulaire des télécommunications (JO du 24 juin 1982, p. 55982).

<sup>42</sup> On pourra toujours invoquer le fait que dans la logique du Drive « piéton », c'est le client qui transporte ses courses alors que dans les autres cas il vient en voiture pour charger celle-ci. Mais en pratique cette distinction n'a guère de sens, nombre de clients n'étant piétons que jusqu'au lieu de stationnement de leur voiture.



## B. LES INTERROGATIONS SUR LA PORTÉE DU DISPOSITIF D'ENCADREMENT DES DRIVES

S'il est un point sur lequel chacun est d'accord, c'est effectivement l'absence de soumission des *drives*, dans l'état de la législation de l'urbanisme commercial antérieur à la loi ALUR, au régime d'autorisation spécifique à l'exploitation commerciale. Les *drives* étaient en effet jusqu'alors simplement qualifiés d'entrepôts et, à ce titre, échappaient à l'ensemble des contraintes spécifiques applicables à l'ouverture d'un magasin. Pour autant, les *drives* faisaient l'objet d'un encadrement juridique au titre du droit de l'urbanisme. Sauf exception, ainsi que le rappelle, l'étude d'impact du projet de loi ALUR, les *drives* étaient soumis au régime du permis de construire et de la déclaration préalable.

La soumission des *drives* au régime de l'autorisation commerciale constitue donc une innovation majeure de ce texte. Cependant l'efficacité d'un tel dispositif dépendra principalement de l'attitude des commissions départementales et nationales de l'aménagement commercial <sup>(43)</sup>. Au surplus, comme souvent en matière d'urbanisme commercial, le législateur ne s'est sans doute pas donné les moyens d'adopter un texte susceptible à la fois d'être efficace et de ne pas être dénaturé par la jurisprudence. En prévoyant notamment une application dès le premier m2, et donc à des installations pour lesquelles les justifications alléguées par la puissance publique, pourraient être inexistantes, le dispositif ainsi adopté devrait sans doute se voir confronté à des normes de protection de la liberté d'entreprendre

### 1) Les principes de l'encadrement des drives

Malgré un certain nombre de dérogations le principe est donc désormais celui de la soumission des Drives aux règles spécifiques de l'urbanisme commercial et, par là même, aux mêmes que les magasins de commerce de détail.

#### a) Une soumission de principe aux règles de l'urbanisme commercial

Cette soumission résulte en premier lieu de la nouvelle rédaction de l'article L. 752-1 du code de commerce qui, dans liste des projets soumis à une autorisation d'exploitation commerciale, contient désormais un 7° qui vise les projets ayant pour objet « 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 ». Mais cette soumission résulte également d'autres dispositions modifiées du code de commerce. Ainsi, conformément à la nouvelle rédaction de l'article L. 752-5 relatif à l'abus de position dominante ou de l'état de dépendance économique, le maire peut saisir l'Autorité de la concurrence que cela concerne un magasin de détail ou un drive <sup>(44)</sup>. De même, ainsi que le prévoit désormais l'article L. 752-15, les drives sont comme les magasins, soumis au principe de non-cessibilité de l'autorisation d'exploitation <sup>(45)</sup>. Enfin, cette volonté de mettre en place une identité de règles pour les drives et les magasins de détail se manifeste également dans la soumission des drives aux mêmes contrôles et aux mêmes sanctions prévues à l'article L. 752-23 <sup>(46)</sup>. Sur constatation d'une «

<sup>43</sup> Cette formule n'est pas de pure rhétorique tant l'analyse scrupuleuse des décisions aussi bien des CDAC que de la CNAC laisse songeur. En dehors d'une motivation presque inexistante des décisions (à laquelle le juge administratif ne voit rien à redire) et un taux d'acceptation exceptionnellement élevé, il est extrêmement délicat de faire émerger des lignes directrices dans l'application des critères posés par la loi. Sans doute est-ce dû à un double phénomène consubstantiel au dispositif mis en place. D'une part, les décisions sont toujours des cas d'espèce, tant les situations locales, les opérateurs en cause et la composition des commissions apparaissent bien plus déterminantes que les critères posés par le code du commerce. D'autre part, le raisonnement des commissions départementales (plus que pour la commission nationale) apparaît bien souvent purement téléologique. Le droit ne sert alors que de justification à une décision préalablement prise sur le fondement de critères extérieurs au corpus juridique.

<sup>44</sup> « 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 télématique, organisés pour l'accès en automobile, le maire 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. »

<sup>45</sup> « L'autorisation préalable requise pour la création de magasins de commerce de détail ou pour 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, n'est ni cessible ni transmissible. »

<sup>46</sup> « Les agents habilités à rechercher et constater les infractions aux articles L. 752-1 à L. 752-3 en vertu de l'article 9 de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, constatant l'exploitation illicite d'une surface de vente, au regard du présent titre, établissent un rapport qu'ils transmettent au préfet du département d'implantation du magasin.

Il en est de même en ce qui concerne les points permanents de retrait par la clientèle d'achats au détail mentionnés à l'article L. 752-3 lorsque les agents habilités constatent l'exploitation d'une surface d'emprise au sol ou d'un nombre de pistes de ravitaillement non autorisé.

Le préfet peut mettre en demeure l'exploitant concerné de ramener sa surface commerciale à l'autorisation d'exploitation commerciale accordée par la commission d'aménagement commercial compétente, dans un délai d'un mois. Sans préjudice de l'application de sanctions pénales, il peut, à défaut, prendre un arrêté ordonnant, dans le délai de quinze jours, la fermeture au public des surfaces de vente exploitées illicitement, jusqu'à régularisation effective. Ces mesures sont assorties d'une astreinte journalière de 150 euros par mètre carré exploité illicitement.

exploitation d'une surface d'emprise au sol ou d'un nombre de pistes de ravitaillement non autorisé », le préfet peut ainsi mettre en demeure l'exploitant concerné de régulariser sa situation. A défaut, ce dernier s'expose à la fermeture des surfaces exploitées illicitement jusqu'à une régularisation effective <sup>(47)</sup>.

### **b) Les dérogations au principe de l'application des règles de l'urbanisme commercial**

#### i. L'exclusion des drives picking existants

La nouvelle rédaction de L'article L. 752-1 du code de commerce prévoit cependant une exclusion importante. En effet le législateur y a prévu que « Par dérogation au 7°, n'est pas soumise à autorisation d'exploitation commerciale 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° du 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. »

Il s'agit donc, selon les intentions du Gouvernement, de veiller « à ce que les drive (sic), intégrés à un magasin existant et dûment autorisé, ne soient pas concernés par cette mesure » <sup>(48)</sup>. En cela il rejoint la demande d'un certain nombre de parlementaires alertés par les syndicats professionnels <sup>(49)</sup> qui justifient une telle distinction par le fait que, mis en œuvre dans ces conditions, le drive apparaît exclusivement comme un service nouveau offert aux clients par l'aménagement de pistes de ravitaillement, de places de parkings dédiées ou d'ouverture supplémentaire. Cette distinction pourrait s'appuyer en plus le partage des stocks entre le magasin et le drive, l'absence de modification majeure de l'emprise au sol et l'absence présumée d'effets sur les équilibres commerciaux.

Dès lors que le drive accolé a essentiellement les mêmes conséquences que le drive picking sauf l'emprise au sol du bâtiment, comment alors justifier cette distinction au regard de l'objet des textes sur l'urbanisme commercial ? <sup>(50)</sup> On s'aperçoit de la très grande ambiguïté d'une telle exception et de son application en pratique dès lors que la zone de stock serait partagée puisqu'une telle surface échappe classiquement au champ d'application de l'autorisation d'urbanisme commercial (surface de vente). Il suffirait alors de créer une zone de stockage adossée au magasin, puis de la transformer ensuite en Drive pour échapper au régime de l'autorisation commerciale. L'expression « intégré à un magasin de détail » devrait donc donner lieu à une abondante jurisprudence.

Ceci dit, une triple condition est posée par le texte pour l'application de cette exception. Tout d'abord, il doit s'agir d'un drive intégré à un magasin de détail. Ensuite ce magasin doit être ouvert à la date de publication de la loi. Enfin, les surfaces de plancher (supplémentaires) ainsi concernées ne sauraient excéder 20 m<sup>2</sup>. La première condition pose de sérieux problèmes juridiques en termes de respect du principe d'égalité <sup>(51)</sup>. En effet quelles différences, en rapport avec l'objet de la loi, peut-on faire entre le commerce ouvert à la date de publication de la loi et celui, bénéficiant d'une autorisation, éventuellement en cours de réalisation ? Il faudra sans doute une indéniable gymnastique intellectuelle pour que le juge national ou communautaire accepte de valider cette disposition. De plus à la lecture des travaux parlementaires, il n'est

---

En ce qui concerne les points permanents de retrait par la clientèle d'achats au détail, la surface mentionnée au troisième alinéa du présent article est égale à la somme des surfaces énoncées à l'article L. 752-16. »

<sup>47</sup> Sans compter la possibilité de poursuites pénales.

<sup>48</sup> Réponse du Ministère de l'artisanat, du commerce et du tourisme, JO AN du 10/12/2013, p. 12904.

<sup>49</sup> Voir par exemple, AN, Amendement n°291 du 6 septembre 2013 présenté par M. Carpentier, M. Braillard, M. Chalus, M. Charasse, Mme Dubié, M. Falorni, M. Giacobbi, Mme Girardin, M. Giraud, M. Krabal, M. Moignard, Mme Orliac, M. Robert, M. Saint-André et M. Tourret (adopté).

<sup>50</sup> Les parlementaires ont également eu des difficultés à appréhender la portée à la fois de cette exception et, de manière globale, le champ d'application de ce dispositif. On en prendra pour exemple les propos suivants Mme Audrey Linkenheld, Rapporteuse du texte à l'Assemblée nationale « Je suis d'autant plus disposée à renoncer à cet amendement qu'après avoir entendu les intéressés, nous leur avons étendu ces dispositions relatives à l'autorisation d'exploitation commerciale en nous éloignant assez largement de leur champ d'application actuel : ainsi nous avons repris un critère de superficie alors que l'espace des drives est consacré pour l'essentiel, non à la vente, mais à l'entreposage. Si contentieux il doit y avoir, c'est aussi sur ce point qu'il pourrait porter. D'autre part – et je dois faire mon mea culpa pour avoir laissé passer cette disposition –, ont été exonérés de l'obligation d'obtenir une autorisation d'exploitation commerciale les drives dits accolés, alors que leurs exploitants se révèlent moins respectueux que ceux des drives dits déportés des règles d'urbanisme, voire de l'esthétique ! », Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi, modifié par le sénat, pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (n° 1499) par M. Daniel Goldberg et Mme Audrey Linkenheld, députés, tome I, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r1670-tl.asp>, (consulté le 7 mars 2014).

<sup>51</sup> Jurisprudence constitutionnelle principe d'égalité

pas certain cependant que tous les parlementaires aient parfaitement saisi que cette exception ne concernait que la création de « drives » dans les magasins ouverts à la date de publication de la loi. <sup>(52)</sup>.

Par ailleurs, la surface de 20m<sup>2</sup> maximale limite considérablement les hypothèses d'application. Il s'agit presque nécessairement de « drives » dont non seulement le picking se fait à l'intérieur du magasin mais pour lesquelles le stockage sera particulièrement contraint et le nombre d'employé spécifique sans doute très faible voire nul. Dès lors, même si ces drives picking ont constitué l'essentiel des créations du premier groupe de distribution français, il apparaît qu'il s'agit d'un type de drive réservé pour l'essentiel soit à l'entrée sur le marché et qui a peu de chances de perdurer, soit à des supermarchés de taille moyenne et petite. Comme le signalait un analyste à propos du store picking, il s'agit d'un type de drives « dont personne ne sachant compter (honnêtement du moins) ne peut présenter un compte d'exploitation réellement positif, hormis sur un super[marché] de 1000 m<sup>2</sup> » <sup>(53)</sup>. Reste néanmoins que les pouvoirs publics semblent avoir implicitement écarté l'hypothèse d'une transformation d'une partie du magasin en zone affectée exclusivement au drive.

ii. L'encadrement au premier m<sup>2</sup> pour toute création ou extension

Cet encadrement « dès le premier m<sup>2</sup> » montre bien la difficulté qu'a rencontré le législateur dans sa tentative d'appréhender dans une seule formule l'ensemble des formes de drive. En effet, selon le mode d'organisation retenu, les surfaces pour une clientèle et un chiffre d'affaires identiques peuvent être radicalement différentes. En effet, dans le cadre d'une organisation logistique sous la forme d'un drive-étoile ou d'un drive-entrepôt, l'essentiel des surfaces de stockage resteront dans des entrepôts non soumis au régime d'autorisation commercial et pourtant les effets sur les flux circulation, sur la structure du marché seront à peu de choses près strictement identiques.

Dès lors une telle le drive devient beaucoup plus encadré que ne le sont les commerces traditionnels. De plus l'encadrement « « dès le premier m<sup>2</sup> » favorise également la forme la moins innovante du drive le drive picking sans zone propre de retrait.

iii. L'autorisation par piste de ravitaillement

Manifestement, sur ce point, les rédacteurs ont vu dans les drives une ressemblance suffisante avec les stations-service pour en reprendre une partie du régime juridique et notamment la référence à l'autorisation ou l'enregistrement par piste de ravitaillement.

Dans un premier temps, une telle assimilation peu apparaître logique. Le nombre de pistes de ravitaillement, dans une station-service, donne en effet une indication précise sur l'activité attendue, les flux de circulation et les risques. Il reste néanmoins que la référence dans le droit des stations-service au nombre de pistes de ravitaillement résulte également des règles en matière d'ICPE non applicables aux drives. Surtout, d'une manière peut être un peu primaire, les rédacteurs du texte ont cru que, comme dans les stations-service, il y aurait au même moment un seul véhicule en train d'être servi, ce qui logiquement, conduirait les drives les plus importants à comporter un nombre élevé des pistes. Or si cela peut être le cas parfois, ceci ne présente pas de caractère général. Sur une même piste, il peut y en avoir un véhicule comme...dix. Il y a même des drives qui n'ont qu'une piste, parallèle au bâtiment de stockage <sup>(54)</sup>. De même on pourrait imaginer que le nombre de pistes de ravitaillement soit une manière d'envisager de contrôler les surfaces non couvertes ainsi utilisée, de la même manière que le nombre de places de parking donnent une idée assez claire des surfaces qui lui sont consacrées. Mais là aussi, on reste dubitatif. A la différence des places de parking, les pistes de ravitaillement ne sont absolument pas normalisées. Comme indiqué précédemment, elles ont même une configuration fort différente selon les cas.

<sup>52</sup> Voir en ce sens, <http://www.senat.fr/rap/l13-065-1/l13-065-11.pdf> p.424.

<sup>53</sup> DAUVERS O., *Pourquoi Carrefour avance si prudemment sur le « vrai » drive...* « Olivier Dauvers, <http://www.olivierdauvers.fr/2013/09/05/pourquoi-carrefour-avance-si-prudemment-sur-le-%C2%AB-vrai-%C2%BB-drive%E2%80%A6/>, consulté le 7 mars 2014. Comme l'auteur le précise dans une réponse à une question « la rentabilité du drive passe par le drive entrepôt. Dans ce cas, la rentabilité n'est pas automatique mais possible. A l'inverse, dans le cas du store picking elle est impossible si tous les coûts sont réellement affectés (sauf quelques rares situations exceptionnelles, genre un super[marché] de 1000 m<sup>2</sup> où le temps de préparation] est raccourci par la taille du magasin) » <http://www.olivierdauvers.fr/2013/06/25/sainte-genevieve-des-bois-cest-aussi-ca/>

<sup>54</sup> A ce titre il suffit d'examiner une piste de Drive chez Mac Donald pour se rendre compte que la piste peut contenir un véhicule, comme 15 ou 20.

## 2) Les incertitudes quant à la validité juridique d'un tel dispositif

Si la compétence du législateur pour encadrer une telle activité économique semble pouvoir être fondée à la fois en droit constitutionnel interne et en droit communautaire, subsistent néanmoins un certain nombre d'interrogations qui tiennent à la fois aux objectifs réels de cette mesure et à sa proportionnalité. Le conseil constitutionnel n'ayant été saisi a priori que de quelques dispositions sans rapport avec l'urbanisme commercial et n'ayant pas jugé utile dans sa décision n° 2014-691 DC du 20 mars 2014 de soulever d'office un quelconque moyen d'inconstitutionnalité, ces incertitudes restent entières.

### a) La compétence de principe du législateur pour réguler une activité économique

On rappellera que même si aussi bien le juge interne, spécifiquement constitutionnel, que le juge communautaire admettent l'intervention de l'Etat dans l'économie, et de manière spécifique dans l'activité commerciale, cette possibilité s'est néanmoins réduite depuis une dizaine d'années. Si d'une manière classique le Conseil constitutionnel reconnaît qu'« 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 », c'est pour ajouter immédiatement après « à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »<sup>55</sup>). De même le droit communautaire<sup>56</sup>, s'appuyant à la fois sur l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux<sup>57</sup>, sur l'article 49 TFUE (ex article 43 TCE)<sup>58</sup> et sur la jurisprudence de la Cour<sup>59</sup>, a reconnu la liberté d'entreprise et plus spécifiquement la liberté d'établissement<sup>60</sup>). Mais, tout en reconnaissant la liberté d'entreprise, le droit communautaire ne juge pas nécessairement inconstitutionnelles les interventions nationales dès lors qu'elles sont fondées sur les raisons impérieuses d'intérêt général à condition qu'elles 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<sup>61</sup>).

<sup>55</sup> C'est le considérant de principe depuis la décision n°2000-439 DC du 16 janvier 2001, Loi relative à l'archéologie préventive, cons. 13.

<sup>56</sup> Le droit communautaire est d'ailleurs devenu l'une des sources principales du droit de la distribution. Parmi ses apports récents susceptibles d'affecter le droit interne français on peut signaler l'ordonnance de la Cour du 7 mars 2013, dans l'affaire C-343/12, ayant permis sur le fondement de la Directive 2005/29/CE de juger contraire au droit communautaire une réglementation nationale qui interdit de manière générale d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte.

<sup>57</sup> « La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales. »

<sup>58</sup> « 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. »

<sup>59</sup> La Cour rappelle ainsi dans sa décision du 24 mars 2011, Commission C/ Espagne (Affaire C-400/08) que « selon une jurisprudence constante, l'article 43 CE s'oppose 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 (voir, notamment, arrêts du 14 octobre 2004, Commission/Pays-Bas, C-299/02, Rec. p. I-9761, point 15, et du 21 avril 2005, Commission/Grèce, C-140/03, Rec. p. I-3177, point 27). Dans ce contexte, il importe de rappeler que la notion de « restriction » au sens de l'article 43 CE couvre les 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, en ce sens, arrêts du 5 octobre 2004, CaixaBank France, C-442/02, Rec. p. I-8961, point 11, et du 28 avril 2009, Commission/Italie, C-518/06, Rec. p. I-3491, point 64, ainsi que, par analogie, arrêt du 10 février 2009, Commission/Italie, C-110/05, Rec. p. I-519, point 37). Relève de cette catégorie, en particulier, une 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 (voir arrêt du 1er juin 2010, Blanco Pérez et Chao Gómez, C-570/07 et C-571/07, non encore publié au Recueil, point 54). »

<sup>60</sup> Loussouarn Y., « Le droit d'établissement des sociétés », RTD eur. 1990, n° 2, p.229-239. ; Santoro G., « L'évolution du principe de liberté d'établissement en droit communautaire : un mouvement de libéralisation depuis l'arrêt Cartesio », Revue internationale de droit économique 3/ 2010 (t.XXIV), p. 351-372.

<sup>61</sup> La reconnaissance de l'existence de telles considérations en matière d'urbanisme commercial a d'ailleurs longtemps fait débat. Dans sa décision n° 225470, Sté Immaldi, du 5 mars 2003, le Conseil d'Etat avait ainsi pu voir dans ces raisons impérieuses d'intérêt général une justification à l'atteinte portée par le législateur à la liberté d'établissement : « Considérant qu'il résulte de l'article 43 CE du traité, tel que l'a interprété la Cour de justice des Communautés européennes, 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'à cet égard, il incombe au juge national de se prononcer au vu des modalités concrètes d'application de la réglementation contestée devant lui ; (...) Considérant, toutefois,

Certes, il y a sans doute une différence essentielle entre les jurisprudences constitutionnelle et communautaire : alors que pour le Conseil constitutionnel, il y a un droit à l'intervention législative régulatrice sauf..., pour la jurisprudence communautaire, il y a une absence de droit pour la puissance à intervenir sauf... Pour autant, la mise en place d'un régime d'autorisation n'est pas nécessairement antinomique avec une protection de liberté d'entreprendre. Sur la plan constitutionnel, comme l'a indiqué le Président Genevois « [u]n régime d'autorisation préalable n'est pas condamné au regard de la liberté d'exercice d'une profession. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a exigé simplement que les motifs des refus d'autorisation soient précisés par le législateur et qu'il y ait un contrôle. Tout l'art est dans la conciliation entre ce qui est nécessaire au nom d'impératifs d'intérêt général, et la défense des droits des individus. »<sup>(62)</sup> De même en droit communautaire, la CJUE admet que des considérations d'aménagement du territoire, d'environnement ou de protection des consommateurs puissent justifier des restrictions à la liberté d'établissement et notamment la mise en place d'un régime d'autorisation préalable<sup>(63)</sup>.

Dès lors, cette extension du régime de l'urbanisme commercial aux drives étant menée sous le triple objectif officiel de l'aménagement du territoire, du droit de l'environnement et de la protection des consommateurs, la compétence du législateur ne semble guère devoir être contestée sur le terrain juridique.

### ***b) Les interrogations sur la finalité et la proportionnalité du mécanisme***

Si la compétence du législateur n'apparaît guère contestable, en revanche, l'objectif économique sous-jacent du dispositif et sa proportionnalité laissent plusieurs interrogations sans réponse.

#### iv. L'objectif économique du dispositif

Si, depuis la loi LME, le législateur a fait disparaître du dispositif d'encadrement de l'urbanisme commercial toute référence explicite à des critères économiques, il faut reconnaître que ce changement est resté très largement théorique pour l'ensemble des acteurs de l'urbanisme commercial. Très clairement, si les textes ont été modifiés, l'esprit de la loi Royer reste très prégnant tant a été limitée l'explicitation en France de la jurisprudence communautaire et de ses conséquences. Le législateur semble avoir fait sienne la fameuse formule de Tancredi dans le Guépard « Il faut que tout change pour que rien ne change ».

L'examen des débats et travaux parlementaires préalables à la loi ALUR confirme très largement ce constat. Très couramment sont ainsi invoqués pour justifier l'encadrement des drives des arguments liés à la nécessité de sauvegarder certaines formes de commerce. Sont ainsi évoquées la nécessité d'interdire l'implantation de certains drives « afin de limiter l'impact de cette concurrence à l'égard du commerce de proximité »<sup>(64)</sup> ou le « risque pour l'équilibre commercial des centre-ville, puisque des activités de commerce de proximité s'y sont implantées et sont directement concurrencées

---

que les limitations à l'implantation ou l'extension de commerces de détail qui peuvent découler de la mise en œuvre de ces dispositions répondent à des motifs d'intérêt général, liés notamment à la préservation des petites entreprises, à l'emploi et à l'aménagement du territoire ; que ces motifs constituent des raisons impérieuses d'intérêt général de nature à justifier une limitation à la liberté d'établissement ». En revanche, la CJUE dans sa décision du 24 mars 2011 précitée réfute un tel raisonnement et précise que « 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. »

<sup>62</sup> CREDA, Actes de la Table-Ronde du 26 mai 2010, « Entreprise et droit constitutionnel », 2010, *ibid*, p. 105-106.

<sup>63</sup> Voir sur ce point la décision du 24 mars 2011 précitée, §73 et 74 : « Selon une jurisprudence constante, les restrictions à la liberté d'établissement qui sont applicables sans discrimination tenant à la nationalité peuvent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, à condition qu'elles 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 (arrêts du 10 mars 2009, Hartlauer, C-169/07, Rec. p. I-1721, point 44; du 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e.a., C-171/07 et C-172/07, Rec. p. I-4171, point 25, ainsi que Blanco Pérez et Chao Gómez, précité, point 61). Parmi de telles raisons impérieuses reconnues par la Cour figurent entre autres la protection de l'environnement (voir, notamment, arrêt du 11 mars 2010, Attanasio Group, C-384/08, non encore publié au Recueil, point 50 et jurisprudence citée), l'aménagement du territoire (voir, par analogie, arrêt du 1er octobre 2009, Woningstichting Sint Servatius, C-567/07, Rec. p. I-9021, point 29 et jurisprudence citée) ainsi que la protection des consommateurs (voir, notamment, arrêt du 13 septembre 2007, Commission/Italie, C-260/04, Rec. p. I-7083, point 27 et jurisprudence citée).»

<sup>64</sup> Question n°31443 de M. Arnaud Robinet, JO AN du 09/07/2013, p. 7076.

par ce nouvel outil de consommation. »<sup>(65)</sup> On retrouve de même des arguments liés à la lutte contre les abus de position dominante<sup>(66)</sup>.

Plus ennuyeux encore, le texte même du projet de loi ALUR laissait subsister un certain nombre d'ambiguïtés. En indiquant qu'il s'agit par ce texte de « [r]éguler le développement d'un format de distribution qui bénéficie d'un avantage concurrentiel au regard des activités commerciales classiques »<sup>(67)</sup>, l'étude d'impact conduit nécessairement à s'interroger sur les fondements d'un tel objectif de nature économique.

Le juge constitutionnel admet certes la constitutionnalité de tels objectifs. Dans sa décision n° 2010 - 85 DC du 13 janvier 2010, il se réfère ainsi aux « objectifs qu'il [le législateur] s'assigne en matière d'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux ». Il le rappelle dans la décision du 13 mai 2011 en utilisant, pour la première fois, les termes d'« ordre public économique »<sup>(68)</sup>. Cependant il apparaît très largement qu'il s'agit alors pour le législateur d'interdire des comportements illicites, ce qui n'est aucunement le cas ici. En outre le juge communautaire, de manière désormais classique, refuse que puisse être justifiée une restriction à la liberté d'établissement pas des objectifs de nature économique<sup>(69)</sup>.

En ce qui concerne la protection de la concurrence, la question principale n'est sans doute pas la constitutionnalité ou la conventionalité d'une telle finalité mais bien plutôt ses intentions réelles. En effet même si la question d'une constitutionnalisation de la libre concurrence reste pendante<sup>(70)</sup>, celle-ci est très clairement un objectif que peut poursuivre le législateur. En revanche, comme dans d'autres domaines<sup>(71)</sup>, c'est bien plus la conception « française » de l'objectif de concurrence qui peut faire débat. En effet à la lecture des travaux parlementaires on a le sentiment que la protection de la concurrence exige que soient prises des mesures dont le contenu substantiel est une restriction de la concurrence. Ainsi en matière de protection du commerce de proximité, si on peut imaginer des mécanismes d'aides d'Etat conformes au droit communautaire<sup>(72)</sup>, on sera nettement plus dubitatif lorsqu'il s'agit d'assurer la protection de ces commerces en limitant drastiquement les possibilités d'installation de commerces concurrents<sup>(73)</sup>.

#### v. La proportionnalité de l'intervention législative

La proportionnalité de l'intervention du législateur est une exigence à la fois constitutionnelle et conventionnelle. Ainsi, dans sa décision du 7 décembre 2000 sur la loi dite SRU, le Conseil a ainsi jugé 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 qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, une atteinte disproportionnée à l'objectif poursuivi »<sup>(74)</sup> De même au §83 de sa décision du 24 mars 2011 précitée, la CJUE rappelle que « les raisons susceptibles

<sup>65</sup> Question n°21702 de M. Jacques Cresta, JO AN du 26/03/2013, p. 3162.

<sup>66</sup> Question n°25344 de M. Patrick Vignal, JO AN du 30/04/2013, p. 4633 : « Ainsi, la commission départementale d'aménagement commercial tend à délivrer des autorisations de construction aux grandes surfaces sans mesurer les conséquences radicales pour les commerces avoisinants. En revanche, l'autorité ne contrôle pas les abus de la grande distribution, telle que la pratique florissante des drives qui autorise un gain d'efficacité et de rentabilité sans réduire le coût à la distribution. Il l'interroge donc sur le possible de rétablissement des observatoires départementaux d'aménagement commercial qui permettrait, entre autres, de connaître le nombre de concurrents évincés après chaque implantation de grandes surfaces, d'actualiser et de rendre publiques ces informations. Plus largement, il lui demande de veiller à une meilleure transposition de l'article 102 du TFU, en incitant par exemple la réduction du coût à la consommation pour la distribution en drive. »

<sup>67</sup> Etude d'impact, p.363

<sup>68</sup> Décisions n°2011-126 QPC du 13 mai 2011, Société Système U Centrale Nationale et autre (Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence), cons. 4 et 2012-280 QPC du 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre (Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction), cons. 8

<sup>69</sup> La Cour précise ainsi dans le §74 de sa décision du 24 mars 2011 précitée que « des objectifs de nature purement économique ne peuvent pas constituer une raison impérieuse d'intérêt général [justifiant des restrictions à la liberté d'établissement] (voir en ce sens, notamment, arrêt du 15 avril 2010, CIBA, C-96/08, non encore publié au Recueil, point 48 et jurisprudence citée) »

<sup>70</sup> Voir sur cette question CLAMOUR G., « La concurrence dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Communication au VIème congrès de l'Association française de droit constitutionnel (9, 10 et 11 juin 2005), Atelier n°2 sous la responsabilité de L. Burgogue-Larsen et de J. Pini », 2005. Et, pour aller plus loin, du même auteur, Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006, vol. 51.

<sup>71</sup> Comme par exemple avec la conception « française » de la séparation des pouvoirs mise en avant par le Conseil constitutionnel.

<sup>72</sup> L'exemple des aides dans le domaine du transport aérien montre que la piste

<sup>73</sup> Pour un exemple, voir <http://www.olivierdauvers.fr/2013/11/27/chronodrive-et-achan-sechangent-des-drives/> Et pour une confirmation : [http://www.haute-loire.gouv.fr/IMG/pdf/tableau\\_decisions\\_CDAC\\_a\\_compter\\_du\\_1er\\_Janv-2010\\_13Janvier\\_2014.pdf](http://www.haute-loire.gouv.fr/IMG/pdf/tableau_decisions_CDAC_a_compter_du_1er_Janv-2010_13Janvier_2014.pdf)

<sup>74</sup> Décision n° 2000 - 436 DC du 7 décembre 2000, Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains, cons. 20.

d'être invoquées par un État membre afin de justifier une dérogation au principe de la liberté d'établissement doivent être accompagnées d'une analyse de l'opportunité et de la proportionnalité de la mesure restrictive adoptée par cet État membre ainsi que des éléments précis permettant d'étayer son argumentation (voir arrêt du 22 décembre 2008, Commission/Autriche, C-161/07, Rec. p. I-10671, point 36 et jurisprudence citée). »

C'est donc à la fois sur le terrain de la motivation et de la proportionnalité que s'apprécie la constitutionnalité et la conventionalité de la disposition législative. Dans le cas présent, la question de la proportionnalité du dispositif d'encadrement des drives mis en place reste sans réponse évidente. Notamment, en imposant une autorisation d'ouverture dès le premier m<sup>2</sup>, on peut raisonnablement s'interroger sur la conformité de ce dispositif au droit communautaire. Même si les situations ne sont pas pleinement comparables, on se retrouve avec un encadrement des drives plus sévères que celui des magasins de détail. De même, comme cela a été indiqué précédemment, on ne trouve traces ni dans la loi elle-même, ni dans son étude d'impact, ni dans les débats parlementaires, d'éléments factuels précis justifiant la nécessité d'un dispositif si contraignant. On pourra ainsi se demander en quoi l'installation d'une pièce supplémentaire de 25m<sup>2</sup> destinée à stocker les commandes en attente est susceptible d'affecter l'environnement, l'aménagement du territoire ou la protection des consommateurs. On voit bien que l'on est très loin de satisfaire l'exigence « d'une analyse de l'opportunité et de la proportionnalité de la mesure restrictive » posée par la CJUE.

## II. L'OPPORTUNITÉ D'UN ENCADREMENT (IDÉALISÉ) DES DRIVES PAR LE DROIT

Dispositif aux modalités incertaines, l'encadrement des *drives* risque, dans le cadre de la mise en œuvre, d'être confronté à de multiples défis aussi bien quant à son efficacité qu'à la réelle volonté du pouvoir politique de l'encadrer dans le respect du droit.

### A. LES DOUTES SUR L'EFFICACITÉ DU DISPOSITIF LÉGISLATIF D'ENCADREMENT DES DRIVES

En soumettant les *drives* au même régime que les surfaces de vente commerciale, on peut difficilement ne pas s'interroger sur l'efficacité de cet encadrement tant le dispositif issu de la loi Royer a montré sa totale incapacité à atteindre les objectifs régulateurs que les législateurs successifs lui ont officiellement assignés <sup>(75)</sup>.

En outre, alors même que les effets des dispositions adoptées par le législateur auront un certain nombre d'effets souhaités ou non, on peut s'interroger sur le caractère perturbateur de la mise en œuvre de cet encadrement.

#### 1) L'intégration à un dispositif aux résultats contestés

Parmi les critiques portées au dispositif français d'autorisation commerciale depuis 40 ans, sa très grande inefficacité est sans doute celle qui est invoquée avec la plus grande constance, au point d'ailleurs que l'on ne peut que s'interroger sur l'intérêt réel de maintenir ce dispositif <sup>(76)</sup>. Toutefois, une prise en compte d'autres éléments permet néanmoins d'en apprécier différemment l'échec.

##### a) L'échec des objectifs affichés

Depuis 1973, les objectifs affichés du dispositif d'encadrement de l'urbanisme commercial ont évolué, pour autant aucun d'entre eux ne semble devoir être atteint <sup>(77)</sup>. Le premier et principal objectif de la loi Royer était évidemment la protection du petit commerce à travers, outre la mise en place d'un nouveau statut du commerçant, une régulation des différentes formes de commerce. Or à aucun moment, depuis 1973, la diminution régulière de la part du petit commerce n'a cessé.

<sup>75</sup> La littérature non-juridique sur cette question est également riche, aussi bien en langue française : METTON A., L'application de la loi Royer, 1974-1988: municipalités et entreprises, commissions départementales et instances nationales d'urbanisme commercial : (actes du colloque de Bordeaux), [3-5 mars 1988], Alain Metton, 1989, qu'en langue anglaise : Steven Leslie BURT, « The Loi Royer and hypermarket development in France - a study of public policy towards retailing », Thèse, Université de Sirling, 1985 ou « Hypermarkets in France: Has the Loi Royer had any effect? », International Journal of Retail & Distribution Management, 12 (1), déc. 1984, p. 16-19.

<sup>76</sup> Pour une analyse devenue classique de la question, AUBRY J.-B., « Faut-il abroger la loi Royer ? », Revue de droit immobilier, 1994, n° 4, p.559.

<sup>77</sup> TERNEYRE Ph., Sur les incohérences, effets pervers et failles de certaines dispositions du droit de l'urbanisme commercial, Les Petites Affiches, 5 juin 1996, n°68, p.24.

Le régime de l'autorisation commerciale préalable n'a ainsi jamais joué le rôle modérateur escompté. Ainsi pour le dernier mois connu (mars 2014), aucun dossier présentée en CDAC ou CNAC n'a été refusé <sup>(78)</sup>. Et si, depuis quelques années on assiste à une certaine stabilisation de la situation, c'est dû plus à l'installation de magasins de la grande distribution dans les centres-villes pour capter une clientèle de proximité qu'à une inversion du phénomène <sup>(79)</sup>. Par la suite, l'encadrement de l'urbanisme commercial a eu également pour finalité de favoriser un aménagement équilibré des territoires aussi bien ruraux qu'urbains qu'à l'intérieur des agglomérations. L'échec est, là aussi patent. La grande distribution s'est développée essentiellement dans les zones périphériques au détriment des centres-villes et essentiellement à proximité des villes, favorisant ainsi une disparition du commerce rural. Enfin, plus récemment, ce dispositif s'est inscrit dans une logique de protection de l'environnement et de développement durable. Toutefois, là aussi, en n'empêchant pas un usage massif de la voiture et une consommation importante de terres agricoles, il a très largement failli.

### **b) La question des autres objectifs**

Sauf à imaginer une totale inconscience des différents acteurs de l'urbanisme commercial, le maintien d'un tel dispositif aussi intégralement inefficace quant à ses objectifs affichés depuis plus de 40 ans ne peut s'expliquer que par l'existence d'autres objectifs sans doute moins clairement affichés mais, eux, globalement atteints. Si certains d'entre eux, comme la corruption et le financement politique ont paraît-il disparu <sup>(80)</sup>, d'autres, de nature économique et politique méritent en revanche d'être soulignés.

Sur le plan économique, le dispositif d'encadrement de l'urbanisme commercial français a permis tout d'abord un développement rapide de groupes capitalistiques parmi les plus importants au plan mondial <sup>(81)</sup>. A l'examen comparatif de la situation de la grande distribution dans le temps et dans l'espace, il est impossible de ne pas noter que non seulement les règles nationales n'ont pas freiné ce développement mais, qu'au contraire, elles l'ont favorisé en protégeant la grande distribution française de la concurrence internationale <sup>(82)</sup>. Du fait de la nécessité « taille » <sup>(83)</sup>, du mode de fonctionnement du capitalisme français <sup>(84)</sup> et du système administratif, le dispositif d'encadrement de l'urbanisme commercial constitue l'une des barrières protectrices les plus efficaces <sup>(85)</sup>. Par ailleurs, toujours sur le terrain économique, la grande distribution a joué un rôle majeur dans la régulation des prix en France, grâce à la mise en place de structures concentrées d'achat, d'une très grande inflexibilité dans les relations avec les secteurs productifs, l'organisation de la grande distribution française a permis (ou accompagné) une baisse tendancielle des prix dans de nombreux secteurs <sup>(86)</sup>.

De même, on peut difficilement comprendre les ressorts de l'urbanisme commercial si on ne l'examine qu'à travers le prisme de son régime juridique. Il est nécessaire d'y ajouter une dimension politique qui est bien souvent *praeter legem* ou même *contra legem*. En effet, pour nombre d'élus, l'urbanisme commercial apparaît d'abord et avant tout comme une compétence, un pouvoir avant même de savoir ce qu'on peut en faire. Comme le montre un article récent de la principale

<sup>78</sup> Données LSA-Expert, <http://www.lsa-conso.fr/lsa-expert-le-bilan-des-cdac-en-mars-2014,170580#xtor=EPR-55> (consulté le 17/04/2014)

<sup>79</sup> Hoppmann M. et H. Schmidt, « La restructuration du commerce de détail en Saxe – où en sont les centres des grandes villes ? », Revue Géographique de l'Est, 9 juillet 2013, vol. 41, n° 3 ; Macario M., L'aménagement des centres-villes : la mobilité, vecteur et acteur de la centralité urbaine, Thèse Droit, Aix-Marseille, 2012 ; Navereau B., Le commerce alimentaire de proximité dans le centre-ville des grandes agglomérations : l'exemple de Toulouse et de Saragosse, Thèse, Université Toulouse le Mirail - Toulouse II, 2011 ; ANNALES DE LA RECHERCHE URBAINE, Le commerce de proximité de la grande distribution, en France : de nouveaux modèles de magasins pour de nouvelles relations avec la ville ?, <http://www.annalesdelarechercheurbaine.fr/le-commerce-de-proximite-de-la-a663.html>, (consulté le 9/02/2014).

<sup>80</sup> Voir sur cette question, parmi les études récentes, LE COQ V. et A.S. POIROUX, Le « toujours moins cher » : à quel prix ? Grande distribution, élus, Etat, Justice : une entente cordiale..., Yves Michel Editions, 2013 ; GARCIA QUESADA M., F. JIMENEZ-SANCHEZ, et M. VILLORIA MENDIETA, « Renforcer les systèmes d'intégrité locale dans le sud de l'Europe : le cas de la corruption locale urbaine en Espagne », Revue Internationale des Sciences Administratives, 11 décembre 2013, Vol. 79, no 4, p. 665 685 ; LHOMME F. et G. DAVET, French corruption, Stock, 2013.

<sup>81</sup> Le groupe Carrefour a ainsi occupé pendant plusieurs années la deuxième place mondiale derrière l'américain Wal-Mart et le groupe Leroy-Merlin la quatrième place du secteur de la distribution de matériel de bricolage.

<sup>82</sup> Il est symptomatique de noter l'absence totale d'hypermarchés appartenant aux autres grands groupes mondiaux sur le territoire national.

<sup>83</sup> Il est presque impossible pour un groupe étranger de s'installer en France sans disposer très rapidement de plusieurs dizaines de magasins importants afin de bénéficier d'économies d'échelle.

<sup>84</sup> Notamment à travers les relations de pouvoir entre entreprises, pouvoir politique et administrations différentes de celles des grands pays anglo-saxons.

<sup>85</sup> CLIQUET G. ET AL., « 50 ans de grandes surfaces en France: entre croissance débridée et contraintes légales », 7 th International Congress, Marketing Trends, Venise, Italie, 2008, p. 17-19.

<sup>86</sup> Pour une étude récente, voir GUILLOTREAU P., « Le juste prix des produits alimentaires : entre efficience des marchés et exigence de justice sociale », Économie rurale. Agricultures, alimentations, territoires, 22 avril 2013, n° 335, p. 87-94.



revue professionnelle <sup>(87)</sup>, le rôle des élus tel qu'il est appréhendé par les professionnels s'étend dès lors au-delà et en dehors de leur seule compétence juridique. D'une part, le porteur d'un projet n'a pas seulement à s'assurer de la validité juridique de celui-ci, il lui faut surtout convaincre de l'intérêt politique du projet pour les élus concernés <sup>(88)</sup>. D'autre part, à l'inverse, les élus dans beaucoup de communes ne peuvent se permettre d'attendre qu'un projet leur soit soumis. Ils n'hésitent pas ainsi à démarcher des opérateurs, dans une logique qui ne laisse sans doute que peu de place à l'examen purement juridique du projet.

## 2) Les effets collatéraux du mécanisme d'encadrement des drives

Si un certain nombre d'effets attendus de cet encadrement apparaissent pour le moins hypothétiques (en matière de circulation par exemple) voire assez surprenants (comme la possibilité ainsi donnée à la CNAC d'avoir une vue d'ensemble du développement des drives <sup>(89)</sup>, il faut noter que ce dispositif aura néanmoins un certain nombre de vrais effets. Assez logiquement, un ralentissement du développement de cette forme de distribution est ainsi attendu par les professionnels comme par les parlementaires. Mais c'est un dispositif qui présente également la double caractéristique d'être déphasé par rapport à la situation du marché de la distribution et de ne pas être neutre quant à l'avenir de ce marché.

### a) Les effets équivoques sur le développement des drives

D'une formule sans doute un peu simplificatrice, on pourrait dire que cet encadrement des drives arrive à la fois trop tard et trop tôt. L'une des justifications principales avancées pour justifier cette réforme a été la forte croissance des ouvertures de drives durant les deux dernières années. Toutefois, la loi arrive trop tard sans doute pour encadrer le développement du phénomène dans le secteur alimentaire. Avec plus de 3000 drives actifs en France en mars 2014, soit pratiquement un quadruplement en deux ans <sup>(90)</sup>, l'ossature principale de l'offre apparaît sans doute déjà en place <sup>(91)</sup>. Au demeurant, on commence à noter des fermetures de « Drive », peu ou pas assez rentables, ce qui est bien le signe d'une entrée dans une seconde phase de développement.

Pour autant, si le développement du secteur des Drives a été indéniable, il est délicat de faire la part entre la croissance naturelle et la croissance anticipée. En effet, les professionnels étaient manifestement informés depuis longtemps de la volonté non seulement de soumettre les ouvertures de drives aux commissions d'aménagement commercial mais aussi de faire intervenir cette réforme dans un délai rapide. De fait nombre d'ouvertures ont été anticipées, au point de laisser croire parfois à une forme de frénésie anarchique qui, d'une part, ne l'était pas vraiment et, d'autre part, portait sur des volumes de ventes encore limités.

En réalité, ce ne sont pas les craintes du passage devant les commissions d'aménagement commercial qui ont sans doute accéléré des projets qui auraient pu attendre <sup>(92)</sup> mais les délais d'ouverture qui devraient être considérablement rallongés. Cet inconvénient prévisible était d'ailleurs manifestement anticipé par les parlementaires <sup>(93)</sup>. On rappellera que, pour l'obtention d'un permis de construire d'entrepôts, la France était au 92<sup>ème</sup> rang mondial alors que l'Allemagne

<sup>87</sup> <http://www.lsa-conso.fr/commerce-le-vrai-pouvoir-des-maires,164978> (consulté le 17/04/2014).

<sup>88</sup> Pour un exemple récent, voir MIGNOT V., Directeur général d'Auchan France, cité par « Drives: le « coup de gueule » d'Auchan qui ne veut pas que la loi dépasse les bornes », La Voix du Nord, 11/07/2013 : « Sur les règles d'urbanisme commercial, on n'est pas inquiets. Cela prendra plus de temps mais on sait faire. (...) Et puis, sinon, on va voir les élus et on met en avant les soixante emplois qu'on crée. C'est vite réglé... ».

<sup>89</sup> AN, Amendement n°CE236 du 24 janvier 2014, présenté par Mme Le Loch, M. Cottel, M. Le Roch, Mme Fabre et M. Daniel (Tombé).

<sup>90</sup> Étude DRIVE INSIGHTS (coéditée par A3 Distrib et Éditions Dauvers), <http://www.olivierdauvers.fr/2014/03/11/deja-117-nouveaux-drives-en-2014/> (consulté le 12/03/2014) et données LSA Expert, », <http://www.lsa-conso.fr/exclusif-lsa-expert-la-france-passe-le-cap-des-3000-drives,168445#xtor=EPR-55> (consulté le 08/04/2014).

<sup>91</sup> Il faut néanmoins comparer ces données avec les plus de 330.000 points de vente du commerce de détail (Données INSEE, 2009, [http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref\\_id=ip1404](http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=ip1404)).

<sup>92</sup> Les opérateurs ont aujourd'hui une assez bonne maîtrise à la fois de la procédure et des éléments attendus pour préparer des dossiers qui obtiendront généralement un accord. Certains groupes, un peu en retrait en matière d'ingénierie administrative depuis la réforme de la loi LME, ont ainsi manifestement appris de leurs erreurs. De fait ils restent essentiellement deux situations difficiles. D'une part les zones dans lesquelles, les CDAC se refusent systématiquement à accepter de nouvelles opérations et, d'autre part, les territoires dans lesquelles les élus sont très majoritairement opposés à une enseigne en particulier ou à une forme de distribution (le discount pour ne pas le nommer). Il va sans dire que ces oppositions ne se retrouvent évidemment pas dans la motivation des décisions des commissions départementales en cause.

<sup>93</sup> Voir l'intervention de Mme Audrey Linkenheld, rapporteure pour l'Assemblée nationale, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r1787.asp> (consulté le 05/03/2014).

se classait au 12<sup>e</sup> rang et le Danemark au 8<sup>ème</sup> dans l'étude mise à jour en juin 2013 par la Banque Mondiale <sup>(94)</sup>. Le délai moyen serait, en France, de 184 jours en moyenne pour un coût représentant 244,4% du revenu par habitant <sup>(95)</sup>. Or cet accroissement des délais d'ouverture intervient alors que la réforme de la répartition des compétences contentieuses, en transférant du Conseil d'Etat aux cours administratives d'appel la compétence en premier et dernier ressort en matière d'autorisation d'urbanisme commercial, devrait automatiquement rallonger les délais de réalisation des projets autorisés.

Or la croissance n'a absolument pas été identique pour tous les groupes de distribution, ni globalement, ni selon les formats de drives. Cela signifie donc que la soumission de futures ouvertures à l'autorisation d'aménagement commercial va mécaniquement favoriser les distributeurs en place du fait à la fois des délais d'obtention des autorisations par leurs concurrents et d'autre part du fait d'un renchérissement du coût de l'ouverture lié à cette procédure administrative supplémentaire. Dès lors si le dispositif législatif intervient trop tard pour pouvoir encadrer le développement des drives, il arrive sans doute trop tôt pour ne pas avoir une influence perturbatrice sur ce marché. Ainsi que l'indique la commission européenne « [d]es réglementations de nature à restreindre la concurrence dans le secteur de la vente au détail protègent toujours les opérateurs en place contre les nouveaux entrants et entravent la diffusion de nouveaux modèles d'entreprise et de nouvelles technologies » <sup>(96)</sup>.

Une application rétroactive des nouvelles règles aux drives déjà installés, ainsi que cela a été envisagé, aurait peut-être permis d'éviter pour partie un tel effet de distorsion concurrentiel. Néanmoins, en dehors même des questions juridiques soulevées par une telle solution, aucune certitude n'existait sur son effet moins perturbateur.

### **b) Les effets sur la concurrence**

Ainsi que nous l'indiquions précédemment, nombre de parlementaires invoquent une volonté de rétablissement de la concurrence entre les formes de commerce pour justifier les règles de l'urbanisme commercial, mais il s'agit en réalité de limiter la concurrence entre les formes de commerce afin d'assurer une protection du commerce de centre-ville ou de proximité. En revanche la question de la protection de la concurrence (au sens de compétition économique entre les acteurs d'un marché) ou plus largement des effets de ce dispositif sur la concurrence sont largement ignorés des débats sur l'urbanisme commercial. Les aspects de concurrence sont ainsi à la fois parmi les arguments les plus évoqués lors des débats parlementaires sur l'urbanisme commercial mais aussi parmi les plus absents. Cette apparente contradiction s'explique pourtant assez aisément. C'est un choix assumé qui participe fortement de la volonté intégrationniste de l'urbanisme commercial dans le droit de l'urbanisme <sup>(97)</sup>.

Pour autant, cette situation ne s'imposait pas d'elle-même. En effet il ne fait pas de doutes qu'un certain nombre de normes du droit de la concurrence (notamment communautaire) ou de l'ordre public économique constitutionnel (liberté d'entreprendre) s'imposent à la loi. De plus le critère de la protection des consommateurs aurait parfaitement pu permettre d'introduire les obligations de concurrence dans le droit de l'urbanisme commercial et spécifiquement à propos des autorisations commerciales. On peut même ajouter que, techniquement cela ne pose guère de difficultés <sup>(98)</sup>. En outre, même si cela reste de portée et d'utilisation limitées <sup>(99)</sup>, les possibilités de saisine de l'Autorité de la concurrence

<sup>94</sup> Il s'agit d'un résultat obtenu en prenant en compte « les procédures, les délais et les coûts de construction d'un entrepôt—notamment pour l'obtention des licences et des permis nécessaires, l'accomplissement des formalités de publicité et les inspections requises et l'obtention des branchements aux services publics », BANQUE MONDIALE, *Obtention des permis de construire - Doing Business*, <http://français.doingbusiness.org/data/exploretopics/dealing-with-construction-permits>, consulté le 7 mars 2014.

<sup>95</sup> Selon cette même étude, ce délai est en Allemagne de 97 jours pour 46,7% du revenu moyen par habitant.

<sup>96</sup> Commission européenne, « Évaluation du programme national de réforme et du programme de stabilité 2011 de la Belgique », 2011. De même, pour l'OCDE, « Il faudrait limiter les règles de zonage applicables aux grandes surfaces à l'évaluation des effets spatiaux, pour faire en sorte qu'elles ne protègent pas les commerces en place contre toute nouvelle concurrence », OCDE (2011), « Études économiques de l'OCDE – Belgique », Juillet 2011.

<sup>97</sup> Voir notamment sur cette question, LAGUERRE A. et G. VIRASSAMY, *L'implantation commerciale*, Éditions L'Harmattan, 2013, p. 24 et s.

<sup>98</sup> Comme l'a monté le chef économiste de l'Autorité de la concurrence « Je plaiderais donc en faveur de l'introduction d'un vrai test de concurrence (...) Le test proposé par l'autorité britannique de concurrence, suite à son enquête sur le secteur de la grande distribution alimentaire, semble assez approprié. L'idée est de conditionner l'autorisation d'ouverture à un test de concurrence qui serait effectuée par les autorités de concurrence. Le test proposé, très simple, consiste à regarder la part de marché du groupe dans la zone de champs chalandise. Ce n'est pas difficile à mettre en place, on est capable de définir une zone de chalandise et de mesurer les parts de marché dans cette zone de chalandise. »

<sup>99</sup> Voir néanmoins, pour des exemples récents, FERRAND J.P., Rubrique « Autorisations d'aménagement commercial », in GRIDAUH, *Droit de l'Aménagement, de l'Urbanisme et de l'Habitat 2014*, Éditions Le Moniteur, 2014.

lors de l'instruction d'une autorisation commerciale s'accroissent que ce soit outre-mer ou plus généralement au titre de l'article L. 752-5 du code de commerce <sup>(100)</sup>.

Pourtant le débat sur le dispositif d'encadrement des drives aura largement ignoré ces aspects alors que plusieurs questions de concurrence se posaient directement ici. Tout d'abord la question de la concurrence entre la distribution physique et le e-commerce <sup>(101)</sup> est désormais l'un des enjeux les plus importants des années à venir. Après le quasi-échec de la livraison à domicile, le drive constitue notamment le principal axe de repositionnement de la grande distribution face au e-commerce. Or à aucun moment n'ont été évoqués les effets de la soumission des drives à l'autorisation d'aménagement commercial sur le fonctionnement du marché global de la distribution sur lequel s'affrontent le commerce de proximité, le commerce indépendant, la grande distribution, le e-commerce de niche et le e-commerce généraliste <sup>(102)</sup>. La jurisprudence communautaire est pourtant très précise sur cette question. Elle considère en effet depuis les arrêts INNO/ATAB, Meng, Ohra et Reiff <sup>(103)</sup>, alors même qu'il est indéniable que nombre d'interventions étatiques en matière économique ont des conséquences sur la concurrence, que les Etats ont l'obligation, conformément à l'article 101 TFUE « de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises. » <sup>(104)</sup>

## B. L'AMBIGUÏTÉ D'UNE VOLONTÉ POLITIQUE DE RÉFORME DE L'ENCADREMENT DES DRIVES

La volonté de l'exécutif de procéder à un encadrement des Drives a pu s'appuyer sur un large soutien de la représentation nationale <sup>(105)</sup> dès lors que le développement de cette forme de distribution a pu apparaître, aux yeux des élus, à la fois comme un moyen de contourner le régime d'autorisation des surfaces de vente mais aussi comme ayant des conséquences notamment en termes d'aménagements ou de flux de circulation. Pour autant cette volonté politique a semblé suscitée par une appréciation très fragmentaire des enjeux d'une telle réforme et plus généralement de la réforme en cours de l'urbanisme commercial dont elle s'est trouvée déconnectée. On a d'ailleurs le sentiment que pour beaucoup d'élus la seule question importante était de soumettre les drives à des règles leur permettant de disposer d'un pouvoir de décision, les règles de fond de cette intervention apparaissant largement secondaires.

### 1) Une évaluation fragmentaire des enjeux de l'encadrement des drives

Si l'obligation constitutionnelle de « bien légiférer » a pris indéniablement de la consistance en France, notamment à travers le contrôle par le juge constitutionnel de l'exercice de sa compétence par le législateur <sup>(106)</sup>, cette obligation reste limitée. Notamment, elle ne va pas jusqu'à fonder une obligation de qualité de la loi votée. Elle n'oblige pas non plus à retenir un mode de préparation de la loi qui vise à améliorer la qualité. Ainsi, elle n'oblige aucunement celui-ci à fonder son intervention sur une expertise scientifique sérieuse <sup>(107)</sup>.

De fait, on ne sera pas surpris que la question de l'évaluation à la fois *ex ante* et *ex post* des dispositifs adoptés constitue l'une des critiques majeures que l'on peut faire à la législation de l'urbanisme commercial depuis la mise en place de la loi Royer. Certes, depuis la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009, tous les projets de loi sont en principe accompagnés

<sup>100</sup> L'article L. 752-5 dispose en effet qu'« [e]n 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, le maire 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. »

<sup>101</sup> Ceux que l'on appelle « Pure player ».

<sup>102</sup> Comme Amazon dont le concept d'« Amazon Fresh » devrait connaître, après les États-Unis, un premier développement en Europe dès 2014.

<sup>103</sup> CJCE 16 novembre 1977, NV GB-INNO BM c. Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak (ATAB), aff. 13/77, Rec. p. 2115, CJCE 17 novembre 1993, Meng, aff. C-2/91, Rec. p. I-5751, CJCE 17 novembre 1993, Ohra Schadeverzekeringen NV, aff. C-245/91, Rec. p. I-5851, CJCE 17 novembre 1993, Bundesanstalt für den Guterfernverkehr c. Reiff, aff. C-185/91, Rec. p. 5801

<sup>104</sup> Voir sur l'ensemble de la question, CABRAL P., Réglementations étatiques anticoncurrentielles : l'activité normative des états membres de la communauté européenne face aux articles 3 g), 5 et 85 du traité, *Documentação e Direito Comparado*, 1998, n° 73/74, p.8-54, <http://www.gddc.pt/atividade-editorial/pdfs-publicacoes/7374-a.pdf> (consulté le 17/04/2014).

<sup>105</sup> L'absence de moyens sur cette question dans les saisines du Conseil constitutionnel en atteste.

<sup>106</sup> GALLETI F., « Existe-t-il une obligation de bien légiférer ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 1 juin 2004, n° 58, n° 2, p. 387-417.

<sup>107</sup> Par exemple à aucun moment, n'est évoqué le fait que le drive n'est pas qu'un concept commercial. C'est aussi et peut être surtout un concept de logistique ainsi que l'ont bien trouvé un certain nombre de travaux universitaires. Voir en ce sens, MAROUSEAU G., « Le Click and Collect : La logistique participative du client dans le drive. », *ibid.*

d'une étude d'impact réalisée par le Gouvernement <sup>(108)</sup>. Mais l'analyse que fait le Conseil constitutionnel de cette règle est restée pour l'essentiel focalisée sur les questions de répartition des compétences normatives et sur les conséquences d'une absence totale ou partielle de l'étude d'impact sur la constitutionnalité de la loi <sup>(109)</sup>. Notamment, ni la loi organique elle-même, ni la jurisprudence constitutionnelle ne posent d'exigence quant à la qualité de cette étude d'impact. Dès lors, on ne sera pas surpris qu'elle apparaisse d'abord et avant tout comme une présentation *pro domo*, c'est-à-dire plus comme une « motivation » au sens de la motivation administrative que comme une étude d'impact objective.

Sur ce point les aspects de l'étude d'impact du projet loi ALUR ne dérogent pas à cette constatation. Sans multiplier inutilement les exemples, on notera par exemple que pour justifier la faible portée du texte sur l'emploi, l'étude d'impact indique que les « drive » solo, qui seraient les plus pourvoyeurs d'emplois (tout en étant les plus directement visés par ces dispositions), sont les moins nombreux alors que, quelques pages plus loin, lorsqu'il s'agit d'en dénoncer les effets négatifs, cette catégorie est presque exclusivement mise en avant en oubliant de préciser cette fois qu'ils seraient les moins nombreux (p.362). De même, pour justifier le bien-fondé du texte est invoqué le poids économique du drive, 6 mds€ en 2015, en oubliant que la grande distribution seule représente en 2013 plus de 280 mds€ (Sources : LSA, PwC). On notera enfin que ce qui était quelques mois avant le dépôt du projet de loi des interrogations pour les services du ministère chargé de l'économie tant les données étaient parcellaires et imparfaitement exploitables deviennent des certitudes dans l'étude d'impact du projet de loi <sup>(110)</sup>. Ainsi que le souhaitait le Président de la commission des lois au Sénat, Jean-Pierre Sueur, « Il faudrait des analyses indépendantes du politique et non les études d'impact actuelles. » <sup>(111)</sup>. Les exemples étrangers montrent d'ailleurs qu'il est possible de faire cohabiter expertise scientifique et libre choix politique.

« Qui veut noyer son chien l'accuse de la rage » faisait dire Molière à l'un de ses personnages <sup>(112)</sup>. C'est un peu le sentiment que l'on a à la lecture des travaux parlementaires relatifs aux drives. Un tel dispositif part en effet de la prévention d'une absence de neutralité de cette forme de logistique et même le plus souvent de sa nocivité. Tout en reconnaissant néanmoins du bout des lèvres quelques aspects positifs, notamment en matière d'emploi ou de « service supplémentaire offert aux consommateurs » <sup>(113)</sup>, les débats parlementaires ont été l'occasion d'un florilège d'effets négatifs justifiant une intervention immédiate et vigoureuse du législateur sans d'ailleurs ne s'intéresser aucunement à l'efficacité du dispositif d'encadrement ainsi adopté. De manière générale d'ailleurs, le Gouvernement tout en étant manifestement conscient que le drive est aussi un service supplémentaire offert aux consommateurs n'y a guère vu une justification suffisante pour un encadrement plus souple ou différemment envisagé <sup>(114)</sup>.

À ce titre l'examen des questions posées par les parlementaires, notamment à l'Assemblée nationale, comme les débats relatifs à la loi ALUR sont instructifs. La défense des « drives » y est minoritaire et se focalise alors sur la protection et le développement de l'emploi, certaines interventions apparaissant d'ailleurs sans doute très inspirées par différents lobbys du commerce <sup>(115)</sup>. Sont également parfois évoqués, mais plus rarement, l'aspect pratique des drives et la satisfaction des

<sup>108</sup> L'article 8 de la loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 dispose que : « Les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact. Les documents rendant compte de cette étude d'impact sont joints aux projets de loi dès leur transmission au Conseil d'État. Ils sont déposés sur le bureau de la première assemblée saisie en même temps que les projets de loi auxquels ils se rapportent./Ces documents définissent les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposent les motifs du recours à une nouvelle législation./Ils exposent avec précision : /— l'articulation du projet de loi avec le droit européen en vigueur ou en cours d'élaboration, et son impact sur l'ordre juridique interne ; /— l'état d'application du droit sur le territoire national dans le ou les domaines visés par le projet de loi ; /— les modalités d'application dans le temps des dispositions envisagées, les textes législatifs et réglementaires à abroger et les mesures transitoires proposées ; /— les conditions d'application des dispositions envisagées dans les collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises, en justifiant, le cas échéant, les adaptations proposées et l'absence d'application des dispositions à certaines de ces collectivités ; /— l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie d'administrations publiques et de personnes physiques et morales intéressées, en indiquant la méthode de calcul retenue ; /— l'évaluation des conséquences des dispositions envisagées sur l'emploi public ; /— les consultations qui ont été menées avant la saisine du Conseil d'État ; /— la liste prévisionnelle des textes d'application nécessaires.

<sup>109</sup> [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/commentaires/cahier27/ccc\\_579dc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/commentaires/cahier27/ccc_579dc.pdf) (consulté le 12/03/14).

<sup>110</sup> [http://www.economie.gouv.fr/files/directions\\_services/dgccrf/documentation/dgccrf\\_eco/dgccrf\\_eco11.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/dgccrf/documentation/dgccrf_eco/dgccrf_eco11.pdf)

<sup>111</sup> Jean-Pierre Sueur, Conclusions, Colloque « Agir pour la qualité de la loi en France », 27 mai 2013, <http://www.qualitedelaloi.fr/> (consulté le 13/03/2014).

<sup>112</sup> Molière, « Les Femmes savantes », acte II, scène 5.

<sup>113</sup> Réponse du Ministère de l'artisanat, du commerce et du tourisme, JO AN du 10/12/2013, p. 12904.

<sup>114</sup> Réponse du Ministère de l'artisanat, du commerce et du tourisme, JO AN du 10/12/2013, p. 12904.

<sup>115</sup> Par exemple, Question n°33128 de M. Jean-Charles Taugourdeau, JO Sénat du 23/07/2013, p. 7640 ou Amendement n° 29 rect. Bis du 22 octobre 2013 présenté par M. BOURDIN, Mme LAMURE, MM. CALVET, LENOIR et les membres du Groupe UMP (rejeté) ou bien Question n°35685 de M.

jeunes actifs devant cette évolution <sup>(116)</sup>. Les motivations du succès des drives auprès de 25% environ de la clientèle de la grande distribution sont ainsi à peine survolées. Il en va de même du fait que le client type des drives est une femme, mère de famille et disposant d'un emploi ou que, parmi les produits, les plus achetés il y a les boissons (non alcoolisées), les couches et un certain de produits qui présentent la caractéristique commune d'être lourds ou encombrants.

Ainsi, on retrouve soulignés à la fois des effets économiques, des effets urbanistiques, des effets sur l'environnement et, enfin des effets sur l'aménagement du territoire. Sur le terrain économique sont évoqués le rôle des drives dans le bouleversement du paysage commercial <sup>(117)</sup> et surtout leurs effets sur l'équilibre du commerce <sup>(118)</sup> ou sur l'aggravation de la crise du commerce de proximité <sup>(119)</sup>, du petit commerce ou du commerce rural <sup>(120)</sup>. On trouve également, très largement signalés, les désordres urbanistiques de manière générale <sup>(121)</sup>, et plus spécifiquement leur rôle dans l'étalement urbain <sup>(122)</sup>, la multiplication des emprises au sol <sup>(123)</sup>, l'explosion anarchique du bâti à la périphérie des villes auquel ils participent <sup>(124)</sup>, ou l'esthétique généralement fort peu étudiée des bâtiments, ce qui porte atteinte à la qualité des lieux environnants <sup>(125)</sup>. De même il est reproché aux drives leurs effets sur l'aménagement du territoire <sup>(126)</sup> et notamment sur l'équilibre des territoires <sup>(127)</sup>, la désaffectation des centres villes <sup>(128)</sup> ou une perte d'animation commerciale et de qualité de vie urbaine <sup>(129)</sup>. Enfin, sont très largement soulignés les atteintes à la fluidité de la circulation <sup>(130)</sup>, pour notamment l'accès aux zones commerciales <sup>(131)</sup>.

Le plus souvent le développement des « drives » fait ainsi très largement l'objet d'inquiétudes et de critiques non pas à travers le cadre d'une analyse macroéconomique du phénomène mais le plus souvent à travers la prise en compte de considérations locales, principalement communales. Ce sont ainsi des observations liées à la circulation, à la concurrence entre commerce de proximité et grande distribution qui sont privilégiées. Mais le principal reproche qui est porté au drive, est de s'être étendu en dehors de tout régime d'autorisation spécifique. Le développement, la « prolifération » <sup>(132)</sup> des drives devient alors « désordonnée » <sup>(133)</sup> ou anarchique <sup>(134)</sup>. On retrouve ici l'un des leitmotivs de l'urbanisme commercial <sup>(135)</sup>. Nombre de responsables politiques locaux veulent pouvoir décider de l'installation des commerces sur le territoire de la collectivité dont ils sont les représentants élus <sup>(136)</sup>, non seulement en ce qui concerne le lieu

Dominique Baert, JO AN du 13/08/2013, p. 8581 ou, enfin, AN, Amendement n°1081 du 6 septembre 2013 présenté par M. Darmanin, M. Straumann, M. Gérard, M. Daubresse, M. Teissier, M. Poisson, M. Solère et Mme Poletti (Rejeté).

<sup>116</sup> Question n°21703 de Mme Béatrice Santais, JO AN du 26/03/2013, p. 3162 « Ce nouveau canal de distribution répond à une demande nouvelle des consommateurs, principalement de jeunes actifs « connectés » et ayant peu de temps pour leurs courses alimentaires, et connaît un grand succès, si l'on en juge par l'évolution récente du nombre d'implantations. »

<sup>117</sup> Réponse du Ministère de l'artisanat, du commerce et du tourisme, JO AN du 10/12/2013, p. 12904.

<sup>118</sup> Réponse du Ministère de l'artisanat, du commerce et du tourisme, JO AN du 10/12/2013, p. 12904 ; Question n°21702 de M. Jacques Cresta, JO AN du 26/03/2013, p. 3162.

<sup>119</sup> Question n°4475 de M. François de Mazières, JO AN du 18/09/2012, p. 5092.

<sup>120</sup> Question n°49851 de M. Marc Le Fur, JO AN du 18/02/2014, p. 1458.

<sup>121</sup> Réponse du Ministère de l'artisanat, du commerce et du tourisme, JO AN du 10/12/2013, p. 12904.

<sup>122</sup> Réponse du Ministère de l'artisanat, du commerce et du tourisme, JO AN du 10/12/2013, p. 12904 ; Question n°19983 de Mme Fanny Dombre Coste, JO AN du 05/03/2013, p. 2386.

<sup>123</sup> Question n°19983 de Mme Fanny Dombre Coste, JO AN du 05/03/2013, p. 2386 ; Question n°18569 de Mme Bernadette Laclais, JO AN du 19/02/2013, p. 1714.

<sup>124</sup> Question n°4475 de M. François de Mazières, JO AN du 18/09/2012, p. 5092.

<sup>125</sup> Question n°36761 de M. Edouard Philippe, JO AN du 10/09/2013, p. 9407.

<sup>126</sup> Question n°19983 de Mme Fanny Dombre Coste, JO AN du 05/03/2013, p. 2386 ; Réponse du Ministère de l'artisanat, du commerce et du tourisme, JO AN du 10/12/2013, p. 12904.

<sup>127</sup> Réponse du Ministère de l'artisanat, du commerce et du tourisme, JO AN du 10/12/2013, p. 12904.

<sup>128</sup> Question n°4475 de M. François de Mazières, JO AN du 18/09/2012, p. 5092.

<sup>129</sup> Question n°36761 de M. Edouard Philippe, JO AN du 10/09/2013, p. 9407.

<sup>130</sup> Question n°36761 de M. Edouard Philippe, JO AN du 10/09/2013, p. 9407 ; Question n°31443 de M. Arnaud Robinet, JO AN du 09/07/2013, p. 7076 ; Question n°19983 de Mme Fanny Dombre Coste, JO AN du 05/03/2013, p. 2386 ; Question n°18569 de Mme Bernadette Laclais, JO AN du 19/02/2013, p. 1714

<sup>131</sup> Question n°18569 de Mme Bernadette Laclais, JO AN du 19/02/2013, p. 1714

<sup>132</sup> AN, Amendement n°CE236 du 24 janvier 2014, présenté par Mme Le Loch, M. Cottel, M. Le Roch, Mme Fabre et M. Daniel (Tombé).

<sup>133</sup> Réponse du Ministère de l'artisanat, du commerce et du tourisme, JO AN du 10/12/2013, p. 12904.

<sup>134</sup> <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r1787.asp> ; Question n°4475 de M. François de Mazières, JO AN du 18/09/2012, p. 5092.

<sup>135</sup> ROCHEFORT R., *Un commerce pour la ville*, 2008, p. 19 : « la tentation existe, chez certains élus locaux, d'organiser le commerce de leur ville comme ils le font pour la voirie ou les infrastructures de transport. »

<sup>136</sup> Le nombre de questions parlementaires relatives à cette question est assez impressionnant : 39 par exemple à l'Assemblée nationale depuis le début de la 14<sup>ème</sup> législature (à la date du vote de la loi ALUR).

d'installation mais aussi en ce qui concerne le type de commerces et même le choix des enseignes. L'une de ces interventions parlementaires résume d'ailleurs assez bien le sentiment largement partagé selon lequel « [I]es maires sont dépourvus de moyens juridiques adéquats permettant sinon d'interdire, du moins de limiter et de réguler efficacement le développement de ces centres. En effet l'aménagement de ces locaux n'est pas systématiquement soumis à la délivrance préalable d'une autorisation d'urbanisme, notamment lorsque les travaux ne donnent pas lieu à la réalisation de travaux de nature à modifier l'aspect extérieur du bâtiment. En outre les dispositions du code de l'environnement applicables aux enseignes, qui placent le maire en situation de compétence liée vis-à-vis des demandes visant à apposer une enseigne sur les établissements commerciaux, ne permettent pas au maire de s'opposer efficacement à l'ouverture d'un établissement dont l'implantation ne lui paraît pas opportune sur le site envisagé. »<sup>(137)</sup>

Mais cette difficulté à appréhender les enjeux de l'urbanisme commercial et, de manière plus générale, les questions économiques n'est pas spécifique au pouvoir politique national ou local. Même au niveau des instances juridictionnelles, se pose la question de la capacité à encadrer les interventions régulatrices de la puissance publiques. Il ne s'agit sans doute pas d'insuffisance du corpus de règles opérationnelles, qui est aujourd'hui riche et complet, mais bien plutôt de l'aptitude à intégrer les processus économiques dans le raisonnement juridique. Avec une similitude qui ne surprendra pas vraiment tant les proximités sont nombreuses, on retrouve les mêmes interrogations, les mêmes critiques portées à l'encontre de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'à l'égard de celle du Conseil d'État à la fin des années soixante<sup>(138)</sup>. Certes le Conseil constitutionnel a montré à plusieurs reprises, notamment à travers le prisme de la sécurité juridique, son souci de prise en compte des conséquences non seulement juridiques mais également économiques de ses décisions<sup>(139)</sup>. Mais pour le reste, et pas plus que le gouvernement ou le parlement national, il n'y a d'analyse économique sérieuse et contradictoire des fondements et des conséquences économiques des dispositions contrôlées devant lui, spécifiquement dans le cadre de son contrôle a priori. Ainsi que l'indiquait il y a quelques années Guy Canivet, « [I]orsqu'on lit [I]es décisions [du Conseil constitutionnel] on constate qu'elles sont fortement inspirées par la doctrine de droit public : rapports de pouvoirs, compétence du législateur et de l'exécutif, ordre public, intérêt général... En revanche, on ne peut manquer d'observer, sans doute avec beaucoup de nuances, qu'elles reflètent moins la doctrine du marché et les valeurs de l'entreprise privée. Cette appréciation mériterait une longue démonstration par l'analyse des décisions du Conseil que cette brève présentation ne permet pas. Elle ne peut en tout cas manquer de susciter la discussion. »<sup>(140)</sup>

## 2) Des Interrogations sur la nécessité d'une réforme spécifique aux drives

Ainsi que l'ont expliqué assez justement un certain nombre de parlementaires, notamment au Sénat, la pertinence d'un dispositif spécifique aux *drives*, déconnecté du reste de la réforme de l'urbanisme commercial débattu dans un autre texte quelques semaines plus tard, n'était pas flagrante<sup>(141)</sup>. Le Gouvernement lui-même a semblé hésiter sur cette question<sup>(142)</sup> avant de faire le choix de maintenir, même de manière isolée, ce mécanisme d'encadrement. On retrouve ici les mêmes hésitations que pour la question de l'intégration de l'urbanisme commercial au sein du droit de l'urbanisme. Sans doute dans l'incapacité de mener une réforme de grande ampleur, les pouvoirs publics choisissent d'instiller ici ou là des dispositions relatives à l'urbanisme commercial. Restera à déterminer *in fine* si on a ainsi une réforme pointilliste mais cohérente ou s'il ne s'agit que d'un empilement législatif sans véritables lignes directrices.

<sup>137</sup> Question n°36761 de M. Edouard Philippe, JO AN du 10/09/2013, p. 9407.

<sup>138</sup> DELMAS-MARSALET J., *Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat*, EDCE 1969, p. 133 ; M. FRISON-ROCHE, Le juge administratif face au droit de la concurrence : un sujet de dispute, Rev. conc. consom. nov.-déc. 1995. 13 ; in G. Drago et M. Lombard [dir.], *Les libertés économiques*, Ed. Panthéon Assas, 2003 et le dossier spécial de l'AJDA « Le juge administratif et le contentieux économique », 2000, n°9, p. 679-705.

<sup>139</sup> Jurisprudences XXX

<sup>140</sup> CREDA, « Entreprise et droit constitutionnel », 2010, p. 73.

<sup>141</sup> <http://www.senat.fr/rap/l13-065-1/l13-065-11.pdf> (consulté le 7 mars 2014) p.533 et 594. Le sénateur Vandierendonck, rapporteur pour avis de la commission des lois a bien résumé une position assez largement partagée sur les bancs de la Haute Assemblée : Etait-il urgent de légiférer sur les drives, au point d'introduire une disposition dès ce projet de loi ? Soit le gouvernement choisit d'aborder la question de l'urbanisme commercial, auquel cas il doit le faire complètement, soit il s'engage à le traiter dans un texte spécifique ultérieur. Il n'y a rien de pire que de saucissonner les sujets ! »

<sup>142</sup> <sup>142</sup> <http://www.senat.fr/rap/l13-065-1/l13-065-11.pdf> (consulté le 7 mars 2014) p.533 et 594. Le sénateur Bérit-Débat, dans une intervention justifiant la demande de suppression des dispositions relatives à l'urbanisme commercial dans la loi ALUR indique à cette occasion que « [I]a ministre est d'accord pour proposer soit d'ici la séance, soit dans un futur projet de loi un nouveau texte. Les drives qui avaient justifié l'introduction de ce sujet dans la loi, sont déjà en place dans la plupart des villes, et nous arrivons trop tard »

Les conséquences d'un tel découpage de la réforme de l'urbanisme commercial sont multiples. Tout d'abord, le second texte apparaît comme une forme d'appel pour les parlementaires insatisfaits du premier. Ainsi alors même que la loi ALUR, promulguée le 24 mars et publiée le 26 mars 2014, prévoyait une réécriture de l'article L. 122-1-9 du code de l'urbanisme conduisant à la disparition du document d'aménagement commercial (DAC)<sup>143</sup> et à l'intégration des orientations relatives à l'urbanisme commercial dans le document d'orientation et d'objectifs (DOO), le Sénat lors de la discussion du projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises a souhaité revenir partiellement sur cette disparition en modifiant de nouveau la rédaction de l'article L. 122-1-9. De même, le Sénat a complété le code de l'urbanisme, en accord avec le Gouvernement, par un article L. 425-4 disposant que « Le permis de construire, le permis d'aménager ou la décision prise sur la déclaration préalable valant autorisation d'exploitation commerciale est incessible et intransmissible. » alors même que la loi ALUR avait modifié l'article L. 752-15 pour prévoir que « L'autorisation préalable requise pour la création de magasins de commerce de détail ou pour 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, n'est ni cessible ni transmissible. » En dehors même de la cacophonie législative qu'un tel mode de réforme engendre, la question de l'application de cette disposition aux Drives se pose puisque l'autorisation nécessaire à la création d'un drive n'est sans doute pas « une autorisation d'exploitation commerciale ».

Et pourtant, quoiqu'on puisse dire sur les motivations du Gouvernement et des parlementaires ainsi que sur la rédaction de ce texte, une réflexion sur les fondements

## CONCLUSION

---

Une nouvelle fois en droit de l'urbanisme (commercial), on déplorera un texte, mal préparé, mal rédigé, insuffisamment ou pas du tout évalué et qui, comme tous ceux qui l'ont précédé, ne devrait donner que des résultats limités. C'est non seulement une perversion de la fonction législative, mais c'est surtout un exemple supplémentaire de la remise en cause de la place du Droit dans la vie économique et plus généralement dans la Société.

---

<sup>143</sup> Alors même d'ailleurs que le caractère obligatoire du DAC ne datait que de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (Grenelle II).