



Affaire : n°1703477- Société X

Liquidation d'astreinte

**Rapporteure : Armelle Geslan-Demaret
Audience du 4 mai 2021**

CONCLUSIONS

La société X, qui exploite un supermarché à l enseigne « X » dans la commune de Saint-Affrique en Aveyron, s'est vu reprocher l'exploitation commerciale illicite d'une surface de vente de 514,28 m² et, en conséquence, infliger par le préfet de l'Aveyron une astreinte administrative liquidée, par un arrêté du 9 février 2017, à un montant de 3 779 958 euros.

Par la requête appelée, recevable, elle vous demande, à titre principal, d'annuler cet arrêté ainsi que la décision de rejet de son recours gracieux, à titre subsidiaire, la réduction du montant de l'astreinte.

Nous ferons deux observations préalables à l'examen au fond du recours.

D'une part, l'intervention du directeur départemental des finances publiques de l'Aveyron qui tend à être autorisé à participer à la procédure de répartition arrêtée par le plan de sauvegarde dont fait l'objet la société, ne s'associe pas aux conclusions du préfet de l'Aveyron, et n'est par suite, pas recevable.

D'autre part, le préfet de l'Aveyron a refusé la proposition de médiation formulée par la SAS X. Il y a donc lieu de constater l'absence de possibilité de règlement conventionnel du litige et de régler le litige.

Pour en venir à l'examen des conclusions à fin d'annulation, en premier lieu, vous écarterez rapidement comme manquant en fait le moyen tiré de l'incompétence de l'inspecteur de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes pour constater les infractions reprochées à la société et celui tiré de l'insuffisante motivation de l'arrêté contesté.

En deuxième lieu, la société requérante ne peut selon nous utilement se prévaloir du principe du contradictoire, lequel exige que soit organisée une procédure contradictoire préalable à l'édiction de l'arrêté prononçant l'astreinte administrative, et non préalablement à l'édiction de l'acte procédant à sa liquidation (en ce sens, TA de Bordeaux, 4 février 2021, rendu à propos de la procédure contradictoire préalable organisée par l'article L. 171-8 du code de l'environnement mais qui nous semble transposable).

En troisième lieu, la société X considère les faits reprochés non établis, en soulignant la contradiction, quant aux surfaces de vente retenues entre les procès-verbaux d'huissier produits et les constats de l'inspecteur des fraudes. Elle invoque également une erreur de calcul procédant de la prise en compte de surfaces de vente erronés.

Toutefois, d'une part, le rapport de l'inspecteur de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes du 10 juin 2016 décrit deux visites. A l'issue de la première en date du 6

juin 2016, il a constaté les mêmes surfaces de vente exploitées que l'huissier de justice dès lors qu'il relève quatre zones du supermarché fermées au public. Mais, à l'occasion de sa seconde visite, le 10 juin, il a relevé la réouverture de deux de ces zones au public. Il n'y a donc pas de contradictions entre les documents. D'autre part, la différence entre les surfaces de vente retenues par l'administration et l'huissier de justice résulte pour l'essentiel du fait que ce dernier n'a pas inclus dans la surface de vente les espaces de la jardinerie, d'une superficie de 155 m², et du chapiteau d'une superficie de 245 m² alors même qu'il a noté que des marchandises y étaient exposées à la vente.

Si la SAS X invoque la circonstance que jardinerie et chapiteau auraient été consacrés à de la vente au déballage pour laquelle elle disposait d'une autorisation pour la période du 4 juin au 4 août 2016, il résulte des dispositions de l'article L. 310-2 du code de commerce que des espaces de vente sont considérés comme affectés à la vente au déballage lorsque locaux ou emplacements concernés ne sont pas destinés habituellement à la vente au public. En l'espèce, il résulte de l'instruction, et notamment des rapports de l'inspecteur ainsi que du procès-verbal de l'huissier de justice du 6 juin 2016 que la jardinerie et le chapiteau sont des installations permanentes dans lesquelles la vente de produits de jardinage a lieu de manière habituelle, à l'exception de la fermeture de la jardinerie durant la période hivernale. Il s'agit donc d'espaces aménagés et destinés à la vente au public de manière habituelle, pour lesquels la qualification de vente au déballage ne saurait donc être retenue. Par conséquent, c'est à bon droit que l'administration a pris en compte les surfaces de la jardinerie et du chapiteau pour déterminer la surface totale de vente exploitée par la SAS X.

Sur la base de ces éléments, vous pourrez donc écarter les moyens tirés de la contestation de la matérialité des faits et de l'existence d'une erreur de l'administration dans la détermination de la surface illicitement exploitée

En quatrième lieu, aux termes des dispositions de l'article L.752-23 du code de commerce, dans sa version applicable au litige : *« 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. (...) Le préfet peut mettre en demeure l'exploitant concerné soit de fermer au public les surfaces de vente exploitées illégalement en cas de création, soit 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. »*

Ainsi que l'a jugé le Conseil d'Etat, l'astreinte, instituée par les dispositions précitées, qui a pour finalité de contraindre la personne qui s'y refuse à exécuter les obligations auxquelles la mise en demeure adressée par le préfet la soumet, ne saurait être regardée comme une peine ou une sanction au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

(Décision QPC du CE, 24 juillet 2019, n°430770 V. ccls de Frédéric Dieu sur cette décision : « cette astreinte vise à contraindre l'exploitant qui s'y refuse à exécuter les obligations déjà imposées par le préfet à ce dernier dans la mise en demeure qu'il lui a adressée. Elle ne présente donc pas le caractère d'une peine ou d'une sanction au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Le Conseil constitutionnel a ainsi exclu cette qualification pour les astreintes pouvant être prononcées par le président du tribunal administratif à l'encontre d'une ou plusieurs communes qui refusent de se plier aux réquisitions décidées par le préfet dans le cadre du pouvoir de substitution d'action que l'article L. 2215-1 CGCT lui reconnaît en cas de carence des autorités

municipales (décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, point 5). Le Conseil affirme en effet que cette astreinte « a pour finalité de contraindre la personne qui s'y refuse à exécuter les obligations auxquelles l'arrêté de réquisition la soumet ». Le Conseil constitutionnel a également exclu la qualification de peine ou sanction au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789 à l'égard de l'injonction sous astreinte que peut prononcer le président du tribunal de commerce à l'encontre d'une société commerciale qui ne dépose pas ses comptes annuels dans le délai prévu, affirmant que cette mesure « a pour seul objet d'assurer la bonne exécution des décisions des juridictions » (décision n° 2016-548 QPC du 1 juillet 2016, point 4). L'astreinte prononcée par le préfet sur le fondement du II de l'article L. 752-23 du code de commerce se range de toute évidence dans la même catégorie). ».

Par suite, vous jugerez inopérants les moyens tirés de ce que cette astreinte serait une sanction contraire au principe de « non bis in idem » ou qu'elle constituerait une sanction disproportionnée. Autrement dit, selon nous, ni le principe de « non bis in idem » d'après lequel nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement une seconde fois à raison des mêmes faits, ni le principe de proportionnalité des sanctions, qui découle de la nécessité des peines et qui s'applique à toute sanction ayant le caractère d'une punition, ne trouvent ici à s'appliquer.

En cinquième lieu, la requérante soutient que le préfet de l'Aveyron a commis une erreur de droit en s'estimant tenu de fixer à 150 euros par mètre carré exploité illicitement le montant de l'astreinte journalière.

Toutefois, les dispositions alors applicables de l'article L. 752-23 du code de commerce que nous vous rappelons « *Ces mesures sont assorties d'une astreinte journalière de 150 euros par mètre carré exploité illicitement.* » obligeaient le préfet au prononcé de l'astreinte, et ne lui laissaient aucune marge d'appréciation quant à son montant journalier.

Ainsi que vous l'indique Frédéric Dieu dans ses conclusions, lorsqu'il commente les dispositions litigieuses, « *L'utilisation du verbe pouvoir signale que le préfet a la faculté de mettre en demeure l'exploitant et de fermer au public les surfaces illégalement exploitées. Le prononcé de l'astreinte semble être en revanche une obligation pour le préfet en cas de fermeture au public des surfaces illégalement exploitées puisqu'il est dit que « Ces mesures sont assorties d'une astreinte ».*

Par suite, le préfet a fait une exacte application des dispositions de l'article L. 752-23 du code de commerce en fixant à 150 euros par mètre carré exploité illicitement le montant de l'astreinte journalière. Le moyen tiré de l'erreur de droit sera donc écarté.

En sixième lieu, la société requérante invoque la méconnaissance, par les dispositions internes en litige de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

D'une part, la mise en demeure prévue par les dispositions de l'article L.752-23 du code de commerce n'a pas le caractère d'une sanction au sens des stipulations de l'article 6-1 dès lors qu'elle constitue une mesure de police destinée à mettre fin à l'exploitation illégale des surfaces de vente dans un but de protection de la réglementation d'urbanisme. Ainsi, l'astreinte prévue par ces dispositions a pour objet d'inciter la personne à qui a été notifiée la mise en demeure à régulariser les surfaces de vente exploitées en fermant au public les surfaces exploitées illicitement. La mise en recouvrement de cette astreinte procède de la simple constatation que les surfaces illégalement exploitées ont été maintenues ouvertes au public au-delà du délai de quinze jours imparti, et ne constitue donc pas une sanction mais une mesure destinée à assurer le respect de cette mise en demeure. Il en résulte que, contrairement à ce que soutient la société requérante, une telle mise en recouvrement ne constitue pas une « *accusation en matière pénale* » au sens de

l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. (*Pour l'inapplicabilité de ces stipulations aux mesures de police voyez par ex CE n°364081 du 20 février 2013 et pour un raisonnement analogue de votre juge d'appel que vous pouvez à notre sens transposer s'agissant de la mise en demeure et de l'astreinte prévue par les dispositions des articles L. 581-27 et 30 du code de l'environnement 10 bx01516 du 11 avril 2011*).

D'autre part, aux termes de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales: « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précitées ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général* ».

La Cour européenne des droits de l'homme effectue, sur ce fondement, un contrôle de proportionnalité en cas d'atteinte excessive au droit de propriété en raison d'une « charge spéciale et exorbitante », qui réduit à néant ou à un titre nominal l'exercice de ce droit et qui est l'expression d'une évidente disproportion (arrêt Sporrang et Lönnroth c/ Suède (23 septembre 1982, § 73). Le Conseil d'État a eu recours à la technique de l'interprétation conforme afin d'assurer la compatibilité d'une disposition du code de l'urbanisme avec les exigences de l'article 1er du Protocole 1er (CE, sect., 3 juillet 1998, n° 158592, Bitouzet, Lebon p. 288).

Le CE vous précise généralement que si une personne peut, en vertu de ces stipulations, être privée d'un droit patrimonial, c'est à la condition que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens (V. par exemple CE, 19 oct. 2007 n°292062 ou 24 février 2006 n°250704).

Les stipulations de l'article 1^{er} du protocole additionnel à la Convention européenne sont invocables à propos des opérations de liquidation d'une astreinte (*cf. la décision Torcheux 6 mai 2015, n° 377487, T.*) : la privation de propriété qui résulte de la liquidation définitive d'une astreinte ne saurait méconnaître l'exigence de proportionnalité inhérente à ces stipulations (Voir ccls de R. Victor sous la décision du 27 mai 2020, M. et Mme Barnabon, n°432977).

En l'espèce, le moyen est délicat et la réponse à y apporter diffère suivant que l'on s'intéresse à la nature et la finalité de l'astreinte ou à ses effets.

Ainsi, vous pourriez estimer, dans un premier temps, qu'en raison de sa nature comminatoire, et de sa finalité qui est de contraindre la personne qui s'y refuse à exécuter les obligations auxquelles la mise en demeure adressée par le préfet la soumet, l'astreinte ne porte, par elle-même, aucune atteinte au droit de la société au respect de ses biens.

Dans un second temps, en prenant en considération les effets de la liquidation de l'astreinte, qui met à la charge de la société requérante une somme de 3 779 958 euros à l'origine d'une mesure de sauvegarde judiciaire, vous pourriez juger l'atteinte au respect de ses biens excessive et l'équilibre rompu entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens, en particulier du fait de l'absence dans la version applicable du texte interne de toute possibilité pour l'autorité administrative de moduler le montant journalier de l'astreinte lorsqu'elle procède à sa liquidation.

Nous penchons plutôt pour cette dernière solution et donc pour que vous reteniez ce moyen.

Si vous nous suivez, vous pourrez rejeter l'intervention du directeur des finances publiques de l'Aveyron et accueillir, pour les motifs exposés, les conclusions de la société X à fin d'annulation et celles tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

PCMNC :

- Non admission de l'intervention de la direction départementale des finances publiques (DDFIP) de l'Aveyron;
- Annulation de l'arrêté du 9 février 2017, ensemble de la décision de rejet du recours gracieux de la société - méconnaissance de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- Il sera mis à la charge de l'Etat une somme de 1 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.