

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 217.765 du 7 février 2012

A. 185.654/XIII-4759

En cause :

1. **KERKHOVE** Emmanuel,
 2. **DELBERGHE** Philippe,
 3. **DELBERGHE** Stéphane,
- ayant tous élu domicile chez
Me Ignace BROUCKAERT, avocat,
rue de la Citadelle 57
7500 Tournai,

contre :

1. **le Comité interministériel pour la Distribution,**
 2. **l'Etat belge,**
représenté par le Ministre pour l'Entreprise et
la Simplification,
- ayant tous deux élu domicile chez
Me Jean-François DE BOCK, avocat,
chaussée de Waterloo 612
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

la Société anonyme CORA,
ayant élu domicile chez
Me Tanguy VANDENPUT, avocat,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, XIII^e CHAMBRE,

Vu la requête unique introduite le 29 octobre 2007 par Emmanuel KERKHOVE, Philippe DELBERGHE et Stéphane DELBERGHE en tant qu'ils demandent l'annulation de la décision du Comité interministériel pour la distribution du 10 août 2007 qui a confirmé les délibérations du collège communal de la ville de Mouscron, d'une part, et de la commune d'Estaimpuis, d'autre part, prises en séance du 25 juin 2007, en ce qu'elles accordent à la société anonyme CORA l'autorisation

d'implantation d'un centre commercial et de loisirs sur le site du "Quevaucamps", d'une surface commerciale nette de 55.401 m², dont une galerie commerciale composée de 112 boutiques et 11 moyennes surfaces spécialisées, le complexe comportant également des espaces appartenant au secteur "horeca", un bowling et un cinéma comprenant 17 salles;

Vu la requête introduite le 20 novembre 2007 par laquelle la société anonyme CORA demande à être reçue en qualité de partie intervenante;

Vu l'arrêt n° 183.591 du 29 mai 2008 rejetant la requête en intervention introduite par la société anonyme CORA dans la procédure en référé, rejetant la demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué et réservant les dépens;

Vu l'ordonnance du 5 août 2008 accueillant la requête en intervention introduite par la société anonyme CORA dans la procédure au fond;

Vu l'arrêt n° 206.822 du 26 juillet 2010, sursoyant à statuer, posant une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, chargeant le membre de l'auditorat désigné par Monsieur l'Auditeur général de rédiger un rapport complémentaire sur le vu de la réponse donnée par la Cour constitutionnelle à la question posée, accordant un délai unique de trente jours aux parties pour déposer un dernier mémoire à dater de la notification du rapport complémentaire et réservant les dépens;

Vu la notification de l'arrêt aux parties;

Vu l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 126/2011 du 7 juillet 2011;

Vu le rapport de M. THIBAUT, premier auditeur au Conseil d'Etat, établi sur la base de l'article 13 du règlement général de procédure;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 25 octobre 2011, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 22 décembre 2011 à 09.30 heures;

Vu la lettre du 20 décembre 2011 informant les parties de la remise de l'affaire à l'audience publique du 18 janvier 2012 à 09.30 heures;

Entendu, en son rapport, M. PAQUES, conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me I. BROUCKAERT, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, Me J.-Fr. DE BOCK, avocat, comparaissant pour les parties adverses, et Me K. BOELS, loco Me T. VANDENPUT, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis, M. THIBAUT, premier auditeur;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que l'arrêt du Conseil d'Etat n° 206.822 du 26 juillet 2010 a jugé que les cinq premiers moyens contenus dans la requête et le septième, soulevé dans le mémoire en réplique, n'étaient pas fondés; qu'il a sursis à statuer et interrogé la Cour constitutionnelle à propos du sixième moyen;

Considérant que les arguments des parties relativement au sixième moyen ont été exposés comme suit dans l'arrêt précité :

- " Considérant que les requérants prennent un sixième moyen de la violation du principe de l'autonomie des Régions par rapport à l'Etat fédéral, des articles 6, § 1^{er}, VI «et/ou» 92 ter, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et des articles 35, 39 et 134 de la Constitution; qu'ils font valoir que l'acte attaqué a été adopté par le Comité interministériel pour la distribution et tenant compte de l'avis du Comité socio-économique national pour la distribution, lesquels sont composés d'un Ministre de la Région wallonne; qu'ils observent qu'en vertu du principe de l'autonomie des Régions par rapport à l'Etat fédéral, il ne peut être imposé à la Région wallonne de représentation dans un organe fédéral, qu'au sein du Comité interministériel pour la distribution apparaît le Ministre wallon de l'Economie, que la section de législation du Conseil d'Etat avait fait une observation à ce propos en exposant que l'autorité fédérale ne peut disposer qu'un organisme régional est représenté dans un organisme fédéral que si cette représentation est purement facultative et que le législateur fédéral n'est pas compétent pour associer les Régions au fonctionnement d'organismes fédéraux; qu'ils soutiennent que l'article 11, § 2, de la loi du 13 août 2004, précitée, viole les dispositions de la Constitution et de la loi spéciale en prévoyant que le Ministre régional de l'Economie fait partie du Comité interministériel pour la distribution, que cette disposition est inconstitutionnelle, que ses décisions sont frappées de nullité et qu'il y a lieu d'accueillir le moyen après avoir posé à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle;

Considérant que les parties adverses répondent que rien n'indique que si le ministre régional n'avait pas participé, l'acte attaqué aurait été plus favorable aux requérants, que le ministre régional ne s'estime pas contraint de participer à la décision du Comité interministériel pour la distribution, que la participation régionale témoigne du souci du législateur de faire participer les régions au processus décisionnel, qu'on peut douter de l'intérêt des requérants au moyen et que la participation ou non du ministre régional est sans effet dès lors que, conformément à l'article 11 de la loi du 13 août 2004, précitée, le Comité interministériel pour la distribution adopte ses décisions à la majorité de ses membres sans autre condition de quorum;

Considérant qu'en réplique, les requérants exposent que le moyen, tel que formulé dans la requête, contient une erreur matérielle qui n'a induit en erreur ni les parties adverses ou intervenante ni le Conseil d'Etat, qu'ils ont intérêt au moyen, que le ministre régional a participé à la délibération conduisant à l'acte attaqué, que sa présence a pu influencer la décision prise par consensus, que ce ministre a plusieurs fois pris position en faveur de l'implantation commerciale projetée, que le ministre de l'aménagement du territoire a exposé vouloir faire triompher le dossier de la partie intervenante, que la représentation wallonne au sein du Comité interministériel pour la distribution a influencé nettement et favorablement la décision d'octroi du permis attaqué, qu'un moyen relatif à la composition d'un organe collégial touche à ses compétences et est d'ordre public, que les requérants ne sont pas tenus de démontrer leur intérêt au moyen, que l'absence de recours contre la loi du 13 août 2004, précitée, n'est pas constitutive d'un brevet de constitutionnalité, que l'article 11, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 13 août 2004, précitée, dispose que le ministre régional fait partie du Comité interministériel pour la distribution, qu'il ne s'agit pas d'une simple faculté d'assister aux réunions ou d'en faire partie, que le ministre régional a l'obligation de siéger même si son absence éventuelle portera ou non atteinte à la possibilité pour le Comité interministériel pour la distribution de fonctionner; que, dans leur dernier mémoire, les requérants réitèrent leur demande de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle;

Considérant que la partie intervenante estime que la question de l'intérêt au moyen des requérants se pose dès lors que la Région wallonne n'a cru nécessaire à aucun moment d'introduire un recours en annulation auprès de la Cour constitutionnelle à l'encontre de la loi du 13 août 2004, précitée; qu'elle observe que la Région wallonne participe aux décisions du Comité interministériel pour la distribution en estimant de la sorte que ses compétences ne sont pas bafouées et qu'il y va de son intérêt, que l'acte attaqué a été adopté par deux voix contre une, que le représentant de la Région wallonne s'est prononcé en faveur du projet, que, si ce dernier n'avait pas participé à la réunion, les décisions des autorités administratives communales auraient été confirmées en l'absence de majorité par application de l'article 11, § 7, de la loi du 13 août 2004, précitée; qu'elle soutient que cela confirme l'absence d'intérêt au moyen des requérants; qu'elle affirme que les requérants partent à tort du postulat de la participation automatique, et dès lors non facultative, du ministre régional à la délibération du Comité interministériel pour la distribution; qu'elle soutient que tel n'est pas le cas à l'évidence, que le Comité interministériel pour la distribution ne peut prendre une décision qu'à la majorité de ses membres, qu'il appartient donc au ministre régional, s'il le souhaite, de ne pas participer aux séances du Comité interministériel pour la distribution sans pouvoir le paralyser, car composé en outre de quatre ministres fédéraux, et que, si le ministre régional participe à la délibération, c'est de son plein gré et, dès lors, sans violation des règles répartitrices de compétences";

Considérant que, dans l'arrêt précité, le Conseil d'Etat a jugé comme suit :

- " Considérant, quant à la recevabilité du moyen, que la composition régulière d'un organe administratif est d'ordre public en sorte que les requérants n'ont aucune obligation d'établir l'intérêt au moyen dès lors qu'ils ont intérêt au recours; qu'en outre, si la composition du Comité interministériel pour la distribution devait être considérée comme irrégulière, l'annulation de l'acte attaqué qui s'en suivrait aurait pour effet de saisir une nouvelle fois cet organe des recours contre les autorisations communales, lequel devrait statuer en tenant compte de l'arrêt d'annulation; qu'en cas d'annulation de l'acte attaqué, et contrairement à ce que soutient la partie intervenante, il n'y aura pas de «renaissance» des décisions communales mais bien obligation de statuer dans le chef du Comité

interministériel pour la distribution dans un nouveau délai complet; que le moyen est recevable;

Considérant que l'article 11, §§ 1^{er} et 2, de la loi du 13 août 2004, précitée, est rédigé comme suit :

" Art. 11. § 1^{er}. Il est institué un Comité interministériel pour la distribution qui connaît [des] recours introduits contre les décisions du collège des bourgmestre et échevins, visées aux articles 8 et 9.
Le Comité interministériel pour la distribution est composé des Ministres qui ont l'Economie, l'Emploi, les Classes moyennes et la Mobilité et les Transports dans leurs attributions et du Ministre de l'Economie de la Région où l'implantation commerciale est projetée, ou de leurs délégués.
Le Roi arrête l'organisation et les règles de fonctionnement, la rémunération des membres ainsi que les règles d'incompatibilités.
§ 2. Un recours peut être introduit par :
1. le demandeur;
2. le Comité socio-économique national pour la distribution;
3. au moins sept des dix-huit membres dans le Comité socio-économique national pour la distribution.";

Considérant qu'en visant l'article 11, § 2, de la loi du 13 août 2004, précitée, les requérants visent une disposition étrangère à la composition du Comité interministériel pour la distribution; que, cependant, cette erreur est sans conséquence pour les parties qui ont pu faire valoir leur argumentation en toute connaissance de cause, le moyen étant de plus d'ordre public en sorte qu'il aurait pu être soulevé d'office;

Considérant qu'il n'est pas dans les compétences d'une entité fédérale ou fédérée de contraindre un organe d'une autre entité de même niveau à faire partie d'une commission ou d'une instance de décision qu'elle crée; qu'en l'espèce, non seulement il y a lieu de relever qu'aucune des trois Régions n'a demandé l'annulation de l'article 11, § 1^{er}, précité, à la Cour constitutionnelle mais surtout qu'il n'y a aucune obligation de siéger au Comité interministériel pour la distribution pour la Région concernée; qu'il n'y a pas dès lors de véritable contrainte mais une simple possibilité de faire partie du Comité interministériel pour la distribution tandis que la présence au sein de ce comité le jour où l'acte attaqué a été pris tend à établir que la Région wallonne a choisi de siéger en y envoyant un représentant, ce qui établit le caractère facultatif de la présence régionale au sein de cet organe;

Considérant, cependant, qu'il apparaît du dossier administratif que, pour adopter l'acte attaqué, le Comité interministériel pour la distribution était composé de trois personnes et que le quorum n'a pu être atteint que par la présence du ministre régional;

Considérant qu'en application de l'article 26, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, le Conseil d'Etat est tenu de poser une question préjudicielle; qu'il y a dès lors lieu de poser la question préjudicielle sollicitée par les requérants en précisant toutefois, qu'en l'espèce, il s'agit d'examiner la régularité de la composition du Comité interministériel pour la distribution au regard des règles répartitrices de compétences entre entités fédérale et fédérées en ce que ce comité a statué en étant composé d'un ministre régional, sans que le quorum de présences et de votes n'aurait été atteint";

Considérant que le Conseil d'Etat a posé à la Cour constitutionnelle la question suivante :

" L'article 11, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 13 août 2004 relative à l'autorisation d'implantations commerciales viole-t-il les articles 35, 39 et 134 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6, § 1^{er}, VI, ou 92ter de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles lorsque le Comité interministériel pour la distribution statue dans une composition comprenant le Ministre de l'Economie de la Région où l'implantation commerciale est projetée ou son délégué et que, sans cette présence, le quorum des présences et des votes n'aurait pas été atteint alors même que la compétence en matière d'autorisations socio-économiques est une compétence fédérale?";

Considérant que, dans son arrêt 126/2011 du 7 juillet 2011, la Cour constitutionnelle a jugé comme suit :

" L'article 11, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 13 août 2004 relative à l'autorisation d'implantations commerciales ne viole pas les articles 39 et 134 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6, § 1^{er}, VI, ou avec l'article 92ter de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles";

Considérant que, dans leur dernier mémoire, les requérants soulèvent à nouveau une exception déjà formulée dans leur mémoire en réplique; qu'ils soutiennent qu'à défaut de mise en œuvre dans un délai de quatre ans par son bénéficiaire, le permis est périmé et que le Conseil d'Etat doit constater qu'il n'y a plus lieu de statuer sur leur demande d'annulation;

Considérant que lorsque la validité d'une autorisation est subordonnée à la condition qu'elle soit mise en œuvre dans un délai déterminé, cette condition n'est pleinement valable que si l'autorisation est, elle aussi, pleinement valable; que, si l'introduction d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat n'a pas d'effet suspensif à l'égard de l'autorisation attaquée, elle n'en fait pas moins peser une incertitude sur sa validité juridique, puisque l'autorisation devient, par le seul fait de cette introduction, susceptible d'être rétroactivement mise à néant; que cette incidence du recours sur l'autorisation se répercute sur l'obligation qui lui est attachée d'en faire usage dans un certain délai, cette obligation ne devenant certaine que lorsqu'il est acquis que l'autorisation elle-même n'est plus contestable, c'est-à-dire au moment où le recours en annulation est rejeté; que lorsque le bénéficiaire d'une autorisation attaquée devant le Conseil d'Etat s'abstient d'en faire usage en raison de l'incertitude qui pèse sur elle, il ne peut être tenu de respecter les obligations qui en sont le corollaire; qu'il s'ensuit qu'aussi longtemps que subsiste l'incertitude quant à la validité de l'autorisation, et, partant, de l'obligation qui en est le corollaire, le délai imparti pour mettre en œuvre l'autorisation est interrompu à l'égard de celui qui s'abstient d'en faire usage, et ne commence à courir à nouveau qu'avec la notification régulière du rejet du recours en annulation, à condition toutefois que l'abstention du bénéficiaire soit due à une contestation portée devant

une juridiction, que l'intéressé use des voies de droit qui lui sont offertes pour défendre la validité de l'autorisation, et que rien ne fasse apparaître qu'il aurait renoncé à son intention de la mettre en œuvre dans des délais normaux;

Considérant que la société bénéficiaire du permis s'est régulièrement portée partie intervenante dans le recours dirigé par les requérants contre son permis, manifestant de la sorte sa volonté de défendre l'acte attaqué; qu'il s'ensuit que le recours garde son objet;

Considérant que, dans leur dernier mémoire, les requérants s'en remettent à la sagesse du Conseil d'Etat quant au bien-fondé du sixième moyen;

Considérant que, dans son dernier mémoire, la partie adverse examine la réponse donnée par la Cour constitutionnelle à la question préjudicielle et estime qu'il y a lieu de rejeter la requête; que la partie intervenante conclut dans le même sens;

Considérant, sur le sixième moyen, que dès lors que la composition du Comité est considérée comme régulière, que la présence du ministre régional et sa participation avec voix délibérative sont admises au regard des normes contrôlées par la Cour constitutionnelle, que les règles relatives aux quorums de présence et de vote établies par l'arrêté royal du 12 avril 2005 "déterminant l'organisation, le fonctionnement, la rémunération et les règles de l'incompatibilité du Comité interministériel pour la Distribution visé à l'article 11, § 1^{er}, de la loi du 13 août 2004 relative à l'autorisation d'implantations commerciales" ne rendent pas obligatoire la présence du ministre régional au sein du Comité, le grief pris de ce que la participation du ministre régional a pu être déterminante lors de l'adoption de l'acte attaqué doit être rejeté; que le moyen n'est pas fondé;

Considérant que, dans leur dernier mémoire, les requérants prennent, à titre infiniment subsidiaire, un nouveau moyen qu'ils estiment d'ordre public, relatif aux critères d'appréciation utilisés; que ce nouveau moyen est pris de la violation de la liberté d'établissement consacrée notamment à l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, anciennement l'article 43 du Traité instituant la Communauté européenne, de la violation de l'article 33 et de l'article 159 de la Constitution, du défaut de base légale, de la violation des principes de bonne administration, spécialement du devoir de préparation avec soin des décisions, du principe de primauté et d'effectivité du droit européen, de l'absence ou de l'insuffisance des motifs et de l'excès de pouvoir, en ce que l'acte attaqué fait usage de l'ensemble des critères d'appréciation fixés par l'article 7 de la loi du 3 mai 2004 (lire 13 août 2004) relative à l'autorisation d'implantation commerciale avant

sa modification par la loi du 22 décembre 2009 adaptant certaines législations à la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur et exécutés par l'arrêté royal du 22 février 2005 précisant les critères à prendre en considération lors de l'examen de projets d'implantation commerciale et de la composition du dossier socio-économique avant sa modification par l'arrêté royal du 13 janvier 2010, alors que l'acte attaqué aurait dû être fondé uniquement sur des critères et dispositions conformes à la liberté d'établissement; que, dans le développement de leur moyen, les requérants dénoncent comme contraire au droit européen l'application des critères de "l'influence du projet sur l'emploi" et des "répercussions du projet sur le commerce existant"; qu'ils se réfèrent à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 24 mars 2011, C-400/08, Commission contre Royaume d'Espagne;

Considérant qu'il convient de rouvrir les débats afin de permettre au membre de l'auditorat désigné par M. l'Auditeur général d'examiner le nouveau moyen,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Les débats sont rouverts.

Article 2.

A dater de la notification du présent arrêt, les parties adverses et intervenante disposent d'un délai de trente jours pour déposer un mémoire complémentaire relatif au moyen nouveau développé par les requérants dans leur dernier mémoire.

Article 3.

Le membre de l'auditorat désigné par M. l'Auditeur général est chargé d'examiner le moyen nouveau contenu dans le dernier mémoire des requérants.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XIII^e chambre, le sept février deux mille douze par :

M.	HANOTIAU,	président de chambre,
M ^{me}	GUFFENS,	conseiller d'Etat,
M.	PAQUES,	conseiller d'Etat,
M ^{me}	MALCORPS,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

M.-Chr. MALCORPS.

M. HANOTIAU.