

**CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.**

**A R R E T**

n° 221.877 du 20 décembre 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 de l'Economie,
- ayant tous deux élu domicile chez  
Mes Jean-François DE BOCK et  
Valérie DE SCHEPPER, avocats,  
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<sup>e</sup> CHAMBRE,**

Vu la requête unique introduite le 29 octobre 2007 par Emmanuel KERKHOVE, Philippe DELBERGHE et Stéphane DELBERGHE en ce 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 (S.A.) 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 m<sup>2</sup>, 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 S.A. 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 S.A. 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 M. 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 l'arrêt n° 217.765 du 7 février 2012, rouvrant les débats, accordant aux parties adverses et intervenante un délai de trente jours pour déposer un mémoire complémentaire relatif au moyen nouveau développé par les requérants dans leur dernier mémoire, chargeant le membre de l'auditorat désigné par M. l'Auditeur général d'examiner le moyen nouveau contenu dans le dernier mémoire des requérants et réservant les dépens;

Vu les mémoires complémentaires des parties adverses et intervenante;

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 3 octobre 2012, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 13 décembre 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 V. DE SCHEPPER, avocat, comparaissant pour les parties adverses, et Me T. VANDENPUT, avocat, comparaissant pour la partie intervenante;

Entendu, en son avis conforme, 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 n° 206.822 du 26 juillet 2010, faisant lui-même suite à l'arrêt n° 183.591 du 29 mai 2008 rejetant la demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué, a, après avoir rejeté l'exception de recevabilité présentée par les parties adverses et cinq moyens présentés par les requérants ainsi qu'un septième soulevé dans le mémoire en réplique, sursis à statuer, interrogé la Cour constitutionnelle à propos du sixième moyen de la requête et prescrit l'établissement d'un rapport complémentaire à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle à venir;

Considérant que, par l'arrêt n° 126/2011 du 7 juillet 2011, la Cour constitutionnelle a répondu à la question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat;

Considérant que, par l'arrêt n° 217.765 du 7 février 2012, le Conseil d'Etat a rejeté l'exception de péremption du permis attaqué ainsi que, à la suite de la réponse de la Cour constitutionnelle, le sixième moyen de la requête tenant à l'incompétence de l'auteur de l'acte;

Considérant que cet arrêt a rouvert les débats sur un moyen nouveau présenté par les requérants dans le dernier mémoire déposé à la suite du rapport concluant au rejet du recours; que cet arrêt a donné aux parties adverses et intervenante la possibilité d'introduire un mémoire complémentaire;

Considérant que ce nouveau moyen est pris de la violation de la liberté d'établissement, consacrée notamment par l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (T.F.U.E.); que sont également invoqués les articles 33 et 159 de la Constitution, le défaut de base légale, la violation des principes généraux de bonne administration, spécialement le devoir de préparation des décisions avec soin, le principe de primauté et d'effectivité du droit européen,

l'absence ou l'insuffisance des motifs et l'excès de pouvoir; que les requérants exposent

- 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'implantations commerciales 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, exécutés par l'arrêté royal du 22 février 2005 précisant les critères à prendre en considération lors de l'examen de projets d'implantations commerciales et de la composition du dossier socio-économique avant sa modification par l'arrêté royal du 13 janvier 2010,
- que l'acte attaqué aurait dû être fondé uniquement sur des critères et dispositions conformes à la liberté d'établissement,
- que l'acte attaqué date du 10 août 2007, et que, parmi les critères d'appréciation, figurent notamment "l'influence du projet sur l'emploi" et "les répercussions du projet sur le commerce existant",
- que, dans l'arrêt C-400/8 du 24 mars 2011, la Cour de Justice de l'Union européenne a jugé qu'un régime légal basé sur de tels critères d'appréciation qui ne peuvent constituer des motifs impérieux d'intérêt général créent une restriction contraire à la liberté d'établissement,
- que l'acte attaqué se fonde sur une base juridique et des motifs contraires au droit européen,
- que le moyen est recevable, car d'ordre public, que le principe de primauté du droit européen doit s'opposer à ce que le Conseil d'Etat donne effet, en ne prononçant pas l'annulation, à un acte de droit interne contraire au droit européen, que le principe d'effectivité empêche que les règles de procédure internes fassent obstacle à la reconnaissance du fondement du moyen, que les parties requérantes n'ont pas à justifier d'un intérêt, s'agissant d'un moyen d'ordre public, qu'à titre superfétatoire, leur intérêt existe en ce que l'acte attaqué a fait l'objet d'une décision favorable sur la base de différents critères d'appréciation dont certains sont contraires au droit européen, que les appréciations n'étaient pas unanimes, qu'il est possible et probable que certains membres du Comité interministériel pour la distribution ont pu se fonder sur des critères d'appréciation d'ordre économique, que cela semble établi sur le vu des considérations de l'acte attaqué et de la qualité de certains membres du comité, que l'on ne peut présager ce qu'aurait été la décision si la délibération avait eu lieu sur la seule base des critères d'appréciation conformes au droit européen, qu'il existe une chance que l'autorisation aurait été refusée si l'acte attaqué avait été adopté sur la base des seuls critères d'appréciation admissibles et, à titre subsidiaire, qu'il y aurait lieu de

poser, à la Cour constitutionnelle, la question préjudicielle telle que libellée au dernier mémoire;

Considérant que, dans leur mémoire complémentaire, les parties adverses observent que l'acte attaqué ne peut pas être interprété comme étant de nature à apporter une quelconque restriction à la liberté d'établissement; qu'elles reconnaissent que la Cour de Justice de l'Union européenne considère qu'une réglementation nationale qui subordonne l'établissement d'une entreprise d'un autre Etat membre à la délivrance d'une autorisation préalable est de nature à apporter une restriction, mais qu'elles n'aperçoivent pas comment l'acte attaqué, en ce qu'il autorise l'implantation commerciale de la partie intervenante, restreint la liberté d'établissement de celle-ci; qu'elles précisent que l'Etat belge n'a pas fait usage de sa compétence pour entraver un projet d'implantation commerciale mais bien pour l'autoriser et qu'on ne voit pas en quoi les parties requérantes pourraient se plaindre d'avoir été victimes d'une restriction à leur liberté d'établissement; qu'elles concluent que le moyen manque en fait; qu'elles ajoutent que c'est à tort que les parties requérantes invoquent la violation de la directive 2006/123/CE; qu'elles observent que la transposition devait être opérée avant le 28 décembre 2009 et que l'acte attaqué a été pris le 10 août 2007, soit à une date à laquelle la transposition ne devait pas avoir été effectuée; qu'elles font aussi valoir que l'arrêt de la Cour de Justice du 24 mars 2011 vise le droit européen tel qu'en vigueur après l'expiration du délai de transposition et que l'Etat belge a respecté l'obligation de transposition dans le délai imposé;

Considérant que, dans son mémoire complémentaire, la partie intervenante observe que la liberté d'établissement n'a pas été mise à mal en l'espèce, et certainement pas pour ce qui la concerne ou pour ce qui concerne les parties requérantes; qu'elle concède que l'on peut concevoir qu'une personne essuyant un refus d'autorisation d'implantation commerciale puisse se prévaloir de la liberté d'établissement, mais n'aperçoit pas un quelconque intérêt des parties requérantes à se prévaloir de la prétendue violation de ce principe; qu'elle conclut que le moyen doit être déclaré irrecevable pour défaut d'intérêt personnel ou non fondé; qu'elle ajoute que la date de transposition de la directive n'a pas été dépassée par le législateur belge, que l'éventuel dépassement du délai de transposition par l'arrêté royal du 13 janvier 2010 est sans conséquence quant au constat selon lequel l'acte attaqué a été adopté avant la date de transposition de la directive et qu'aucun reproche ne peut être formulé à son encontre;

Considérant que, dans leur deuxième dernier mémoire, les requérants observent que l'arrêt du Conseil d'Etat n° 219.367, du 29 mai 2012, a annulé le permis unique relatif au même projet; qu'ils soutiennent que cet arrêt a pour effet

que le projet ne sera pas réalisé si bien que le présent recours a perdu son objet; qu'à titre subsidiaire, ils maintiennent que l'acte attaqué est contraire au droit européen en ce qu'il fait application de critères contraires à la liberté d'établissement, que cela ressort de l'arrêt de la Cour de Justice, précité, et que cet élément objectif suffit à l'annulation de l'acte attaqué; qu'ils ajoutent que les juridictions doivent assurer la primauté du droit européen, même si l'acte attaqué n'a pas, de facto, entravé la liberté d'établissement; qu'ils soutiennent que le moyen est d'ordre public et qu'ils ne doivent pas montrer d'intérêt à l'invoquer; que, en outre, ils contestent que le droit européen soit inapplicable à une situation sans éléments d'extraterritorialité et estiment que, au demeurant, il y a, en l'espèce, des éléments d'extraterritorialité puisque le but de l'implantation est de capter une clientèle qui se dirigeait vers le marché français; qu'ils font aussi valoir qu'il convient de tenir à présent compte de la directive 2006/123/CE qui est maintenant en vigueur; qu'ils concluent que la question préjudicielle qu'ils formulent doit être posée à la Cour constitutionnelle et que ne pas le faire reviendrait, selon eux, à violer la primauté du droit européen;

Considérant que l'arrêt du Conseil d'Etat n° 219.367, du 29 mai 2012, a annulé le permis unique relatif au même projet; que l'acte annulé par cet arrêt relève toutefois d'une autre police administrative que l'acte attaqué; que la circonstance que l'exécution du projet de l'intervenante requiert d'autres autorisations que l'acte attaqué, relevant d'autres législations de police administrative, ne prive pas le présent recours de son objet;

Considérant que les parties requérantes invoquent en substance la violation de l'article 49 du T.F.U.E.; que cette disposition est rédigée comme suit :

" Article 49 (ex-article 43 TCE). Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat 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 Etat membre établis sur le territoire d'un Etat 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";

Considérant, sans devoir examiner si l'effectivité du droit de l'Union impose d'admettre le moyen à un stade de la procédure auquel un nouveau moyen ne peut, en principe, plus être présenté, que celui qui invoque une règle de droit doit montrer que celle-ci s'applique à la situation contentieuse;

Considérant que, en l'espèce, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas que la liberté d'établissement reconnue à la partie intervenante ou aux parties requérantes

par l'article 49 du T.F.U.E. a pu être mise à mal par l'acte attaqué; que l'acte attaqué n'impose aucune restriction à la liberté d'établissement, tant de la partie intervenante que des parties requérantes; que, pour ce qui concerne spécialement les parties requérantes, la liberté d'établissement n'a pas non plus pour corollaire un droit de non-établissement d'un concurrent;

Considérant que si, dans l'arrêt n° 206.822 du 26 juillet 2010, le Conseil d'Etat a jugé que les parties requérantes n'avaient pas à prouver leur intérêt au moyen pris de la violation de l'article 34 du T.F.U.E. dès lors qu'elles avaient un intérêt au recours, c'est en raison de la possible application de cette disposition à la situation contentieuse; que, en effet, cette disposition interdit les restrictions quantitatives à l'importation et les mesures d'effet équivalent; que la partie intervenante ne faisait pas un secret de son intention, légitime du reste, de capter une partie de la clientèle belge effectuant des achats en France et que l'acte attaqué évoquait le commerce transfrontalier; que, dans cette optique, la question à examiner était celle de savoir si l'acte attaqué était susceptible d'avoir des effets sur les importations et que la réponse positive a naturellement conduit à l'examen au fond de l'argumentation des parties requérantes;

Considérant que, en l'espèce, s'agissant de la liberté d'établissement visée à l'article 49 du T.F.U.E., il est certain que l'acte attaqué ne fait aucune entrave ou restriction à la liberté d'établissement de la partie intervenante, en limitant, par exemple, la surface qu'elle souhaite offrir à ses clients, ni à celle des parties requérantes;

Considérant, enfin, qu'aucun des éléments pertinents du présent litige ne présente un lien de rattachement avec la situation envisagée à l'article 49 du T.F.U.E.; que la Cour de Justice a jugé que "les dispositions du traité invoquées en l'occurrence ne peuvent être appliquées à des activités dont tous les éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre" (en ce sens, notamment, arrêts du 19 mars 1992, Batista Morais, C-60/91, Rec. p. I-2085, point 8, ainsi que du 16 février 1995, Aubertin e.a., C-29/94 à C-35/94, Rec. p. I-301, point 9) et que savoir si tel est le cas dépend de la constatation de fait qu'il appartient à la juridiction nationale d'établir (voir, notamment, arrêts du 23 avril 1991, Höfner et Elser, C-41/90, Rec. p. I-1979, point 37, et du 28 janvier 1992, Steen, C-332/90, Rec. p. I-341, point 9); que, en l'espèce, le lieu où l'implantation commerciale est prévue se situe sur le territoire belge, que l'entreprise demandeuse de l'autorisation est une entreprise constituée selon le droit belge et installée en Belgique tandis que les parties requérantes sont des entreprises, au sens du droit de l'Union, également implantées en Belgique; qu'aucun élément pertinent de la situation ne se rattache au droit de l'Union;

Considérant, sur les arguments pris de la violation de la directive 2006/123/CE et de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne du 24 mars 2011, que l'acte attaqué a été pris avant l'échéance du délai de transposition de la directive précitée; qu'il est donc vain de tenter de se prévaloir de celle-ci; que, contrairement à ce qu'affirment les parties adverses, l'arrêt de la Cour de Justice précité ne tranche pas une question de transposition de la directive précitée mais bien de maintien, en Espagne, de dispositions législatives régionales contraires à l'article 49 du T.F.U.E.;

Considérant, sur la demande de question préjudicielle, qu'il n'y a pas lieu d'interroger la Cour constitutionnelle sur la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec "la liberté d'établissement, consacrée notamment par l'article 49 du T.F.U.E.", dans la mesure où cette liberté n'a pu être violée puisqu'aucune restriction n'y est apportée par l'acte attaqué;

Considérant que le moyen n'est pas fondé;

Considérant qu'aucun moyen n'est fondé,

## **D E C I D E :**

### **Article 1<sup>er</sup>.**

La requête en annulation est rejetée.

### **Article 2.**

Les dépens, liquidés à la somme de 1.175 euros, sont mis à la charge des requérants.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XIII<sup>e</sup> chambre, le  
vingt décembre deux mille douze par :

|                 |           |                       |
|-----------------|-----------|-----------------------|
| M.              | HANOTIAU, | président de chambre, |
| M <sup>me</sup> | GUFFENS,  | conseiller d'Etat,    |
| M.              | PAQUES,   | conseiller d'Etat,    |
| M <sup>me</sup> | MALCORPS, | greffier.             |

Le Greffier,

Le Président,

M.-Chr. MALCORPS.

M. HANOTIAU.