

N° 435224

Société PHB Distribution

4<sup>ème</sup> chambre jugeant seule

Séance du 16 janvier 2020

Lecture du 29 janvier 2020

## CONCLUSIONS

### M. Raphaël Chambon, rapporteur public

Cette affaire s'inscrit dans un « feuilleton » contentieux opposant, depuis plus de 7 ans, les sociétés PHB Distribution et Distribution Casino France au sujet de l'ouverture d'un supermarché « Super U » à Bouc-Bel-Air dans les Bouches-du-Rhône.

Par une première décision du 11 septembre 2012, la CNAC avait rejeté la demande de la société PHB en vue de créer un supermarché d'une surface de vente de 2 500 m<sup>2</sup>. Vous avez rejeté la contestation de ce refus portée devant vous par la société par une décision du 26 juin 2013 (n° 364250). Sous couvert d'un permis de construire obtenu le 9 décembre 2012, la société a alors construit le bâtiment commercial projeté, dans lequel elle a commencé à exploiter, à partir de 2014, un magasin d'une surface de vente réduite, inférieure au seuil fatidique de 1 000 m<sup>2</sup> à partir duquel une autorisation d'urbanisme commercial est requise.

Puis, dans un second temps, la société PHB a tenté de reconstituer, *a posteriori*, le magasin initialement projeté en présentant, en 2015, une demande d'autorisation d'extension visant à porter à 2 463 m<sup>2</sup> la surface de vente globale, soit, à peu de choses près, la surface envisagée en 2012. La CNAC a rejeté cette nouvelle demande par une décision du 1<sup>er</sup> juillet 2015 mais la CAA de Marseille a annulé cette décision par un arrêt du 13 mars 2016 et vous avez rejeté le pourvoi de la société Casino contre cet arrêt par une décision du 16 juin 2017 (n° 399733).

La CNAC, par une nouvelle décision du 7 juillet 2016, a persisté dans son refus d'autoriser l'extension projetée. La CAA de Marseille, de nouveau saisie par la société pétitionnaire, a annulé cette nouvelle décision pour méconnaissance de l'autorité de la chose jugée par un arrêt du 2 janvier 2018 devenu définitif. La CNAC a fini par tirer les conséquences de ces annulations contentieuses répétées en autorisant l'extension demandée par une décision du 26 avril 2018. Mais la CAA de Marseille a annulé cette dernière décision à la demande de la société Casino par un arrêt du 30 septembre 2019 au motif que la CNAC n'avait pas été mise à même d'apprécier l'opération dans sa globalité, en raison du fractionnement artificiel du projet.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

La société PHB Distribution s'est pourvue en cassation contre cet arrêt. Sous le numéro qui vient d'être appelé, elle vous demande d'ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de l'arrêt et nous pensons que vous devrez faire droit à sa demande.

La première des conditions fixées pour justifier un tel sursis par l'article R. 821-5 du code de justice administrative, tenant aux conséquences difficilement réparables que la décision attaquée risque d'entraîner nous semble ici remplie, malgré la contestation de la valeur probante des éléments comptables produits par la requérante opérée en défense par la société Casino. Un retour à la surface de vente initiale inférieure à 1 000 m<sup>2</sup>, entraînant une réduction de plus de la moitié de la surface obtenue après autorisation de l'extension, exposerait en effet mécaniquement la requérante à un risque élevé de perte substantielle de chiffre d'affaires, susceptible d'entraîner des licenciements (voyez sur ce point : 4 SSJS, 7 mars 2008, *SCI Campastier*, n° 308107).

La seconde également, dès lors que deux des moyens de cassation nous paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier, outre l'annulation de la décision juridictionnelle attaquée, l'infirmité de la solution retenue par les juges du fond.

Ainsi que le soutient le pourvoi, la cour nous semble avoir entaché son arrêt d'irrégularité et d'erreur de droit en soulevant d'office le moyen, qui n'était pas d'ordre public, tiré de ce que le dossier de demande d'autorisation d'extension adressé à la CNAC ne la mettait pas à même, par son contenu, de porter une appréciation complète sur le projet, pris dans sa globalité, en ce qu'il se bornait à décrire les effets de l'extension sans tenir compte de l'exploitation, depuis 2014, d'une surface inférieure à 1 000 m<sup>2</sup>.

S'il est vrai que la société Casino contestait devant la CAA le saucissonnage du projet, le moyen invoqué était tiré du détournement de procédure opéré par la société PHB Distribution, celle-ci étant accusée de fraude aux textes. La société Casino demandait à la cour, pour mettre en échec cette fraude, de prendre en compte la globalité du projet pour porter son appréciation. La complétude du dossier soumis à la CNAC n'était pas contestée.

La cour a donc bien fondé sa décision sur un motif qui n'était pas dans le débat contentieux, alors que le moyen qu'elle a relevé d'office n'était pas d'ordre public et sans en avoir averti les parties au préalable.

Sur le terrain de l'erreur de droit, ce moyen de cassation est de nature à justifier l'infirmité de la solution retenue par les juges du fond et donc le sursis à exécution de l'arrêt attaqué.

Ce seul moyen vous suffira donc à ordonner le sursis à exécution demandé.

Disons tout de même que si deux moyens, tirés pour l'un de ce que la cour aurait méconnu son office en statuant sur le fondement d'un document ne lui ayant pas été soumis et pour l'autre de la dénaturation qu'elle aurait commise en estimant que la CNAC n'avait pas été mise à même d'apprécier l'opération dans sa globalité, nous semblent infondés, un dernier

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

moyen nous semble également fondé et de nature à infirmer la solution retenue par les juges du fond.

Il est tiré de l'erreur de droit à avoir déduit de l'article L. 752-1 du code de commerce la prohibition de la pratique observée par la société PHB Distribution dans ce dossier, à savoir la présentation d'une demande d'extension d'un magasin dont la surface de vente était jusqu'alors inférieure à 1 000 m<sup>2</sup>, afin d'atteindre la surface de vente initialement envisagée dans un premier projet dont la demande d'autorisation d'exploitation avait été précédemment rejetée par la CNAC.

Vous jugez certes qu'une présentation fractionnée d'un projet d'urbanisme commercial relevant normalement d'un régime de demande unique d'autorisation peut être de nature à altérer l'appréciation de la CNAC en l'empêchant d'avoir une vision globale de l'impact du projet (4 SSJS, 25 février 2015, *SAS Lavorel*, n° 374181), mais d'une part cette présentation fractionnée ne vicie pas nécessairement la procédure et l'appréciation des faits par la CNAC si cette dernière procède bien à une appréciation globale des demandes présentées de manière fractionnée (4/5 SSR, *Société Leroy Merlin*, n° 319714), d'autre part et surtout cette jurisprudence concerne les projets artificiellement scindés en plusieurs demandes présentées simultanément ou à intervalles très rapprochés. Dès lors que l'article L. 752-1 du code de commerce prévoit explicitement à son 5° la possibilité d'autoriser l'extension de la surface de vente d'un ensemble commercial devant dépasser le seuil des 1 000 mètres carrés par la réalisation du projet, nous ne voyons pas ce qui interdit à une société pétitionnaire dont le projet de création d'un magasin d'une surface de vente supérieure à ce seuil a été rejeté une première fois et qui, tirant les conséquences de ce refus, s'est borné à ouvrir un magasin d'une surface de vente inférieure à 1 000 m<sup>2</sup>, de déposer quelques mois ou années plus tard une demande d'extension. Il incombe bien entendu dans ce cas aux commissions d'aménagement commercial de prendre en compte les effets du projet tel que résultant de l'extension : si ni le projet lui-même ni le contexte local n'ont changé, le pétitionnaire devrait naturellement se heurter à un nouveau refus mais rien ne l'empêche à nos yeux de tenter sa chance une nouvelle fois.

PCMNC à ce que vous ordonniez le sursis à exécution de l'arrêt attaqué jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le pourvoi de la société PHB Distribution.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*