N° 435223
Société PHB Distribution

4ème chambre jugeant seule

Séance du 25 novembre 2021
Décision du 21 décembre 2021

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 m². 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 m² 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 m² 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 1er 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 se pourvoit en cassation contre cet arrêt. Par une décision du 29 janvier 2020 (n° 435224), vous avez fait droit à sa demande de surseoir à son exécution.

Il nous semble que vous devrez aujourd'hui faire droit à son pourvoi en annulant l'arrêt attaqué.

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 m².

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.

Même si la rédaction de son arrêt est quelque peu ambiguë, la cour nous semble donc bien avoir 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, ce qui constitue une erreur de droit, et sans en avoir averti les parties au préalable, ce qui l'entache d'irrégularité.

Si vous faisiez une autre lecture de l'arrêt attaqué, à laquelle vous invite la société Casino en défense, fondée sur l'idée que la cour n'a pas expressément reproché à la décision de la CNAC d'être fondée sur un dossier de demande incomplet mais a bien retenu un moyen de légalité interne, qui était soulevé par la société Casino et tiré du détournement de procédure constitué par le fractionnement dans le temps du projet de supermarché, alors vous devriez censurer l'arrêt contesté pour erreur de droit.

La société requérante soulève en effet un moyen 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 cette société 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 m², 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

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.

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 m², de déposer quelques mois ou années plus tard une demande d'extension. On peut juger cela regrettable dès lors que l'appréciation de la CNAC devra en principe porter sur les seuls effets de l'extension. Mais c'est l'état du droit positif : en effet, les critères légaux prévus à l'article L. 752-6 du code de commerce que les commissions doivent prendre en considération doivent, sauf texte contraire, être appliqués au seul projet soumis à autorisation : s'il s'agit de la création d'un magasin de commerce ou d'un ensemble commercial d'une surface de vente supérieure à 1 000 m², ceux-ci s'appliquent au magasin ou à l'ensemble commercial qu'il est envisagé de créer dans sa totalité ; s'il ne s'agit que d'une extension, ils ne s'appliquent qu'à la surface de vente qu'il est projetée d'ajouter, c'est-à-dire au seul « delta » supplémentaire. Lorsque la délivrance du PC et celle de l'AEC étaient dissociées, la construction d'un vaste bâtiment et l'ouverture dans un premier temps d'une faible surface de vente permettaient par exemple, en présentant quelques années après un projet d'extension de cette surface de vente sans modification du bâti de présenter cette extension comme sans incidence en matière d'artificialisation des sols. En revanche, pour la plupart des sous-critères d'évaluation définis par l'article L. 752-6, il nous semble que le fractionnement devrait en principe être de faible utilité, dès lors qu'il incombe bien entendu aux commissions d'aménagement commercial saisies d'une demande d'extension de surface de vente de prendre en compte les effets du projet tel que résultant de l'extension : en matière d'effets sur les flux de transports ou sur l'animation de la vie urbaine par exemple, 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 l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire à la CAA de Marseille, à ce que vous mettiez à la charge de la société Distribution Casino France le versement à la société PHB Distribution d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées par la société Distribution Casino France au même titre.

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.