

CONCLUSIONS

M. Raphaël CHAMBON, Rapporteur public

Dans votre avis contentieux *Société MDVP Distribution* du 23 décembre 2016 (4/5 CHR, n° 398077, au Recueil), vous avez jugé que si un permis de construire valant autorisation commerciale ne peut légalement être délivré lorsque la CNAC a déjà été saisie d'un recours contre l'avis positif donné par la CDAC ou s'est saisie elle-même, le permis n'est en revanche pas illégal s'il est délivré durant le délai de recours d'un mois contre l'avis de la CDAC ou d'auto-saisine de la CNAC prévu à l'article L. 752-17 du code de commerce et qu'aucun recours n'a encore été formé ou que la CNAC ne s'est pas saisie elle-même. Vous avez précisé que l'insécurité qui résulte de ce que la légalité d'un tel permis peut être mise ultérieurement en cause à raison d'un avis négatif de la commission nationale, qui se substitue à l'avis de la CDAC, conduit toutefois à recommander à l'administration d'éviter de délivrer le permis avant l'expiration de ces délais.

Le maire de Divonne-les-Bains n'a hélas pas suivi votre sage recommandation et son imprudente précipitation est à l'origine du litige qui vous est soumis aujourd'hui, qui pose la question suivante : que peut ou doit faire le maire de la commune dans une telle configuration pathologique, dans laquelle le PCAEC a été délivré légalement avant que la CNAC ne soit saisie mais cette commission, ultérieurement saisie, a déjugé la CDAC et donné un avis défavorable au projet, qui fait obstacle à la délivrance du PCAEC ?

Disons quelques mots des faits de l'espèce. Le 2 juillet 2020, la société Duparc et Geslin a déposé auprès de la mairie de Divonne-les-Bains une demande de permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale en vue de l'extension de la surface de vente d'un magasin à l'enseigne « Carrefour Market » et de la création d'un « drive » sur le territoire de cette commune. Le 27 novembre 2020, la commission départementale d'aménagement commercial de l'Ain a rendu un avis favorable à ce projet, qui a été publié le 11 décembre 2020.

Dès le 3 décembre 2020, alors qu'aucun recours n'avait encore été introduit devant la CNAC contre l'avis de la CDAC mais que le délai pour ce faire n'avait pas encore expiré, le maire de Divonne-les-Bains a accordé le permis de construire valant AEC à la société Duparc et Geslin.

Cependant, saisie les 6 et 7 janvier 2021 de deux recours contre l'avis de la CDAC par la société Ferneydis, qui exploite un magasin à l enseigne « Leclerc » sur le territoire de la commune de Ferney-Voltaire, et par la société Distribution Casino France, qui exploite un magasin sur le territoire de la commune de Divonne-les-Bains, la CNAC a émis, le 18 mars 2021, un avis défavorable au projet.

Le 5 juillet 2021, estimant devoir tirer les conséquences de cet avis défavorable, le maire de Divonne-les-Bains a, par un nouvel arrêté comportant deux articles, d'une part, retiré son arrêté du 3 décembre 2020 et, d'autre part, rejeté la demande de PCAEC, motif pris de l'avis défavorable de la CNAC.

La société Duparc et Geslin (la société pétitionnaire bénéficiaire du permis retiré et dont la demande de PCAEC se voyait rejetée) a demandé à la cour administrative d'appel de Lyon l'annulation de cet arrêté du 5 juillet 2021.

La cour a jugé que si le permis était devenu illégal du fait de l'intervention de l'avis défavorable de la CNAC, il ne l'était pas initialement, de sorte que le maire ne pouvait le retirer mais seulement l'abroger. Elle a conséquence annulé l'article 1er de l'arrêté du 5 juillet 2021 en tant qu'il rétroagit au 3 décembre 2020.

La cour a par ailleurs jugé que l'avis défavorable rendu par la CNAC était entaché d'erreur d'appréciation et annulé par suite l'article 2 de l'arrêté, soit le rejet de la demande de PCAEC, tout en enjoignant à la CNAC de rendre un nouvel avis et au maire de statuer à nouveau sur la demande de permis sur la base de ce nouvel avis.

La société Distribution Casino France, autrice du recours auquel la CNAC avait fait droit et défenderesse devant la cour, se pourvoit en cassation contre cet arrêt en tant qu'il lui fait grief, c'est-à-dire en tant qu'il prive de portée rétroactive le retrait de l'arrêté du 3 décembre 2020 et en tant qu'il annule le refus de permis.

La commune de Divonne-les-Bains, à laquelle vous aviez communiqué le pourvoi de la société Distribution Casino France, **vous a saisis de ce qu'elle présente comme un pourvoi incident** par lequel elle vous demande d'annuler l'arrêt en tant qu'il annule partiellement l'article 1^{er} de l'arrêté du 5 juillet 2021, comme le pourvoi principal. La commune avait toutefois, comme la société Casino autrice du pourvoi principal, la qualité de défenderesse devant la cour, si bien que **son mémoire, dirigé contre une partie de l'arrêt déjà visée par le pourvoi principal, doit être regardé non comme un pourvoi incident mais comme un pourvoi principal, ce pourvoi de la commune étant tardif et par suite irrecevable.**

Il nous semble que ce **raisonnement s'applique tout autant au mémoire produit par la CNAC, laquelle vous demande aussi d'annuler l'arrêt de la cour dans la même mesure que la société Casino**. La CNAC était en effet partie défenderesse devant la cour, au moins en tant que la requête de la société pétitionnaire visait l'article 2 de l'arrêt du 5 juillet 2021 rejetant la demande de permis motif pris de l'avis défavorable de la CNAC et elle est recevable à se pourvoir en cassation contre l'arrêt annulant le refus de permis fondé sur son avis défavorable (4/1 CHR, 22 novembre 2021, *Société Taninges Distribution et CNAC*, n° 441118 et 442107, aux Tables).

Avant d'examiner les critiques faites à l'arrêt de la cour par la société requérante, il nous semble nécessaire de **dire un mot sur la recevabilité de son pourvoi, qui nous semble devoir être admise alors même qu'elle n'établit pas l'avoir notifié à la société pétitionnaire dans les formes prévues à l'article R. 600-1 du code de l'urbanisme** imposant à l'auteur du recours contentieux contre « *un certificat d'urbanisme, ou une décision relative à l'occupation ou l'utilisation du sol* », à peine d'irrecevabilité, de notifier son recours à l'auteur de la décision et au titulaire de l'autorisation, ces dispositions étant applicables aux requêtes contestant un PCAEC en tant qu'il vaut AEC, comme pour tout permis de construire. Cet article prévoit qu'une telle notification doit également être effectuée dans les mêmes conditions en cas de demande tendant à l'annulation ou à la réformation d'une décision juridictionnelle concernant une décision relative à l'occupation ou l'utilisation du sol et vous jugez que qu'il vise, dans un but de sécurité juridique, à permettre au bénéficiaire d'une autorisation d'urbanisme, ainsi qu'à l'auteur de cette décision, d'être informés à bref délai de l'existence d'un recours contentieux dirigé contre elle et doit, à cet égard, être regardé comme s'appliquant également à un recours exercé contre une décision juridictionnelle constatant l'existence d'une telle autorisation (6/5 CHR, 8 avril 2019, *Commune de Le Grand Village Plage*, n° 427729, aux Tables, dans le sillage sur ce point de votre décision *Commune de Breuil-Bois-Robert*, 2/1 SSR, 19 avril 2000, n° 176148, au Recueil, par laquelle vous aviez jugé que si les dispositions de cet article n'imposent pas, à peine d'irrecevabilité, au requérant qui interjette appel ou se pourvoit en cassation contre un jugement ou un arrêt annulant un refus de délivrer un permis de construire de notifier sa requête au pétitionnaire, il en va autrement si, à l'issue du jugement ou de l'arrêt annulé, le droit du pétitionnaire à obtenir une autorisation de construire a été reconnu, par exemple dès lors que les juges du fond ont constaté l'existence d'un permis de construire tacite et annulé, pour ce motif, la décision portant refus de permis. Votre décision *Commune de Le Grand Village Plage* a en revanche précisé que la décision juridictionnelle qui annule un refus d'autorisation d'urbanisme et enjoint à l'autorité compétente de délivrer cette autorisation n'a ni pour effet de constater l'existence d'une telle autorisation ni, par elle-même, de rendre le requérant bénéficiaire de cette décision, titulaire d'une telle autorisation, si bien que le défendeur à l'instance initiale qui forme un appel ou se pourvoit en cassation contre cette décision juridictionnelle n'est pas tenu de notifier son recours.

Cette jurisprudence s'applique tout à fait à l'arrêt de la cour en tant qu'il annule à son article 2 le refus de PCAEC sollicité par la société Duparc et Geslin, qui ne rend pas cette

société titulaire d'une autorisation. C'est moins évident s'agissant de l'article 1^{er} de l'arrêt, qui annule l'arrêté du maire de Divonne-les-Bains en tant qu'il rétroagit au 3 décembre 2020 et a ce faisant pour effet de rétablir le PCAEC délivré à la société entre cette date et celle de l'arrêté du maire. Mais dès lors que ce permis a été rétabli par l'arrêt attaqué dans l'ordonnancement juridique pour la période allant du 3 décembre 2020 au 5 juillet 2021 seulement et que la société pétitionnaire ne peut par suite plus l'exécuter, il nous semble que l'article 1^{er} de l'arrêt ne peut être regardé comme rendant la société titulaire d'une autorisation justifiant que le pourvoi soit précédé d'une notification en application de l'article R. 600-1 du code de l'urbanisme.

Nous pouvons en venir aux moyens du pourvoi, en commençant par celui ayant justifié l'inscription de cette affaire au rôle de votre formation de jugement, tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que le maire ne pouvait retirer son arrêté du 3 décembre 2020 mais seulement l'abroger.

Il nous semble que le moyen est fondé.

Disons d'abord un mot du **régime applicable au retrait d'un PCAEC**. S'agissant d'un permis de construire, même d'une nature particulière car présentant une double dimension en ce que cette décision regroupe deux autorisations ayant chacune un objet propre et délivrées en application de deux législations tout à fait distinctes, il ne fait pas de doute à nos yeux, même si vous ne l'avez jamais jugé, que **s'appliquent les dispositions spéciales de l'article L. 424-5 du code de l'urbanisme** aux termes duquel le permis de construire ne peut être retiré que s'il est illégal et dans le délai de trois mois suivant la date de sa délivrance, son retrait n'étant possible passé ce délai que sur demande expresse de son bénéficiaire, et non les dispositions de droit commun de l'article L. 242-1 du code des relations entre le public et l'administration, selon lesquelles l'administration ne peut abroger ou retirer une décision créatrice de droits de sa propre initiative ou sur la demande d'un tiers que dans un délai de quatre mois.

Quid de l'application de ces dispositions dans le cas particulier qui nous occupe ?

Pour répondre à cette question, il faut se pencher un instant sur **l'articulation entre les avis de la CDAC et de la CNAC**.

Comme vous le savez, depuis l'entrée en vigueur de la loi Pinel, la particularité du recours formé devant la CNAC contre l'avis de la CDAC rendu à propos d'une demande de PCAEC est qu'il doit être exercé contre un avis et non contre une décision et que la CNAC ainsi saisie rend elle aussi un avis, qui pour être conforme n'en reste pas moins un acte préparatoire insusceptible de recours quel que soit son sens, seul pouvant faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir la décision du maire faisant droit ou rejetant la demande de permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale (4/1 CHR, 25 mars 2020, *Société Le Parc du Béarn*, n° 409675, aux Tables).

Si le recours formé auprès de la CNAC à l'encontre de l'avis émis par la commission départementale constitue un préalable obligatoire à l'introduction d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision de l'autorité administrative sur la demande de permis de construire valant autorisation commerciale, un tel recours préalable obligatoire ne peut être regardé, dès lors qu'il est dirigé contre l'avis préalable de la commission départementale de l'aménagement commercial, et non contre la décision de l'autorité administrative, seule décision susceptible de recours contentieux, comme un RAPO au sens du chapitre II du titre Ier du livre IV du CRPA (4/1 CHR, 7 octobre 2022, *En toute franchise de l'Hérault*, n° 452959, aux Tables).

Enfin, il résulte des dispositions de l'article L. 752-17 du code de commerce que, dans tous les cas où intervient un avis, exprès ou tacite, de la CNAC, cet avis se substitue à l'avis de la commission départementale (voir votre avis *MDVP*).

Le cas qui vous est soumis est étrange parce que pathologique : le permis a été délivré légalement sur le fondement d'un avis favorable de la CDAC mais, alors que sa légalité doit en principe s'apprécier à la date de son édicition, devient illégal du fait d'un avis conforme défavorable qui doit en principe le précéder.

La cour semble avoir assimilé le PCAEC délivré dans ces conditions aux décisions individuelles créatrices de droit « assorties d'une condition extinctive ou abrogative », pour reprendre les mots du président Boulouis dans ses conclusions sur votre décision de Section *Portalis* (14 mars 2008, n° 283943, au Recueil), qualifiées de créatrices de droits précaires par opposition aux décisions créatrices de droits acquis par Damien Botteghi et Sophie-Justine Liéber¹, et qui, si elles ne peuvent être retirées passé le délai d'abord jurisprudentiel et dorénavant légal de retrait ou d'abrogation, peuvent néanmoins être abrogées, qu'il s'agisse de subventions², de certains agréments, prestations sociales ou éléments de rémunération³ ou de la décision de l'administration d'accorder la protection fonctionnelle à un militaire⁴.

Un tel raisonnement ne nous paraît pas devoir être suivi dans le cas qui nous occupe. L'avis des commissions départementales d'aménagement commercial est un avis conforme et ces commissions sont en quelque sorte les autrices véritables de la décision prise par le maire en tant qu'elle porte sur le volet aménagement commercial. Nous comprenons de la solution retenue dans votre avis *MDVP* que le maire délivrant légalement un PCAEC sur la foi de l'avis favorable de la CDAC sans attendre l'expiration du délai de saisine de la CNAC prend le risque qu'il devienne rétroactivement illégal. Même si la CNAC statue en fonction des considérations de droit et de fait en vigueur à la date à laquelle elle se prononce, **son avis**

¹ Sur ce point, voir : Damien Botteghi et Sophie-Justine Liéber, *Droit mal acquis reste acquis*, AJDA 2009 p. 817.

² Section, 30 mars 1979, *Secrétaire d'Etat aux universités et Université de Bordeaux II*, n° 09369, 09413, au Recueil ; 1/4 SSR, 8 février 1985, *Syndicat intercommunal de la Marana*, n° 42940, au Recueil).

³ 4/1 SSR, 28 décembre 1992, *Treviglio*, n° 116494, aux Tables ; Section, 6 novembre 2002, *Soulier*, n° 223041, au Recueil.

⁴ Décision *Portalis*.

défavorable, qui se substitue à l'avis favorable de la CDAC, le fait disparaître rétroactivement et dès lors que la délivrance du PCAEC n'est légalement possible que si le pétitionnaire dispose d'une autorisation d'urbanisme commercial, le PCAEC devient rétroactivement illégal *ab initio*⁵. Il nous semble qu'une telle approche est opportune car il n'est d'aucune utilité de laisser subsister le PCAEC pour une période intermédiaire alors qu'il l'a été sur le fondement d'un avis conforme qui a été anéanti par la CNAC.

Contrairement à ce que soutient la requérante, **le délai de retrait du PCAEC nous paraît courir à compter de son édicition et nous ne croyons pas que l'avis défavorable de la CNAC ouvre un nouveau délai au maire pour retirer sa décision.** La requérante tente de vous convaincre de transposer la solution que vous avez dégagée dans votre avis *MDVP* en jugeant que dans tous les cas où la CNAC, régulièrement saisie, est amenée à rendre son avis après la délivrance du PCAEC, la publication de cet avis dans les conditions fixées à l'article R. 752-39 du code de commerce ouvre, à l'égard des requérants mentionnés au I de l'article L. 752-17 du code de commerce, soit notamment aux concurrents du pétitionnaire y compris si le délai déclenché dans les conditions prévues par l'article R. 600-2 du code de l'urbanisme est expiré, un délai de recours de deux mois contre le permis. Mais cette solution très particulière s'explique par la nécessité de préserver le droit au recours des concurrents pour lesquels la saisine de la CNAC est un préalable à tout recours contentieux contre le permis et une telle justification n'est en rien transposable au cas qui nous occupe, étant précisé qu'il serait paradoxal de dégager prétoriquement une telle règle qui ne trouve sa source dans aucun texte et qui pourrait paraître encourager la pratique que vous avez formellement déconseillé aux maires d'adopter dans votre avis *MDVP*.

La cour a donc commis une erreur de droit. Vous n'en annulerez pas pour autant son arrêt dès lors que vous pourrez y substituer le motif, tiré de ce que le PCAEC ne pouvait plus légalement être retiré à la date à laquelle il l'a été, postérieure de plus de trois mois à son édicition. Une telle substitution est possible car ce motif répond à un moyen invoqué par la société pétitionnaire devant la cour et n'appelle de votre part l'appréciation d'aucune circonstance de fait dès lors que cette tardiveté du retrait ressort de manière constante des pièces du dossier soumis aux juges du fond (voir sur ce point : 4/5 CHR, 18 janvier 2017, *Panizza*, n° 386144, aux Tables ; 27 septembre 2020, 3/8 CHR, *SCI Péronne*, n° 429487, aux Tables sur un autre point ; 4/1 CHR, 12 octobre 2021, *Hassani*, n° 443903, aux Tables).

Même si les considérations que nous venons de vous exposer suffisent à nos yeux à régler le litige, ajoutons encore quelques mots. On pourrait en effet nous objecter que tout porte à croire que, dans une configuration telle que celle du présent litige, de délivrance imprudemment précoce du PCAEC, le délai légal de retrait sera quasi systématiquement expiré lorsque la CNAC rendra son avis défavorable dès lors que celle-ci dispose de quatre

⁵ Marie-Anne Renaux, *Délivrance des permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale : délais à observer, obligation de se conformer aux avis des CDAC/CNAC et éventuelle responsabilité de la commune*, Construction - Urbanisme n° 4, Avril 2022, comm. 43.

mois pour statuer, si bien que la possibilité de retrait que nous avons évoquée restera largement théorique.

Vous n'êtes pas tenus de trancher la question de savoir si, dans l'hypothèse où, à la date à laquelle la CNAC rend son avis défavorable, le délai de trois mois pour retirer le PCAEC aurait expiré mais pas le délai de quatre mois fixé par l'article L. 242-1 du CRPA, le maire pourrait abroger le permis sur le fondement de ces dispositions de droit commun. Cela nous semble douteux. Certes, vous jugez que les dispositions de l'article L. 241-2 du CRPA selon lesquelles par dérogation aux règles fixées par ce code un acte administratif unilatéral obtenu par fraude peut être à tout moment abrogé ou retiré sont bien applicables aux permis de construire nonobstant l'article L. 424-5 du code de l'urbanisme (1/4 CHR, 17 février 2023, *Mme K...*, n° 461212). Mais il est logique de donner la plus large application à ces dispositions spécifiques à la fraude et il serait en revanche étrange de regarder les dispositions de l'article L. 242-1 du CRPA comme applicables en ce qu'elles concernent l'abrogation du PCAEC alors qu'elles sont exclues au profit des dispositions spéciales de l'article L. 424-5 du code de l'urbanisme en ce qui concerne son retrait et que le choix fait par votre jurisprudence puis codifié dans le CRPA a été d'aligner les délais de retrait et d'abrogation des décisions créatrices de droit.

En tout état de cause, la subsistance dans l'ordonnancement juridique du PCAEC illégal, en supposant que le pétitionnaire ne prenne pas la peine de demander son retrait, toujours possible à sa demande sans condition de délai, et qu'aucun des requérants mentionnés au I de l'article L. 752-17 du code de commerce n'en demande l'annulation à la CAA dans le délai de deux mois qui leur est ouvert par la publication de l'avis de la CNAC, et alors qu'il nous paraît exclu que le maire soit jugé recevable à formuler une telle demande au juge, n'a rien de dramatique dès lors que le pétitionnaire, dépourvu d'autorisation commerciale, ne pourra s'en prévaloir et aura tout intérêt à déposer sur le fondement de l'article L. 752-21 du code de commerce une nouvelle demande de PCAEC prenant en compte les objections formulées par la CNAC.

Le second moyen du pourvoi, qui conteste l'appréciation qu'a portée la CAA en jugeant que le projet de la société Duparc et Geslin ne méconnaissait pas les objectifs d'aménagement du territoire et de développement durable énoncés à l'article L. 752-6 du code de commerce, ne peut prospérer car cette appréciation est souveraine et par suite insusceptible d'être discutée en cassation, sauf dénaturation qui n'est pas établie en l'espèce, quelque contestable que puisse être l'opportunité de l'extension d'un énième supermarché en périphérie d'une commune moyenne.

PCMNC au rejet des pourvois de la société Distribution Casino France, de la commune de Divonne-les-Bains et de la CNAC ainsi que dans les circonstances de l'espèce de l'ensemble des conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du CJA.