N° 471159
Société Deta Distribution

4ème et 1ère chambres réunies

Séance du 15 décembre 2023
Décision du 29 décembre 2023

CONCLUSIONS

M. Raphaël CHAMBON, Rapporteur public

La présente affaire vous donnera l'occasion, 15 ans après son adoption, de connaitre d'une bizarrerie, pour ne pas dire malfaçon, affectant les dispositions relatives à l'urbanisme commercial de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Elle vous permettra aussi de préciser le régime applicable à l'extension de la surface de vente d'un seul magasin de commerce de détail mais qui se trouve intégré à un ensemble commercial.

Avant l'adoption de cette loi, étaient soumis à autorisation d'exploitation commerciale selon l'article L. 752-1 du code de commerce les projets ayant pour objet la création d'un magasin de commerce de détail d'une surface de vente supérieure à 300 mètres carrés, l'extension de la surface de vente d'un tel magasin ayant déjà atteint le seuil des 300 mètres carrés ou devant le dépasser par la réalisation du projet ainsi que la création ou l'extension d'un ensemble commercial tel que défini à l'article L. 752-3 d'une surface de vente totale supérieure à 300 mètres carrés ou devant dépasser ce seuil par la réalisation du projet.

Selon l'article L. 752-3 du même code, sont regardés comme faisant partie d'un même ensemble commercial, qu'ils soient ou non situés dans des bâtiments distincts et qu'une même personne en soit ou non le propriétaire ou l'exploitant, les magasins qui sont réunis sur un même site et qui soit ont été conçus dans le cadre d'une même opération d'aménagement foncier, soit bénéficient d'aménagements conçus pour permettre à une même clientèle l'accès des divers établissements, soit font l'objet d'une gestion commune de certains éléments de leur exploitation, notamment par la création de services collectifs ou l'utilisation habituelle de pratiques et de publicités commerciales communes, soit enfin sont réunis par une structure juridique commune, contrôlée directement ou indirectement par au moins un associé, exerçant sur elle une influence au sens de l'article L. 233-16 du code de commerce ou ayant un dirigeant de droit ou de fait commun. Cette notion avait été introduite par la loi Doubin du 31

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.

décembre 1990[1] afin d'empêcher des promoteurs d'échapper à la loi Royer par le regroupement de magasins distincts dans le cadre de lotissements commerciaux, chaque magasin pris individuellement présentant une surface inférieure au seuil de déclenchement de l'autorisation, quand l'ensemble commercial atteignait une surface largement supérieure, le rapporteur de la commission des affaires économiques du Sénat évoquant alors la nécessité de lutter contre les « détournements de l'esprit de la loi Royer »[2].

Comme vous le savez la loi de 2008 a relevé le seuil de soumission à autorisation de 300 m² à 1000 m². Mais le texte de l'article L. 752-1 issu de cette loi a distingué la rédaction applicable aux magasins de commerce de détail et aux ensembles commerciaux. Pour les magasins, la rédaction est restée inchangée, seul le seuil étant relevé. Pour les ensembles commerciaux en revanche, la rédaction a connu une évolution qui ne manque pas d'interroger sur sa signification. Reste bien entendu soumise à autorisation la création d'un ensemble commercial dont la surface de vente totale est supérieure à 1 000 m². Est également soumise à autorisation « *l'extension d'un ensemble commercial visé au 4°, réalisée en une ou plusieurs fois, de plus de 1 000 mètres carrés* ». A donc disparu la notion d'extension portant sur une surface inférieure à 1 000 m² mais concernant un ensemble commercial ayant déjà atteint ce seuil ou devant le dépasser par la réalisation du projet. Même si son interprétation n'a rien d'évident eu égard à sa rédaction ne brillant pas par sa clarté, cette disposition est généralement lue comme ne soumettant à autorisation l'extension d'un ensemble commercial que si l'extension elle-même dépasse 1 000 m². Ainsi, une extension de moins de 1 000 m² n'est pas soumise à autorisation, même si la surface de vente de l'ensemble commercial excède déjà 1 000 m² ou doit dépasser ce seuil par la réalisation du projet d'extension. Il y a là une différence majeure avec le régime applicable aux magasins de commerce de détail, particulièrement paradoxale car elle profite aux ensembles commerciaux et non aux magasins isolés, selon une logique qu'on pourrait qualifier de « *big is beautiful* ».

Plongeons-nous un instant dans les travaux parlementaires afférents à la loi du 4 août 2008 pour comprendre cette nouvelle rédaction étonnante. Le projet de loi déposé par le Gouvernement procédait à la suppression pure et simple des dispositions de l'article L. 752-1 relatives à la création ou l'extension d'un ensemble commercial, le rapporteur de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale justifiant cette suppression par la perte d'intérêt de la notion d'ensemble commercial. C'est un amendement sénatorial qui les a rétablies mais dans la nouvelle rédaction que nous venons d'exposer. Au regard de son exposé des motifs et des débats en séance publique ayant conduit à son adoption, il est plus que douteux que les sénateurs l'ayant rédigé et défendu en séance aient eu conscience

[1] Loi n° 90-1260 du 31 décembre 1990 d'actualisation de dispositions relatives à l'exercice des professions commerciales et artisanales.
[2] https://www.senat.fr/rap/1990-1991/i1990_1991_0153.pdf

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.

d'ouvrir une brèche favorable à l'extension sans autorisation des ensembles commerciaux lorsque l'extension est inférieure à 1000 m² mais la rédaction de la loi ne nous parait pas se prêter à un redressement conduisant à neutraliser ce qui s'apparente à une malfaçon législative, tant sa lettre fait obstacle à une telle neutralisation.

Le législateur a lui-même réparé promptement cette malfaçon, en modifiant par amendement le projet de loi de simplification du droit à l'origine de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, rétablissant la soumission à autorisation de « *l'extension de la surface de vente d'un ensemble commercial ayant déjà atteint le seuil des 1 000 mètres carrés ou devant le dépasser par la réalisation du projet* », la sénatrice ayant déposé l'amendement affirmant vouloir corriger une disposition générant des iniquités entre commerçants et revenir à une règle simple. La loi du 12 mai 2009 ne peut donc être regardée comme s'étant bornée à apporter une précision interprétative des dispositions issues de celle du 4 août 2008 : elle a bien rectifié une règle jugée malheureuse issue des travaux du Parlement quelques mois plus tôt.

Il est temps d'en venir au litige qui vous est soumis. La société Deta Distribution exploite un ensemble commercial situé à Bellaing (Nord, dans la périphérie ouest de Valenciennes), comprenant notamment un hypermarché de l'enseigne « E. Leclerc », une galerie commerciale et une station-service. En 2006, elle avait obtenu une autorisation de la commission nationale d'exploitation commerciale pour l'extension de la surface de vente de l'hypermarché, atteignant depuis lors 3572,45 m², la galerie représentant pour sa part 614,1 m² de surface de vente.

Après la publication de la loi du 4 août 2008 et avant celle du 12 mai 2009, la société a augmenté de 968,55 m² la surface de vente de l'hypermarché sans demander d'autorisation, ainsi que, semble-t-il, de 264 m² celle de la galerie commerciale.

En 2010 puis en 2014, la société a obtenu de la CDAC du Nord l'autorisation pour deux nouvelles extensions de l'hypermarché et de la galerie marchande.

Le 12 décembre 2019, la société a obtenu de la même CDAC l'autorisation d'étendre une nouvelle fois la surface de vente de l'hypermarché, à hauteur de 630 m², pour la porter à 6 800 m², l'ensemble commercial atteignant ainsi 7 499 m², une telle extension n'étant pas soumise à permis de construire car s'opérant par l'utilisation de réserves du magasin déjà construit.

Sur recours de sociétés concurrentes, la CNAC a toutefois déjugé le 25 juin 2020 la CDAC et refusé d'autoriser l'extension projetée. La CNAC s'est fondée sur deux motifs : l'incompatibilité du projet avec les critères énoncés à l'article L. 752-6 du code de commerce

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.

mais également la circonstance qu'une autorisation était requise pour l'extension réalisée sans autorisation après l'adoption de la loi du 4 août 2008 et qu'aucune régularisation de cette extension n'avait été demandée et obtenue à l'occasion des autorisations accordées en 2010 et 2014 pour de nouvelles extensions.

La société pétitionnaire se pourvoit en cassation contre l'arrêt par lequel la CAA de Douai a rejeté sa demande d'annulation de la décision de la CNAC.

La CAA ne s'est fondée que sur le second des motifs que nous venons de décrire, estimant en application de votre jurisprudence *Dame Perrot* que la CNAC aurait pris la même décision en se fondant sur ce seul motif. Elle a jugé qu'une autorisation était requise pour l'extension réalisée en 2008, que ce défaut d'autorisation n'avait jamais été régularisé et que l'extension d'une surface commerciale irrégulièrement exploitée ne pouvait être légalement autorisée.

Avant d'en venir au moyen d'erreur de droit qui justifie à nos yeux l'annulation de l'arrêt attaqué, il faut purger un point abordé tant par la CNAC dans sa décision que par la CAA dans son arrêt, ayant trait à l'application des dispositions transitoires de la loi du 4 août 2008, qui obscurcit à nos yeux le débat contentieux, les parties s'écharpant devant vous sur ce sujet en réalité sans incidence à nos yeux sur le sort à réserver au pourvoi.

Le XXIX de l'article 102 de cette loi prévoit que les dispositions de cet article réformant le dispositif des autorisations d'exploitation commerciale entrent en vigueur à une date fixée par décret et, au plus tard, le 1er janvier 2009 mais que dès sa publication « *les projets portant sur une superficie inférieure à 1 000 mètres carrés ne sont plus soumis à l'examen de la commission départementale d'équipement commercial ou de la Commission nationale d'équipement commercial* ». L'interprétation de cette disposition à la rédaction ambiguë a fait couler beaucoup d'encre et dans un premier temps, par deux circulaires successives des 7 et 28 août 2008 le ministre du commerce a avait considéré qu'elle dispensait d'autorisation, dans l'attente de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions législatives, l'extension de moins de 1 000 m² de la surface de vente d'un magasin unique de commerce de détail ayant déjà atteint le seuil de 1.000 m² ou devant le dépasser par la réalisation du projet. Cette interprétation imprudente et contraire à l'esprit de la loi fut vite abandonnée par le ministre qui retira la circulaire du 28 août 2008 par une nouvelle circulaire du 24 octobre 2008[3], en indiquant que le législateur avait seulement « entendu anticiper l'entrée en vigueur du nouveau dispositif, en écartant la nécessité d'autorisation pour les seules opérations devant y échapper après l'entrée en vigueur de la loi ». Vous avez-vous-même fait vôtre une telle

[3] Voir : 4/5 SSR, 26 mai 2010, *Association en toute franchise du département du Rhône et Fédération des entreprises du commerce et de la distribution*, n° 320797, 323584.

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.

interprétation en jugeant, dans un arrêt auquel la CNAC s'est expressément référé dans sa décision et que la CAA a partiellement recopié, que ces dispositions transitoires, malgré leur ambiguïté, n'ont eu ni pour objet, ni pour effet de dispenser de l'obligation d'autorisation d'exploitation commerciale les projets d'extension conduisant à un dépassement du seuil des 1 000 m² de surface de vente, visés au 2° du I de l'article L. 752-1 du code de commerce, soit « *l'extension de la surface de vente d'un magasin de commerce de détail ayant déjà atteint le seuil des 1 000 mètres carrés ou devant le dépasser par la réalisation du projet* » (4 SSJS, 23 juillet 2014, *Association En toute franchise du département du Loiret*, n° 371522).

La querelle sur l'interprétation à donner aux dispositions transitoires ambiguës de la loi du 4 août 2008 est donc tranchée de longue date. Restent les deux questions qui commandent l'issue du litige : l'interprétation à donner aux dispositions de cette loi relatives à l'extension des ensembles commerciaux, dont nous vous avons déjà entretenus à l'entame de notre propos, et celle de l'applicabilité de ces dispositions lorsqu'est en cause l'extension d'un seul magasin de commerce de détail mais que celui-ci est partie intégrante d'un ensemble commercial.

La cour a en effet fait application du 2° du I de l'article L. 752-1 du code de commerce, relatif à l'extension de la surface de vente d'un magasin de commerce de détail, et non de son 5°, relatif à celle d'un ensemble commercial. Or l'interprétation constante de la doctrine est que l'extension d'un ensemble commercial peut résulter de l'extension de la surface de vente d'un seul ou plusieurs magasins en faisant partie. C'est aussi d'ailleurs la position de la doctrine administrative, une circulaire ministérielle du 16 janvier 1997 allant explicitement dans ce sens, citant l'exemple de l'extension d'un magasin devant porter sa surface de vente à 100 m², si bien qu'en principe une telle extension n'est pas soumise à autorisation, mais le magasin étant implanté dans un ensemble commercial ayant déjà atteint le seuil de soumission à autorisation, l'extension est néanmoins soumise à autorisation. Même si vous ne l'avez à notre connaissance jamais jugé et malgré l'ambigüité malheureuse sur ce point de votre décision du 23 juillet 2014 qui a semblé retenir une position inverse, cette interprétation nous parait parfaitement logique en principe, la notion d'ensemble commercial nous semblant exclure qu'on puisse échapper à son régime sous prétexte qu'est seule projetée l'extension d'un seul des magasins qui le composent.

Ainsi que le soutient la société requérante, la cour a donc commis une erreur de droit en faisant application des dispositions relatives à l'extension d'un magasin de commerce de détail et non de celles afférentes à l'extension d'un ensemble commercial. Et contrairement à ce que soutient la CNAC en défense, cette erreur de droit n'est pas restée sans conséquence. Contrairement à ce que la commission nationale soutient, l'article L. 752-1 dans sa rédaction applicable entre l'adoption des 4 août 2008 et 12 mai 2009, ne peut être interprété comme prévoyant un régime identique pour les magasins de commerce de détail et pour les ensembles

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.

commerciaux. Comme nous vous l'avons déjà exposé, la CNAC ne peut être suivie pour considérer que les dispositions issues de la loi du 4 août 2008 soumettent à autorisation l'extension de moins de 1 000 m² d'un ensemble commercial dès lors que cet ensemble atteint déjà 1 000 m² ou dépasse ce seuil par la réalisation du projet.

Il y a certes, on l'a dit, un grand paradoxe à dispenser d'autorisation l'extension de la surface de vente d'un magasin au seul motif qu'il est situé dans un ensemble commercial alors que cette extension aurait requis une autorisation s'il avait été isolé, idée tout à fait contraire à la logique même ayant prévalu à l'introduction dans la loi de la notion d'ensemble commercial, mais tel est bien l'état du droit positif qui a subsisté pendant quelques mois entre août 2008 et mai 2009, caractérisé de façon absurde par un régime plus libéral pour l'extension des ensembles commerciaux que pour celle des magasins isolés.

PCMNC, sans qu'il soit besoin de vous prononcer sur les autres moyens du pourvoi, à l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire à la CAA de Douai et à ce que vous mettiez à la charge de l'Etat le versement à la société Deta Distribution de la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

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.