

N° 469687
Ministre de l'économie, des finances
et de la souveraineté industrielle et numérique

N° 469782
Société Cora

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 3 avril 2024
Lecture du 14 mai 2024

CONCLUSIONS

M. Jean-François de MONTGOLFIER, Rapporteur public

Comment déterminer la surface d'un point ?

Si les deux affaires qui viennent d'être appelées ont été inscrites au rôle de votre formation de jugement ce n'est pas pour lancer un défi mathématique mais pour vous permettre de préciser les conditions d'application des dispositions du code de commerce qui soumettent à autorisation administrative l'exploitation des aménagements commerciaux désignés par l'article L. 752-1 du code de commerce comme des « *points permanents de retrait par la clientèle d'achats au détail - commandés par voie télématique, organisés pour l'accès en automobile* », "points" que l'article L. 752-3 du code de commerce définit comme « *les installations, aménagements ou équipements conçus pour le retrait par la clientèle de marchandises commandées par voie télématique ainsi que les pistes de ravitaillement attenantes* ».

Pour des motifs de commodité qui s'expliquent d'eux-mêmes, nous les désignerons sous l'anglicisme plus commun de « *drive* ».

Ainsi : comment déterminer la surface d'un *drive* ?

Jusqu'à la loi dite « ALUR » du 24 mars 2014¹, l'exploitation de ces installations commerciales n'était soumise à aucun encadrement. Conscient de l'expansion et de l'importance qu'ils revêtaient désormais dans les modes de consommation, le législateur a décidé par cette loi d'ajouter les *drives* ainsi définis, dans la liste des aménagements soumis à autorisation d'exploitation commerciale. Il en résulte que la création d'un tel équipement est soumise soit à la procédure de permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale, lequel implique un avis favorable de la commission départementale ou de la Commission nationale d'aménagement commercial soit, lorsque l'exploitation ne requière aucun permis de construire, à une décision de l'une de ces commissions. La procédure administrative ne diffère pas de celle applicable à l'autorisation ou à l'extension des ensembles commerciaux de plus de 1 000 m² de surface de vente.

¹ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, art. 129.

Le souci de précision dont le législateur a fait preuve dans la définition des *drives* explique sans doute l'absence de contentieux sur la nature de ces modes de distribution. Cette définition permet ainsi d'exclure, *a contrario*, tant les points de retraits non permanents (tel les « drive fermiers » ou agricoles installés de façon occasionnelle), que les points de retrait accessibles à pied (le « *drive piéton* » pour les amateurs d'oxymore) ou encore les points de retrait après une commande effectuée sur place (notamment dans la restauration rapide)².

La difficulté soulevée à l'occasion de la présente affaire porte non pas sur la nature des *drives* mais sur l'étendue de l'autorisation administrative auxquels ils sont soumis. L'article L. 752-16 du code de commerce dispose : « *l'autorisation est accordée par piste de ravitaillement et par mètre carré d'emprise au sol des surfaces, bâties ou non, affectées au retrait des marchandises* ». La détermination de ce qu'il faut entendre par la notion de « *surfaces... affectées au retrait des marchandises* » peut donner lieu débat comme le montre la présente affaire.

* La société Gleta a demandé l'autorisation de créer un drive à l'enseigne E. Leclerc en sortie Nord de l'agglomération de Sainte-Marie-aux-Chênes (une dizaine de km au Nord-Ouest de Metz). Le projet, qui transforme un ancien garage-station-service, comprend, d'une part, la zone des cinq pistes de ravitaillement couverte par un auvent pour une surface de 172 m² et, d'autre part, un ensemble bâti de plus de 1 100 m² de surface de plancher qui inclut des zones de réserves et de chambres froides, des zones de préparation des commandes, une zone de stockage des commandes préparées, des zones de circulation du personnel et divers bureaux et équipements pour les salariés de l'établissement.

Le pétitionnaire a présenté une demande de permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale pour 172 m² de surface autorisée, tout en proposant, dans l'incertitude, que la zone de stockage des commandes préparées (représentant une surface de 85 m²) soit aussi incluse dans la surface autorisée. L'avis de la CDAC, quoi que défavorable, a retenu cette orientation en comptabilisant 257 m² de surface affectée au retrait des commandes. Au contraire, la Commission nationale a donné un avis favorable en retenant seulement 172 m². Toutefois, saisie en excès de pouvoir par la société Cora qui exploite un *drive* dans une ville environnante, la CAA de Nancy a jugé que devaient être regardées comme affectées au retrait des marchandises les parties du bâtiment dédiés à la réception, au stockage, à la conservation et à la circulation des marchandises ainsi que les espaces réservés aux bureaux et aux besoins du personnel, c'est-à-dire, comme elle l'a elle-même résumé : « *l'ensemble des surfaces de l'établissement concerné, qu'elles soient bâties ou non* ». Après avoir examiné, pour les écarter, les autres moyens de la requête de la société CORA, la CAA a fait application de l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme qui permet l'annulation du permis de construire en tant seulement qu'il est affecté d'un vice régularisable. La cour a ainsi annulé le PCVAEC en tant seulement que l'autorisation d'exploitation ne porte pas sur toutes

² Stéphane Prieur, L'exploitation commerciale des *drives* : la fin programmée et confirmée d'un vide juridique (loi ALUR), *Gazette du Palais*, G,2-3 avril 2014, p. 6.

les parties du bâtiment que nous venons de désigner ; elle a imparti au pétitionnaire un délai pour demander la régularisation du son projet et elle a rejeté le surplus des conclusions.

Vous êtes saisi en cassation de deux pourvois : le premier émane du Ministre de l'économie qui critique l'arrêt dans la mesure de l'annulation prononcée ; le second émane de la société CORA qui le critique en tant qu'il rejette le surplus de ses conclusions. Vous pourrez joindre les deux pourvois.

* Le ministre conteste les modalités de détermination de la surface autorisée du *drive*.

Son pourvoi est recevable : vous avez jugé que l'Etat a la qualité de partie au litige devant la CAA saisie d'un recours en annulation d'un PCVAEC (22 novembre 2021, *Société Tanninges distribution*, n° 441118, 442107, B).

Il faut ici préciser quel est l'enjeu, pour des *drives*, de la détermination de la surface autorisée. Cet enjeu se distingue en effet de celui portant sur la détermination de la surface de vente des magasins de commerce de détail. Pour ces derniers, la surface de vente détermine l'application des seuils du régime d'urbanisme commercial (en particulier le seuil initial de 1 000 m²) et il constitue l'assiette de la taxe sur les surfaces commerciales (TaSCom). La surface de vente est d'ailleurs définie³ de manière identique pour l'application de ces deux législations par l'article 3 de la loi du 13 juillet 1972⁴ (16 novembre 2022, *Société Poulbric*, n° 462720, B – revenant sur votre décision *H...* du 6 juin 2018⁵ laquelle retenait une définition spéciale de la surface de vente en urbanisme commercial).

Pour les *drives*, au contraire, d'une part, l'exploitation commerciale est soumise à autorisation dès la première piste de ravitaillement et le premier mètre carré d'emprise au sol. La loi ALUR a seulement dispensé d'autorisation la création d'un drive intégré à un magasin de détail déjà ouvert au public à la date de sa publication, et n'emportant pas la création d'une surface de plancher de plus de 20 mètres carrés⁶. D'autre part, dès lors que les *drives* ne sont pas des lieux de vente mais seulement de retrait, leur surface n'entre pas dans l'assiette de la TaSCom même si, lorsqu'un *drive* appartient à un établissement de vente au détail, son chiffre d'affaires est pris en compte dans le chiffre d'affaires total de l'établissement pour déterminer le taux de l'impôt (10 mars 2020, *Fédération des entreprises du commerce et de la distribution*, n° 436879, B).

La définition de la surface autorisée des *drives* affecte donc seulement le droit d'exploitation et la possibilité d'extension après autorisation. L'infraction qui réprime, pour les *drives*, l'exploitation irrégulière d'une surface d'emprise au sol ou du nombre de pistes de ravitaillement non autorisé est définie à l'article L. 752-23 du code de commerce par

³ Depuis l'article 130 de la loi de finances pour 1997 (n° 96-1181 du 30 décembre 1996).

⁴ Loi no 72-657 du 13 juillet 1972 instituant des mesures en faveur de certaines catégories de commerçants et artisans âgés.

⁵ CE, 6 juin 2018, *Société H... LC*, n° 405608, T.

⁶ 10^{ème} alinéa de l'article L. 752-1 du code de commerce.

référence à la surface autorisée que donne l'article L. 752-16. En outre, selon qu'on retient une conception plus ou moins englobante de ce qui entre dans la notion de surface affectée au retrait des marchandises, la possibilité pour l'exploitant de faire évoluer les installations d'un *drive* sans qu'il soit besoin d'obtenir pour cela une nouvelle autorisation commerciale s'en trouvera plus ou moins contrariée. Concrètement, la solution retenue par la CAA de Nancy conduit à soumettre toute extension future des bureaux ou des entrepôts du *drive* à une nouvelle autorisation d'exploitation commerciale.

* On peut comprendre le souci de la CAA de ne pas laisser hors de l'autorisation d'exploitation commerciale la question de la taille des entrepôts. La "force de frappe" commerciale d'un *drive* paraît moins indexée sur nombre de ses pistes de ravitaillement que sur la variété des produits que le consommateur peut commander à distance. Or, l'importance de cette offre, sorte de surface de vente virtuelle, dépend fortement de la taille des réserves. La Cour a pu en particulier craindre que le titulaire d'une autorisation d'exploitation commerciale délivrée pour un *drive* d'apparence modeste ne puisse, sur le seul fondement d'une autorisation d'urbanisme postérieure ne nécessitant pas d'autorisation commerciale, doter son équipement de zones de stockage fortement agrandies et, ainsi, exercer sur la zone de chalandise une influence qui n'avait pas été anticipée lors de la délivrance de l'autorisation.

Même si, compte tenu de ces arguments d'opportunité, nous reconnaissons qu'il peut y avoir matière à hésitation, il nous semble que le pourvoi du ministre qui soutient que l'arrêt est entaché d'erreur de droit doit être accueilli.

En effet, d'abord, l'interprétation retenue par la CAA consiste à forcer le texte au-delà de ce que permet une interprétation même constructive. La CAA nous paraît avoir insuffisamment distingué deux notions différentes. D'une part, la définition du *drive* prévue à l'article L. 752-3 du code de commerce, qui inclut les installations, les aménagements ou équipements *conçus* pour le retrait par la clientèle des marchandises (définition qui donne compétence à la commission d'aménagement commercial pour se prononcer sur l'ensemble du projet qui lui est soumis) ; d'autre part, la définition des surfaces autorisées prévue par l'article L. 752-16, qui ne portent que sur « les *surfaces... affectées au retrait des marchandises* ». Comme nous l'avons vu, le législateur a fait preuve, en adoptant la loi ALUR d'un certain souci de précision dans la définition des *drives* et il ne nous paraît pas possible de nier la différence entre la formule employée pour la définition du *drive* (« *conçus pour le retrait des marchandises* ») et la formule employée pour la définition de la surface autorisée (« *affectées au retrait des marchandises* »). En particulier, il ne fait aucun doute que les bureaux et les zones réservées aux besoins du personnel ne peuvent être regardées comme des « *surfaces... affectées au retrait des marchandises* ».

L'erreur paraît certes moins évidente s'agissant des zones dédiées à « *la réception, au stockage, à la conservation et à la circulation des marchandises* » que la CAA a classées dans cette même catégorie des surfaces qui devaient être autorisées et c'est sur ce point qu'on peut

réellement hésiter. Mais nous vous proposons aussi de juger que ces surfaces ne doivent pas être regardées comme affectées au retrait des marchandises et ce pour deux raisons.

En premier lieu, pour parvenir à la solution qu'elle a retenue, la CAA a dû procéder à une distinction entre les *drives* isolés (c'est-à-dire dotés notamment de leurs propres entrepôts) et les *drives* adossés à un magasin de détail. Une telle distinction lui était indispensable pour réserver aux *drives* isolés la solution consistant à faire entrer les zones de réserve et les bureaux dans la surface autorisée. En effet, lorsqu'un *drive* est adossé à un magasin de détail, les mêmes entrepôts peuvent servir au stockage des marchandises qui alimentent le magasin et le *drive*. Or, il est jugé de longue date que les zones de réserves des magasins de détail n'entrent pas dans la surface de vente soumise à autorisation (Section, 17 décembre 1982, *Société Angélica-Optique Centraix et autres*, n°35554, A). Il en va de même des locaux techniques (3 octobre 1986, *Société Civile Immobilière "La Rocade Ouest"*, n°56266, C) ; *a fortiori*, de bureaux non accessibles à la clientèle (3 mars 2003, *SARL Duboeuf et Fils*, n°227542, C). La CAA de Nancy n'ignorait sans doute pas que soumettre les entrepôts des magasins de détail à autorisation du seul fait qu'ils alimentent aussi un *drive* aurait conduit à retenir une conception de l'autorisation d'aménagement commercial qui se serait fortement du cadre juridique imaginé dès l'origine et sur lequel la loi ALUR n'avait pas entendu revenir. Elle a donc jugé que la surface autorisée doit être calculée différemment pour les seuls *drives* isolés d'un magasin de détail.

Or, une telle distinction entre les *drives* selon que leurs réserves sont ou non aussi celles d'un magasin de détail n'a aucun fondement juridique. Comme on l'a vu, la loi ALUR n'a opéré de distinction que pour les petits points de retraits de moins de 20 m² de surface de plancher adossés à un établissement déjà existant. Tous les autres *drives* sont soumis au même régime d'autorisation et il nous semble qu'ils doivent voir leur surface autorisée calculée de façon identique.

La distinction binaire établie par la CAA entre les *drives* isolés ou accolés nous paraît en outre hasardeuse car l'innovation logistique, qui est décisive pour la rentabilité de cette activité de distribution, interdit de classer les *drives* en deux catégories seulement. Il existe ainsi des *drives* dotés seulement d'entrepôts « relais », des réseaux de *drives* en étoile autour d'un même entrepôt⁷ ou des *drives* accessoires à un autre *drive*, lequel peut, ou non être adossé à un magasin de détail... L'examen des travaux parlementaires de la loi ALUR montre que le législateur était parfaitement informé de cette diversité et a renoncé à créer des catégories de *drive*.

Ensuite, il nous semble préférable de retenir de la notion de surface affectées au retrait des marchandises une définition qui soit aussi cohérente que possible avec celle qui est retenue

⁷ Jean-Pierre Ferrand, " Drive " et Urbanisme commercial, entre fantasme et illusions : Commentaire de l'article 129 (VI) de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (ALUR). 2014. fihal-01080048.

pour la définition de la surface de vente. Certes, ces deux définitions sont différentes puisqu'il existe, pour la surface de vente, une définition développée donnée par l'article 3 de la loi du 3 juillet 1972⁸. Toutefois, lorsqu'est soulevée une difficulté sur la question de savoir si un espace doit être intégré dans la surface de vente, votre jurisprudence que nous avons déjà évoquée, confère au critère d'accessibilité du lieu en cause à la clientèle un caractère prépondérant. La jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation va d'ailleurs dans le même sens (Crim. 7 décembre 1987, *Fédération départementale des unions commerciales de la Haute-Marne*, 85.95-956, Bull.).

Or, la définition des surfaces autorisées d'un *drive* comme recouvrant les surfaces « affectées au retrait des marchandises » se prête à une même interprétation si on admet que n'est en cause que le retrait par la clientèle. Si vous reprenez que les surfaces affectées au retrait des marchandises recouvrent toutes les zones dans lesquelles la clientèle est susceptible de se rendre pour retirer ses achats faits à distance, vous utiliserez un critère familier pour les professionnels de l'urbanisme commercial et dont le maniement nous paraît plus aisé. Lorsque, comme dans le projet présenté en l'espèce, la clientèle ne quitte pas la zone de ravitaillement pour retirer ses commandes, seule cette zone doit être regardée comme affectée au retrait des marchandises. Il pourrait en aller différemment si le drive est organisé avec des espaces de retrait des commandes adjacents aux pistes de ravitaillement. En l'espèce, cela conduit à retenir que la zone affectée au stockage temporaire des commandes préparées (les 85 m² retenus par la CDAC) n'entre pas dans la surface autorisée.

* Le pourvoi du ministre doit donc être accueilli.

Celui de la société CORA, au contraire, ne peut qu'être rejeté.

D'abord, dès lors que vous aurez fait droit aux conclusions du pourvoi du ministre annulant l'arrêt en tant qu'il annule partiellement le PCVAEC, les conclusions de la requête de la société CORA dirigées contre cette même partie de l'arrêt sont sans objet (6 février 2013, *Centre Hospitalier de Châteauroux*, n°344188, B). Elles ne pouvaient en tout état de cause qu'être rejetées car la circonstance que l'autorisation d'exploitation commerciale soit indivisible en application de l'article L. 752-22 du code de commerce ne fait pas obstacle à l'application dispositions de l'article L. 600-5 du code de l'urbanisme qui permet une annulation partielle d'un vice régularisable (Votre avis contentieux *MDVP distribution* du 23 décembre 2016⁹ avant même que la loi ELAN¹⁰ ne consacre à l'article L. 600-13, l'application à l'urbanisme commercial des règles du contentieux de l'urbanisme).

⁸ Les surfaces de vente sont définies comme la partie close et couverte « *des espaces affectés à la circulation de la clientèle pour effectuer ses achats, de ceux affectés à l'exposition des marchandises proposées à la vente, à leur paiement, et de ceux affectés à la circulation du personnel pour présenter les marchandises à la vente* ».

⁹ CE, 4/5 CHR, 23 décembre 2016, Société MDVP Distribution, n° 398077, A.

¹⁰ Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, article 80.

Ensuite pour pourrez rappeler que le juge du fond porte une appréciation souveraine sur la complétude et la précision du dossier du pétitionnaire, sur la compatibilité du projet avec le schéma de cohérence territoriale applicable et sur le respect des objectifs fixés par l'article L. 752-6 du code de commerce en matière d'autorisation d'exploitation commerciale. Voyez, respectivement sur ces trois questions vos décisions du 10 octobre 2001, *A...* (n° 208663, B), du 6 juin 2018, *Société H... LC*, (405608, B) et du 6 avril 2016, *Société Commerciale de Tairapu Est ITI*, (367564, B).

Or, le pourvoi critique l'appréciation retenue par la CAA, d'abord, sur la question de savoir si la notice explicative produite devant la commission était de nature à remédier aux imprécisions du dossier du pétitionnaire, ensuite sur la compatibilité du projet avec les orientations du SCOT de l'agglomération messine (SCoTAM) qui privilégie le « *redéploiement qualitatif de l'offre* » commerciale en s'adaptant « *aux évolutions sociétales* » et, enfin, sur les qualités esthétiques (si le terme est permis en l'espèce) de la transformation de l'ancien garage en drive Leclerc.

Sur ces questions, aucune des critiques du pourvoi ne désigne une erreur d'appréciation grossière ou une inexactitude matérielle patente susceptible de caractériser une dénaturation.

Troisièmement, enfin, la CAA n'a pas omis de statuer sur un moyen en ne répondant pas à une simple argumentation relative à la sécurité d'un riverain du projet.

* **En définitive**, vous pourrez annuler l'arrêt de la CAA de Nancy en tant seulement :

- qu'à son article 1^{er}, il annule le PCVAEC en tant que l'autorisation commerciale accordée ne porte pas sur l'ensemble du bâtiment constituant le *drive* ;
- qu'à son article 2, il impartit un délai au pétitionnaire pour régulariser le projet ;
- qu'à son article 3, il fait droit aux conclusions présentées par la société CORA au titre des frais non compris dans les dépens.

Vous pourrez en outre rejeter le pourvoi de la société Cora.

Réglant l'affaire au fond sur la seule question restant en litige compte tenu de la portée de la cassation que vous aurez prononcée, vous pourrez, pour les mêmes motifs que ceux fondant la cassation, rejeter la requête de la société CORA et vous pourrez mettre à sa charge une somme de 4 500 euros à verser à la société Gleta au titre des frais non compris dans les dépens tant en première instance qu'en cassation.

Tel est le sens de nos conclusions