

N° 24MA00307

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE B&M B... A...

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Revert
Rapporteur

La cour administrative d'appel de Marseille

Mme Balaresque
Rapporteuse publique

4^{ème} chambre

Audience du 11 juin 2025
Décision du 8 juillet 2025

14-02-01-05
C

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

L'association « En toute franchise - Département des Bouches-du-Rhône » a demandé au tribunal administratif de Marseille, d'une part, d'annuler la décision implicite par laquelle le préfet des Bouches-du-Rhône a rejeté sa demande du 18 décembre 2019 tendant à mettre en œuvre les dispositions de l'article L. 752- 23 du code de commerce à l'encontre de l'enseigne « Babou » située sur le territoire de la commune des Pennes-Mirabeau et, d'autre part, d'enjoindre au préfet des Bouches-du-Rhône de faire constater l'infraction aux articles L. 752-1 à L. 752-3 du code du commerce par cette enseigne, et de mettre en demeure l'exploitant du magasin « Babou » de fermer au public les surfaces de vente exploitées illégalement, dans un délai de trois mois à compter de la transmission du constat d'infraction et, à défaut, de prendre un arrêté ordonnant, dans un délai de quinze jours, la fermeture au public des surfaces de vente exploitées illicitement, jusqu'à régularisation effective.

Par un jugement n° 2001929 du 18 décembre 2023, le tribunal administratif de Marseille a annulé cette décision, a enjoint au préfet des Bouches-du-Rhône de faire constater l'exploitation illicite de la surface de vente, de mettre en demeure l'exploitant actuel de fermer les surfaces de vente exploitées illégalement et, à défaut, de prendre un arrêté ordonnant la fermeture au public des surfaces de vente exploitées illicitement, jusqu'à régularisation effective, dans le délai d'un mois à compter de la notification du jugement, et a mis à la charge de l'Etat la somme de 1 500 euros au bénéfice de l'association « En toute franchise - Département des Bouches-du-Rhône » en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Procédure devant la Cour :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 14 février et 1^{er} août 2024, la société B&M B... A..., représentée par Me Lebeau de la selarl Adden avocats, demande à la Cour :

1°) d'annuler ce jugement du tribunal administratif de Marseille du 18 décembre 2023 ;

2°) de rejeter la demande de l'association « En toute franchise - Département des Bouches-du-Rhône » ;

3°) de mettre à la charge de cette association une somme de 6 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- mise en cause par le tribunal en qualité d'exploitante de l'enseigne commerciale en cause, elle est recevable à faire appel du jugement qu'elle attaque, en application de l'article R. 811-1 du code de justice administrative ;

- le jugement attaqué est irrégulier pour être intervenu en méconnaissance du principe du contradictoire compte tenu du délai trop court qui lui a été laissé pour présenter ses observations avant l'audience ;

- la demande de première instance était irrecevable, faute pour l'association de justifier d'un intérêt pour agir suffisant pour rechercher, à partir de son objet statutaire à l'échelle départementale, la fermeture d'un magasin ouvert avant la création de cette association et l'exploitation des commerces de ses membres ;

- contrairement à ce qu'a jugé le tribunal, l'exploitation de son commerce était régulière en raison des droits acquis par l'exploitation continue de commerces dans le même bâtiment remontant à une date antérieure à l'entrée en vigueur de la loi « Royer » et édifié en exécution d'un permis de construire de 1968, pour une surface de vente non alimentaire disponible de 3 928 m², le changement de secteur d'activité opéré en 2000 portant sur une surface de vente inférieure à 2 000 m² ;

- l'autorisation de travaux qu'elle a obtenue le 8 juillet 2024 confirme l'exploitation d'une surface de vente à 3 925 m², inférieure à ses droits acquis.

Par un mémoire en défense, enregistré les 9 juillet 2024, l'association « En toute franchise - Département des Bouches-du-Rhône », représentée par Me Andréani, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de la société la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la requête est irrecevable, faute pour son auteur d'avoir été régulièrement appelé dans la cause par le tribunal et ainsi d'avoir eu la qualité de partie en première instance ;

- les moyens d'appel ne sont pas fondés, la création de la surface commerciale en litige procédant d'une infraction puisque la destination autorisée par le permis de construire du 11 septembre 1968 n'a pas été respectée.

Le ministre de l'intérieur a produit le 19 février 2025 des observations par lesquelles il décline sa compétence pour défendre la légalité de la décision préfectorale en litige.

Par une ordonnance du 5 février 2025, la clôture de l'instruction a été fixée au 21 février 2025 à 12 heures, et par une ordonnance du 20 février 2025, a été reportée au 25 mars 2025 à 12 heures.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi n° 73- 1193 du 27 décembre 1973 ;
- le code de commerce ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Revert,
- les conclusions de Mme Balaesque, rapporteure publique,
- et les observations de Me Caritg, substituant Me Lebeau, représentant la société B&M B... A..., et de Me Sauret, substituant Me Andreani, représentant l'association « En toute franchise - Département des Bouches-du-Rhône ».

Une note en délibéré présentée pour la société B&M B... A... a été enregistrée le 11 juin 2025.

Considérant ce qui suit :

1. Le 14 décembre 2019, l'association « En toute franchise - Département des Bouches-du-Rhône » a demandé au préfet des Bouches-du-Rhône, sur le fondement de l'article L. 752-23 du code de commerce, de faire constater l'exploitation illicite sur la commune des Pennes-Mirabeau, au sein de la zone commerciale « Plan de campagne », d'un commerce de 4176, 60 m² de surface de vente, dont 1607, 40 m² en rez-de-chaussée, sous l'enseigne Babou, et de mettre en demeure son exploitant de fermer au public la surface de vente illégalement exploitée dans un délai de trois mois suivant l'établissement du procès-verbal d'infraction ou, à défaut, de prendre un arrêté ordonnant la fermeture au public de cette surface dans un délai de quinze jours et jusqu'à régularisation effective. Par un jugement du 18 décembre 2023, dont relève appel la société B&M B... A... qui exploite ce commerce désormais sous l'enseigne « B&M », le tribunal administratif de Marseille, saisi par l'association « En toute franchise - Département des Bouches-du-Rhône », a annulé la décision tacite du préfet des Bouches-du-Rhône rejetant sa demande du 14 décembre 2019 et lui a enjoint de faire constater l'exploitation illicite de la surface de vente, de mettre en demeure l'exploitant actuel de fermer les surfaces de vente exploitées illégalement et, à défaut, de prendre un arrêté ordonnant la fermeture au public des surfaces de vente exploitées illicitement, jusqu'à régularisation effective, dans le délai d'un mois à compter de la notification du jugement.

Sur la recevabilité de la requête d'appel :

2. Aux termes de l'article R. 811-1 du code de justice administrative : *« Toute partie présente dans une instance devant le tribunal administratif ou qui y a été régulièrement appelée, alors même qu'elle n'aurait produit aucune défense, peut interjeter appel contre toute décision juridictionnelle rendue dans cette instance. »*.

3. Il ressort des éléments de la procédure suivie devant le tribunal administratif de Marseille que la société Babou, qui a fusionné le 7 avril 2020 avec la société B&M B... A..., a été invitée, sous la dénomination Euro Textile, par la juridiction à présenter des observations sur la requête et le mémoire complémentaire de l'association « En toute franchise - Département des Bouches-du-Rhône », en sa qualité d'exploitante de la surface commerciale dont la régularité était mise en cause par l'association. La société B&M B... A... qui, si elle n'avait pas été mise dans la cause par le tribunal aurait eu qualité pour former tierce opposition contre son jugement faisant droit à la demande de l'association, avait donc la qualité de partie à cette instance et peut former appel de ce jugement de manière recevable, alors même que la procédure ne lui a été personnellement communiquée que postérieurement à la clôture de l'instruction. L'association « En toute franchise - Département des Bouches-du-Rhône » n'est donc pas fondée à soutenir que la requête d'appel ne serait pas recevable.

Sur le bien-fondé du jugement attaqué :

En ce qui concerne le cadre juridique applicable :

4. Aux termes de l'article L. 752-23 du code de commerce : *« II.- Les agents mentionnés à l'article L. 752-5-1 et les agents habilités par la commune ou par l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre s'il est compétent, constatant l'exploitation illicite d'une surface de vente ou, s'agissant de points permanents de retrait par la clientèle d'achats au détail, l'exploitation d'une surface d'emprise au sol ou d'un nombre de pistes de ravitaillement non autorisé, établissent un rapport qu'ils transmettent au représentant de l'Etat dans le département d'implantation du projet./ Le représentant de l'Etat dans le département met en demeure l'exploitant concerné soit de fermer au public les surfaces de vente exploitées illégalement en cas de création, soit de ramener sa surface commerciale à l'autorisation d'exploitation commerciale accordée par la commission d'aménagement commercial compétente, dans un délai de trois mois à compter de la transmission au pétitionnaire du constat d'infraction. Sans préjudice de l'application de sanctions pénales, il prend, à défaut, un arrêté ordonnant, dans un délai de quinze jours, la fermeture au public des surfaces de vente exploitées illicitement, jusqu'à régularisation effective. Ces mesures sont assorties d'une astreinte journalière dont le montant ne peut excéder 150 € par mètre carré exploité illicitement. »*.

5. Par ailleurs, l'article L. 752-15 du même code dispose que : *« L'autorisation d'exploitation commerciale est délivrée préalablement à la réalisation du projet si le permis de construire n'est pas exigé. / L'autorisation est accordée par mètre carré de surface de vente. (...) »*.

En ce qui concerne la régularité de l'exploitation de la surface de vente en litige :

6. Pour annuler la décision de refus en litige pour méconnaissance des dispositions législatives précitées, le tribunal a considéré que l'exploitant n'avait apporté aucun élément permettant de démontrer le dépôt d'une demande d'autorisation d'exploiter commercialement le magasin « Babou », devenu « B&M » d'une surface de plus de 1 000 m² située dans le bâtiment C du centre commercial Barnéoud, malgré la destination non commerciale des locaux.

7. En premier lieu, il ressort des pièces du dossier, spécialement du rapprochement du procès-verbal de constat d'infraction du 26 décembre 2023 et du rapport de l'inspecteur de la direction départementale de la protection des populations du 12 janvier 2024, établis en exécution du jugement attaqué, ainsi que du relevé de géomètre-expert du 26 janvier 2024 et de l'inventaire commercial pour l'année 2008, qu'au jour de la décision en litige la surface de vente exploitée dans le magasin sous l'enseigne Babou puis B&M, laquelle doit s'entendre pour l'application des dispositions du code de commerce relatives à l'autorisation d'exploitation commerciale comme celle des lieux accessibles au public et directement liés à la vente, était de 3 928 m².

8. En deuxième lieu, s'il ressort des pièces du dossier que ce bâtiment a été construit en exécution d'un permis de construire délivré le 11 septembre 1968 pour la réalisation d'un entrepôt d'une surface bâtie de 4 296 m², son changement de destination pour accueillir le magasin « But » est intervenu avant l'entrée en vigueur de la loi du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat soumettant à autorisation la création de surfaces de vente de plus de 3 000 m². Il résulte en outre d'un protocole relatif à l'aménagement du chemin départemental n° 6 situé au droit de cette zone centre commercial Barnéoud, dont la date de conclusion en 1971 entre l'Etat, l'exploitant du centre commercial Barnéoud, et la société civile immobilière alors propriétaire du bâtiment C, est un fait constant, que l'autorité compétente de l'Etat a considéré à cette date comme régulière l'exploitation des commerces alors en activité dans ce centre, notamment dans le bâtiment C. Il ne ressort pas des pièces du dossier que l'aménagement intérieur d'une « mezzanine » aurait été réalisé postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 27 décembre 1973. L'instruction ne montre pas davantage que la demande de permis de construire présentée à titre de régularisation du changement de destination et reçue le 6 février 1978 aurait correspondu à une augmentation de la surface de vente du magasin « But » postérieure à cette loi, ou que la lettre du préfet des Bouches-du-Rhône du 29 octobre 1999 concernant l'ancien magasin « Balestra » se rapporterait au bâtiment C. La société requérante est donc fondée à prétendre que le commerce initialement exploité dans ce bâtiment qui accueille, à la date du refus en litige, son propre commerce, n'était pas en situation irrégulière à la date d'entrée en vigueur de la loi du 27 décembre 1973 et que c'est donc à tort que pour considérer le contraire et annuler la décision en litige, le tribunal s'est fondé sur la destination non commerciale de ses locaux.

9. En troisième lieu, il n'est contesté ni que le magasin « But » a cessé son activité dans la cellule C en 1993, ni qu'à compter du mois de janvier 1994, jusqu'en novembre 1995, l'enseigne commerciale « A tout prix » y a été exploitée, ni que lui a succédé l'enseigne « Géant du meuble » jusqu'en 2000. Il ne ressort pas des pièces du dossier que sur cette période, l'un des magasins de commerce de détail aurait cessé d'être exploité dans ces locaux pendant au moins deux années et que la réouverture au public de l'un d'eux sur le même emplacement aurait en conséquence exigé au préalable la délivrance de l'autorisation prévue à l'article 29 de la loi du 27 décembre 1973, en application des dispositions de l'article 5 du décret n° 88-184 du 24 février 1988 modifiant le décret n° 74-63 du 28 janvier 1974 relatif à l'autorisation d'implantation de certains magasins de commerce de détail et aux commissions d'urbanisme commercial. Il ne ressort pas non plus des pièces du dossier, pas même de la lettre du premier adjoint au maire des Pennes-Mirabeau du 28 avril 1977 au directeur départemental de l'équipement des Bouches-du-Rhône, que la succession des enseignes commerciales « But », « A Tout prix », et « Géant du meuble » se serait traduite par la réalisation d'une construction nouvelle, l'extension de magasin ou l'augmentation de surfaces de ventes ou par la transformation d'immeubles en établissements de commerce de détail, au sens des dispositions de l'article 29 de cette loi, alors que lors de ces modifications d'enseignes, il n'y avait pas de demande d'autorisation en cours d'instruction ni de projet de surface de vente en cours de réalisation. L'indication, dans le rapport du 12 janvier 2024 cité au point 7, que la surface de vente de 2 500 m² du magasin exploitée en 1994 par le magasin « A tout prix », a été augmentée à 3 000 m² par l'enseigne « Géant du meuble » en novembre 1995,

qui n'est corroborée par aucune autre pièce du dossier, est contredite par la lettre du préfet des Bouches-du-Rhône du 26 mars 2001 aux termes de laquelle l'exploitation de cette nouvelle enseigne ne nécessitait alors pas l'obtention d'une autorisation d'exploitation commerciale au titre d'un regroupement de surfaces de vente de magasins voisins sans création de surfaces de vente supplémentaires n'excédant pas 1 000 mètres carrés.

10. Enfin, il ressort des pièces du dossier, spécialement du rapprochement des lettres du préfet des Bouches-du-Rhône des 26 mars et de mai 2011 et de ce même rapport du 12 janvier 2024, que le changement d'enseigne en 2001 dans la cellule commerciale du bâtiment C, pour l'accueil de l'enseigne « Babou » et la vente notamment de vêtements, a donné lieu à un changement de secteur d'activité d'un commerce d'une surface de vente supérieure à 2 000 mètres carrés, assujetti à autorisation d'exploitation commerciale en application des dispositions du 8° de l'article 29 de la loi du 27 décembre 1973, reprises 3° de l'article L. 752-1 du code de commerce. Mais ces mêmes documents montrent également que, sur la demande du préfet, l'exploitant a procédé à la réduction de la surface de vente de vêtements en deçà du seuil de 2 000 m² et que l'autorité préfectorale lui en a donné acte.

11. Il suit de là, en l'état de l'instruction, que tant la création du commerce initialement exploité au sein du bâtiment C du centre commercial « Barnéoud », que l'exploitation des commerces qui s'y sont succédé ne nécessitaient pas l'obtention d'une autorisation d'exploitation commerciale. La société B&M B... A... est donc fondée à soutenir que, l'association « En toute franchise - Département des Bouches-du-Rhône » se bornant à invoquer, dans sa demande du 14 décembre 2019, comme devant le tribunal et la Cour, le non-respect de la destination non commerciale autorisée par le permis de construire du 11 septembre 1968 et la réalisation de la « mezzanine », que la surface de vente qu'elle exploite n'est pas illicite et qu'ainsi le préfet ne pouvait que rejeter la demande tendant à la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 752-23 du code de commerce.

12. Il résulte de tout de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner la régularité du jugement attaqué ni la recevabilité de la demande de première instance, que la société B&M B... A... est fondée à soutenir que c'est à tort que par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Marseille a annulé la décision du préfet des Bouches-du-Rhône refusant implicitement de faire usage des pouvoirs tenus de l'article L. 752-23 du code de commerce et a enjoint à cette autorité d'appliquer ces dispositions. Il y a donc lieu d'annuler le jugement attaqué et de rejeter la demande de l'association « En toute franchise - Département des Bouches-du-Rhône » aux fins d'annulation et d'injonction.

Sur les frais liés au litige :

13. Il y a lieu dans les circonstances de l'espèce de laisser à chaque partie la charge de ses frais d'instance.

D É C I D E :

Article 1^{er} : Le jugement n° 2001929 rendu le 18 décembre 2023 par le tribunal administratif de Marseille est annulé.

Article 2 : La demande de l'association « En toute franchise - Département des Bouches-du-Rhône », ses conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et celles de la société B&M B... A... tendant aux mêmes fins sont rejetées.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à la société B&M B... A..., à l'association « En toute franchise - Département des Bouches-du-Rhône » et au ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique.

Copie en sera adressée à la commune des Pennes-Mirabeau et au préfet des Bouches-du-Rhône.

Délibéré après l'audience du 11 juin 2025, où siégeaient :

- M. Marcovici, président,
- M. Revert, président assesseur,
- M. Martin, premier conseiller.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 8 juillet 2025.

Le rapporteur,

Le président,

Signé

Signé

M. REVERT

L. MARCOVICI

La greffière,

Signé

C. LAUDIGEIOIS

La République mande et ordonne au ministre de l'économie, des finances, et de la souveraineté industrielle et numérique en ce qui le concerne ou à tous commissaires de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,
La greffière,