

**Amarsada**

ISSN : 3037-5592

Éditeur : Cour administrative de Marseille

2025/2

---

# Un exemple de contrôle du juge sur le refus du préfet de faire usage de ses pouvoirs de police sur l'exploitation de surfaces commerciales

---

🔗 <https://publications-prairial.fr/amarsada/index.php?id=712>

## Référence électronique

« Un exemple de contrôle du juge sur le refus du préfet de faire usage de ses pouvoirs de police sur l'exploitation de surfaces commerciales », *Amarsada* [En ligne], 2025/2, mis en ligne le 27 juillet 2025, consulté le 04 mai 2026. URL : <https://publications-prairial.fr/amarsada/index.php?id=712>

## Droits d'auteur

CC BY-NC-SA 4.0



# DÉCISION DE JUSTICE

---

CAA Marseille, 4e – N° 24MA00307 – 08 juillet 2025

## TEXTES

---

Résumé

Conclusions du rapporteur public ( Claire Balaesque)

## RÉSUMÉ

---

**Droits d'auteur**

CC BY-NC-SA 4.0

- 1 Après avoir déterminé les différentes évolutions connues par un commerce créé avant 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 m<sup>2</sup>, la cour juge que la création du commerce initialement exploité au sein du bâtiment C du centre commercial « Barnéoud » sur la commune des Pennes-Mirabeau, ainsi que l'exploitation des commerces qui s'y sont succédé ne nécessitaient pas l'obtention d'une autorisation d'exploitation commerciale. Elle en a déduit que c'est à bon droit que le préfet des Bouches-du-Rhône a implicitement rejeté la demande de l'association « En toute franchise » tendant, sur le fondement de l'article L. 752-23 du code de commerce, à ce qu'il mette en demeure l'exploitant du magasin « Babou » de fermer au public les surfaces de vente exploitées illégalement, et à ce qu'il prenne un arrêté ordonnant la fermeture au public des surfaces de vente exploitées illicitement, jusqu'à régularisation effective.

## CONCLUSIONS DU RAPPORTEUR PUBLIC

---

**Claire Balaesque**

Rapporteure publique

### **Droits d'auteur**

*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.*

- 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 m<sup>2</sup> de surface de vente, dont 1607,40 m<sup>2</sup> 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.
- 2 Par un jugement du 18 décembre 2023, le tribunal administratif (TA) 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.
- 3 La société B&M, qui exploite désormais cette surface de vente sous l'enseigne du même nom, relève appel de ce jugement.
- 4 La recevabilité de cet appel est contestée par l'association En toute franchise au motif que la société B&M, à laquelle la procédure n'a été

communiquée par le tribunal que postérieurement à la clôture de l'instruction, n'aurait pas été régulièrement appelée en la cause.

- 5 Aux termes de l'article R. 811-1 du Code de justice administrative (CJA), « 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 ».
- 6 La régularité d'une mise en cause effectuée après la clôture de l'instruction et dix jours seulement avant l'audience peut sûrement être questionnée, la rapporteure publique Laurence Marion rappelant dans ses conclusions sur la décision *M. Stamboul* du Conseil d'Etat<sup>1</sup> que la situation de la personne qui a été mal mise en cause est assimilée à celle qui n'a purement et simplement pas été appelée du tout à l'instance : « Il suffit en réalité que l'intéressé n'ait pas été en mesure de produire un mémoire en défense pour que lui soit ouverte la voie de la tierce opposition (dès lors que la décision préjudicie à un de ses droits naturellement) ».
- 7 Toutefois, en l'espèce, 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, 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.
- 8 Contrairement à ce que soutient l'association En toute franchise, la société B&M, issue de la fusion de cette société avec la société Babou, doit, dès lors, être regardée comme ayant été régulièrement appelée en la cause, alors même qu'elle n'a pas produit. Et puisqu'il est constant que si elle n'avait pas été appelée par le tribunal à produire des observations, elle aurait eu qualité pour former tierce opposition contre le jugement faisant droit à la demande de l'association, ce jugement préjudiciant à ses droits, elle doit dès lors être regardée comme ayant la qualité de partie à cette instance et, par suite, qualité pour interjeter appel contre ce jugement.<sup>2</sup>

- 9      Compte-tenu de ce qui vient d'être dit, vous pourrez écarter sans difficulté le moyen d'irrégularité soulevé à l'encontre du jugement attaqué : la société B&M, qui a fusionné avec la société Babou, laquelle a été régulièrement appelée en la cause par le tribunal et a reçu en temps utile, avant la clôture de l'instruction et l'audience, communication de la requête et des mémoires, n'est pas fondée à soutenir que le caractère contradictoire de la procédure aurait été méconnue au seul motif qu'elle n'en a reçu communication en son nom propre que postérieurement à la clôture de l'instruction et dix jours avant l'audience.
- 10     S'agissant de la recevabilité de la demande présentée en première instance par l'association « En toute franchise – Département des Bouches-du-Rhône », l'intérêt à agir d'une association doit être apprécié, vous le savez, au regard de son objet social défini par ses statuts à la date d'introduction de sa requête, en tenant compte de deux critères cumulatifs, d'une part, les intérêts qu'elle entend statutairement défendre et, d'autre part, son champ statutaire d'action<sup>3</sup>.
- 11     En l'espèce, l'association « En toute Franchise Département des Bouches du Rhône » s'est notamment donnée pour objet social d'assurer, dans l'ensemble du département des Bouches-du-Rhône, « la défense et la préservation du cadre de vie contre toute atteinte qui y serait portée par la planification ou l'autorisation de surfaces destinées au commerce », notamment en veillant « à la légalité des autorisations d'urbanisme portant sur des surfaces destinées au commerce, y compris celles ne nécessitant pas la saisine de la commission départementale d'aménagement commercial » et en « s'assurant d'un développement commercial respectueux du cadre de vie et présentant des garanties suffisantes en matière d'aménagement du territoire, de développement et de protection des consommateurs ».
- 12     Vous savez que le Conseil d'État a eu une interprétation assez souple de tels statuts, puisqu'il a considéré qu'il permettait à une association similaire d'avoir intérêt à contester tant le volet « autorisation de construire » que le volet « autorisation d'exploitation commerciale » d'un même permis<sup>1</sup>, le rapporteur public dans ses conclusions sur cette affaire invitant à examiner l'intérêt pour agir de l'association

contre le permis en tant qu'il vaut autorisation de construire « en mettant en regard son objet statutaire et son champ d'action et l'impact urbanistique du projet litigieux », en s'inscrivant dans le cadre de la jurisprudence *Société Loca Parc Loisirs*<sup>4</sup> qui tient compte à la fois de l'objet social de l'association et de la portée de la mesure litigieuse pour apprécier l'intérêt à agir d'une association contre une autorisation d'urbanisme.

- 13 Par une décision *Association En Toute Franchise – Département du Var*<sup>5</sup>, le CE a jugé qu'

« une association dont les statuts prévoient qu'elle a pour objet d'assurer la défense et la préservation du cadre de vie dans l'ensemble d'un département, notamment en veillant à la légalité des autorisations d'urbanisme portant sur des surfaces destinées au commerce, justifie, eu égard à son objet statutaire et à la nature et l'importance des constructions autorisées, d'un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation pour excès de pouvoir d'un permis de construire trois bâtiments, totalisant une surface de plancher de plus de 7 100 mètres carrés, qui sont destinés à accueillir des activités artisanales et commerciales ».

- 14 En l'espèce, la situation est certes différente puisque ce n'est pas une autorisation d'urbanisme qui est contestée mais le refus du préfet de faire constater l'exploitation illicite d'une surface de vente et de mettre en œuvre les pouvoirs prévus à l'article L. 752-23 du Code de commerce.
- 15 Mais l'objet social de l'association tenant à la défense et la préservation du cadre de vie contre toute atteinte qui y serait portée par la planification ou l'autorisation de surfaces destinées au commerce peut raisonnablement être vu comme englobant la lutte contre les atteintes liées à l'exploitation irrégulière de telles surfaces. D'ailleurs, vous avez déjà implicitement admis l'intérêt pour agir d'une association à l'objet social en tout point similaire, l'association « En toute Franchise – Département des Alpes-Maritimes », contre le refus du préfet de faire constater l'exploitation illicite d'une surface de vente et de mettre en œuvre les pouvoirs prévus à l'article L. 752-23 du Code de commerce, dans un arrêt 19MA00852 du 15 février 2021 qui, s'il a été annulé par une décision du

Conseil d'État<sup>6</sup>, n'a pas été censuré pour ce motif, les conclusions du rapporteur public étant d'ailleurs muettes sur ce point.

- 16 Précisons enfin que par un jugement<sup>7</sup> du 25 juin 2024, le tribunal administratif de Paris, saisi du volet indemnitaire de notre affaire, a également reconnu l'intérêt pour agir de l'association « En toute franchise – Département des Bouches-du-Rhône » « au vu de son objet social et dès lors que le ressort géographique du département des Bouches-du-Rhône n'est pas excessivement large » pour demander la réparation des préjudices qu'elle estime avoir subis du fait des carences de l'État à faire cesser l'exploitation illégale du magasin « Babou ». Il a également admis l'intérêt à agir d'une association similaire pour demander la réparation des préjudices qu'elle estime avoir subis du fait des carences de l'État à faire cesser l'exploitation illégale d'une surface de vente de 1 000 m<sup>2</sup> au sein d'un ensemble commercial « E. Leclerc ».
- 17 Je vous invite donc à écarter la fin de non-recevoir opposée par l'appelante à la demande de première instance et à admettre, à la suite du TA, l'intérêt pour agir de l'association requérante et partant la recevabilité de sa demande.
- 18 À titre liminaire, quelques mots sur le cadre juridique du litige.
- 19 S'agissant de la date à laquelle vous devez apprécier la légalité du refus du préfet de faire constater l'exploitation illicite d'une surface de vente et de mettre en œuvre les pouvoirs prévus à l'article L. 752-23 du Code de commerce, il me semble que vous pourrez suivre le raisonnement tenu par le Conseil d'État dans une décision relative au refus de procéder à la constatation d'une contravention de grande voirie<sup>8</sup> et apprécier la légalité de cette décision de refus à la date à laquelle elle est intervenue.
- 20 En effet, les conséquences du constat de l'exploitation illicite d'une surface commerciale ne se limitent pas à la mise en demeure que le préfet doit adresser à l'exploitant afin qu'il cesse cette exploitation. La mise en œuvre de l'action publique (poursuites pénales) relève également des pouvoirs du préfet et la circonstance que postérieurement au refus (illégal) de constater l'infraction celle-ci est cessée ne me paraît pas à elle seule de nature de priver d'objet le recours contre l'illégalité de ce refus.

- 21 Au demeurant, le CE, dans sa décision précitée ministre de l'Économie, des finances et de la relance<sup>9</sup>, me paraît avoir implicitement mais nécessairement considéré, en citant le texte de « l'article L. 752-15 du Code de commerce, dans sa rédaction applicable au litige », que le juge devait apprécier la légalité de la décision de refus du préfet à la date à laquelle celle-ci a été (implicitement) prise et non celle à laquelle il statue.
- 22 À vrai dire, en l'espèce, ces développements n'ont pas vraiment d'incidence sur le litige, les dispositions du 4<sup>e</sup> alinéa de l'article L. 752-23 n'ayant pas été modifiées depuis l'entrée en vigueur de la loi Elan du 23 novembre 2018.
- 23 Aux termes de ces dispositions,
- « Le représentant de l'État 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 euros par mètre carré exploité illicitement. »
- 24 Aux termes de l'article L. 752-15 du Code de commerce, qui n'ont pas non plus été modifiées depuis la loi ELAN : « 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. [...] ».
- 25 Pour annuler la décision de refus en litige pour méconnaissance de ces dispositions combinées des articles L. 752-23 et L. 752-15 du code de commerce, 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 m<sup>2</sup> située dans le bâtiment C du centre commercial Barnéoud et que le préfet était dès

lors tenu de faire constater l'exploitation illégale de cette surface de vente et d'en dresser procès-verbal.

- 26 L'appelante, qui n'avait pas défendu en première instance, soutient qu'elle disposait de droits acquis à l'exploitation de cette surface de vente, cette exploitation ayant débuté avant l'entrée en vigueur des dispositions de l'article 29 de la loi dite « Royer » du 27 décembre 1973 soumettant à autorisation l'exploitation d'une surface commerciale.
- 27 Il ressort en effet des pièces du dossier que si le bâtiment accueillant cette surface de vente a été construit en exécution d'un permis de construire délivré le 11 septembre 1968 pour la réalisation d'un entrepôt, 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 magasins de commerce de détail d'une surface de plancher hors œuvre supérieure à 3 000 mètres carrés ou d'une surface de vente supérieure à 1 500 mètres carrés » et que ce changement de destination a été « régularisé » par la conclusion en 1971 d'un protocole d'accord entre la direction départementale de l'équipement, l'exploitant du centre commercial Barnéoud, et la société civile immobilière alors propriétaire du bâtiment C.
- 28 Il ressort également des pièces du dossier, en particulier du procès-verbal de constat établi le 12 janvier 2024 par la direction départementale de la protection des Bouches-du-Rhône, que l'exploitation de cette surface de vente n'a pas connu plus de deux années consécutives d'interruption depuis l'entrée en vigueur de la loi Royer : au magasin « But » qui exploitait cette surface de vente jusqu'à la cessation de son activité en 1993, a succédé à compter du mois de janvier 1994, l'enseigne commerciale « À tout prix » puis l'enseigne « Géant du meuble » en novembre 1995, avant que l'exploitation de cette surface de vente ne soit reprise par la société Babou en août 2000.
- 29 Les locaux situés dans le bâtiment C du centre commercial Barnéoud n'ayant pas fait l'objet d'une cessation d'exploitation pendant plus de deux ans, leurs réouvertures au public n'était donc pas soumise à une nouvelle autorisation d'exploitation 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.

- 30 Ainsi que le fait valoir l'appelante, l'exploitation de la surface de vente située dans les locaux du bâtiment C, qui n'était pas soumise à autorisation lors de sa création, n'était, dès lors, pas illégale dans son intégralité, contrairement à ce qu'a jugé le tribunal.
- 31 Toutefois, il ressort également des pièces du dossier, en particulier du procès-verbal de constats établi par la direction départementale de la protection des Bouches-du-Rhône déjà mentionné, qu'alors que le magasin « À tout prix » exploitait une surface de vente de 2 500 m<sup>2</sup> en 1994, le magasin « Géant du Meuble » exploitait une surface de vente de 3 000 m<sup>2</sup> en 1995, celle exploitée par l'enseigne « Babou » étant de 3 928 m<sup>2</sup> en 2001, surface identique à celle dont l'exploitation par l'enseigne « B&M » a été constatée par le préfet en mars 2024.
- 32 Or les dispositions de la loi Royer en vigueur en 1995 soumettaient à autorisation « l'extension de la surface de vente d'un magasin de commerce de détail ayant déjà atteint le seuil des 200 mètres carrés ou devant le dépasser par la réalisation du projet », seuil porté à 300 mètres carrés par les dispositions en vigueur entre 1996 et septembre 2000.
- 33 Dans ces conditions, en l'absence de toute autorisation d'extension de la surface de vente délivrée postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi Royer, la société B&M, qui ne peut utilement se prévaloir de droits acquis à l'exploitation d'une surface de vente supérieure à celle régulièrement exploitée avant l'intervention de la loi du 27 décembre 1973, ne justifie pas disposer d'une autorisation d'exploitation commerciale pour une surface de vente supérieure à 2 500 m<sup>2</sup>.
- 34 Or il ressort des pièces du dossier, en particulier des courriers du préfet du 16 février et du 17 mars 2024, que la surface de vente exploitée par la société B&M était de 3 928 m<sup>2</sup> lors du constat effectué en décembre 2023 par la direction de la protection des populations des Bouches-du-Rhône.

- 35 Faute pour la société B&M de justifier de la légalité de l'exploitation de 1 428m<sup>2</sup> de surface de vente, il appartenait au préfet, sur le fondement de l'article L. 752-23 du code de commerce, tant de faire procéder au constat de l'exploitation illicite de cette partie de la surface de vente, que de mettre en demeure l'exploitant de ramener sa surface commerciale à une surface de vente de 2 500 m<sup>2</sup>.
- 36 En revanche, contrairement à ce qu'a jugé le tribunal, il n'appartenait pas au préfet de mettre en demeure l'exploitant de fermer au public l'intégralité de cette surface de vente, la création même de cette surface de vente n'étant pas illégale, ainsi qu'indiqué.
- 37 Par suite, le refus opposé par le préfet à la demande de l'association n'est illégal que dans la mesure où il ne fait pas droit à la demande d'établissement d'un procès-verbal d'infraction constatant cette exploitation illégale de 1 428 m<sup>2</sup> de surface de vente.
- 38 Par ces motifs, je conclus :
- à l'annulation du jugement attaqué en tant qu'il a annulé la décision implicite du préfet refusant de constater l'illicéité de l'exploitation de 2 500 m<sup>2</sup> de la surface de vente exploitée par la B&M France SAS dans le bâtiment C de la zone commerciale Barnéoud aux Pennes-Mirabeau, de mettre en demeure cet exploitant de fermer la surface de vente en cause et, à défaut, de prendre un arrêté ordonnant la fermeture au public de cette surface jusqu'à régularisation effective, dans le délai d'un mois à compter de la notification du jugement et en tant qu'il a enjoint au préfet de prendre de telles mesures ;
  - au rejet des conclusions de l'association « En toute franchise – Département des Bouches-du-Rhône » tendant, d'une part, à l'annulation de la décision du préfet refusant de constater l'illicéité de l'exploitation de l'ensemble de la surface de vente exploitée dans le bâtiment C de la zone commerciale Barnéoud, de mettre en demeure l'exploitant de fermer la surface de vente en cause et, à défaut, de prendre un arrêté ordonnant la fermeture au public de cette surface jusqu'à régularisation effective et, d'autre part, à ce qu'il soit enjoint au préfet de mettre en demeure l'exploitant 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.

- à ce que les frais du litige soient laissés à la charge des parties.

## NOTES

---

- 1 CE, 16 mars 2016, *M. Stamboul*, n°378675.
- 2 Voyez sur ce point les décisions CE, 21 mars 2012, garde des sceaux, ministre de la Justice et des libertés c/ A., n° 353511, au Recueil et CE, 9 octobre 2019, ministre de l'Économie et des finances c/ A. et a., n° 430538.
- 3 Voyez sur ce point les conclusions de R. Schwartz sur la décision CE, 29 avril 2002, *Association En toute franchise*, n° 227742, aux T. ; voyez aussi CE, 7 octobre 2022, *Association En toute franchise – département de l'Hérault*, n° 452959.
- 4 CE 17 février 2010, *Société Loca Parc Loisirs*, n° 305871, B
- 5 CE, 1<sup>er</sup> décembre 2023, *Association En Toute Franchise – Département du Var*, n° 466492, aux T.
- 6 CE, 20 décembre 2022, ministre de l'Économie, des finances et de la relance, n° 450488.
- 7 Ta Paris, 25 juin 2024, *Fédération En toute franchise et autres*, n° 2104686.
- 8 cf. CE, avis, 31 mars 2023, *Association de protection de la plage de Boisvinet et son environnement*, n° 470216, aux T.
- 9 CE, 20 décembre 2022, ministre de l'Économie, des finances et de la relance, n° 450488

## NOTE DE FIN

---

- i cf. CE, 7 octobre 2022, *Association En toute franchise – département de l'Hérault*, n° 452959

## INDEX

---

### **Mots-clés**

aménagement commercial, loi « Royer » du 27 décembre 1973, exploitation illicite de surfaces commerciales, refus de dresser un procès-verbal

### **Rubriques**

Aménagement commercial