

**COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL
DE NANCY**

N° 17NC02048

SOCIÉTÉ JERODIS

Mme Sichler
Présidente

Mme Haudier
Rapporteur

M. Collier
Rapporteur public

Audience du 26 juin 2018
Lecture du 19 juillet 2018

66-03-02-02
C+

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

La cour administrative d'appel de Nancy

(formation plénière)

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Jerodis a demandé au tribunal administratif de Strasbourg d'annuler la délibération du 8 décembre 2016 par laquelle le conseil départemental du Bas-Rhin a adopté le statut local relatif à l'ouverture des exploitations commerciales les dimanches et jours fériés.

Par un jugement n° 1700641 du 14 juin 2017, le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté cette demande.

Procédure devant la cour :

Par une requête, enregistrée le 10 août 2017, et des mémoires complémentaires, enregistrés le 9 février 2018, le 16 mai 2018 et le 24 mai 2018, la société Jerodis, représentée par Me Leblond, demande à la cour :

1°) d'annuler le jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 14 juin 2017 ;

2°) d'annuler la délibération du 8 décembre 2016 par laquelle le conseil départemental du Bas-Rhin a adopté le statut local relatif à l'ouverture des exploitations commerciales les dimanches et jours fériés ;

3°) de mettre à la charge du département du Bas-Rhin une somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le jugement est irrégulier dès lors que le tribunal administratif ne lui a pas communiqué la note en délibéré qui avait été produite par le département et qui est visée dans le jugement ;

- la délibération méconnaît les dispositions de l'article L. 3134-4 du code du travail dès lors que l'ensemble des organisations professionnelles représentatives des commerces alimentaires et, notamment, la Fédération de l'épicerie et du commerce de proximité (FECF) et la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (FCD), n'a pas été consulté ;

- la délibération attaquée méconnaît l'article L. 3134-4 du code du travail dès lors que « les commerces à prédominance alimentaire dont la surface de vente est inférieure ou égale à 399 m² hors drive » ne constituent pas une « branche d'activité » ;

- la délibération génère une distorsion de concurrence et porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie et plus particulièrement à la liberté d'entreprendre.

Par des mémoires, enregistrés le 8 janvier 2017, le 21 mars 2018, le 6 avril 2018, le 15 mai 2018 et le 14 juin 2018, le département du Bas-Rhin, représenté par Me Marcantoni, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la société Jerodis en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il fait valoir qu'aucun des moyens invoqués par la société n'est fondé.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la Constitution, notamment son Préambule ;
- le code du travail et notamment le chapitre IV intitulé « Dispositions particulières aux départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin » du titre II, du livre I, de la 3^{ème} partie ;
- 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 Mme Haudier,
- les conclusions de M. Collier, rapporteur public,
- et les observations de Me Leblond pour la société Jerodis et de Me Marcantoni pour le département du Bas-Rhin.

1. Considérant que la société Jerodis, qui exploite un magasin d'alimentation générale d'une superficie de 600 m² sous l'enseigne « Carrefour Contact » à Entzheim (Bas-Rhin), a demandé au tribunal administratif de Strasbourg d'annuler la délibération du 8 décembre 2016 par laquelle le conseil départemental du Bas-Rhin a adopté le statut local relatif à l'ouverture des exploitations commerciales les dimanches et jours fériés qui prévoit, en son article 1^{er}, une interdiction du travail dans les exploitations commerciales le dimanche et les jours fériés et, en son article 2, des dérogations à ce principe notamment pour « les commerces à prédominance alimentaire dont la surface de vente est inférieure ou égale à 399 m², hors drive » ; que la société Jerodis relève appel du jugement du 14 juin 2017 par lequel le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté sa demande ;

Sur la régularité du jugement :

2. Considérant qu'aux termes de l'article R. 731-3 du code de justice administrative : « *A l'issue de l'audience, toute partie à l'instance peut adresser au président de la formation de jugement une note en délibéré.* » ; que l'article R. 741-2 du même code prévoit que : « *La décision mentionne que l'audience a été publique (...) Elle contient le nom des parties, l'analyse des conclusions et mémoires ainsi que les visas des dispositions législatives ou réglementaires dont elle fait application. (...) Mention est également faite de la production d'une note en délibéré. (...)* » ;

3. Considérant que lorsque le juge administratif est saisi, postérieurement à la clôture de l'instruction et au prononcé des conclusions du rapporteur public, d'une note en délibéré émanant d'une des parties à l'instance, il lui appartient, dans tous les cas, d'en prendre connaissance avant la séance au cours de laquelle sera rendue la décision ; que, s'il a toujours la faculté, dans l'intérêt d'une bonne justice, de rouvrir l'instruction et de soumettre au débat contradictoire les éléments contenus dans la note en délibéré, il n'est tenu de le faire à peine d'irrégularité de sa décision que si cette note contient soit l'exposé d'une circonstance de fait dont la partie qui l'invoque n'était pas en mesure de faire état avant la clôture de l'instruction et que le juge ne pourrait ignorer sans fonder sa décision sur des faits matériellement inexacts, soit d'une circonstance de droit nouvelle ou que le juge devrait relever d'office ;

4. Considérant que la note en délibéré produite le 1^{er} juin 2017 par le département du Bas-Rhin, après l'audience publique mais avant la lecture du jugement, a été enregistrée au greffe du tribunal, versée au dossier et visée dans le jugement attaqué ; qu'en estimant que cette note ne justifiait pas la réouverture de l'instruction et en se bornant à la viser sans prendre en compte son contenu pour rendre son jugement et sans la communiquer à la société Jerodis, le tribunal administratif n'a pas méconnu les dispositions de l'article L. 5 du code de justice administrative aux termes desquelles « *L'instruction des affaires est contradictoire (...)* » ;

Sur le bien-fondé du jugement :

5. Considérant qu'aux termes de l'article L. 3134-2 du chapitre IV susvisé du code du travail intitulé « Dispositions particulières aux départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin » : « *L'emploi de salariés dans les entreprises industrielles, commerciales ou artisanales est interdit les dimanches et jours fériés, sauf dans les cas prévus par le présent chapitre.* » ; qu'aux termes de l'article L. 3134-4 du même chapitre de ce code : « *Dans les exploitations commerciales, les salariés ne peuvent être employés le premier jour des fêtes de Noël, de Pâques ou de Pentecôte. / Les autres dimanches et jours fériés, leur travail ne peut dépasser cinq heures. / Par voie de statuts ayant force obligatoire, adoptés après consultation des employeurs et des salariés et publiés selon les formes prescrites, les départements ou communes peuvent réduire la durée du travail ou interdire complètement le travail pour toutes les exploitations commerciales ou pour certaines branches d'activité. (...)* » ;

En ce qui concerne le moyen tiré du défaut de consultation des employeurs :

6. Considérant que les dispositions de l'article L. 3134-4 du code du travail ne précisent pas la nature et les formes des consultations qu'elles prévoient ; qu'en l'espèce, il ressort des pièces du dossier que le président du conseil départemental a convié à une réunion de travail des organisations syndicales et patronales ; que, notamment, les représentants du MEDEF, de la Confédération générale du patronat des petites et moyennes entreprises (CGPME) du Bas-Rhin et de l'Union des entreprises de proximité (UPA) 67, qui sont les principales organisations patronales interprofessionnelles, ont été invités à participer à une réunion qui s'est déroulée le 20 septembre 2016 ; que, par ailleurs, les représentants de la chambre des métiers d'Alsace et de la chambre de commerce et d'industrie de Strasbourg et du Bas-Rhin ont également été conviés à une réunion qui s'est tenue le 27 septembre 2016 et à laquelle avaient été invités les représentants de la Fédération de l'épicerie et du commerce de proximité et de la Fédération du commerce et de la distribution ; que, si la Fédération de l'épicerie et du commerce de proximité a indiqué ne pas avoir reçu cette invitation, qui a été envoyée à une adresse différente de celle figurant dans le courrier adressé au président du conseil départemental le 21 octobre 2016, et si le département n'a pas pu prendre en compte les observations qu'elle lui avait adressées, parvenues postérieurement à la délibération litigieuse, il ressort des pièces du dossier que l'invitation à la réunion du 27 septembre 2016 a été envoyée à l'adresse figurant dans un courrier adressé par la Fédération de l'épicerie et du commerce de proximité elle-même au préfet, au mois de janvier 2016 ; qu'en tout état de cause, le département n'était pas tenu à peine d'irrégularité de consulter l'ensemble des organisations professionnelles représentatives des commerces susceptibles d'être concernées par le statut ; qu'en l'espèce, le département qui, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, a consulté les principales organisations patronales interprofessionnelles ainsi que les représentants de la chambre de métiers d'Alsace et de la chambre de commerce et d'industrie de Strasbourg et du Bas-Rhin, doit être regardé comme ayant satisfait à l'obligation de consultation des employeurs prévue à l'article L. 3134-4 du code du travail ;

En ce qui concerne les moyens dirigés contre la délibération en tant qu'elle prévoit une dérogation pour les commerces à prédominance alimentaire dont la surface de vente est inférieure ou égale à 399 m², hors « drive » :

7. Considérant, d'une part, qu'il résulte des deux premiers alinéas des dispositions de l'article L. 3134-4 du code du travail que les exploitations commerciales peuvent, dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, ouvrir les dimanches et jours fériés, hormis le premier jour des fêtes de Noël, de Pâques ou de Pentecôte ; que si les départements ou communes peuvent, par voie de statuts ayant force obligatoire, réduire la durée du travail ou interdire complètement le travail dans les exploitations commerciales les dimanches et jours fériés, ces dérogations doivent concerner toutes les exploitations commerciales ou certaines branches d'activité dans leur ensemble ;

8. Considérant, d'autre part, que si la superficie des commerces peut constituer un critère pour déterminer l'existence d'une branche d'activité s'agissant des commerces à prédominance alimentaire, celui-ci doit être combiné avec d'autres critères tels que, notamment, la nature des produits commercialisés ou celle des activités réalisées ; qu'en outre, l'organe délibérant de la commune ou du département statuant sur le fondement des dispositions de l'article L. 3134-4 du code du travail ne peut définir une branche d'activité en fonction des besoins de la population de son territoire, cet élément d'appréciation ne pouvant être retenu que par le préfet lorsqu'il fait usage de son pouvoir de dérogation aux statuts locaux, en application des dispositions de l'article L. 3134-7 du même code ;

9. Considérant qu'en l'espèce, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, le département du Bas-Rhin a, par la délibération litigieuse, autorisé les commerces à prédominance alimentaire dont la surface de vente est inférieure ou égale à 399 m², hors « drive », à ouvrir et à employer du personnel pendant au plus 5 heures les dimanches et jours fériés, à l'exception du premier jour des fêtes de Noël, de Pâques et de Pentecôte ; que, pour justifier le choix de ce seuil, le département se borne à se référer à la nomenclature des catégories NAF établie par l'INSEE ainsi qu'à une étude relative au commerce alimentaire reposant sur les besoins de la population ; que, toutefois et nonobstant la circonstance que le seuil de 399 m² a été retenu à l'issue d'une consultation organisée par le département, ces seules références ne permettent pas d'établir que cette catégorie de commerces constituerait une branche d'activité au sens des dispositions de l'article L. 3134-4 du code du travail ; que, par suite, le département du Bas-Rhin a fait une inexacte application de ces dispositions ;

10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, que la société Jerodis est uniquement fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Strasbourg a, par le jugement attaqué, rejeté ses conclusions tendant à l'annulation de la délibération du conseil départemental du Bas-Rhin en tant qu'elle autorise l'ouverture les dimanches et jours fériés des commerces à prédominance alimentaire dont la surface de vente est inférieure ou égale à 399 m² hors « drive » ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

11. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société Jerodis, qui n'est pas la partie principalement perdante dans la présente instance, la somme demandée par le département du Bas-Rhin au titre des frais exposés par lui et non compris dans les dépens ; qu'en revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du département du Bas-Rhin une somme de 2 000 euros au titre des frais exposés par la société Jerodis et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1^{er} : La délibération du conseil départemental du Bas-Rhin du 8 décembre 2016 est annulée en tant qu'elle autorise les commerces à prédominance alimentaire dont la surface de vente est inférieure ou égale à 399 m², hors « drive », à ouvrir et à employer du personnel pendant au plus 5 heures les dimanches et jours fériés, à l'exception du premier jour des fêtes de Noël, de Pâques et de Pentecôte.

Article 2 : Le jugement n° 1700641 du 14 juin 2017 du tribunal administratif de Strasbourg est réformé en ce qu'il a de contraire au présent arrêt.

Article 3 : Le département du Bas-Rhin versera à la société Jerodis une somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Le surplus de la requête de la société Jerodis est rejeté.

Article 5 : Les conclusions du département du Bas-Rhin tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : Le présent arrêt sera notifié à la société Jerodis, au département du Bas-Rhin et à la Fédération de l'épicerie et du commerce de proximité.

Copie en sera adressée pour information au préfet du Bas-Rhin et à la ministre du travail.