

N° 424389

REPUBLIQUE FRANÇAISE

DÉPARTEMENT DU BAS-RHIN

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Bénédicte Fauvarque-Cosson  
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux  
(Section du contentieux, 1<sup>ère</sup> et 4<sup>ème</sup> chambres réunies)

M. Vincent Villette  
Rapporteur public

Sur le rapport de la 1<sup>ère</sup> chambre  
de la Section du contentieux

Séance du 25 mai 2020  
Lecture du 10 juin 2020

Vu la procédure suivante :

La société à responsabilité limitée Jérodix a demandé au tribunal administratif de Strasbourg d'annuler pour excès de pouvoir la délibération du 8 décembre 2016 par laquelle le conseil départemental du Bas-Rhin a adopté le statut départemental relatif à l'ouverture des exploitations commerciales les dimanches et jours fériés, applicable dans l'ensemble du département en dehors de Strasbourg. Par un jugement n° 1700641 du 14 juin 2017, le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté cette demande.

Par un arrêt n° 17NC02048 du 19 juillet 2018, la cour administrative d'appel de Nancy a, sur l'appel de la société Jérodix, annulé la délibération du conseil départemental du Bas-Rhin du 8 décembre 2016 en tant qu'elle autorise les commerces à prédominance alimentaire dont la surface de vente est inférieure ou égale à 399 mètres carrés, hors « drive », à ouvrir et 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, réformé le jugement du tribunal administratif de Strasbourg en ce qu'il avait de contraire à son arrêt et rejeté le surplus des conclusions de la requête.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 20 septembre et 21 décembre 2018 et le 18 mai 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le département du Bas-Rhin demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt ;

2°) réglant l'affaire au fond, de rejeter l'appel de la société Jérodis ;

3°) de mettre à la charge de la société Jérodis la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de commerce ;
- le code général des collectivités territoriales ;
- le code du travail ;
- le décret n° 2007-1888 du 26 décembre 2007 ;
- le code de justice administrative et l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mme Bénédicte Fauvarque-Cosson, conseiller d'Etat,
- les conclusions de M. Vincent Villette, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Potier de la Varde, Buk Lament, Robillot, avocat du département du Bas-Rhin et à la SCP L. Poulet-Odent, avocat de la société Jerodis ;

Considérant ce qui suit :

1. En vertu de l'article L. 3134-2 du code du travail, l'emploi de salariés dans les entreprises industrielles, commerciales ou artisanales est, dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, interdit les dimanches et jours fériés, sauf dans les cas prévus par le chapitre IV du titre III du livre I<sup>er</sup> de la troisième partie de ce code, au sein duquel cet article figure. A ce titre, l'article L. 3134-4 de ce code dispose que : « *Dans les exploitations commerciales, les salariés ne peuvent être employés le premier jour des fêtes de Noël, de Pâques ou de la 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. (...) ». L'article L. 3134-7 de ce code, combiné avec son article R. 3134-3, prévoit que des dérogations aux dispositions de l'article L. 3134-4 peuvent être accordées par le préfet « pour les catégories d'activité dont l'exercice complet ou partiel est nécessaire les dimanches ou les jours fériés pour la satisfaction de besoins de la population présentant un caractère journalier ou se manifestant particulièrement ces jours-là. (...) ». L'article L. 3134-11 du même code précise que : « Lorsqu'il est interdit, en application des articles L. 3134-4 à L. 3134-9, d'employer des salariés dans les exploitations commerciales, il est également interdit durant ces jours de procéder à une exploitation industrielle, commerciale ou artisanale dans les lieux de vente au public. (...) ».*

2. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par une délibération du 8 décembre 2016, le conseil départemental du Bas-Rhin a, en application des dispositions du troisième alinéa de l'article L. 3134-4 du code du travail, citées ci-dessus, adopté un nouveau statut relatif à l'ouverture des exploitations commerciales les dimanches et jours fériés dans le département, en dehors de Strasbourg. Ce statut prévoit, en son article 1<sup>er</sup>, une interdiction d'ouvrir au public les exploitations commerciales et d'y occuper des salariés les dimanches et jours fériés, et en ses articles 2 et 3, une dérogation, sauf le premier jour des fêtes de Noël, de Pâques et de la Pentecôte, pendant cinq heures au plus, comprises entre 7 heures et 13 heures, pour les boucheries-charcuteries, les marchands de fleurs, les boulangeries et boulangeries-pâtisseries, ainsi que pour les commerces à prédominance alimentaire dont la surface de vente est inférieure ou égale à 399 mètres carrés, hors drive. Par un jugement du 14 juin 2017, le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté la demande de la société Jerodis tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de cette délibération. Sur l'appel de cette société, la cour administrative d'appel de Nancy a, par un arrêt du 19 juillet 2018, annulé 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 mètres carrés, hors drive, réformé ce jugement en ce qu'il avait de contraire à son arrêt et rejeté le surplus de l'appel de la société. Le département du Bas-Rhin se pourvoit en cassation contre cet arrêt. Eu égard aux moyens qu'il invoque, il doit être regardé comme en demandant l'annulation en tant seulement qu'il fait partiellement droit aux conclusions de la société appelante.

#### Sur le cadre du litige :

3. Il résulte des dispositions citées au point 1 qu'en Moselle, dans le Bas-Rhin et dans le Haut-Rhin, les exploitations commerciales ne peuvent employer de salariés ni être ouvertes à la vente au public le premier jour des fêtes de Noël, de Pâques et de la Pentecôte et ne peuvent pas plus de cinq heures les autres dimanches et jours fériés. Les mêmes dispositions confèrent un large pouvoir d'appréciation aux départements et aux communes pour exercer la faculté qu'elles leur ouvrent de réduire davantage la durée du travail ou d'interdire complètement le travail pour toutes les exploitations commerciales ou pour certaines « branches d'activité », tant en décidant d'adopter un « statut » local qu'en en déterminant les modalités et, notamment, en choisissant le cas échéant de ne pas retenir un régime unique pour toutes les exploitations commerciales. Une telle différenciation ne peut cependant être faite que dans la mesure où elle se rapporte aux exploitations commerciales relevant d'une même « branche d'activité » qu'il leur appartient ainsi d'identifier, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Enfin, les dérogations aux interdictions résultant tant de la loi que d'éventuels statuts locaux, susceptibles d'être accordées par le préfet, sont limitées aux « catégories d'activité » dont l'exercice complet

ou partiel est nécessaire les dimanches ou les jours fériés pour la satisfaction de besoins de la population présentant un caractère journalier ou se manifestant particulièrement ces jours-là.

Sur l'existence d'une « branche d'activité » regroupant les commerces à prédominance alimentaire, hors « drive », dont la surface de vente est inférieure ou égale à 399 mètres carrés :

4. Ainsi qu'il a été dit au point 2, le département du Bas-Rhin a notamment, dans le statut local qu'il a adopté par la délibération du 8 décembre 2016, déterminé un régime, par exception à l'interdiction qu'elle prévoyait de l'exploitation commerciale le dimanche et les jours fériés, propre aux commerces à prédominance alimentaire, hors « drive », dont la surface de vente est inférieure ou égale à 399 mètres carrés.

5. Si les besoins de la population du territoire peuvent être pris en compte par le statut local pour décider de soumettre une « *branche d'activité* » à un régime particulier, ils ne sont en revanche pas au nombre des critères permettant de caractériser, au regard de la similitude des produits proposés par un ensemble de commerces et de l'identité du marché sur lequel ceux-ci interviennent, une « *branche d'activité* » au sens de l'article L. 3134-4 du code du travail. Eu égard aux variations dans l'étendue et la diversité de la gamme des produits que les commerces à prédominance alimentaire sont susceptibles de proposer, et ainsi dans les marchés sur lesquels ils sont susceptibles d'intervenir, le département pouvait légalement prendre en compte leur surface de vente pour ne pas regarder les commerces à prédominance alimentaire comme relevant, dans leur ensemble, de la même « *branche d'activité* » au sens et pour l'application de l'article L. 3134-4 du code du travail. La cour n'a, par suite, pas commis d'erreur de droit en prenant en compte, s'agissant des commerces à prédominance alimentaire, la surface de vente de ces commerces pour apprécier s'ils peuvent être regardés comme constituant une « *branche d'activité* » au sens de l'article L. 3134-4 du code du travail.

6. Toutefois, il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que sont généralement admises, pour l'identification de marchés pertinents par l'Autorité de la concurrence et la jurisprudence européenne et nationale, sous réserve le cas échéant des adaptations justifiées par les questions à trancher, les catégories distinguées par l'Institut national de la statistique et des études économiques, dans la nomenclature d'activités française approuvée par l'article 1<sup>er</sup> du décret du 26 décembre 2007, pour les commerces à prédominance alimentaire, lesquelles retiennent un plafond de 120 mètres carrés de surface de vente pour les commerces d'alimentation générale, un plafond de 400 mètres carrés pour les « supérettes » et un plafond de 2 500 mètres carrés pour les supermarchés au-delà duquel l'activité est identifiée comme celle d'hypermarchés. Eu égard à l'ensemble des caractéristiques des commerces concernés pour la zone couverte par la délibération du conseil départemental du Bas-Rhin, le département est fondé à soutenir que la cour administrative d'appel a inexactement qualifié les faits de l'espèce en jugeant que les commerces à prédominance alimentaire, hors « drive », dont la surface de vente est inférieure ou égale à 399 mètres carrés, ne pouvaient être regardés comme constituant une « *branche d'activité* » au sens de l'article L. 3134-4 du code du travail.

7. Il en résulte que le département du Bas-Rhin est fondé, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens de son pourvoi, à demander pour ce motif l'annulation de l'arrêt qu'il attaque en tant qu'il fait partiellement droit aux conclusions de la société Jérodès.

8. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Jérodís une somme de 3 000 euros à verser au département du Bas-Rhin au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les dispositions de cet article font en revanche obstacle à ce que soit mise à la charge du département du Bas-Rhin, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que la société Jérodís demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens.

DECIDE :

-----

Article 1<sup>er</sup> : Les articles 1<sup>er</sup>, 2, 3 et 5 de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nancy du 19 juillet 2018 sont annulés.

Article 2 : L'affaire est renvoyée, dans la mesure de la cassation prononcée, à la cour administrative d'appel de Nancy.

Article 3 : La société Jérodís versera au département du Bas-Rhin une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions présentées par la société Jérodís au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée au département du Bas-Rhin et à la société Jérodís.  
Copie en sera adressée à la ministre du travail.