

**COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL  
DE NANCY**

ed

**N° 20NC01235**

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

**SARL JERODIS**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

Mme Sylvie Vidal  
Présidente

La cour administrative d'appel de Nancy

M. Jean-François Goujon-Fischer  
Rapporteur

(1<sup>ère</sup> chambre)

Mme Sandrine Antoniazzi  
Rapporteuse publique

Audience du 7 juillet 2022  
Décision du 21 juillet 2022

66-03-02-02

C

Vu la procédure suivante :

*Procédure contentieuse antérieure :*

La société à responsabilité limitée (SARL) Jérodis 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 Jérodis, 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 une décision n° 424389 du 10 juin 2020, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a annulé les articles 1er, 2, 3 et 5 de l'arrêt du 19 juillet 2018 de la cour administrative d'appel de Nancy, a mis à la charge de la société Jérodis le versement au département du Bas-Rhin d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et a rejeté les conclusions présentées par la société Jérodis au titre de ce même article.

*Procédure devant la Cour :*

Par un mémoire, enregistré le 24 août 2020, à la suite de la reprise d'instance après cassation partielle de l'arrêt de la cour n° 17NC02048 du 19 juillet 2018, la SARL Jerodis, représentée par Me Leblond demande à nouveau 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 en tant qu'elle autorise l'ouverture les dimanches et jours fériés des commerces à prédominance alimentaire dont la surface est inférieure ou égale à 399 m<sup>2</sup> hors drive ;

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

Elle fait valoir que la délibération en cause 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 m<sup>2</sup> hors drive ne constituent pas une « branche d'activité » au sens de cet article et que la nomenclature de l'INSEE n'a pas, à cet égard, de portée normative.

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.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Goujon-Fischer, premier conseiller,
- les conclusions de Mme Antoniazzi, rapporteure publique,
- et les observations de Me Dangel, pour la Collectivité européenne d'Alsace.

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 Ier 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 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 présente cour 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. Par une décision du 10 juin 2020, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a annulé l'arrêt de la cour en tant qu'il a fait ainsi partiellement droit aux conclusions de la société Jérordis et a renvoyé l'affaire à la cour dans la mesure de cette cassation partielle.

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 le 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 1er 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 n'a pas procédé à une qualification inexacte

des faits de l'espèce en estimant que les commerces à prédominance alimentaire, hors « drive », dont la surface de vente est inférieure ou égale à 399 mètres carrés, pouvaient être regardés comme constituant une « branche d'activité » au sens de l'article L. 3134-4 du code du travail.

Sur le respect dû aux principes d'égalité, de libre concurrence, de liberté du commerce et de l'industrie et de liberté d'entreprendre :

7. En premier lieu, le conseil départemental du Bas-Rhin, ainsi qu'il vient d'être dit, a légalement estimé que les commerces à prédominance alimentaire, hors « drive », dont la surface de vente est inférieure ou égale à 399 mètres carrés constituaient, dans les circonstances de l'espèce, une « branche d'activité » au sens de l'article L. 3134-4 du code du travail. Dès lors, la dérogation apportée par sa délibération du 8 décembre 2016 à l'interdiction qu'elle prévoit de l'exploitation commerciale le dimanche et les jours fériés au profit des commerces à prédominance alimentaire dont la surface de vente est inférieure ou égale à 399 mètres carrés constitue une différence de traitement en rapport avec la différence de situation existant entre ces commerces à prédominance alimentaire et ceux présentant une surface de vente supérieure à ce seuil, sans qu'il soit établi que cette différence de traitement serait manifestement disproportionnée au regard des motifs qui la fondent. Par suite, le moyen tiré de l'atteinte portée par la délibération du 8 décembre 2016 au principe d'égalité doit être écarté.

8. En second lieu, les dispositions de la délibération du conseil départemental du Bas-Rhin du 8 décembre 2016 ne dérogent à l'interdiction qu'elle fixe de l'exploitation commerciale le dimanche et les jours fériés au profit des commerces à prédominance alimentaire que pour ceux d'entre eux dont la surface de vente est inférieure ou égale à 399 mètres carrés. Or, ceux-ci constituent, ainsi qu'il a été dit, une même branche d'activité en ce qu'ils peuvent être regardés sur le plan économique comme intervenant au sein d'une même catégorie de marchés de distribution de détail alimentaire. Eu égard à la justification économique ainsi apportée à cette dérogation ainsi qu'aux objectifs d'intérêt général poursuivis tant par les dispositions de l'article L. 3134-2 du code du travail que par celles de la délibération du conseil départemental du 8 décembre 2016, il ne ressort pas des pièces du dossier que cette délibération aurait porté atteinte aux principes de libre concurrence et de liberté du commerce et de l'industrie, et en particulier de liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de ces objectifs d'intérêt général.

9. Il résulte de tout ce qui précède que la société Jérodis n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal a rejeté sa demande tendant à l'annulation de 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.

Sur les frais liés à l'instance :

10. Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens, ou à défaut la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation* ».

11. Ces dispositions font obstacle à ce qu'il soit mis à la charge du département du Bas-Rhin, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, le montant des frais d'instance exposés par la société requérante et non compris dans les dépens. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de cette dernière le versement au département du Bas-Rhin d'une somme de 2 000 euros au titre de l'ensemble des frais exposés par elle et non compris dans les dépens.

### D É C I D E :

Article 1<sup>er</sup> : Les conclusions de la requête de la société Jérodix tendant à l'annulation de 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, en tant qu'elle autorise l'ouverture les dimanches et jours fériés des commerces à prédominance alimentaire dont la surface est inférieure ou égale à 399 mètres carrés, hors drive sont rejetées.

Article 2 : La société Jérodix versera au département du Bas-Rhin la somme de 2 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : Le présent arrêt sera notifié à la société Jérodix, au département du Bas-Rhin et à la Collectivité européenne d'Alsace.

Copie en sera adressée pour information à la préfète du Bas-Rhin et au ministre du travail, du plein emploi et de l'insertion.

Délibéré après l'audience du 7 juillet 2022, à laquelle siégeaient :

- Mme Vidal, présidente de chambre,
- M. Goujon-Fischer, premier conseiller,
- Mme Barrois, première conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe, le 21 juillet 2022.

Le rapporteur,



J.-F. Goujon-Fischer

La présidente,



S. Vidal

La greffière,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'S. Robinet', written in a cursive style.

S. Robinet

La République mande et ordonne au ministre du travail, du plein emploi et de l'insertion 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,

S. Robinet

