

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE BESANÇON**

N° 2100204

SA BOULANGER

M. Thierry Trottier
Juge des référés

Ordonnance du 12 février 2021

54-035-03

C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés,

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée 10 février 2021, la SA Boulanger, représentée par Me Levain, demande au juge des référés, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution de la décision en date du 2 février 2021 par laquelle le préfet du Doubs a interdit au magasin Boulanger de Châteaufarine d'accueillir du public ainsi que de la décision du 5 février 2021 rejetant son recours gracieux ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société soutient que :

- la décision du préfet porte atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté du commerce et d'industrie ;

- cette atteinte est, par sa nature même, grave dès lors qu'elle la prive totalement d'exercer une activité économique et fragilise son équilibre économique ;

- la décision du préfet est manifestement illégale dès lors qu'un établissement composé de plusieurs magasins de vente, comportant des mails ouverts et dont les dégagements sont à ciel ouvert ne peut être regardé comme constituant un « établissement comprenant un ou plusieurs ensembles de magasins de vente qui sont, pour leurs accès et leur évacuation, tributaires de mails clos » au sens du décret du 29 octobre 2020 ;

- en effet, le magasin de Châteaufarine est indépendant du centre commercial d'un point de vue fonctionnel et au regard de ses conditions d'accès, de circulation et d'évacuation ;

- il y a urgence à suspendre les décisions de fermeture compte tenu de leur conséquence difficilement réparable sur la situation financière du magasin.

Par un mémoire en défense, enregistré le 11 février 2021, le préfet du Doubs conclut au rejet de la requête.

Il soutient que :

- la condition d'urgence n'est pas remplie dès lors que le recours a été effectué près d'un an après le début de l'épidémie et après plusieurs limitations de la liberté d'entreprendre ;
- si les conséquences de l'atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté du commerce paraissent effectivement dommageables pour la requérante, il convient d'opérer un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte à la liberté fondamentale évoquée et le trouble à l'ordre public et à sa composante sanitaire qu'est la santé publique ;
- or l'état d'urgence sanitaire a été prolongé jusqu'au 1er juin 2021 et le département du Doubs demeure un territoire particulièrement touché ;
- ainsi, il n'est pas établi que l'autorité administrative aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'entreprendre.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code de la santé publique ;
- le décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 ;
- le décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 ;
- le code de justice administrative.

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

Au cours de l'audience publique qui s'est tenue le 12 février 2021 en présence de Mme Chiappinelli, greffier, ont été entendus :

- le rapport de M. Trottier, juge des référés ;
- et les observations de Me Levain, représentant la SA Boulanger, qui reprend l'argumentation de la requête et ajoute que :
 - le rapport ERP produit par le préfet montre que les trois magasins visés par la décision du préfet ne font pas partie du centre commercial,
 - sur les 60 salariés, une dizaine reste pour s'occuper des livraisons et de l'entretien, le reste est en chômage partiel,
 - dans sa défense, le préfet ne conteste pas que la condition tenant à l'existence d'accès et d'évacuations tributaires de mails clos n'est pas remplie en l'espèce,
 - le préfet s'en remet à la proportionnalité de la mesure, mais ne la justifie pas dans le cas du magasin Boulanger qui a toujours respecté et continuera de respecter les mesures sanitaires réglementaires.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures* ».

2. Par un courrier du 2 février 2021, le directeur de cabinet du préfet du Doubs a indiqué à la directrice de la galerie commerciale Châteaufarine située à Besançon qu'en vertu du décret du 30 janvier 2021 les magasins de vente et les centres commerciaux dont la surface commerciale utile cumulée est supérieure à 20 000 m² ne peuvent plus accueillir de public et que, s'agissant de trois établissements « situés dans l'enceinte de la galerie commerciale et qui disposent d'une entrée spécifique (...) doivent être fermés ». La SA Boulanger, dont un des magasins fait partie des trois établissements visés par ce courrier, a contesté auprès de la préfecture du Doubs cette approche et a sollicité l'autorisation de rouvrir son magasin. Par un courriel du 5 février 2021 le directeur des sécurités de la préfecture du Doubs a rejeté sa demande d'ouverture. La SA Boulanger demande au juge des référés de suspendre l'exécution de la décision en date du 2 février 2021 par laquelle le préfet du Doubs a interdit au magasin Boulanger de Châteaufarine d'accueillir du public ainsi que de la décision du 5 février 2021 rejetant son recours gracieux.

Sur le cadre juridique du litige :

3. D'une part, aux termes de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique : « *I.- Dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le Premier ministre peut, par décret réglementaire pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, aux seules fins de garantir la santé publique : (...) 5° Ordonner la fermeture provisoire et réglementer l'ouverture, y compris les conditions d'accès et de présence, d'une ou plusieurs catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion, en garantissant l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité. (...) III.- Les mesures prescrites en application du présent article sont strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires* ».

4. D'autre part, par un décret du 14 octobre 2020, l'état d'urgence sanitaire, dans le cadre de la pandémie de la maladie à coronavirus 2019 ou covid-19, a été déclaré sur l'ensemble du territoire de la République à compter du 17 octobre 2020 à 00 h 00. Sur le fondement de ces dispositions, l'article 1^{er} du décret du 30 janvier 2021 modifiant les décrets des 14 et 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, dispose : « *II. - Dans les zones définies par le préfet de département où l'interdiction des déplacements mentionnée au I s'applique, les établissements recevant du public relevant des types d'établissements définis par le règlement pris en application de l'article R. 123-12 du code de la construction et de l'habitation figurant ci-après ne peuvent accueillir du public : « 1° Etablissements de type M : Magasins de vente et centres commerciaux, sauf pour les activités relevant de la liste figurant en annexe 3 ».* Aux termes de l'article 2 de ce décret, modifiant les dispositions de l'article 37 du décret du 29 octobre 2020 : « *I. - Les magasins de vente et centres commerciaux, relevant de la catégorie M, mentionnée par le règlement pris en application de l'article R. 123-12 du code de la construction et de l'habitation, peuvent accueillir du public dans le respect des conditions suivantes (...) II. - Par dérogation au I, les magasins de vente et centres commerciaux, comportant un ou plusieurs bâtiments dont la surface commerciale utile cumulée calculée dans les conditions du II bis est supérieure ou égale à vingt mille mètres carrés, ne peuvent accueillir du public. L'activité de retrait de commandes, y compris pour les établissements mentionnés à l'article 40 du présent décret, y est également interdite (...) II bis. - La surface mentionnée au premier alinéa du II est calculée dans les conditions suivantes : 1° La surface commerciale utile est la surface totale comprenant les surfaces de vente, les bureaux et les réserves, sans déduction de trémie ou poteau et calculée entre les axes des murs mitoyens avec les parties privatives, et les nus extérieurs des murs mitoyens avec les parties communes. La surface est prise en compte indépendamment des interdictions d'accès au public ; 2° Il faut*

entendre par magasin de vente ou centre commercial tout établissement comprenant un ou plusieurs ensembles de magasins de vente, y compris lorsqu'ils ont un accès direct indépendant, notamment par la voie publique, et éventuellement d'autres établissements recevant du public pouvant communiquer entre eux, qui sont, pour leurs accès et leur évacuation, tributaires de mails clos. L'ensemble des surfaces commerciales utiles sont additionnées pour déterminer l'atteinte du seuil de 20 000 m², y compris en cas de fermeture, même provisoire, de mails clos reliant un ou plusieurs établissements ou bâtiments ».

Sur l'office du juge des référés et les libertés fondamentales en jeu :

5. Dans l'actuelle période d'état d'urgence sanitaire, il appartient aux différentes autorités compétentes de prendre, en vue de sauvegarder la santé de la population, toutes dispositions de nature à prévenir ou à limiter les effets de l'épidémie. Ces mesures, qui peuvent limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux doivent, dans cette mesure, être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent.

6. Il résulte de la combinaison des dispositions des articles L. 511-1 et L. 521-2 du code de justice administrative qu'il appartient au juge des référés, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 et qu'il constate une atteinte grave et manifestement illégale portée par une personne morale de droit public à une liberté fondamentale, résultant de l'action ou de la carence de cette personne publique, de prescrire les mesures qui sont de nature à faire disparaître les effets de cette atteinte, dès lors qu'existe une situation d'urgence caractérisée justifiant le prononcé de mesures de sauvegarde à très bref délai et qu'il est possible de prendre de telles mesures. Celles-ci doivent, en principe, présenter un caractère provisoire, sauf lorsqu'aucune mesure de cette nature n'est susceptible de sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte. Le caractère manifestement illégal de l'atteinte doit s'apprécier notamment en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a déjà prises.

7. La liberté d'entreprendre, le droit de propriété et la liberté du commerce et de l'industrie constituent des libertés fondamentales au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

En ce qui concerne l'urgence :

8. Lorsqu'un requérant fonde son action sur la procédure de protection particulière instituée par l'article L. 521-2 de ce code, il lui appartient de justifier de circonstances caractérisant une situation d'urgence qui implique, sous réserve que les autres conditions posées par ce texte soient remplies, qu'une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale doive être prise dans les quarante-huit heures.

9. La société requérante soutient que la fermeture administrative contestée, pour une durée indéterminée, est de nature à entraîner une perte significative de son chiffre d'affaires. Elle produit des tableaux, non contestés par le préfet, dont il ressort que, d'une part, les différentes mesures de restriction intervenues au cours de l'année 2020 ont entraîné une diminution du chiffre d'affaires de 1 785 234 euros et, d'autre part, qu'au cours de la seule semaine du 2 au 9 février 2021, période de fermeture totale de l'établissement, elle a subi une perte de chiffre d'affaires de 610 200 euros, soit, en moyenne, de deux-tiers par rapport à l'année précédente. Par ailleurs, la majorité des salariés qui travaille au magasin de Châteaufarine est placée en chômage partiel. Si le préfet soutient que le début de l'épidémie aurait commencé depuis près d'un an et que la SA Boulanger a déjà supporté plusieurs limitations de sa liberté d'entreprendre, ces éléments ne

sauraient faire perdre au préjudice subi du fait d'une mesure de fermeture totale pour une période indéterminée, particulièrement dans le cadre de l'actuelle crise sanitaire, son caractère suffisamment grave et immédiat. Par suite, la condition d'urgence prévue par les dispositions précitées de l'article L. 521-2 du code de justice administrative doit être regardée comme satisfaite.

En ce qui concerne l'existence d'une atteinte grave manifestement illégale à une liberté fondamentale :

10. Il résulte de l'instruction que si le magasin exploité par la SA Boulanger dans la zone commerciale de Châteaufarine est inséré entre deux locaux commerciaux, dont celui situé à l'Est est accolé à la galerie commerciale, aucun de ces trois magasins n'a d'accès à cette galerie et chacun d'eux dispose exclusivement d'une entrée indépendante. L'accès à ces trois magasins se fait librement sans franchir de clôture soit à pied soit en voiture depuis la voie publique. Il en est de même pour les issues de secours. Ainsi, le magasin de la société requérante n'est pas, pour son accès et son évacuation, tributaire d'un mail clos au sens du 2° du II bis de l'article 37 du décret du 29 octobre 2020. Par suite, la SA Boulanger est fondée à soutenir que ce magasin, dont il est constant qu'il dispose d'une superficie inférieure à 20 000 m², peut accueillir du public et qu'en le privant de cette possibilité, le préfet a porté une atteinte manifestement illégale aux libertés d'entreprendre et du commerce.

11. Si le préfet fait valoir que la situation sanitaire, particulièrement dans le Doubs, justifie la mesure contestée, il n'apporte aucun élément susceptible de mettre en évidence que l'ouverture du magasin Boulanger aurait pour conséquence d'augmenter de manière significative la circulation du virus Covid 19 dans le département. Le magasin de la requérante, qui s'engage à respecter les mesures sanitaires réglementaires, ne pourrait accueillir en même temps que 350 clients maximum, en application du seuil prévu au 3° du I de l'article 37 du décret du 29 octobre 2020, précisément au moment où la galerie commerciale de Châteaufarine voisine n'accueille plus de public. Dans ces conditions, le préfet ne justifie pas que sa décision de fermeture soit nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif de sauvegarde de la santé publique que cette décision poursuit. Par suite, le préfet a porté une atteinte grave aux libertés d'entreprendre et du commerce.

12. Il résulte de tout ce qui précède que la SA Boulanger est fondée à demander la suspension de l'exécution de la décision en date du 2 février 2021 par laquelle le préfet du Doubs a interdit au magasin Boulanger de Châteaufarine d'accueillir du public ainsi que de la décision du 5 février 2021 rejetant son recours gracieux.

Sur les frais liés au litige :

13. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat, la somme de 1 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

ORDONNE :

Article 1^{er} : L'exécution, d'une part, de la décision en date du 2 février 2021 par laquelle le préfet du Doubs a interdit au magasin Boulanger de Châteaufarine d'accueillir du public et, d'autre part, de la décision du 5 février 2021 rejetant son recours gracieux est suspendue.

Article 2 : L'Etat versera 1 000 (mille) euros à la SA Boulanger sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SA Boulanger et au ministre de l'intérieur.

Copie en sera adressée au préfet du Doubs.

Fait à Besançon, le 12 février 2021.

Le juge des référés,

T. Trottier

La République mande et ordonne au ministre de l'intérieur, en ce qui le concerne, ou à tous huissiers 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 ordonnance.

Pour expédition,
La greffière