

N° 424344 – Metzervisse Contact
N° 424353 – Commune de Strasbourg
N° 424389 – Département du Bas-Rhin
N° 424414 – SAS Supermarchés Match

1^{ère} et 4^{ème} chambres réunies
Séance du 25 mai 2020
Lecture du 10 juin 2020

CONCLUSIONS

M. Vincent VILLETTE, rapporteur public

Dans certaines langues, telles que le tchèque (*neděle*) ou le polonais (*niedziel*), le mot utilisé pour désigner le dimanche signifie littéralement « **jour sans travail** »¹. En poussant moins loin vers l'est, c'est cette assimilation du dimanche au repos qui constituera la toile de fond des quatre affaires appelées, lesquelles vont vous conduire à interpréter le droit local alsacien-mosellan relatif à l'interdiction du travail dominical dans les commerces à prédominance alimentaire². **Les trois départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle disposent en effet d'un corpus propre**, hérité de leur annexion par l'empire allemand entre 1871 et 1918. Outre qu'il présente de multiples singularités par rapport au droit applicable sur le reste du territoire national, ce régime issu d'une loi allemande du 1^{er} juin 1891 se caractérise historiquement par son soubassement religieux, qui se traduit non seulement par une obligation de repos le dimanche mais aussi par des dispositions visant à garantir la possibilité, pour ceux qui doivent néanmoins travailler, d'assister aux services religieux³. Le droit local investissait donc d'emblée ce jour chômé d'une signification morale. A l'inverse, la législation de la « France de l'intérieur » issue de la loi du 13 juillet 1906 a été inspirée par le souci, hygiéniste autant que social, de garantir un repos régulier au travailleur⁴, le choix du dimanche résultant alors d'une approche pragmatique « *non parce que ce jour plaît aux catholiques ou aux protestants (...) mais parce que, avec les mœurs actuelles, c'est le jour consacré au repos* », pour reprendre les mots du rapporteur de cette loi au Sénat⁵. C'est ce particularisme originel, plus encore que des différences de fond, qui a expliqué le refus des alsaciens-mosellans de se voir appliquer **le droit commun sécularisé** lors des différents travaux d'unification législative⁶,

¹ La constitution du dimanche comme jour de repos, JY Boulin et L. Lesnard, in *Les Batailles du dimanche*, 2017

² C'est-à-dire, à suivre l'Insee, ceux dont l'alimentaire représente plus d'un tiers de leur chiffre d'affaires

³ V. notamment, désormais, Art. L. 3134-4 al 5 du code du travail

⁴ En juin 1901, le Conseil supérieur du travail estimait ainsi que « *l'homme est aussi un être social, à ce titre il a des besoins, qui, pour être moins impérieux, sont cependant les plus nobles de sa nature ; pour satisfaire ces derniers, il faut suspendre le travail, et le suspendre le même jour pour tous, du moins dans toute la mesure du possible. L'usage universel et séculaire du repos du dimanche répond non seulement à des besoins physiques, mais encore à des tendances sociales et morales qui, de plus en plus, et en dehors de toute considération religieuse, deviennent pour l'homme un véritable besoin* »

⁵ V. sur cette question : *La constitution du dimanche comme jour de repos* (déjà cité)

⁶ Tant en 1923 qu'en 1957

ce qui a, *in fine*, conduit au maintien de cette législation autonome par la loi du 1^{er} juin 1924⁷.

Si ce droit local⁸ reste ainsi bien vivant, force est de constater qu'il emprunte, dans sa structuration, **à l'exercice du cadavre exquis**. En effet, ce régime stratifié implique trois acteurs différents. C'est donc la combinaison de leurs interventions qui permet de définir cet « *empire de la nécessité* [justifiant] *qu'une partie de la population désynchronise son temps libre par rapport à celui de la majorité* »⁹.

Le premier rôle est tenu par le législateur. **Ce particularisme local figure dans le code du travail depuis une codification à droit constant¹⁰ de dispositions jusqu'alors présentes dans le code professionnel local**. A ce niveau, on trouve un principe, une myriade d'exceptions et un renvoi aux autorités locales. Le principe, prévu à l'article L. 3134-2, est celui de l'interdiction de l'emploi de salariés le dimanche et, par extension, de l'ouverture de tout commerce¹¹. Des exceptions viennent ensuite tempérer cette interdiction monolithique, en distinguant selon les activités. C'est ainsi que, pour les exploitations commerciales, le principe se retrouve très significativement atténué dans la mesure où **l'ouverture dominicale est, sauf exceptions, autorisée par l'article L. 3134-4 – mais dans une limite de cinq heures de travail**. Le législateur a cependant prévu que ce cadre général pouvait être adapté par certaines collectivités. C'est ainsi que, s'agissant toujours des exploitations commerciales, ce même article autorise les communes et les départements à intervenir pour **durcir la règle législative**, par voie de statuts dérogatoires et après consultation des employeurs et salariés. Enfin, l'article L. 3134-7 reconnaît la possibilité à un troisième acteur, le préfet, d'accorder des dérogations pour certaines activités dont l'ouverture s'avère nécessaire à la satisfaction des besoins de la population.

C'est dans ce paysage complexe que les différentes collectivités concernées, ainsi que les autorités préfectorales, étaient intervenues entre 1917 et 1956¹² pour réglementer le travail dominical. Ainsi que le relevait l'institut de droit local¹³, **ces réglementations devenues anciennes souffraient, à l'usage, de complexité et d'obsolescence¹⁴**, deux maux qui en favorisaient un troisième : l'ineffectivité. C'est pourquoi, à partir de 2015, à la suite d'un jugement du tribunal administratif de Strasbourg¹⁵ qui avait mis en lumière cette désuétude

⁷ Art. 7 de la loi du 1^{er} juin 1924 mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle

⁸ Désormais reconnu comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République (Décision n° 2011-157 QPC, *société Somodia* du 5 août 2011).

⁹ *Quelles activités pour le dimanche ?*, JY. Boulin et Laurent Lesnard, in *Les batailles du dimanche*, 2017, pp. 213-248

¹⁰ Par l'ordonnance du 12 mars 2007

¹¹ Art. L. 3134-11. Pour assurer l'égalité de concurrence entre les commerces qu'ils emploient ou non des salariés (v. en ce sens CC, 05-08-2011, *Société Somodia*, n° 2011-157 QPC)

¹² 1917 pour Strasbourg, 1956 pour la Moselle, 1938 pour le Bas-Rhin et 1928 pour le Haut-Rhin

¹³ *Repos dominical et jours fériés dans les exploitations commerciales*, Fascicule 661, L. Grisey-Martinez, p. 21

¹⁴ Le sort particulier réservé aux épiciers et marchands de denrées coloniales n'étant pas sans surprendre

problématique en ordonnant au préfet de la Moselle d'abroger le statut qu'il avait incompétemment pris en 1956, les acteurs locaux se sont concertés pour élaborer de nouvelles normes plus adaptées au contexte contemporain. Trois nouveaux statuts, éclectiques dans leur contenu, ont ainsi été adoptés par la ville de Strasbourg, le département du Bas-Rhin et celui de la Moselle au cours des années 2016 et 2017. Des sociétés mécontentes en ont contesté la légalité devant la juridiction administrative, et **la cour administrative d'appel de Nancy s'est réunie en formation plénière pour apprécier ce patchwork normatif**. Les solutions retenues ont connu un retentissement local certain puisqu'elles ont conduit, nous le verrons, à des annulations d'ampleur variable. Les décisions que vous serez désormais amenés à rendre en cassation seront donc scrutées avec attention.

L'arrêt relatif à la **règlementation édictée par la commune de Strasbourg** est celle qui pose le plus de questions de principe, et il est frappé de deux pourvois. Nous commencerons donc notre propos par les dossiers n° 424353 et n° 424414, en déclinant ensuite le cadre d'analyse pour les deux autres réglementations en litige.

La commune de Strasbourg, par une délibération de son conseil municipal du 12 décembre 2016, a durci la réglementation en interdisant totalement l'ouverture des commerces au public, en ménageant toutefois **une dérogation pour les commerces à prédominance alimentaire**. Ces commerces, lorsqu'ils présentaient une superficie inférieure ou égale à 1 000 m², ont ainsi été autorisés à ouvrir les dimanches matins et pour une amplitude horaire maximale de 4 heures, cette superficie maximale étant portée à 2 000 m² pour ceux d'entre eux situés dans une zone franche urbaine ou dans un quartier prioritaire de la ville. Un supermarché de plus de 1000 m² localisé dans un quartier assez huppé de Strasbourg a contesté cette délibération, et le tribunal administratif a fait partiellement droit à cette demande en annulant cette décision municipale en tant qu'elle réservait un sort à part aux supermarchés situés dans certains quartiers. Saisie d'un appel principal et d'un appel incident, la cour est allée plus loin et a annulé la délibération en tant qu'elle instaurait une dérogation pour les commerces à prédominance alimentaire. Concrètement, cette annulation revenait donc à interdire l'ouverture de tous ces commerces le dimanche, à l'exception de ceux d'une surface de vente inférieure à 120 m², couverts par l'arrêté préfectoral du 23 décembre 2016 les autorisant à ouvrir pendant 10 heures. C'est d'ailleurs pour résorber ce vide préjudiciable que le préfet du Bas-Rhin a depuis, par un arrêté du 20 décembre 2018, autorisé pendant 4 h le matin l'ouverture des commerces d'une surface comprise entre 120 et 1000 m². **Vous l'aurez compris, la solution retenue par la cour ne satisfaisait en réalité personne,**

¹⁵ TA Strasbourg, 04-02-2015, n° 1402449

et c'est pourquoi tant la commune que le supermarché se pourvoient désormais en cassation.

Ces deux pourvois formés par des parties opposées **contre un même dispositif d'annulation interposé d'emblée**. Vous trouverez la clé de cet apparent paradoxe dans la stratégie contentieuse de la société. Celle-ci a en effet attaqué la totalité de la délibération en se prévalant de moyens assez généraux, qui remettaient en cause l'approche retenue par la ville pour définir les branches d'activité, alors même que le cœur de sa contestation concernait en réalité le seul seuil de 1 000 m² qui l'empêchait de bénéficier de la dérogation prévue pour les commerces à prédominance alimentaire. Pour autant, il nous semble que la société était bien recevable à contester la délibération dans son intégralité puisque l'annulation totale de celle-ci aurait conduit à un retour au code du travail, **en substituant donc à l'interdiction une autorisation d'ouverture pendant 5 heures le dimanche**¹⁶. Dans ces conditions, si l'arrêt semble de prime abord paradoxal en ce qu'il retient une annulation partielle qui n'est d'aucune utilité pour la requérante, la cour n'a pas pour autant statué *ultra petita* – contrairement à ce que soutient le pourvoi de la société.

Ce paradoxe liminaire étant levé, venons-en au cœur du problème. Nous l'évoquons, le droit local autorise les collectivités à durcir les règles applicables au travail dominical par voie de statuts. Le texte prévoit qu'un tel durcissement peut concerner toutes les exploitations commerciales ou seulement « **certaines branches d'activité** ». Précisons à cet égard que s'il est moins fidèle à la lettre de ce texte, le choix de la collectivité de procéder en creux, en identifiant les seules branches d'activité autorisées à ouvrir, plutôt qu'en plein, en énumérant la totalité des activités pour lesquelles l'ouverture était prohibée, nous semble conforme à son esprit, et bien plus maniable ; d'ailleurs, cette méthode n'a pas été contestée. Pour le reste, vous devez interpréter ces dispositions pour la première fois, en résolvant trois questions : la première nous semble relativement aisée, tandis les deux suivantes sont bien plus délicates.

La première question consiste à déterminer **l'autorité compétente pour édicter ces réglementations**. En appel, la cour a jugé que seul le conseil municipal était compétent et cette approche est contestée en cassation, la société faisant valoir que cette compétence se rattachait aux pouvoirs de police du maire. Cette contestation est sûrement née des propres hésitations de la commune de Strasbourg qui a, pour plus de sécurité, doublé sa délibération d'un arrêté identique pris par le maire. Pour notre part, nous n'avons aucun doute à confirmer la solution retenue par les juges d'appel, qui est suffisamment motivée. En effet, la lettre du texte désigne les collectivités – ce qui, sauf

¹⁶ Nous ne sommes donc pas dans l'hypothèse où requérant n'est pas recevable à contester un acte qui lui est favorable, et dont l'annulation préjudicierait donc à sa situation (CE, 07-01-1949, *Matis*, p. 1 ; CE, 27-10-1978, *Aubineau et autres*, n°s 02748 02826, B)

indication contraire, fait référence à la compétence de leurs organes délibérants, et non de leurs exécutifs. A titre confortatif, nous relèverons que cette position converge avec celle de l'institut de droit local, qui jouit d'une autorité certaine sur ces questions¹⁷.

La deuxième question consiste à définir ce que recouvre, pour cette législation, la notion de branche d'activité pour ensuite déterminer si la commune de Strasbourg pouvait regarder les **commerces à prédominance alimentaire inférieure à une superficie donnée comme une branche d'activité**. En l'occurrence, la cour s'est essayée à ce travail de définition, en posant deux principes. D'une part, elle a jugé que le critère de la superficie pouvait déterminer l'existence d'une branche d'activité s'agissant des commerces à prédominance alimentaire, mais qu'il devait être combiné avec d'autres critères tels que, notamment, la nature des produits commercialisés ou celle des activités réalisées. D'autre part, elle a estimé que la branche d'activité ne pouvait être définie à la lumière des besoins de la population, ce critère étant réservé au seul préfet lorsqu'il intervient en cette matière. Sur cette base, elle a ensuite jugé que la catégorisation retenue par la ville de Strasbourg était illégale.

Il faut bien admettre qu'une telle motivation est ambiguë, à deux titres. Premièrement, si elle exclut que le critère de la superficie puisse à lui seul suffire à caractériser une branche d'activité s'agissant des commerces à prédominance alimentaire, les autres critères que les juges d'appel ont mis en avant laissent quelque peu perplexe. Deuxièmement, dans les conséquences qu'elle en a tiré au cas d'espèce, la cour a apprécié la pertinence du seuil de 1000 m² retenu, alors même qu'à suivre le principe qu'elle avait précédemment posé, la circonstance que la mairie n'avait pas manié ce critère en combinaison avec d'autres aurait dû suffire à justifier, en amont et de façon plus radicale, une annulation d'ordre méthodologique. Ce sont d'ailleurs ces ambiguïtés qui avaient conduit la société Supermarchés Match à former **un recours en interprétation**, rejeté par la cour¹⁸. Pour autant, si la commune invoque désormais en cassation une insuffisance de motivation, l'arrêt – même sibyllin – ne nous semble pas excessivement laconique.

En réalité, c'est davantage au travers du moyen d'erreur de droit, également soulevé, que vous aurez l'occasion de définir la notion de branche d'activité. La question n'est pas simple. En effet, **cette notion a ceci de piègeux qu'elle s'avère aussi intuitive que peu formalisée en droit**. En fiscal, elle renvoie à une division d'une entreprise capable de fonctionner par ses propres moyens ;

¹⁷Par ailleurs, la compétence ici en cause, qui vise à réglementer l'emploi le dimanche, excéderait le champ du pouvoir reconnu à l'exécutif local au titre de ses pouvoirs de police. Si cette approche peut se discuter eu égard aux pouvoirs généraux dévolus au maire, elle nous semble certaine s'agissant des présidents des conseils départementaux, dont le pouvoir de police est circonscrit à la gestion du domaine départemental (L. 3221-4 du CGCT). Dans ces conditions, dès lors que le code du travail habilite dans les mêmes termes les communes et les départements à intervenir, il devient évident que de telles interventions relèvent de la seule compétence de leurs organes délibérants.

¹⁸ CAA Nancy, 05-03-2019, n° 18NC02543

cette référence n'est donc, à l'évidence, pas pertinente ici. En droit du travail, cette notion est bien plus souvent maniée – même si le vocable de « branche professionnelle » est privilégié – mais elle ne fait pas l'objet, à notre connaissance, d'une définition unique dans le droit positif. Du reste, dans ce champ, cette notion s'avère **avant tout finaliste** puisqu'elle sert à déterminer, sur la base de la représentativité des organisations signataires, le champ d'application professionnel dans lequel l'ensemble des employeurs pourront être soumis à la convention ou à l'accord en cas d'extension¹⁹. Si cette notion est ainsi juridiquement plus signifiante, **elle ne donne pas pour autant d'indications nettes quant à la grille au travers de laquelle raisonner**. Enfin, cette notion est aussi communément utilisée à des fins statistiques, l'Insee définissant une branche comme le regroupement « *des unités de production homogènes, c'est-à-dire qui fabriquent des produits ou produisent des services qui appartiennent au même item de la nomenclature d'activité économique considérée* »²⁰. Mais si une telle définition constitue une précieuse boussole pour appréhender le sens économique de la branche, elle n'a aucune valeur juridique intrinsèque²¹.

Aussi, dans la mesure où aucune des définitions préexistantes **ne paraît suffire à résoudre la question qui vous est soumise**, nous vous proposerons de retenir une définition de la branche d'activité au sens du droit local. Nous sommes confortés dans cette approche par trois séries de considérations.

Premièrement, il n'apparaît pas que le législateur, au moment de la codification, **aurait choisi de retenir ce terme par référence à d'autres pans du droit**. En réalité, la notion de « branche d'activité » constitue une simple actualisation rédactionnelle de celle existant sous l'empire du code professionnel local, qui lui parlait de « branche d'exploitation » – cette terminologie constituant la traduction la plus littérale de l'allemand « Zweige des Handelsgewerbes ». En ce sens, nous relèverons que le ministre, dans ses observations, ne dit pas autre chose en insistant sur le fait que cette notion n'a pas été définie, ce dont il déduit que les communes et départements doivent disposer d'une grande liberté d'appréciation pour en fixer les critères constitutifs.

Deuxièmement, **raisonner par rapport à la notion telle qu'elle est appréhendée dans le reste du droit du travail n'apparaît pas totalement pertinent**. Nous avons déjà souligné la dimension instrumentale de la branche d'activité au sens du droit du travail, qui définit ce niveau d'agrégation au prisme de la représentativité des organisations signataires. Du reste, retenir cette même définition réduirait inutilement la marge des manœuvres des collectivités,

¹⁹ CE, 15-12-1978, *Chambre syndicale des industries de désinfection, désinsectisation et dératisation et autres*, n° 99866, B

²⁰ <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1560>

²¹ V en ce sens CE, 30-03-2005, *SARL CIR Medical*, n° 260567, C

voire les contraindrait à une actualisation perpétuelle au gré des réorganisations de branches, alors même que le législateur visait au contraire à leur reconnaître une large latitude pour **durcir localement la règle de droit**²².

Troisièmement, nous relèverons qu'il vous est déjà arrivé de retenir **une approche autonome de la notion de branches d'activité pour l'application d'une législation spécifique**. C'est ainsi qu'en Section²³, conformément à ce que vous proposait votre commissaire Frédéric Scanvic, vous en avez retenu une définition autonome pour l'application du droit à rémunération au profit des artistes-interprètes²⁴.

Une fois cette autonomie admise, quelle définition consacrer ?

Avant de l'exposer, précisons d'emblée que l'identification de ces branches d'activités nous semble devoir relever, comme tout exercice de catégorisation juridique et contrairement à ce que soutient la commune, du **contrôle normal** du juge de l'excès de pouvoir.

Ceci étant posé, un premier élément de définition nous semble acquis et, à dire vrai, tautologique. Les exploitants relevant d'une même branche doivent nécessairement **poursuivre la même activité**, c'est-à-dire proposer des biens ou des services de même nature. Vous l'aurez compris, ce premier critère recoupe largement l'approche de l'Insee et le contrôle que vous opérez en droit du travail pour vérifier qu'une convention couvre une véritable branche, et ainsi éviter l'émiettement conventionnel²⁵. En l'occurrence, ce critère conduit bien à appréhender le commerce à prédominance alimentaire **comme une activité cohérente** (en écho d'ailleurs à la classification 47.11 NAF).

Mais on perçoit alors ce que cette approche peut avoir de rudimentaire, en ce qu'elle est susceptible d'agglomérer des exploitations commerciales qui, quoique relevant optiquement de la même activité, **la poursuivent en pratique dans un contexte bien différent**. C'est la raison pour laquelle, à nos yeux, la définition d'une branche d'activité doit s'appréhender à l'échelle du marché pertinent²⁶, lequel regroupe l'ensemble des acteurs proposant des offres substituables²⁷ destinés à satisfaire la même demande. En somme, une branche a

²² Symptomatiquement, pour l'activité ici en litige, transposer l'approche retenue par le droit du travail national pourrait inciter à assimiler le commerce de détail et le commerce de gros puisque ces deux pans du commerce à prédominance alimentaire sont unis par une convention collective commune en date du 12 juillet 2001...

²³ V. CE, Section, 15-04-1993, *UDRLP*, n° 95042, A

²⁴ En regardant alors la branche comme « *un tout homogène au sein duquel les différentes entreprises de dimensions variables poursuivent dans des conditions pratiques identiques des fins semblables au regard de l'objet de la loi* ».

²⁵ v. CE, 10-10-1975, *Fédération nationale des syndicats de détaillants en chaussures de France*, p. 505 ; CE, 30-09-1983, *Association des éleveurs-propriétaires-entraîneurs et professionnels des chevaux de course de trot en France*, T. p. 6117

²⁶ Sur cette notion, v. *Vraiment pertinent ? Une analyse économique des marchés pertinents*, B. Deffais et J. Pellefigue, RTD Com. 2018 p. 555

²⁷ Le droit européen définit l'homogénéité du marché du point de vue de la demande et du consommateur sur la base d'une substituabilité à partir d'une variation légère mais durable des prix à la hausse de l'ordre de 5 à 10%

vocation à regrouper tous les commerces qui ne pourraient, **sans fausser les conditions de la concurrence**, se voir appliquer des régimes différents. Dit autrement, une branche d'activité doit rassembler toutes les entreprises qui, au prisme du principe d'égalité, seraient regardées comme placées **dans la même situation** pour l'application d'une réglementation régentant leurs conditions d'ouverture.

Une telle définition de la branche est donc objective et, comme l'a correctement jugé la cour, **indépendante des besoins de la population**. En revanche, soulignons ici qu'une fois ces branches définies, le choix de la collectivité de soumettre certaines branches plutôt que d'autres à une réglementation durcie doit être fait en fonction des attentes de leurs habitants²⁸. Mais cette seconde étape, qui relève de l'opportunité et n'est absolument pas encadrée par les textes, laisse alors une **large marge d'appréciation aux organes délibérants**, et le contrôle du juge devrait donc sur ce point se limiter, à nos yeux, à la censure des seules erreurs manifestes.

Au bénéfice de cette analyse, il apparaît alors que la ville de Strasbourg a entendu mobiliser le critère de la superficie **comme un moyen de révéler des marchés pertinents différents**. En réalité, par ce critère, la commune a cherché à différencier le marché du commerce immédiat de proximité (couvert par les supérettes et les petits supermarchés) par opposition au marché de la grande distribution (regroupant les plus grandes surfaces et les hypermarchés). En déduisant de la caractérisation de ces deux marchés l'existence de deux branches d'activité distinctes, **elle nous semble avoir mené une démarche opératoire exempte d'erreur de droit**. Sur cette base, son choix d'ouvrir le commerce de proximité, qui permet de « dépanner » le dimanche en denrées de première nécessité, en maintenant fermés les grands magasins davantage propices au *shopping*, y compris de produits non alimentaires²⁹ (petits appareils électroménagers, habillement, cosmétique...), ne nous paraît pas davantage entaché d'erreur manifeste, et il n'est d'ailleurs pas contesté en tant que tel.

Au total, nous éprouvons donc quelques difficultés à suivre le raisonnement de la cour qui n'a pas totalement adopté cette grille d'analyse et qui a cherché à faire émerger d'autres critères dont nous ne sommes pas convaincus de la pertinence. Vous pourriez, dans ces conditions, juger nécessaire de censurer son arrêt pour erreur de droit³⁰. **Mais vous pourriez préférer faire l'effort de redresser l'arrêt de la cour**. Dans cette optique, il vous faudrait éclairer son

²⁸ L'institut du droit local le formule de façon nette en estimant que « *l'intervention des autorités locales s'inscrit nécessairement dans une réflexion sur les besoins de la population (...) dans une recherche de la plus forte adéquation possible entre ces besoins et la nécessité d'assurer un repos au salarié ou de lui permettre d'assister au service religieux* » (§ 23).

²⁹ Pour boucler avec ce que nous vous disions précédemment, nous relèverons d'ailleurs que vous avez déjà admis que les entreprises commerciales exploitant une grande surface n'étaient pas dans la même situation que celles exploitant des surfaces de moindre ampleur (CE, 12-05-2014, *Fédération générale du commerce et autres*, n°s 370600 et a., A)

³⁰ Précisons que cette censure devrait alors être totale dans la mesure où, pour statuer sur l'appel incident de la commune, les juges d'appel ont repris la grille d'analyse qu'ils avaient dégagée pour faire droit à l'appel principal.

considérant de principe assez obscur par l'application qu'elle en a faite ensuite, en estimant que les juges d'appel ont en substance accepté qu'une branche soit définie par la combinaison d'un critère tenant à la nature de l'activité et d'un critère tenant à la superficie de l'exploitation commerciale. Vous aboutiriez à une solution proche de la cassation mais, au bénéfice de cette lecture constructive, vous pourriez alors écarter le moyen d'erreur de droit soulevé par la commune.

C'est en définitive cette dernière solution qui a notre préférence, car elle permet de traiter la troisième question, consistant à déterminer **si le seuil de 1 000 m² retenu par la commune de Strasbourg** délimite bel et bien deux branches d'activité distinctes. La cour y a apporté une réponse négative et c'est ce que la collectivité conteste en cassation, sous le double timbre de l'inexacte qualification juridique et de la dénaturation.

Avant d'examiner ce moyen, deux précisions s'imposent. Premièrement, comme tout seuil auquel sont associées des conséquences binaires, le choix retenu par l'autorité administrative peut se discuter, tant il est rare qu'une seule et unique valeur s'impose comme une frontière incontestable pour délimiter des ensembles cohérents. Compte tenu de cette part inévitable de subjectivité, le juge, **pour apprécier la validité d'un seuil**, doit donc aussi tenir compte de la rigueur méthodologique ayant présidé à sa détermination. Deuxièmement, sur cette question davantage économique que juridique, il nous paraît utile de vous donner d'emblée quelques ordres de grandeur³¹. Rappelons dans cette optique que le BHV Marais propose une surface de vente de 45 000 m², tandis que la taille moyenne d'un Monoprix à Paris est de l'ordre de 2 000 m² et celle des Franprix d'environ 400 m².

Pour justifier son choix, la collectivité se prévaut de l'analyse de l'Autorité de la concurrence qui a pu assimiler les petits supermarchés (moins de 1 000 m²) aux supérettes (moins de 400 m²)³², en identifiant un marché pertinent du commerce d'alimentation générale de proximité incluant **l'ensemble des magasins d'une surface inférieure à 1 000 m²**. Pour l'autorité de la concurrence en effet, même si les supérettes et les petits supermarchés se distinguent sur certains aspects³³, ils relèvent d'un même marché se caractérisant par une offre et des prix comparables, par une zone de chalandise limitée (la clientèle se rendant majoritairement à pied sur le lieu de vente) et par un panier d'achats moyen d'un montant faible, de l'ordre de dix à vingt euros. Contrairement à la cour qui l'a

³¹<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKewjsuqL-ta7oAhUD2uAKHbmGAq0QFjABegQIDBAD&url=https%3A%2F%2Fwww.apur.org%2Ffr%2Ffile%2F47987%2Fdownload%3Ftoken%3DdYcXxrav&usg=AOvVaw0ctmXLsbUkQhlfqrbKrcI> et https://www.apur.org/sites/default/files/documents/commerces_plus_1000m2_paris_metropole_2013.pdf

³² Décision 10-D-08 du 03-03-2010 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité

³³ Les supermarchés proposant davantage de services à leur clientèle et des produits à plus forte valeur ajoutée

balayée d'un revers de main, cette référence à l'analyse de l'autorité de la concurrence nous semble convaincante. En effet, la notion de marché pertinent recoupe la notion de branche d'activité telle que nous l'avons présentée³⁴. Du reste, même si ce n'est pas à proprement parler opérant, vous savez aussi que ce seuil de 1000 m² est celui à partir duquel les projets sont soumis à l'autorisation de la commission départementale d'aménagement commercial. Dans ces conditions, il nous semble pertinent d'avoir retenu **ce seuil de 1 000 m²**.

Nous sommes confortés dans cette approche par les chiffres qu'avancait la commune en appel. **Ce seuil de 1 000 m² permettait de laisser ouverts, pendant 4 heures, 24 commerces à prédominance alimentaire sur les 31 que compte la ville**, ce qui ne nous semble pas incohérent par rapport aux besoins d'une aire urbaine de 80 km² et de plus de 280 000 habitants. Là encore pour vous donner quelques éléments de comparaison, cette densité correspond à une enseigne ouverte pour 12 000 habitants – ce qui tisse un maillage cinq fois moins dense³⁵ que celui des commerces d'alimentation générale parisiens, dont vous savez qu'ils sont désormais, pour la plupart, ouverts une partie du dimanche.

Au total, nous peinons, au regard des pièces du dossier dont disposaient les juges du fond, **à valider leur choix de regarder comme illégal le seuil retenu par la ville et nous serions donc enclins à accueillir le moyen d'inexacte qualification juridique**. Dès lors que cette censure concerne l'appréciation portée sur le seuil de 1 000 m² et non la définition de la branche retenue par la cour, vous annulerez uniquement l'arrêt en tant qu'il annule cette partie de la délibération. En effet, un tel motif d'annulation ne nous paraît pas contaminer la partie de l'arrêt rejetant l'appel incident de la commune relatif au seuil de 2 000 m² appliqué dans certains quartiers, dans la mesure où la cour, pour répondre aux moyens dont elle était saisie, s'est sur ce point bornée à juger que les besoins de la population ne constituaient pas un critère opérant – approche que nous vous proposons de valider. Compte tenu de la configuration originale du litige, vous pourrez procéder de façon expédiente en faisant masse des deux pourvois avant de prononcer cette cassation partielle.

Sous le n° 424389, vous êtes saisis d'un pourvoi qui pose des questions analogues s'agissant de la délibération adoptée par le département du Bas-Rhin, qui couvre tout ce territoire à l'exception de Strasbourg. Par une délibération du 8 décembre 2016, le conseil départemental a adopté un nouveau statut qui interdit le travail le dimanche, **en ménageant notamment une dérogation pour les commerces à prédominance alimentaire d'une surface inférieure ou**

³⁴Art. L. 752-1 du code de commerce. Or, ce seuil avait été retenu par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 dans l'espoir de favoriser le développement de supermarchés de taille moyenne, plus accessibles

³⁵<https://www.apur.org/fr/nos-travaux/evolution-commerces-paris-inventaire-commerces-2017-evolutions-2014-2017>

égale à 399 m². La société Jérodix, qui exploite un commerce d'une surface de 600 m², a contesté ce nouveau statut devant le tribunal administratif, lequel a rejeté sa requête. La cour de Nancy a à l'inverse fait droit à l'appel de l'exploitant, en annulant cette délibération en tant qu'elle ménageait une dérogation pour les commerces à prédominance alimentaire.

Son arrêt répond à la même logique que celui relatif au statut strasbourgeois. En conséquence, vous devrez ici reproduire la solution que vous aurez arrêtée dans l'autre dossier. La seule singularité concerne **l'erreur de qualification juridique et la dénaturation qu'aurait commises la cour en censurant le seuil de 400 m²**. Ce moyen soulève deux questions successives. La première, de principe, est de savoir si vous pouvez accepter qu'une même branche d'activité – en l'occurrence celle des commerces d'alimentation générale de proximité – soit, selon les territoires, définie à partir de deux seuils différents. Si vous y répondez par l'affirmative, il vous faudra alors déterminer si le seuil retenu, en l'espèce, par le département est pertinent.

S'agissant de la première question, il nous semble que **vous devez admettre la plasticité de la notion de branche d'activité**. Trois motifs nous déterminent en ce sens. D'abord, la notion de marché pertinent s'avère éminemment casuistique, de sorte qu'en fonction des territoires, les seuils peuvent très bien être différents compte tenu des caractéristiques locales de l'offre et de la demande³⁶. L'Autorité de la concurrence indique en ce sens « *que les seuils de surface doivent être utilisés avec précaution et peuvent être adaptés* »³⁷ et, par exemple, elle retient des seuils différents pour Paris où la substituabilité des offres est plus forte³⁸. Ensuite, refuser une telle plasticité conduirait à **unifier le sort des collectivités soumises au droit local**, en les contraignant à retenir les mêmes branches d'activité. Or, une telle intention ne ressort nullement de l'économie générale du dispositif. Enfin, nous relèverons par analogie qu'en droit du travail « national », vous avez admis – tout comme la Cour de cassation³⁹ – une appréciation « à géométrie variable »⁴⁰ de la notion de profession, dont vous savez qu'elle sert à déterminer le champ des commerces soumis, par arrêté préfectoral, à une même obligation de fermeture⁴¹. C'est ainsi que vous acceptez que cette notion de profession puisse désigner tantôt l'ensemble des commerces de détail alimentaire spécialisés⁴², tantôt les seules boucheries chevalines⁴³. **Au total, il nous semble que vous devez assumer jusqu'où bout la dimension**

³⁶ V. en ce sens la décision de l'autorité de la concurrence n° 11-DCC-05 du 17 janvier 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Distri Sud-Ouest par la société Retail Leader Price investissement

³⁷ Décision de l'autorité de la concurrence n° 13-DCC-90 du 11-07-2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon

³⁸ Décision de l'autorité de la concurrence n° 13-DCC-90 du 11-07-2013, § 29

³⁹ Cass. crim., 16 mars 2010, n° 08-88.418, Bull. crim. 2010, n° 51 ; Cass. soc., 17 octobre 2012, n° 11-24.315, Bull. 2012, V, n° 266.

⁴⁰ Pour reprendre les mots d'A. Lallet dans ses conclusions sur : CE, 20-02-2013, *Société CSF et autres*, n°s 336594 et a., A

⁴¹ Ancien art. L. 221-17, devenu L. 3132-29 du code du travail

⁴² *Société CSF et autres* (précitée)

⁴³ CE, 16-07-1929, *Husson et autres*, p. 740

fonctionnelle de la notion de branche d'activité. Dans cette optique, seule compte en réalité la cohérence intrinsèque du choix de la collectivité, sans qu'aient d'incidence ni le choix de ses voisines, ni les autres définitions qu'elle aurait pu légalement retenir.

Une fois cette diversité admise, il nous semble que le seuil de 400 m² peut lui aussi constituer un critère pertinent pour **délimiter le champ des commerces d'alimentation générale de proximité.** Ce choix recoupe en effet les typologies plus fines établies par les statisticiens, qui placent sous ce seuil à la fois le mini-libre service (< 120 m²) et la supérette (< 400 m²). Par ailleurs, si les hypermarchés sont clairement dans une situation à part en raison de leur moindre accessibilité, de l'ampleur de leur offre et de l'importance du panier moyen⁴⁴, il apparaît que les autres commerces alimentaires s'inscrivent davantage dans une forme de continuité – ce qui plaide en retour pour reconnaître plus de latitude aux collectivités. A cet égard, il convient également de relever que l'appréciation du juste seuil est compliquée par le fait que les relations concurrentielles sont en réalité asymétriques, dans la mesure où, comme le relève là encore l'Autorité de la concurrence, « *les supermarchés exercent une vive concurrence sur le petit commerce de détail de moins de 400 m² [alors que] la réciproque n'est presque jamais vérifiée* »⁴⁵. En définitive, dès lors qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que ce seuil de 400 m² tenait compte des caractéristiques du tissu commercial du département du Bas-Rhin, qui est à l'évidence bien différent de celui de Strasbourg⁴⁶, il nous semble que vous devrez également **censurer l'inexacte qualification juridique** donnée aux faits par la cour de Nancy.

Sous le n° 424344 enfin, le litige se présente sous une forme différente et, à nos yeux, moins délicate. Tout part de l'adoption, le 18 mai 2015, par le département de la Moselle d'un statut qui interdisait en principe l'ouverture de tous les commerces le dimanche, sauf les premiers dimanches des soldes d'été et d'hiver. **Pour tempérer la rigueur de cette règle, le préfet de ce département a pris un arrêté** autorisant certaines catégories de commerces à déroger à ce régime strict du repos dominical. Dans ce cadre, le représentant de l'Etat a notamment autorisé les commerces d'alimentation générale d'une superficie maximale de 200 m² à ouvrir. La société Metzervisse Contact, qui exploite dans ce département un magasin de 650 m², a estimé que cette dérogation était trop restrictive, et elle l'a contestée devant le tribunal administratif de Strasbourg. Ce

⁴⁴ Décision de l'autorité de la concurrence n° 13-DCC-90 du 11-07-2013 (déjà citée), § 23. V. aussi en ce sens : Avis du Conseil de la concurrence, n° 2000-A-06 du 03-05-2000 relatif à l'acquisition par la société Carrefour de la société Promodès

⁴⁵ Décision de l'autorité de la concurrence n° 13-DCC-90 du 11-07-2013, § 24

⁴⁶ Au surplus, ce seuil est, là aussi, mobilisé dans d'autres pans du droit : il correspond ainsi au seuil d'assujettissement à la TASCOM (Art. 3 de la loi n° 72-657 du 13 juillet 1972) et sert de ligne de partage, dans le droit du travail national, pour déterminer ceux des commerces alimentaires de détails qui doivent, lorsqu'ils ouvrent le dimanche, proposer à leurs salariés une rémunération majorée d'au moins 30 % (v. art. L. 3132-13 du code du travail)

dernier puis la cour de Nancy, ayant rejeté ses requêtes, la société vous saisit désormais d'un pourvoi en cassation.

Nous l'évoquions en introduction, le fondement de la compétence du préfet est distinct. Cette compétence prend racine dans l'article L. 3134-7 du code du travail qui prévoit que des dérogations, tant au principe législatif d'interdiction qu'aux statuts locaux, peuvent être accordées par l'autorité administrative « *pour les catégories d'activités 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* ». Cette compétence est ainsi singulière à deux titres. D'une part, elle a vocation à s'exercer à une échelle plus fine, la catégorie d'activités étant à l'évidence plus étroite que la branche d'activité. D'autre part, elle a pour seul aiguillon la satisfaction des besoins susceptibles de revêtir un caractère pressant le dimanche⁴⁷. En somme, la loi autorise le préfet à « **faire de la dentelle** », pour compléter l'ouvrage du législateur et des collectivités par d'opportuns compléments ciblés.

Au travers d'un moyen d'erreur de droit, la société reproche à la cour d'avoir admis que la superficie des commerces pouvait constituer **un critère de nature à fonder légalement une catégorie d'activité**. A nos yeux, ce moyen peut être écarté. D'abord, à l'instar de la branche, la notion de catégorie d'activité, contrairement à ce que soutient le pourvoi, n'est pas définie et ne trouve pas d'écho pleinement topique dans la législation nationale. Par ailleurs, elle constitue là encore une traduction de la notion allemande de « Gewerbe », elle-même plastique puisque désignant toute activité à but lucratif exploitée de manière permanente⁴⁸. Ces circonstances plaident donc en faveur d'une souplesse certaine dans son maniement. Ensuite, nous l'évoquions, l'idée de catégorie vise à **permettre une segmentation plus fine**, ce qui est cohérent avec l'esprit de cette compétence subsidiaire reconnue au préfet, destinée à lui permettre de pallier les vides malvenus découlant des autres réglementations. Aussi, dès lors que nous vous proposons d'admettre ce critère au niveau de la branche, il doit en aller *a fortiori* de même au niveau de la catégorie. En l'occurrence, le seuil de 200 m² ici retenu, qui n'est plus contesté en tant que tel en cassation, faisait écho au souci du préfet de permettre l'ouverture des très petites surfaces quasi-exclusivement alimentaires pour que les habitants puissent **s'approvisionner auprès d'un commerce d'immédiate proximité le dimanche**.

⁴⁷ On relèvera toutefois que vous avez déjà accepté que le préfet intervienne pour ouvrir des commerces afin de faciliter « l'expansion du tourisme », alors même que la lettre du texte l'autorisait seulement à agir pour satisfaire les « besoins de la population » (v. CE, 31-05-1974, *Ministre c/ Fédération patronale de la Boulangerie de la Moselle et autres*, n° 90164, A)

⁴⁸ V. en ce sens le Fascicule 655 – artisanat du JurisClasseur Alsace-Moselle

Les deux autres moyens soulevés par le pourvoi ne sont pas davantage susceptibles d'emporter la cassation. Premièrement, la cour a suffisamment motivé son arrêt, en répondant en substance à l'argumentation tirée de ce que le critère de la superficie n'était pas pertinent. Deuxièmement, elle a eu raison d'estimer que le nombre de commerces figurant sous ce seuil était, par lui-même, inopérant pour apprécier la légalité de la catégorie ainsi retenue par le préfet.

PCMNC :

Sous les n° 424353 et n° 424414 :

- **A l'annulation de l'arrêt du 19 juillet 2018 en tant qu'il a, d'une part, annulé la délibération du conseil municipal de Strasbourg du 12 décembre 2016 en tant qu'elle autorise l'ouverture des commerces à prédominance alimentaire, hors drive, dont la surface de vente est inférieure ou égale à 1 000 m² à ouvrir le dimanche et les jours fériés, le matin et au maximum jusqu'à 13 heures, pendant 4 heures au plus, et, d'autre part, réformé le jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 14 juin 2017 en ce qu'il avait de contraire ;**
- **Au renvoi, dans cette mesure, de l'affaire à la cour de Nancy ;**
- **Au rejet du surplus des conclusions des pourvois ;**
- **Au rejet des conclusions présentées par les deux parties au titre de l'article L. 761-1 du CJA.**

Sous le n° 424389 :

- **A l'annulation de l'arrêt du 19 juillet 2018 à l'exception de son article 4 ;**
- **Au renvoi, dans cette mesure, de l'affaire devant la cour de Nancy ;**
- **A ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge de la société Jerodis au titre de l'article L. 761-1 du CJA, et au rejet des conclusions présentées par la société sur ce même fondement.**

Sous le n° 424344 au rejet du pourvoi.