HAL
open science

La liberté d'entreprendre, le repos dominical et la pandémie

Sébastien Brameret

To cite this version:

Sébastien Brameret. La liberté d'entreprendre, le repos dominical et la pandémie. La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2021, 10-11, pp.act. 168. hal-03189162

HAL Id: hal-03189162

https://hal.science/hal-03189162v1

Submitted on 9 Apr 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Libres propos

La liberté d'entreprendre, le repos dominical et la pandémie

Points-clés

Sébastien Brameret,
maître de conférences - université Grenoble Alpes, CRJ, F-38000 Grenoble

Les contraintes de lutte contre la pandémie et de prise en compte des libertés individuelles et économiques conduisent parfois le juge administratif à développer des trésors d'ingénierie juridique pour tenter de trouver la quadrature du cercle. Avec des résultats qui peuvent être déroutants, comme en témoigne une série d'ordonnances du TA de Clermont-Ferrand analysant des dérogations au droit au repos dominical pour certains dimanches de janvier et février 2021…

La conciliation de la liberté d'entreprendre avec la protection nécessaire de la santé des travailleurs donne régulièrement lieu à des débats passionnés (et passionnants) quant à la place de l'une par rapport à l'autre *(v., par ex., D. Roman, La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux, RDT 2007, p. 19 et s.).* Si l'on ajoute à ce duo les contingences de la crise sanitaire (représentée dans le théâtre juridictionnel par la protection du droit à la vie), la comédie peut virer à la tragédie.

Depuis le début de la crise sanitaire, le juge administratif fait preuve d'une minutie extrême dans le maniement du calendrier sanitaire pour apprécier le bien-fondé des mesures administratives ayant une portée économique. Si, généralement, les recours sont portés contre des mesures réglementaires restreignant l'exercice des libertés économiques, il peut arriver que les juges administratifs soient saisis de demandes tendant – au contraire – à renforcer les mesures sanitaires (par ex. la demande d'un confinement total de la population au début de la pandémie : *CE, ord. 22 mars 2020, Syndicat des jeunes médecins*) ou à limiter l'exercice de ces libertés. Ainsi, plusieurs tribunaux administratifs ont eu à apprécier de la légalité d'autorisations préfectorales permettant des dérogations au droit au repos dominical, dans le but de faciliter la reprise économique.

Si le principe du repos dominical simultané de l'ensemble des salariés d'une entreprise résulte de l'article L. 3132-3 du Code du travail (dont le Conseil constitutionnel a eu l'occasion d'affirmer la constitutionnalité : *Cons. const., 4 avr. 2014, n° 2014-374 QPC, Société Séphora ; JCP S 2014, act. 158*), le même code prévoit des exceptions. D'une part, il résulte de l'article L. 3131-20 que « *lorsqu'il est établi que le repos simultané, le dimanche, de tous les salariés d'un établissement serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de cet établissement, le repos peut être autorisé par le préfet, soit toute l'année, soit à certaines époques de l'année seulement* », dans le respect de certaines conditions. D'autre part, l'article L. 3131-26 du même code prévoit que « *ce repos peut être supprimé les dimanches désignés, pour chaque commerce de détail, par décision du maire prise après avis du conseil municipal* », le nombre d'exceptions ne pouvant pas excéder douze dimanches par an.

Dans le contexte sanitaire actuel, plusieurs préfets ont autorisé des ouvertures dominicales les dimanches de janvier et/ou février 2021. Certaines ont été attaquées devant les tribunaux administratifs, donnant l'occasion au juge de clarifier l'état du droit applicable en la matière. C'est malheureusement plutôt l'impression inverse qui se dégage des premières décisions rendues en la matière.

Le tribunal administratif de Clermont-Ferrand a eu à apprécier de la légalité de plusieurs décisions préfectorales ou communales d'ouverture dominicale et a rendu des décisions partiellement divergentes. Dans un premier temps, il juge que cette ouverture est possible en théorie, car, compte tenu de la baisse d'activité et de chiffre d'affaires liée à la fermeture au public des établissements commerciaux ainsi que des mesures sanitaires conduisant à limiter le nombre de clients accueillis simultanément dans ces établissements depuis leur réouverture, le repos simultané de l'ensemble du personnel compromet, « *dans ce contexte économique difficile* », le fonctionnement normal de ces établissements *(TA Clermont-Ferrand, ord. 9 janv. 2021, n° 2100023, Union départementale CGT du Puy-de-Dôme*). Mais, ajoute-t-il immédiatement, « *au moment où un virus mutant est susceptible d'accélérer la contagiosité* », la réouverture de ces commerces et établissements « *pour tous les dimanches du mois de janvier 2021, risquant d'augmenter ainsi de fait les jours de circulation et donc de contamination de celle-ci par le virus, alors même que la période officielle des soldes ne commence que le mercredi 20 janvier 2021 (porte) une atteinte grave et manifestement illégale (…) au repos dominical* » et « *au droit à la vie* » (dont on peine au passage à comprendre ce qu'elle vient faire dans cette galère).

En parallèle, d'autres tribunaux ne voyaient aucune objection à une ouverture dominicale pour les mêmes dimanches, ou certains d'entre eux. D'une part, « *outre que l'ouverture le dimanche permet de répartir la fréquentation des commerces sur une journée supplémentaire dans la semaine, l'arrêté en litige n'a ni pour objet ni pour effet d'assouplir le protocole sanitaire renforcé qui s'impose dans ces commerces » (TA Rennes, ord. 13 févr. 2021, n° 2100698, Union départementale CGT d'Ille-et-Vilaine).* La décision préfectorale (tout comme celles des maires) ne peut pas être assimilée de ce point de vue aux autorisations administratives d'ouverture des commerces non-alimentaires non-essentiels, qui avaient été systématiquement suspendues par les juridictions administratives au motif qu'une autorité de police générale (le maire, sur le fondement de l'article L. 2122-24 du CGCT) ne peut pas assouplir une mesure de police adoptée par une autorité de police spéciale au niveau national (le Premier ministre sur le fondement des articles L. 3131-15 et s. du CSP) *(S. Brameret, Arrêtés anti-fermeture : une rébellion municipale très politique », PUG, Le Virus de la recherche, 2021 : https://www.pug.fr/store/page/278/le-virus-de-la-recherche*).

D'autre part, « *il n'est pas démontré que le risque de contamination serait sensiblement accru du seul fait que les commerces sont autorisés à ouvrir trois jours supplémentaires au cours du mois de janvier* » *(TA Strasbourg, ord. 27 janv. 2021, n° 2100441, Union départementale des syndicats CGT du Bas-Rhin* : le juge se fonde ici sur les dispositions spécifiques de l'article L. 3134-4 du Code du travail applicables au territoire alsacien et mosellan, mais le raisonnement est

parfaitement transposable). Ce raisonnement est, *a foritiori*, valable si l'autorisation ne porte que sur un seul dimanche de la période de solde, en février *(TA Rennes, ord. 13 févr. 2021, préc.).* Il faut croire que les soldes attirent davantage les chalands en Auvergne qu'ailleurs sur le territoire…

Pourrait-on considérer, plus sérieusement, que des circonstances sanitaires particulières justifieraient un traitement juridique spécifique du territoire auvergnat, par application du principe d'égalité *(CE, sect., 10 mai 1974, Denoyez et Chorques : Lebon, p. 274)* ? C'est ce qui semble, nécessairement, ressortir de l'appréciation souveraine des juges du fond. D'ailleurs, le tribunal de Clermont-Ferrand ne s'est pas arrêté en si bon chemin. Dans un deuxième temps et par trois décisions rendues le même jour, il précise son appréciation, distinguant les dimanches en fonction des mois concernés : pour les deux derniers dimanches de janvier, l'autorisation d'ouverture doit être suspendue (à nouveau), car la préfète « *ne fait état d'aucun élément nouveau dans l'appréciation de la situation* » ; pour ceux de février, cette même autorité administrative pouvait « *tenir compte de la période des soldes officiels autorisée par le gouvernement qui risquent de provoquer une concentration dommageable de personnes, notamment le samedi dans les magasins concernés, au moment du début des vacances de février* » *(TA Clermont-Ferrand, ord. 31 janv. 2021, n° 2100210, Union départementale CGT du Puy-de-Dôme).* Mais n'était-ce pas déjà le cas pour la partie de la période des soldes se déroulant en janvier ? Un raisonnement identique est mené par le juge dans deux autres décisions (*TA Clermont-Ferrand, ord. 23 janv. 2021,* n° 2100122 et 2100124) rendues à propos d'autorisations communales d'ouverture. Certes, l'évolution de la pandémie nécessite que les autorités administratives aient une appréciation fine de l'évolution de la pandémie, mais la distinction entre les dimanches de soldes de janvier et ceux de février ne semble fondée sur aucun impératif objectif d'égalité (serait-ce alors les vacances ?).

Cette évolution n'était-elle pas plutôt une façon, pour le juge administratif, d'atténuer les conséquences d'une première interprétation limitant de façon excessive l'exercice de la liberté d'entreprendre ? Le doute est d'autant permis que, dans un troisième temps, ce même tribunal reprend cette formulation pour autoriser l'ouverture des commerces du département de l'Allier, en prenant soin toutefois d'adosser son argumentaire aux propos du Premier ministre du 29 janvier 2021 « *sur la situation prévisible de l'épidémie de Covid-19 au mois de février 2021* » *(TA Clermont-Ferrand, ord. 1er fév. 2021, n° 2100177, Union départementale CGT de l'Allier)*. Plus précisément, le juge met en avant *« la possibilité de la juguler sans confinement, compte tenu des nouvelles mesures annoncées notamment la fermeture des centres commerciaux de + 20 000 m2 dans le département de l'Allier comme dans le reste du territoire métropolitain, "c'est-à-dire ceux qui favorisent le plus de brassage de populations"* », selon les propos rapportés de J. Castex (*id.*). Il y aurait donc une différence objective de situation, résultant de l'adoption de nouvelles mesures au niveau national. Or, il n'y a pas de centre commercial de plus de 20 000 m^2 dans l'Allier, comme le rappelle France 3 Auvergne Rhône-Alpes *(« Covid-19 : la liste des centres commerciaux fermés en Auvergne », France3, 1er févr. 2021, consulté le 17 févr. 2021. https ://france3-regions.francetvinfo.fr/*).

La pandémie et les adaptations constantes du droit administratif qui ont été rendues nécessaires conduisent parfois le juge administratif à faire preuve des raisonnements les plus subtils pour concilier ce qui semble, *a priori*, inconciliable : la protection des travailleurs, la liberté d'entreprendre des commerçants, la lutte contre la pandémie (incarnée désormais devant les tribunaux par le droit à la vie). Le résultat brille parfois par son caractère sibyllin… Mais pourrait-il en aller autrement ? La question reste ouverte.

Mots-clés : Administration / Citoyens – Covid-19