

N°2102301

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

**CARREFOUR HYPERMARCHES et LA SOCIÉTÉ
DES NOUVEAUX HYPERMARCHÉS**

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme Magali Sellès
Juge des référés

Le juge des référés

Ordonnance du 3 septembre 2021

C
54-03

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 1^{er} septembre 2021, la société Carrefour hypermarchés et la société des nouveaux hypermarchés (SDNH), représentées par Me François Sureau, demandent au juge des référés, saisi sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

1°) à titre principal, d'ordonner la suspension immédiate des dispositions de l'article 5 et de l'Annexe I de l'arrêté du 31 août 2021 par lequel le préfet des Pyrénées-Atlantiques a subordonné l'accès aux centres commerciaux où sont exploités des hypermarchés à leur enseigne – à Anglet, à Bayonne et à Lescar – à la condition que les visiteurs et clients présentent un passe sanitaire ;

2°) à titre subsidiaire, d'enjoindre au préfet des Pyrénées-Atlantiques de modifier sans délai son arrêté afin, d'une part, que le libre accès à ces mêmes hypermarchés et aux produits de première nécessité qu'ils commercialisent puisse être rendu effectif par la création d'un circuit spécifique à l'intérieur des centres commerciaux concernés et, d'autre part, que soit instaurée une jauge d'accueil du public dans l'ensemble des centres commerciaux du département de façon proportionnée à leur surface ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat, sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative une somme de 5 000 euros.

Elles soutiennent, de manière générale, que la restriction à l'accès des centres commerciaux où sont situés les hypermarchés à son enseigne, résultant de l'obligation imposée aux visiteurs et clients de produire un passe sanitaire, porte une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'entreprendre, à la liberté du commerce et de l'industrie ainsi qu'à la liberté

N° 2102301

d'aller et venir dès lors que de telles mesures ne peuvent être regardées comme cohérentes et strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus, ni appropriés à la situation des trois hypermarchés en cause ; la gravité des atteintes portées aux libertés publiques en jeu et l'immédiateté de leurs effets justifient l'urgence à obtenir l'intervention du juge des référés à très bref délai ;

Elles précisent que :

- la condition d'urgence est remplie : les trois hypermarchés ici en cause accusent un fort ralentissement de chiffre d'affaires depuis la mise en œuvre d'un accès restreint (- 19,4 % à Anglet, - 16,8 % à Bayonne et - 23,3 % à Lescar) qui n'est pas comparable à la baisse du chiffre d'affaires des hypermarchés non concernés par la restriction, évaluée à 3,8 % pour la même période ; l'impact de la décision préfectorale est donc direct, immédiat et substantiel ; cette situation est aggravée par le fait que l'enseigne est la principale cible d'un boycott insistant sur les réseaux sociaux ;

- l'atteinte grave et manifestement illégale à plusieurs libertés fondamentales est caractérisée : la mesure de police sanitaire en litige n'est pas adaptée, ni nécessaire et proportionnée au regard des enjeux sanitaires poursuivis, de sorte qu'elle porte atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté du commerce et de l'industrie, entendues comme des libertés fondamentales au sens du référé-liberté, de même qu'à la liberté d'aller et venir, aggravée par l'existence d'une discrimination illégale entre les hypermarchés selon qu'ils sont ou non inclus dans un centre commercial ; en outre, elle prive les personnes ne disposant pas d'un passe sanitaire d'un accès aux biens de première nécessité commercialisés dans ces centres ; par ailleurs, le report de la clientèle vers d'autres centres commerciaux librement accessibles, qui ne sont pas dans une situation différente par rapport à la crise sanitaire, est en réalité de nature à aggraver le risque sanitaire dans la mesure où ces lieux et magasins sont plus petits et donc, susceptibles de propager davantage le variant du virus ; enfin, la restriction d'accès n'est pas nécessaire et proportionnée eu égard aux mesures déjà prises par l'enseigne au sein de ces hypermarchés et de la baisse significative du taux d'incidence dans le département des Pyrénées-Atlantiques ; des mesures moins attentatoires aux libertés en jeu peuvent être mises en œuvre, telle que la création d'un circuit spécifique de vente réservé aux commerces de biens de première nécessité, ce que prévoit d'ailleurs la loi du 5 août 2021, telle que précisée par la décision du Conseil constitutionnel.

Par un mémoire en défense, enregistré le 3 septembre 2021, le préfet des Pyrénées-Atlantiques conclut au rejet de la requête.

Il soutient que :

- l'urgence n'est pas caractérisée : dans la mesure où l'arrêté litigieux ne constitue que le prolongement de l'arrêté du 16 août 2021, les requérantes qui n'ont pas contesté en temps utile les prescriptions du premier arrêté ne peuvent se prévaloir d'une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés qu'elles invoquent ; en outre, les mesures litigieuses sont extrêmement limitées dans le temps et prendront fin le 5 septembre, dès lors, une suspension n'aurait qu'un très faible effet utile ;
- l'atteinte grave et manifestement illégale à plusieurs libertés fondamentales n'est pas caractérisée : d'une part, les mesures édictées par la décision contestée ne porte pas une atteinte grave et disproportionnée aux libertés fondamentales dont se prévalent les requérantes au regard du principe constitutionnel de protection de la santé publique auquel concourt l'arrêté, l'atteinte à la liberté d'entreprendre n'est qu'alléguée en ce que les données produites par les requérantes sur la baisse de leur chiffre d'affaires n'ont qu'une valeur probante limitée car elles proviennent

N° 2102301

des données internes à l'entreprise ; l'atteinte à la liberté d'aller et venir n'est pas plus établie étant donné que les clients sont libres de circuler vers d'autres enseignes alternatives et au sein même des centres commerciaux visés par les prescriptions de l'arrêté sous réserve d'effectuer un test antigénique à l'entrée des centres ; enfin la différence de traitement avec les autres établissements de grande distribution est justifiée par la taille des établissements en cause qui induisent un brassage supérieur de population. Enfin, les mesures proposées par les requérantes sont impraticables. D'autre part, les mesures édictées sont nécessaires au vu de la dégradation de la situation sanitaire liée à l'accélération du variant delta, elle sont en outre adaptées au risque lié à une concentration de population élevée au sein des enseignes en cause notamment en ce que la garantie de l'accès aux biens et service de première nécessité doit se faire compte tenu de l'offre externe aux centres commerciaux concernés ; elles sont enfin proportionnées dans le temps et dans l'espace.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la Constitution du 4 octobre 1958, notamment son préambule et le renvoi qu'il opère à la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen de 1789 ;
- la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 ;
- la loi n°2021-1040 du 5 août 2021 ;
- les décrets n°2021-699 et n°2021-1059 du 7 août 2021 ;
- le code de justice administrative.

La Présidente du tribunal a désigné Mme Sellès pour statuer sur les demandes de référé.

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

Au cours de l'audience publique tenue le 3 septembre 2021 en présence de Mme Ugarte, greffière d'audience, Mme Sellès a lu son rapport.

Ont été entendues :

- les observations de Me Bouniol-Brochier, représentant la société Carrefour hypermarchés et la société des nouveaux hypermarchés, qui a conclu aux mêmes fins par les mêmes moyens et en outre a développé l'interprétation qu'il y a lieu de donner à l'article 1^{er} de la loi du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire au vu des débats parlementaires et de la décision du Conseil constitutionnel n° 2021-824 DC du 5 août 2021 ;
- les observations de M. V., représentant le préfet des Pyrénées-Atlantiques, qui conclut aux mêmes fins par les mêmes moyens et en outre sur la nécessité de protéger la santé publique, attestée par les chiffres de l'Agence régionale de santé pour le département des Pyrénées-Atlantiques et sur l'interprétation de la loi faite par les sociétés requérantes erronée compte tenu de l'offre commerciale alternative existante.

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.* ». Il appartient au juge des référés, dès lors qu'existe une situation d'urgence caractérisée justifiant le prononcé de mesures de sauvegarde à très bref délai, lorsqu'il constate une atteinte grave et manifestement illégale portée par une personne publique à une liberté fondamentale résultant, comme en l'espèce, d'une restriction de police, de prescrire les mesures qui sont de nature à faire disparaître les effets de cette atteinte en portant une appréciation sur le caractère adapté, nécessaire et proportionné de la mesure prononcée.

2. Par l'arrêté n°64-2021-08 portant diverses mesures visant à limiter la propagation du virus Sars-Cov-2 dans les Pyrénées-Atlantiques, le préfet de ce département a notamment décidé, à l'article 5 que « A compter du mercredi 1^{er} septembre et jusqu'au 5 septembre inclus, les personnes majeures doivent, pour être accueillies dans les centres commerciaux et grands magasins visés à l'annexe 1 du présent arrêté [i.e. BAB2 à Bayonne et Anglet, Carrefour Lescar], présenter un passe sanitaire, c'est-à-dire l'un des documents visés à l'article 47-1 1° du décret n°2021-699 du 1^{er} juin modifié ». La société Carrefour Hypermarchés et la société des nouveaux hypermarchés ont saisi le juge des référés de la présente requête, enregistrée le 1^{er} septembre 2021 à 13h58, en vue d'obtenir à titre principal, la suspension de la restriction d'accès prévue par l'arrêté litigieux et à titre subsidiaire, la création d'un circuit spécifique à l'intérieur des centres commerciaux concernés afin de permettre le libre accès aux produits de première nécessité.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

En ce qui concerne l'urgence :

3. Eu égard à l'impact, notamment économique, des mesures de restriction en cause, en raison du report de clientèle que celles-ci engendrent sur l'équilibre financier des établissements concernés, les sociétés requérantes justifiant d'un fort ralentissement de chiffre d'affaires depuis la mise en œuvre d'un accès restreint (- 19, 4 % à Anglet, - 16, 8 % à Bayonne et - 23, 3 % à Lescar) qui n'est pas comparable à la baisse du chiffre d'affaires des hypermarchés non concernés par la restriction, évaluée à 3, 8 % pour la même période, ainsi qu'aux restrictions d'accès aux produits de première nécessité proposés par certains commerces de ces grands magasins et centres commerciaux que l'arrêté institue, la condition d'urgence doit être regardée comme remplie, sans que la durée de l'arrêté préfectoral attaqué, qui peut être reconduit, ne puisse remettre en cause l'urgence précitée.

N° 2102301

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

4. Aux termes de l'article 1^{er} de la loi susvisée du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire : « I.- La loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire est ainsi modifiée : 1° L'article 1er est ainsi modifié : (...) ; / b) Le II est ainsi rédigé. « II.-A.-A compter du 2 juin 2021 et jusqu'au 15 novembre 2021 inclus, le Premier ministre peut, par décret pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19 :... 2° subordonner à la présentation soit du résultat d'un examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19, soit d'un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19, soit d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19 l'accès à certains lieux, établissements, services ou événements où sont exercées les activités suivantes (...) f) Sur décision motivée du représentant de l'Etat dans le département, lorsque leurs caractéristiques et la gravité des risques de contamination le justifient, les grands magasins et centres commerciaux, au-delà d'un seuil défini par décret, et dans des conditions garantissant l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité ainsi, le cas échéant, qu'aux moyens de transport. ». Le seuil des magasins et centres pouvant faire l'objet des mesures de restriction précitées est fixé à 20 000 m² par l'article 47-1 du décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire, modifié par le décret n° 2021-1059 du 7 août 2021.

5. Il résulte de ces dispositions, éclairée par les travaux parlementaires préparatoires, notamment les débats ayant eu lieu durant la séance du 25 juillet 2021, ainsi que de la décision du Conseil Constitutionnel n° 2021-824 DC du 5 août 2021, que les restrictions d'accès aux grands magasins et centres commerciaux pouvant être mises en place par arrêté préfectoral en cas d'aggravation importante des risques sanitaires liés à l'épidémie de Covid-19 doivent garantir l'accès des personnes ne disposant pas de passe sanitaire aux biens et services de première nécessité ainsi, le cas échéant, qu'aux moyens de transport situés dans l'enceinte de ces magasins et centres, sans que puisse être invoquée l'existence d'une offre commerciale externe alternative.

6. Or, il ressort des termes même de l'arrêté du préfet des Pyrénées-Atlantiques du 31 août 2021 que les mesures de restriction imposées s'appliquent de façon générale et absolue à l'ensemble des commerces situés dans les grands magasins et centres commerciaux listés à l'annexe I de l'arrêté attaqué et ne prévoient aucun aménagement permettant de réserver l'accès des personnes ne disposant pas de passe sanitaire aux établissements commercialisant des biens de première nécessité dans l'enceinte de ces magasins et centres, en particulier aux commerces alimentaires, en méconnaissance des dispositions législatives applicables précitées.

7. En conséquence, ces mesures contreviennent aux dispositions législatives précitées, sans que puisse être soutenue la nécessité de préserver la santé publique compte tenu du taux d'incidence du département des Pyrénées-Atlantiques, de 131,7 sur 100 000, qui est en phase de diminution, même s'il est supérieur au taux d'incidence régional.

8. Il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de répondre aux autres moyens de la requête, que les requérantes sont fondées à soutenir, qu'en l'état de l'instruction, l'arrêté du préfet des Pyrénées-Atlantiques du 31 août 2021 porte une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'entreprendre et à la liberté du commerce et de l'industrie

N° 2102301

des établissements offrant des produits de première nécessité situés au sein des magasins et centres commerciaux qu'il vise ainsi qu'à la liberté d'aller et venir.

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

9. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de mettre à la charge de l'Etat la somme que la société Carrefour hypermarchés et la société des nouveaux hypermarchés (SDNH) demandent au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

ORDONNE :

Article 1^{er} : L'exécution de l'article 5 et de l'Annexe I de l'arrêté du 31 août 2021 de l'arrêté du préfet des Pyrénées-Atlantiques du 31 août 2021 est suspendue.

Article 2 : Le surplus des conclusions de la requête de la société Carrefour hypermarchés et de la société des nouveaux hypermarchés est rejeté.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Carrefour Hypermarchés, à la société des nouveaux hypermarchés et au préfet des Pyrénées Atlantiques.

Une copie pour information sera transmise au ministre de l'intérieur.

Fait à Pau, le 3 septembre 2021.

Le juge des référés,

signé

M. SELLES

La République mande et ordonne au préfet des Pyrénées-Atlantiques, chacun en ce qui le concerne, et 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 en chef
Signé P. UGARTE