

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE TOULOUSE**

N°2005497

PREFET DE TARN-ET-GARONNE

M. Bentolila
Juge des référés

Ordonnance du 9 novembre 2020

54-035
C

Vu la procédure suivante :

Par une requête du 31 octobre 2020 et un mémoire du 5 novembre 2020, le préfet de Tarn-et-Garonne, demande au juge des référés, d'ordonner, sur le fondement de l'article L.2131-6 du code général des collectivités territoriales, la suspension de l'arrêté du 30 octobre 2020 par lequel le maire de Montauban a autorisé à compter du 31 octobre 2020 à 8 h 00, le maintien de l'ouverture des commerces non-alimentaires de Montauban.

Le préfet de Tarn-et-Garonne soutient que :

- la condition d'urgence n'est pas exigée en cas de demande de suspension présentée par le préfet ; en tout état de cause la condition d'urgence est justifiée par le fait que l'absence de suspension pourrait provoquer des flux de populations alors que la situation sanitaire est fortement dégradée dès lors que le taux d'incidence au covid-19 dans la ville de Montauban est passé à la date du 29 octobre 2020 à 638,1 pour 100 000 habitants, et le taux de positivité à 20,8%, ce qui atteste d'une progression constante de la maladie ;

- l'arrêté contesté du maire de Montauban qui autorise l'ouverture de tous les commerces non-alimentaires présents sur le territoire de la commune alors que ces commerces ne sont pas au nombre de ceux autorisés à ouvrir, listés expressément par l'article 37 du décret n°2020-1310 modifié du 29 octobre 2020, viole ce décret et donc se trouve entaché d'illégalité ; par ailleurs alors que le pouvoir de police générale du maire ne lui permet d'adopter que des mesures plus restrictives prévues par une norme supérieure, en l'espèce, le décret enfreint par l'arrêté est intervenu sur le fondement du pouvoir de police spéciale conféré au premier ministre par l'article L.3131-15 du code de la santé publique et prive donc le maire de tout pouvoir de police générale ;

- si la commune dans son mémoire en défense, invoque l'atteinte à la libre concurrence, il n'entre en tout état de cause pas dans les pouvoirs de police du maire de réguler le marché économique ; il n'appartient pas plus au maire de définir la notion de biens

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

« essentiels » pour la population de sa commune ; la commune ne peut pas invoquer d'exception d'illégalité du décret dès lors que l'arrêté du maire de Montauban ne constitue pas un acte d'application du décret du 29 octobre 2020.

Par un mémoire enregistré le 4 novembre 2020, la commune de Montauban, par l'intermédiaire de son maire en exercice et représentée par Me Pelissier conclut au rejet de la requête du préfet de Tarn-et-Garonne et à ce que soit mise à la charge de l'Etat la somme de 2 000 euros sur le fondement de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

La commune fait valoir que la condition d'urgence n'est pas remplie au regard des exigences de l'article L 521-1 du code de justice administrative, les éléments invoqués à cet égard par le préfet étant lapidaires et n'étant corroborés par aucune pièce ; si par l'effet du décret du 2 novembre 2020 l'atteinte au principe de libre concurrence – qui s'impose à l'administration même sans texte - entre les petits commerces et la grande distribution provoquée par le décret du 29 octobre 2020 a cessé, cette atteinte au détriment des petits commerçants, subsiste du fait du maintien de l'autorisation des activités des grandes plateformes de commerce en ligne ; cette distorsion de concurrence est d'autant plus grave que les commerces ont déjà subi les conséquences désastreuses du premier confinement, que leur situation financière est gravement obérée et que leur survie est en jeu pour une part importante d'entre eux ; les achats réalisés auprès des grandes plateformes de commerce en ligne, constitueront autant de ventes dont seront définitivement privés lors du déconfinement ou d'un éventuel allègement de celui-ci, les commerces considérés actuellement comme « non-essentiels » ; les mesures financières adoptées pour compenser les effets économiques de la fermeture, ne redresseront pas les effets de la distorsion de concurrence ; aucune disposition législative ou réglementaire ne définit ce qu'est un bien « essentiel », les biens essentiels ne sauraient être réduits aux seuls produits de première nécessité, les livres, les vêtements et les produits électro-ménagers devant notamment être considérés comme des biens « essentiels » ; l'article 37 du décret du 29 octobre 2020 modifié, porte atteinte au principe d'égalité entre les administrés, qui constitue aussi un principe fondamental du droit communautaire, dès lors qu'au regard de l'objectif de santé publique, le virus peut se transmettre à l'occasion d'une livraison ou d'un retrait de colis d'un achat effectué en ligne ; l'article 37 du décret du 29 octobre 2020 modifié est par ailleurs entaché d'illégalité dès lors que la jurisprudence exige que la mesure de police présente un caractère adapté et proportionné au regard de l'objectif de santé publique ; en l'espèce cette mesure ne présente pas ces caractères dès lors qu'elle ne comporte aucune appréciation des circonstances locales justifiant de telles restrictions dans les zones géographiques concernées, ni aucune possibilité de modulation par le préfet de département, alors que par ailleurs un protocole sanitaire strict et adapté permettrait de maintenir ouverts les magasins concernés et qu'il n'est pas établi qu'un tel protocole sanitaire ne serait pas respecté ou risquerait de ne pas l'être.

Vu :

- le déféré enregistré le 31 octobre 2020, sous le n° 2005512, par lequel le préfet de Tarn-et-Garonne demande l'annulation de l'arrêté du 30 octobre 2020 par lequel le maire de Montauban a autorisé à compter du 31 octobre 2020 à 8 h 00, le maintien de l'ouverture des commerces non-alimentaires de Montauban;

- les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- le code de la santé publique ;
- le décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire ;
- le décret n°2020-1331 du 2 novembre 2020 modifiant le décret n° 2020-1310 du 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 ;
- le code de justice administrative.

La présidente du tribunal a désigné M. Bentolila, vice-président, pour statuer sur les demandes de référé.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 6 novembre 2020 à 9 h 30 en présence de Mme Guérin, greffière d'audience:

- le rapport de M. Bentolila, juge des référés ;
- les observations de Me Pelissier avocat de la commune de Montauban qui confirme ses écritures et fait par ailleurs valoir que le décret du 26 octobre 2020 modifié dont l'application est écartée par l'arrêté en litige, pose en premier lieu la question de la définition des biens et donc des commerces ou non essentiels ; cette notion qui n'est pas définie juridiquement par les textes ni par la jurisprudence et sur laquelle repose le décret est contestable ; ainsi en Belgique, les livres sont considérés comme des biens essentiels ; le décret crée une distorsion de concurrence et une rupture d'égalité au détriment des commerces avec le commerce des grandes plateformes numériques, qui n'est pas justifiée au regard de l'objectif de santé publique dès lors que la livraison des produits commandés en ligne peut tout autant, compte tenu notamment du toucher manuel des objets, constituer un vecteur de contamination, que la vente en magasins ; la jurisprudence exige par ailleurs que la mesure de police présente un caractère adapté et proportionné au regard de l'objectif de santé publique ; en l'espèce, le décret ne prévoit aucune adaptation aux circonstances locales ni de pouvoir de modulation confié au préfet et se trouve donc entaché d'illégalité ; ainsi que cela a été le cas en Allemagne des mesures moins contraignantes auraient pu être prises, consistant en la mise en place de protocoles sanitaires adaptés aux commerces de proximité ;

- le préfet de Tarn-et-Garonne n'étant pas représenté.

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

Considérant ce qui suit :

1. Par un arrêté du 30 octobre 2020, le maire de Montauban a autorisé le maintien de l'ouverture de l'ensemble des commerces non-alimentaires de la ville à compter du 31 octobre 2020 à 8 heures. Par la présente requête, le préfet de Tarn-et-Garonne demande au juge des référés, sur le fondement des dispositions combinées de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales, d'ordonner la suspension de l'exécution de cet arrêté municipal.

2. Aux termes du 1er alinéa de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales : « *Le représentant de l'Etat dans le département défère au tribunal administratif les actes mentionnés à l'article L. 2131-2 qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission.* ». L'article L. 554-1 du code de justice administrative dispose que : « *Les demandes de suspension assortissant les requêtes du représentant de l'Etat dirigées contre les actes des communes sont régies par le 3ème alinéa de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales ci-après reproduit : « Art. L. 2131-6, alinéa 3.- Le représentant de l'Etat peut assortir son recours d'une demande de suspension. Il est fait droit à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué. Il est statué dans un délai d'un mois.* » (...) ».

3. En premier lieu, il résulte des dispositions précitées, que contrairement à ce que fait valoir la commune en défense, en tout état de cause, le préfet de Tarn-et-Garonne n'a pas à démontrer dans le cadre de la présente procédure, que la suspension de l'arrêté du 30 octobre 2020 présenterait un caractère d'urgence.

4. En second lieu, en ce qui concerne la condition tenant à l'existence d'un doute sérieux sur la légalité de l'arrêté du 30 octobre 2020, aux termes de l'article L. 3131-12 du code de la santé publique, introduit par la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 : « *L'état d'urgence sanitaire peut être déclaré sur tout ou partie du territoire (...) en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population.* » Aux termes de l'article L. 3131-15 de ce code dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le Premier ministre peut notamment, 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 (...)* ». Par un décret du 14 octobre 2020, le président de la République a déclaré l'état d'urgence sanitaire sur l'ensemble du territoire de la République à compter du 17 octobre 2020 à 0 heure. Par le décret du 29 octobre 2020 modifié par un décret du 2 novembre 2020, le Premier ministre a prescrit dans le cadre du confinement les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de cet état d'urgence sanitaire. Au nombre de ces mesures est énoncée par son article 37 la liste des commerces autorisés à ouvrir pendant le confinement.

5. Tout d'abord, pour ce qui est du moyen invoqué par le préfet, tiré de ce que le maire n'était pas compétent pour prendre l'arrêté d'autorisation d'ouverture de l'ensemble des commerces, il résulte des dispositions précitées que le législateur a institué une police spéciale donnant au premier Ministre en vertu de l'article L. 3131-15 précité du code de la santé publique la compétence pour édicter, dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, un certain nombre de mesures dont notamment celles figurant à l'article 37 du décret du 29 octobre 2020 modifié. La police spéciale instituée par le législateur, pendant la période où elle trouve à s'appliquer, ne permet au maire que de prendre au titre de son pouvoir de police générale des mesures supplémentaires de restriction, et ce à la double condition que des raisons impérieuses liées à des circonstances locales, en rendent l'édiction indispensable et de ne pas compromettre la cohérence et l'efficacité de celles prises dans ce but par les autorités compétentes de l'Etat. En l'espèce, l'arrêté du maire de Montauban, ne répond pas aux conditions précitées dès lors principalement qu'il ne constitue pas une mesure de restriction supplémentaire prise dans un but de santé publique, mais au contraire un arrêté d'autorisation

fondé sur des considérations économiques tenant à l'existence d'une concurrence déloyale entre les petits commerçants et les grandes plateformes numériques de commande en ligne, la commune convenant dans son mémoire en défense et à l'audience que la rupture d'égalité entre les petits commerces et les supermarchés et hypermarchés sur laquelle se fonde également l'arrêté, a quant à elle été supprimée par l'intervention du décret du 2 novembre 2020 modifiant le décret du 26 octobre 2020. Par cet arrêté qui ne peut non plus dès lors qu'il autorise ce qui est interdit par décret, constituer un acte d'application des mesures de police spéciale portées par le décret, se rattachant aux articles L. 2212-1 et L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, autorisant le maire, y compris en période d'état d'urgence sanitaire, à prendre des mesures destinées à contribuer à la bonne application, des mesures décidées au niveau de l'Etat, le maire de Montauban a donc pris une décision n'entrant pas dans le champ de ses pouvoirs de police. Le préfet de Tarn-et-Garonne est donc fondé pour le seul motif que le maire de Montauban a outrepassé ses pouvoirs en matière de police, à demander la suspension de l'arrêté du 30 octobre 2020.

6. Par ailleurs, en tout état de cause, le préfet de Tarn-et-Garonne est également fondé à soutenir que l'arrêté municipal, est entaché au-delà de la question du pouvoir de police du maire, d'une violation du décret modifié du 29 octobre 2020. En effet, il résulte des dispositions de l'article 37 de ce décret, que l'accueil du public dans les établissements relevant de la catégorie M, « magasins de vente, centres commerciaux », du règlement pris pour l'application de l'article R. 123-12 du code de la construction et de l'habitation, n'est autorisé, en dehors des livraisons et retraits de commandes, que pour ceux d'entre eux, notamment alimentaires, dont la liste est donnée par cet article. Il apparaît que l'arrêté du 30 octobre 2020, qui autorise l'ouverture de tous les commerces et donc de commerces autres que les commerces autorisés par l'article 37 du décret du 29 octobre 2020 modifié, est ainsi que le soutient le préfet, directement contraire au décret. Toutefois à cet égard, la commune fait valoir en réponse à ce moyen, que le décret dans son article 37, serait lui-même entaché d'illégalité. Elle soutient en effet dans son mémoire en défense, comme elle l'a fait à l'audience, que l'article 37 du décret serait entaché d'erreur de droit en ce qu'il se fonde, pour déterminer les commerces pouvant rester ouverts, sur une notion de biens « non-essentiels » n'ayant aucune consistance juridique. S'il est vrai qu'aucune norme ne définit les biens « non-essentiels », le Premier ministre, par l'article 37 du décret lequel au demeurant n'emploie pas cette expression, a pu dans l'exercice de son pouvoir de police spéciale en matière de santé publique, à fin d'empêcher la circulation des personnes pendant la période de confinement, limiter l'ouverture des commerces à ceux vendant les produits les plus essentiels concernant tant l'alimentation, que le fonctionnement des secteurs économiques dont l'activité reste autorisée pendant le confinement.

7. Par ailleurs, la commune invoque l'atteinte au principe de libre concurrence au détriment des petits commerçants et au profit des grandes plateformes numériques auquel porterait atteinte le décret modifié du 29 octobre 2020. Toutefois, rien ne s'oppose à ce que dans l'intérêt général, des situations différentes soient régies de manière différente à condition que cette différenciation soit fondée au regard de l'objectif d'intérêt général qui est poursuivi. Si le décret du 29 octobre 2020, modifié par le décret du 2 novembre 2020, crée objectivement au regard de la libre concurrence, une rupture d'égalité entre les grandes plateformes de commerce en ligne et les petits commerces, cette rupture d'égalité est justifiée par la différence de situation objective entre les modes de vente en ligne – vente en ligne au demeurant autorisée pour l'ensemble des commerces - et les modes de vente en magasin. La commune de Montauban invoque à cet égard le fait que si l'activité de vente en ligne exclut lors de la commande tout risque de transmission du virus, elle présente des risques lors de la

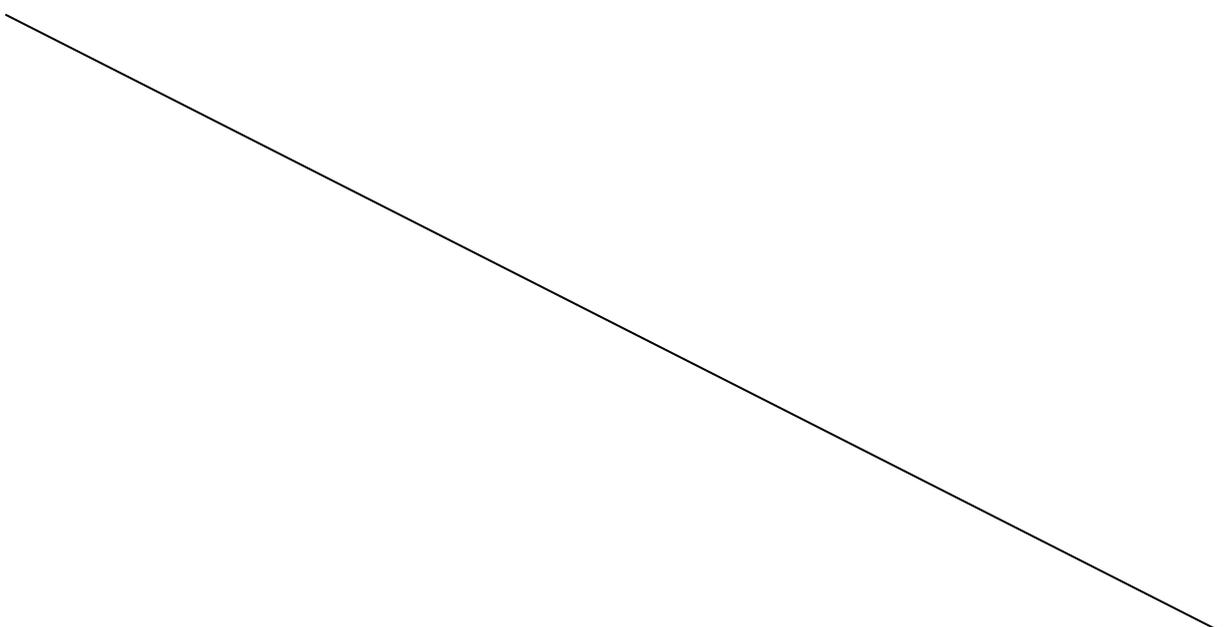
livraison des produits. Toutefois, ce risque est manifestement très inférieur à celui induit au-delà de l'acte de vente en magasin lui-même, par la sortie des personnes de leur domicile qui serait provoquée par l'ouverture de ces commerces, et par la promiscuité que ce soit à l'intérieur, ou à l'extérieur des magasins qui serait créée par l'ouverture de l'ensemble des commerces.

8. La commune de Montauban soutient enfin que le décret du 29 octobre 2020 modifié qui est opposé à l'encontre de son arrêté ne présenterait pas un caractère proportionné et adapté dès lors que l'article 37 de ce décret ne comporte aucune possibilité d'appréciation des circonstances locales, alors qu'un protocole sanitaire strict et adapté permettrait de maintenir ouverts les magasins concernés. Toutefois, le caractère proportionné d'une mesure de police s'apprécie nécessairement en tenant compte de ses conséquences pour les personnes concernées et de son caractère approprié pour atteindre le but d'intérêt général poursuivi. Sa simplicité et sa lisibilité, nécessaires à sa bonne connaissance et à sa correcte application par les personnes auxquelles elle s'adresse, sont un élément de son effectivité qui doivent, à ce titre, être prises en considération. Eu égard à la nette aggravation de la crise sanitaire, le prononcé d'une mesure de fermeture de certains commerces, rendue possible uniquement aux fins de lutter contre la propagation du virus est une mesure qui, en l'état de l'instruction, n'est pas manifestement injustifiée par la situation sanitaire spécifique qui prévaut sur le territoire national. En outre, dans sa requête, le préfet fait savoir que le taux d'incidence à la maladie covid-19 dans la ville de Montauban est passé à la date du 29 octobre 2020 à 638,1 pour 100 000 habitants et le taux de positivité à 20,8%, attestant d'une progression constante de la maladie dans la commune. Dans ces conditions, la mesure de police prise par le Premier ministre, au titre de la santé publique, par l'article 37 du décret du 29 octobre 2020 modifié n'apparaît ni disproportionnée ni inadaptée.

9. Il résulte de tout ce qui précède qu'il y a lieu de faire droit aux conclusions présentées par le préfet de Tarn-et-Garonne aux fins de suspension de l'exécution de l'arrêté du 30 octobre 2020 du maire de Montauban.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

10. Les conclusions présentées sur ce fondement par la commune de Montauban partie perdante au présent litige ne peuvent être que rejetées.



O R D O N N E :

Article 1^{er} : L'exécution de l'arrêté du maire de Montauban du 30 octobre 2020 est suspendue jusqu'à ce qu'il soit statué au fond sur la légalité de cet arrêté.

Article 2 : Les conclusions de la commune de Montauban tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la préfète de Tarn-et-Garonne, à la commune de Montauban, et à Me Pelissier.

Fait à Toulouse, le 9 novembre 2020.

Le juge des référés,

P. BENTOLILA

Le greffier,

S. GUERIN

La République mande et ordonne au préfet de Tarn-et-Garonne 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 conforme,
le greffier,