

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE TOULOUSE**

N° 2104928

SOCIÉTÉ SODIGAR

M. Teulière
Juge des référés

Ordonnance du 24 août 2021

54-035-03
C

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le juge des référés

Vu la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 19 août 2021, la société Sodigar, représentée par Me De Gerando, demande au juge des référés, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

1°) de suspendre l'exécution de l'arrêté du préfet de la Haute-Garonne du 12 août 2021 en ce qu'il impose à sa clientèle venant acheter des produits de première nécessité, la présentation du « passe sanitaire » à l'entrée du centre commercial où est situé son hypermarché et de la décision du même préfet du 16 août 2021 lui interdisant de laisser entrer et sortir sa clientèle sans présentation du « passe sanitaire » par une entrée/sortie indépendante du centre commercial ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 7 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- elle a un intérêt à agir dès lors que l'obligation de « passe sanitaire » restreint sa liberté d'entreprendre et de commerce alors que des hypermarchés concurrents n'y sont pas astreints ;

- la condition relative à l'urgence est remplie, la rapidité avec laquelle le préfet a mis en place l'obligation ne lui a pas permis de communiquer avec sa clientèle alors que l'information d'une impossibilité d'entrer dans le centre commercial sans « passe sanitaire » était rapidement mise en avant, elle subit depuis le 16 août 2021 une baisse de fréquentation de 31% engendrant une baisse de chiffre d'affaires de 31,2 %, la perte de chiffre d'affaires peut être estimée à environ 4 500 000 euros sur la durée de l'obligation, elle doit prendre la décision de mise au chômage partiel de ses personnels et doit assumer une charge supplémentaire de 60 000 euros par mois au titre de l'emploi d'agents de sécurité, elle est menacée d'une fermeture administrative imminente, sa clientèle qui ne peut présenter de « passe sanitaire » va se trouver en difficulté et se détourner de son hypermarché ;

- en ce qui concerne l'accès de la clientèle depuis les entrées du centre commercial, il n'était pas possible légalement de soumettre à la présentation d'un « passe sanitaire » l'entrée à un centre commercial où est situé un magasin vendant des produits de première nécessité puisque la loi elle-même garantit l'accès des personnes à ces biens et services, rien dans la loi ne prévoit que le préfet puisse se fonder sur la présence d'autres commerces de vente de produits de première nécessité à l'échelle du bassin de vie, l'arrêté et la décision attaqués méconnaissent donc l'article 1^{er} de la loi du 5 août 2021 et portent ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à sa liberté d'entreprendre et de commerce, l'arrêté n'est, en outre, pas suffisamment motivé sur les caractéristiques du centre commercial et la gravité des risques de contamination pour ce centre ;

- en ce qui concerne l'accès de la clientèle depuis une entrée indépendante du centre commercial, elle bénéficie de cette entrée indépendante du centre commercial à partir du parking en sous-sol et se trouve donc dans la même situation que des hypermarchés situés en dehors de centres commerciaux ou dans des centres de moins de 20 000 m² et non soumis à l'obligation de « passe sanitaire », l'astreindre à l'obligation de présentation du « passe sanitaire » n'est pas conforme à l'article 1^{er} de la loi qui ne prévoit d'obligation de présentation qu'à l'entrée du centre commercial, l'obligation de présentation du « passe sanitaire » à cette entrée/sortie indépendante, qui dessert un magasin de moins de 14 000 m², n'est pas nécessaire et proportionnée aux risques de contamination qui ont justifié ladite mesure, cette obligation méconnaît également le principe d'égalité devant les charges publiques et instaure une distorsion de concurrence entre des magasins placés dans une même situation.

Par un mémoire en défense, enregistré le 23 août 2021, le préfet de la Haute-Garonne conclut au rejet de la requête.

Il fait valoir que les conditions tenant à l'urgence et à l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale ne sont pas remplies, qu'aucun des motifs avancés par la société, matériellement inexacts, ne justifie d'une urgence particulière, que le document présenté par le commissaire aux comptes ne couvre que deux jours, les 16 et 17 août 2021 et que la société n'appliquait justement pas le contrôle du « passe sanitaire » le 16 août, que la baisse de 21,1 % de chiffre d'affaires du 16 août 2021 ne peut donc être imputée au « passe sanitaire » et que le différentiel réel n'est que de 9,9 points, qu'une extrapolation sur soixante-dix jours est hasardeuse, ou pire, mensongère, qu'il n'est pas possible de conclure à l'existence d'un lien de causalité entre l'obligation de présentation du « passe sanitaire » et la baisse de fréquentation de l'hypermarché, que l'arrêté du 12 août 2021 ne porte pas une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté d'entreprendre et de commerce de la société requérante, qu'il n'y a pas d'atteinte non nécessaire ou disproportionnée à cette liberté ; que son arrêté du 12 août 2021 est pleinement motivé, qu'il n'est par ailleurs pas possible d'exclure artificiellement l'hypermarché Leclerc de l'ensemble que constitue le centre commercial dont il est un élément indissociable, ni possible de maintenir une entrée sans « passe sanitaire », l'obligation devant s'appliquer à tous les accès du centre commercial, que l'arrêté attaqué n'induit pas des distorsions de concurrence ou des ruptures d'égalité.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire ;
- le décret n° 2021-1059 du 7 août 2021 ;
- la décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021 du Conseil Constitutionnel ;
- le code de justice administrative.

La présidente du Tribunal a désigné M. Teulière, premier conseiller, pour statuer sur les demandes de référé.

Les parties ont été convoquées à l'audience publique du 23 août 2021 à 10 heures.

Ont été entendus, au cours de l'audience publique, tenue en présence de Mme Tur, greffière d'audience :

- le rapport de M. Teulière,
- les observations de Me De Gerando, avocat représentant la société Sodigar, qui confirme ses écritures et soutient en outre que l'urgence est établie par la baisse de fréquentation et du chiffre d'affaires de l'entreprise qui s'est poursuivie et concerne également les autres hypermarchés Leclerc, qu'il existe un lien entre l'augmentation du dépistage et celui du taux d'incidence, que la dégradation d'une situation sanitaire est liée au non-respect des gestes barrières, qu'il n'existe qu'un risque de saturation hospitalière, que les gestes barrières ont un caractère primordial, qu'une population plus vulnérable se trouve spécifiquement visée par les mesures, qu'en application de la loi sur la gestion de la crise sanitaire, il doit toujours être possible d'accéder à des produits de première nécessité, y compris dans un hypermarché inclus dans un centre commercial, qu'avec la notion de bassin de vie, l'administration raisonne sur un secteur trop large comme zone de chalandise, que la loi n'interdit pas le dispositif mis en place depuis son entrée indépendante, que les risques de contamination accrus dans les centres commerciaux ne sont pas établis,
- et les observations de M. X, représentant le préfet de la Haute-Garonne, qui confirme ses écritures et précise les motifs pour lesquels l'urgence ne peut être regardée comme établie, qu'il existe une saturation hospitalière, que le nombre de contaminations et l'épidémie sont en augmentation, que l'obligation du port du masque résulte de la contamination par des personnes vaccinées comme de personnes non vaccinées, que la loi est d'application générale et non réservée à la protection des personnes non vaccinées, que l'offre de proximité est dense et forte sur l'aire urbaine, que la notion de bassin de vie est fonctionnelle et pratique, que la loi doit s'appliquer sur l'ensemble des entrées du centre commercial et qu'aucune divisibilité ne peut, en l'espèce, être opérée pour l'entrée indépendante de l'hypermarché.

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

Une note en délibéré, présentée pour la société Sodigar, a été enregistrée le 23 août 2021 et n'a pas été communiquée.

Considérant ce qui suit :

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

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

3. Par un arrêté du 12 août 2021, le préfet de la Haute-Garonne a fixé la liste des centres commerciaux et grands magasins du département de la Haute-Garonne, dont la surface commerciale utile dépasse 20 000 m² et dont l'accès est subordonné à la présentation d'un « passe sanitaire » qui peut revêtir la forme soit d'un résultat d'examen de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la covid-19, soit d'un justificatif de statut vaccinal, soit d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination. Le centre commercial de Roques-sur-Garonne, dont fait partie l'hypermarché exploité par la société requérante, figure sur cette liste. Par une décision du 16 août 2021 valant mise en demeure de la société Sodigar pour non-respect des mesures sanitaires par un établissement recevant du public, le préfet de la Haute-Garonne a également interdit à la société requérante de laisser entrer et sortir sa clientèle par une entrée indépendante du centre commercial sans contrôle du « passe sanitaire ». Par sa requête, la société Sodigar demande la suspension de l'exécution de l'arrêté préfectoral du 12 août 2021 et de la décision du 16 août 2021.

Sur l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale :

4. Dans l'actuelle période de crise sanitaire, il appartient aux différentes autorités compétentes de prendre, en vue de sauvegarder la santé de la population, toutes dispositions de nature à prévenir ou à limiter les effets de l'épidémie. Ces mesures, qui peuvent limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux doivent, dans cette mesure, être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent. Par ailleurs, d'une part, si la liberté d'entreprendre est une liberté fondamentale au sens des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, cette liberté s'entend de celle d'exercer une activité économique dans le respect de la législation et de la réglementation en vigueur et conformément aux prescriptions qui lui sont légalement

imposées, tout spécialement lorsqu'elles poursuivent une exigence aussi impérieuse que la protection de la santé publique. D'autre part, dès lors que l'exercice de pouvoirs de police administrative est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de services, la circonstance que les mesures de police ont pour objectif la protection de l'ordre public n'exonère pas l'autorité investie de ces pouvoirs de police de l'obligation de prendre en compte également la liberté du commerce et de l'industrie.

5. 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 paragraphe I de l'article 1^{er} modifie ainsi le A du paragraphe II de l'article 1^{er} de la loi du 31 mai 2021 afin notamment d'élargir les cas dans lesquels le Premier ministre peut subordonner l'accès à certains lieux, établissements, services ou événements à la présentation d'un « passe sanitaire ». Par sa décision susvisée du 5 août 2021, le Conseil Constitutionnel a jugé qu'en prévoyant l'application de ces mesures notamment aux grands magasins et centres commerciaux, le législateur a réservé leur application à des activités qui mettent en présence simultanément un nombre important de personnes en un même lieu et présentent ainsi un risque accru de transmission du virus et que le législateur a entouré de garanties l'application de ces mesures, en prévoyant, s'agissant de leur mise en œuvre pour les centres commerciaux qu'elles devaient garantir l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité ainsi qu'aux moyens de transport accessibles dans l'enceinte de ces magasins et centres.

6. Aux termes de l'article 47-1 du décret susvisé du 7 août 2021 : « I.- Les personnes majeures doivent, pour être accueillies dans les établissements, lieux, services et événements mentionnés aux II et III, présenter l'un des documents suivants : 1° Le résultat d'un examen de dépistage, d'un test ou d'un autotest mentionné au 1° de l'article 2-2 réalisé moins de 72 heures avant l'accès à l'établissement, au lieu, au service ou à l'évènement. Les seuls tests antigéniques pouvant être valablement présentés pour l'application du présent 1° sont ceux permettant la détection de la protéine N du SARS-CoV-2 ; 2° Un justificatif du statut vaccinal délivré dans les conditions mentionnées au 2° de l'article 2-2 ; 3° Un certificat de rétablissement délivré dans les conditions mentionnées au 3° de l'article 2-2. La présentation de ces documents est contrôlée dans les conditions mentionnées à l'article 2-3. A défaut de présentation de l'un de ces documents, l'accès à l'établissement, au lieu, au service ou à l'évènement est refusé, sauf pour les personnes justifiant d'une contre-indication médicale à la vaccination dans les conditions prévues à l'article 2-4. II.- Les documents mentionnés au I doivent être présentés pour l'accès des participants, visiteurs, spectateurs, clients ou passagers aux établissements, lieux, services et événements suivants : 7° Les magasins de vente et centres commerciaux, relevant du type M mentionné par le

règlement pris en application de l'article R. 143-12 du code de la construction et de l'habitation, comportant un ou plusieurs bâtiments dont la surface commerciale utile cumulée calculée est supérieure ou égale à vingt mille mètres carrés, sur décision motivée du représentant de l'Etat dans le département, lorsque leurs caractéristiques et la gravité des risques de contamination le justifient 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. ».

7. D'une part, l'arrêté contesté du 12 août 2021 subordonne, en application de la loi relative à la gestion de la crise sanitaire, l'accès de neuf centres commerciaux du département de la Haute-Garonne à la présentation du « passe sanitaire ». Il résulte de l'instruction que le préfet de la Haute-Garonne a pris soin de vérifier que, pour chaque centre commercial concerné dont celui en litige de Roques-sur-Garonne, il existait une offre de proximité équivalente permettant l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité. Dans ces conditions, l'arrêté intervient dans des conditions garantissant l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité ainsi que l'exige la loi et ne méconnaît donc pas les dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 5 août 2021. Ainsi, il ne saurait être valablement soutenu que l'arrêté contesté, au demeurant pris après un examen circonstancié et motivé en droit et en fait, serait entaché d'une illégalité manifeste et qu'il porterait, par suite, une atteinte manifestement illégale à la liberté d'entreprendre et de commerce de la société requérante. Par ailleurs, la seule présence d'un hypermarché d'une surface commerciale inférieure au seuil réglementaire de 20 000 m² au sein d'un centre commercial ne saurait faire obstacle à la mise en œuvre de l'obligation de présentation du « passe sanitaire » prévue par la loi pour l'accès à un tel lieu.

8. D'autre part, par sa décision du 16 août 2021 valant mise en demeure, le préfet de la Haute-Garonne a imposé le contrôle du « passe sanitaire » à l'entrée n°4 du centre commercial de Roques-sur-Garonne. Il est constant qu'il s'agit d'une entrée/sortie à partir du parking en sous-sol, qui permet une desserte directe de l'hypermarché. Il résulte toutefois de l'instruction, qu'il n'existe pas, au débouché de cette entrée, de séparation physique entre les lignes de caisse de l'hypermarché et les boutiques de la galerie marchande qui y font face, la société ayant seulement installé, au milieu de cet espace commun, une ligne de barrières de sécurité. Dans ces conditions, il ne saurait être valablement soutenu que la mesure en cause qui a pour effet d'obliger au contrôle du « passe sanitaire » à l'entrée n°4 du centre commercial serait entachée d'une illégalité manifeste et qu'elle porterait, par suite, une atteinte manifestement illégale à la liberté d'entreprendre et de commerce de la société requérante. Pour les mêmes motifs, la société requérante, qui ne se trouve, en tout état de cause, pas dans la même situation que d'autres sociétés exploitant des hypermarchés qui ne sont pas inclus dans un centre commercial, ne peut valablement soutenir que la décision contestée du préfet du 16 août 2021 ne serait pas nécessaire et proportionnée aux risques sanitaires qu'elle avait pour objet de prévenir.

9. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la condition relative à l'urgence, que la société requérante n'est pas fondée à demander la suspension de l'exécution de l'arrêté préfectoral du 12 août 2021 ni de la décision du 16 août 2021.

Sur les conclusions présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

10. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que l'Etat, qui n'a pas la qualité de partie perdante, verse à la société Sodigar la somme réclamée en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

ORDONNE

Article 1^{er} : La requête de la société Sodigar est rejetée.

Article 2 : La présente ordonnance sera notifiée à la société Sodigar et au préfet de la Haute-Garonne.

Fait à Toulouse le 24 août 2021.

Le juge des référés

La greffière

T. TEULIERE

P. TUR

La République mande et ordonne au préfet de la Haute-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,