

## CONCLUSIONS

### M. Charles TOUBOUL, rapporteur public

Le principe du repos dominical, consacré par la loi du 13 juillet 1906, constitue un élément central du droit du travail, même s'il a été assorti, dès l'origine, de dérogations pour répondre à certains besoins<sup>1</sup>. Près d'un siècle plus tard, l'évolution des habitudes de consommation, les ouvertures erratiques de certains magasins et les enjeux économiques, sociaux et sociétaux qui s'y attachent ont fait de ces dérogations et de l'intérêt de les étendre une question très débattue dans la sphère politique mais aussi entre « les experts ».

A la suite des travaux menés en 2007 au sein du Conseil économique et social<sup>2</sup> et après plusieurs initiatives parlementaires, la proposition de loi dite « Mallié »<sup>3</sup> devenue la loi du 10 août 2009<sup>4</sup> a apporté des modifications importantes au cadre juridique du travail dominical. Elle a notamment organisé plusieurs régimes de dérogation à base géographique qui se sont assez rapidement révélés complexes à mettre en œuvre.

Constatant que les ouvertures dominicales n'étaient « *plus correctement régulées* » et que le cadre issu de la « loi Mallié » était « *peu lisible, source de contentieux permanent* » et qu'il avait « *créé des inégalités de traitement peu compréhensibles entre salariés* », le Premier ministre a demandé à Jean-Paul Bailly de réexaminer ces questions<sup>5</sup>. Son rapport, remis en décembre 2013<sup>6</sup>, a jeté les bases des dispositions introduites dans le projet de loi « dit Macron », devenues les articles 247 et suivants de loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, modifiant les articles L. 3132-13 et suivants du code du travail.

Ces dispositions ont notamment modifié les régimes de dérogation à base géographique. Les périmètres d'usage de consommation exceptionnels ou « PUCE » créés par la loi Mallié ont ainsi été transformés en « zones commerciales » et les « communes d'intérêt touristique et thermales » ont été transformées en « zones touristiques ». Parallèlement, un nouveau régime a fait son apparition avec les « zones touristiques internationales » (ZTI). Les modalités de mise en œuvre de ces nouvelles règles ont été fixées par le décret n° 2015-1173

<sup>1</sup> Articles 2 et suivants de celle loi.

<sup>2</sup> « Les mutations de la société et les activités dominicales », Étude présentée par M. Jean-Paul Bailly, 2007.

<sup>3</sup> Proposition de loi n° 1685 du 19 mai 2009 réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires.

<sup>4</sup> Loi n° 2009-974 du 10 août 2009 réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires.

<sup>5</sup> Lettre de mission du 30 septembre 2013.

<sup>6</sup> J-P Bailly, « Rapport sur la question des exceptions au repos dominical dans les commerces : vers une société qui s'adapte en gardant ses valeurs », La documentation française, décembre 2013.

du 23 septembre 2015 précisant les critères de délimitation de ces zones par l'autorité compétente qui se trouve être le préfet de région, sauf en ce qui concerne les ZTI, qui sont créées et délimitées par arrêté ministériel.

C'est ce décret que la Fédération CGT des personnels du commerce, de la distribution et des services et autres attaquent devant vous.

Vous pourrez admettre la recevabilité des interventions en défense de la société « Beaugrenelle Patrimoine », qui justifie d'un intérêt suffisant au maintien du décret attaqué.

**1. Les trois moyens de légalité externe articulés par les requérantes ne vous retiendront pas longtemps.**

Un premier moyen conteste **l'absence d'étude d'impact suffisante** du décret. La fiche mise en ligne sur le site Légifrance serait lacunaire, ce qui méconnaîtrait la circulaire du Premier ministre du 17 juillet 2013 relative au gel de la réglementation. Mais vous jugez de manière constante que ce type de circulaires « *qui se bornent à fixer des orientations pour l'organisation du travail gouvernemental* » ne peuvent être utilement invoquées pour soutenir qu'un décret serait irrégulier, faute d'avoir été accompagné d'une étude d'impact (voyez votre décision du 9 juillet 2007, Syndicat EGF BTP et autres, n° 297711, au recueil). Cette solution a été explicitement confirmée au sujet de la circulaire du 17 juillet 2013, par plusieurs de vos décisions encore rendues en début d'année (v. not. le 17 mars dernier, *Syndicat français de l'industrie cimentière*, n°392865, aux tables sur un autre point<sup>7</sup>). Vous n'aurez donc pas à répondre sur le fond à la critique de l'insuffisance de la fiche d'impact.

Un deuxième moyen conteste l'absence de **consultation de toutes les organisations syndicales** au sujet de ces dérogations au repos hebdomadaire, consultation qui aurait été imposée par la convention 106 de l'OIT et par le principe de participation découlant du 8<sup>ème</sup> alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

En ce qui concerne l'article 7 de la convention 106 de l'OIT, il est vrai que l'obligation de consultation qui y figure a été regardée comme d'effet direct par votre décision du 24 février 2015 Fédération des employés et cadres CGT et autres, aux tables, n°374726, à propos, déjà, des dérogations au repos dominical (pour les magasins de bricolage). Mais vous avez aussi jugé à cette occasion « *que ces stipulations ne précisent pas la nature et les formes des consultations qu'elles prévoient* » et en avez déduit qu'elles pouvaient être satisfaites de différentes manières.

Dans ce précédent de février 2015, il s'agissait de la consultation des organisations professionnelles ainsi que des auditions menées par une personnalité qualifiée désignée par le Gouvernement pour préparer le projet. Aujourd'hui, il est encore plus aisé de répondre au moyen puisque sans même avoir à rappeler les étapes antérieures de la conception de la réforme, il ressort des pièces produites par le ministre que le Gouvernement a consulté la Commission nationale de la négociation collective (CNNC), c'est à dire l'organisme institué à l'article L. 2271-1 du code du travail aux fins mêmes de recueillir l'avis des partenaires sociaux sur ce type de texte<sup>8</sup>. Vous pourrez donc écarter, au fond, le moyen tiré de la violation de la convention 106 de l'OIT.

<sup>7</sup> V. aussi, écartant le moyen sur le terrain d'une méconnaissance tout à la fois de la circulaire du 17 juillet 2013 et de celle du 17 février 2011 : CE, 1er fév. 2017, CGT, n°391058 et 391060.

<sup>8</sup> La circonstance que cette consultation ne soit pas mentionnée dans les visas du décret est indifférente à cet égard.

Et cette même consultation de la CNNC vous permettra d'écarter le moyen tiré de la méconnaissance du principe de participation découlant du 8<sup>ème</sup> alinéa du Préambule de 1946 sans avoir à vous prononcer sur son opérance au cas présent.

Un troisième et dernier moyen de légalité externe conteste le défaut de consultation de **l'autorité de la concurrence** qui se serait imposée en vertu de l'article L. 462-2 du code de commerce aux termes duquel cette autorité est obligatoirement consultée « *par le Gouvernement sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet (...) 2° D'établir des droits exclusifs dans certaines zones* ».

Vous n'aurez pas à trancher la question de savoir si les modifications introduites par le décret instituent un « *régime nouveau* » au sens de ces dispositions du code de commerce. Vous pourrez en effet écarter plus directement le moyen en constatant qu'il n'y a pas ici de droit exclusif. Si votre jurisprudence est peu abondante sur ce point, il résulte néanmoins de votre décision Mutuelle centrale des finances du 23 décembre 2010 qu'est un droit exclusif au sens de ces dispositions du code de commerce celui tendant à « *réserver à un seul organisme le droit d'offrir* » certains biens ou services. Il faut donc, en somme, un monopole. C'est là une acception assez classique de la notion, tirant sa source du droit de l'Union européenne et auquel d'ailleurs Claire Legras empruntait dans ses conclusions sur ce précédent de 2010. Or, dans le cas qui vous occupe aujourd'hui, les dérogations au repos dominical, qui s'appliquent à l'ensemble des entreprises concernées au sein d'une zone géographique, sont étrangères à toute idée de monopole.

**2.** Sur le terrain de la légalité interne, la requête met principalement en cause **la conventionnalité** du nouveau dispositif au regard de la convention n°106 de l'OIT sur le repos hebdomadaire (commerce et bureau) de 1957 et plus particulièrement au regard des stipulations de ses articles 6 et 7.

L'article 6 de cette convention consacre le principe d'un jour de repos hebdomadaire et il prévoit que cette période de repos sera « *autant que possible accordée en même temps à toutes les personnes intéressées d'un même établissement* » et qu'elle « *coïncidera, autant que possible, avec le jour de la semaine reconnu comme le jour de repos par la tradition ou les usages du pays ou de la région* ». Il résulte de ces stipulations que, pour la France, le principe doit bien être un repos hebdomadaire incluant le dimanche.

L'article 7 de la convention OIT est quant à lui relatif aux dérogations, que la convention désigne sous le terme de « *régimes spéciaux* ». Il énonce en effet que : « *Lorsque la nature du travail, la nature des services fournis par l'établissement, l'importance de la population à desservir ou le nombre des personnes employées ne permettent pas l'application des dispositions de l'article 6, des mesures pourront être prises, par l'autorité compétente ou par l'organisme approprié dans chaque pays, pour soumettre, le cas échéant, des catégories déterminées de personnes ou des catégories déterminées d'établissements comprises dans le champ d'application de la présente convention à des régimes spéciaux de repos hebdomadaire, compte tenu de toute considération sociale et économique pertinente* ».

Vous avez implicitement reconnu **l'effet direct** de ces stipulations lorsque vous vous êtes prononcés sur la conventionnalité du régime issu de la « loi Mallié » par votre décision CFTC du 2 décembre 2011, n°333472 au recueil.

On peut donc examiner sur le **fond** l'argumentation développée par les requêtes qui se présente en deux parties. Les requérantes contestent d'abord le cadre juridique français de manière générale et transversale, avant de critiquer les différents régimes particuliers de dérogation au repos dominical.

**2.1** Commençons par les **critiques générales**. Elles tendent à faire reconnaître une forme d'inconventionnalité structurelle du cadre juridique français à plusieurs égards.

Première critique générale, notre droit interne ignorerait les stipulations de l'article 7 de la convention qui n'envisageraient la création de régimes spéciaux que lorsqu'il y a une véritable **impossibilité de mettre en œuvre le repos dominical**. Il faut reconnaître que la lettre de ces stipulations, semblant réserver les régimes spéciaux aux cas où certaines circonstances « *ne permettent pas* », pour reprendre ses termes, l'application des principes de son article 6, va plutôt en ce sens<sup>9</sup>. Mais cette interprétation littérale n'aurait pas beaucoup de signification comme le relevait Claire Landais dans ses conclusions dans l'affaire de 2011 sur le dispositif issu de la loi de 2009 où elle observait « *que dans les faits il n'est jamais radicalement impossible de fermer un commerce le dimanche et que la question qui importe est celle des conséquences préjudiciables d'une telle fermeture et donc celle de l'équilibre à trouver entre intérêts et impératifs contradictoires* ». Et c'est bien cette lecture de l'article 7 de la convention qui a été retenue par votre décision de 2011, qui ne subordonne pas la conventionnalité des dérogations à une impossibilité avérée d'accorder le repos le dimanche.

Deuxième critique générale, la législation française sur les dérogations ne viserait pas « *des catégories déterminées de personne ou des catégories déterminées d'établissement* » comme ces mêmes stipulations l'exigent. Mais cette question là aussi a été tranchée par votre décision de 2011. Vous avez en effet jugé que le fait pour le législateur d'avoir supprimé la condition tenant à la nature des biens et services vendus par les établissements concernés et la nécessité d'une autorisation administrative préalable ne méconnaissait pas l'exigence de détermination des dérogations, dès lors qu'elles étaient limitées aux seuls commerce de vente au détail situés dans des périmètres définis par l'autorité administrative. Il en va rigoureusement de même avec les dispositions dont vous avez à connaître aujourd'hui.

Troisième et dernière critique générale, la législation française ne tiendrait compte que de considérations économiques et pas de **considérations sociales** alors que la convention exige bien que les deux soient pris en considération. Ce moyen là est plus original par rapport à ceux auxquels vous avez dû répondre en 2011. Et il est indéniable que le débat sur les impacts de la loi de du 6 août 2015, comme celui de 2009 du reste, s'est beaucoup focalisé sur des considérations économiques, telles que le potentiel pour la croissance et l'attractivité de la France mais pas, nous semble t-il, au point de méconnaître l'exigence conventionnelle d'une prise en compte des aspects sociaux. Sans même parler des objectifs poursuivis en matière d'emploi, liés au surcroît d'activité escompté, le législateur a renforcé les garanties offertes aux salariés, en conditionnant les dérogations à l'existence d'accords collectifs sur les contreparties et à l'accord individuel et écrit de chaque salarié concerné. Les considérations sociales ont ainsi bien été prises en compte comme l'exige la convention OIT.

---

<sup>9</sup> Position soutenue semble t-il également par la commission des experts de l'OIT dans son rapport de 2011 sur l'application des conventions et recommandations, p.732.

**2.2** Voilà pour les critiques générales. On peut en venir aux critiques adressées à **chacun des régimes dérogatoires à base géographique** pris en particulier et commencer par **les zones touristiques et les zones touristiques internationales**.

Ces zones sont en réalité issues ou inspirées de la catégorie antérieure « des communes d'intérêt touristique ou thermales et zones touristiques d'affluence exceptionnelle » dont vous aviez admis la compatibilité avec la convention 106 de l'OIT dans votre décision de 2011.

Vous aviez en effet jugé qu'elles assuraient « *la satisfaction, pendant certaines périodes de l'année, des besoins d'une population supplémentaire importante fréquentant ces communes ou ces zones* », ce qui constituait « *des considérations pertinentes au sens des stipulations* » applicables.

**2.2.1** Les critères de délimitation des **zones touristiques** aujourd'hui en litige reprennent ceux de la catégorie unique précédente, essentiellement fondés sur la capacité d'hébergement et qui évoluent très peu avec le décret attaqué. Votre analyse de 2011 reste donc pleinement d'actualité et vous pourrez la réitérer au sujet des dispositions contestées.

**2.2.2** Il en va différemment pour les **zones touristiques internationales (ZTI)** dont les critères sont nouveaux. Aux termes de la loi, ces zones sont établies compte tenu du « *rayonnement international de ces zones, de l'affluence exceptionnelle de touristes résidant hors de France et de l'importance de leurs achats* ». Ces considérations se rattachent comme pour les zones touristiques classiques à « *l'importance de la population à desservir* » au sens de l'article 7 de la convention OIT. L'objectif poursuivi par le législateur est de favoriser l'attractivité de la France dans la compétition internationale, où la possibilité offerte aux touristes étrangers de faire leurs achats y compris le dimanche est déterminante. Il s'agit d'une considération économique pertinente au sens du même article de la convention. S'y ajoutent des considérations sociales, comme les gains escomptés en termes d'emploi et, au plan individuel, la garantie du volontariat et les contreparties accordées aux salariés concernés dans ces zones. Les différents paramètres qui devaient être pris en compte par le législateur et le pouvoir réglementaire en vertu de la convention ont ainsi bel et bien été pris en compte.

Reste la question de la proportionnalité, c'est à dire celle de savoir si le régime des ZTI assure un équilibre suffisant entre le principe du repos dominical et les dérogations qui lui sont apportées. Il faut s'arrêter ici davantage sur les questions soulevées par la requête, le décret n'encadrant pas beaucoup plus que la loi elle-même ces ZTI, avec les quatre critères qu'il énonce : « *1° Avoir un rayonnement international en raison d'une offre de renommée internationale en matière commerciale ou culturelle ou patrimoniale ou de loisirs ;/ 2° Etre desservie par des infrastructures de transports d'importance nationale ou internationale ;/ 3° Connaître une affluence exceptionnelle de touristes résidant hors de France ; / 4° Bénéficier d'un flux important d'achats effectués par des touristes résidant hors de France, évalué par le montant des achats ou leur part dans le chiffre d'affaires total de la zone* ».

On le voit : point de seuil chiffré ni même de critère susceptible d'une application mécanique ou parfaitement objective et bien des questions d'interprétation à la clé. Mais l'encadrement ainsi opéré par le législateur et le pouvoir réglementaire pour les ZTI n'est pas d'une nature différente pour les communes touristiques tout court que vous n'avez pas eu de mal à valider en 2011 et que nous vous avons invité à valider de nouveau.

Surtout, il nous semble que les quatre critères des ZTI fixés par les dispositions précitées ne sont pas une façade. Ils ont une réelle portée normative, ils sont cumulatifs et ils sont vérifiables, ce qui permettra un contrôle juridictionnel effectif de leur respect par l'autorité administrative, aussi bien quant au principe de la création d'une zone que quant à son périmètre exact. C'est donc au juge de ces arrêtés ministériels qu'il appartiendra de veiller, dans chaque cas de figure, au respect de cet équilibre et c'est à ce juge qu'il reviendra de censurer des ZTI dont la création ou le périmètre serait excessif au vu des considérations avancées par le ministre, soit au regard des textes internes soit au regard des stipulations de la convention OIT. Il nous semble que ni la loi ni le décret attaqué n'ouvrent à ce point la création de ces zones touristiques internationales que les exigences de la convention puissent être regardées comme méconnues. Vous pourrez donc écarter les moyens articulés contre les dispositions régissant ces ZTI.

**2.2.3** On en vient maintenant aux **zones commerciales** que l'article L. 3132-25-1 du code du travail définit comme celles « *caractérisées par une offre commerciale et une demande potentielle particulièrement importantes, le cas échéant en tenant compte de la proximité immédiate d'une zone frontalière* ». Les zones commerciales sont les héritières des périmètres d'usage de consommation exceptionnelle (PUCE) de la loi de 2009 qui avaient été institués en grande partie pour légaliser des pratiques d'ouverture dominicale ancrées sur certains points du territoire. Vous aviez admis la conventionnalité de ces PUCE dans votre décision de 2011 en jugeant que « *ce nouveau régime spécial a[vait] pour objet de répondre aux besoins d'une clientèle importante résidant dans de grandes agglomérations* ». C'était en effet la situation de fait à laquelle entendait répondre ce régime en 2009. Le même type de considérations est à l'œuvre aujourd'hui avec les zones commerciales issues de la loi de 2015 et vous pourrez en valider le principe en constatant qu'elles visent aussi à tenir compte de l'évolution des modes de vie et de distribution depuis la création des PUCE il y a 8 ans ainsi que, comme le législateur l'a précisé lui-même, de la proximité avec les zones frontalières.

Mais qu'en est-il de la proportionnalité ? La question se pose de manière différente des ZTI, car avec les zones commerciales, on dispose de seuils chiffrés dans le décret attaqué, de sorte que la part exacte qu'il peut jouer dans une éventuelle « rupture de l'équilibre » exigé par la convention OIT est plus facile à mesurer. L'article R. 3132-20-1 issu de ce décret fixe en effet 3 conditions cumulatives : *1° Constituer un ensemble commercial (...) d'une surface de vente totale supérieure à 20 000 m<sup>2</sup> ; / 2° Avoir un nombre annuel de clients supérieur à 2 millions ou être située dans une unité urbaine comptant une population supérieure à 100 000 habitants ; / 3° Etre dotée des infrastructures adaptées et accessible par les moyens de transport individuels et collectifs* », les deux premiers critères étant abaissés lorsque la zone est située à moins de 30 km d'une offre concurrente dans un pays voisin. Pour les anciens PUCE, le seul critère chiffré était celui de la présence dans une unité urbaine d'un million d'habitant. Ce seuil passe à 100 000 habitants : il est donc divisé par 10. Concrètement, les PUCE pouvaient être créés dans 4 unités urbaines sur le territoire national alors que les zones commerciales pourront l'être dans 61 unités. Si l'on cherche à se faire une idée concrète de ce que ces 61 unités urbaines recouvrent, on aboutit potentiellement à 2044 communes françaises pour des zones regroupant près de 30 millions d'habitants soit la moitié de la population. Il y a de quoi être troublé.

Il faut en outre relever que les autres critères ne permettent pas de réduire ce champ potentiel. Le critère des 2 millions de clients est certes restrictif (puisque seuls 67 centres commerciaux atteignent ce chiffre) mais comme on l'a vu, il est alternatif à celui de l'unité urbaine de plus de 100 000 habitants. Quant aux deux autres critères, ils réduisent assez peu le

champ virtuel des dérogations : le seuil de 20 000 m<sup>2</sup> de surface de vente est semble-t-il atteint par 289 centres commerciaux en 2014 qui ont tous des infrastructures adaptées.

Au total, il est indéniable que la loi et le décret ont desserré le dispositif des PUCE avec les nouvelles zones commerciales (dans le cadre de l'étude d'impact du projet de loi, le Gouvernement envisageait d'ailleurs un passage de 41 PUCE à une fourchette comprise entre 60 et 100 zones commerciales).

Mais le font-ils au point de méconnaître la convention n°106 de l'OIT ? Nous ne le pensons pas et cela pour trois raisons qui tiennent toutes à la portée qu'il convient de donner aux stipulations de cette convention.

En premier lieu, il ne faut pas l'oublier, les stipulations de la convention, comme les dispositions interne ici contestées, relèvent toutes du droit du travail et visent la protection des salariés<sup>10</sup>. Ce qui compte n'est donc pas l'essor des ouvertures dominicales dans le commerce ou même le fait qu'un nombre toujours plus élevé de personnes fassent leurs courses le dimanche mais bien le nombre de salariés concernés. Il y a sans doute un lien entre les deux, mais il est n'est pas mécanique, surtout dans les grands centres commerciaux, seuls concernés par les dispositions ici attaquées, dont on sait qu'ils emploient peu de salariés à comparer à leur surface de vente, à leur nombre de visiteurs et à leur chiffre d'affaires. **La banalisation de l'ouverture dominicale n'est pas celle du travail dominical** et si la réforme de 2015 fait un pas de plus dans le sens de la première nous n'avons aucune preuve ni même d'indice tangible de la seconde. Aucune pièce du dossier ni aucune statistique publique n'étaye la thèse d'un risque d'augmentation du travail dominical notamment quant au nombre de salariés concernés<sup>11</sup>. Malgré la mesure supplémentaire d'instruction que vous avez ordonnée, le ministre n'a pas été en mesure de livrer une information sur le nombre de salariés susceptibles d'être concernés par ces nouvelles zones commerciales.

En deuxième lieu, parce que la convention tend justement à la protection des salariés, le respect de ses stipulations ne peut s'en tenir à une approche macro-économique ou sociale. Elle doit prendre en considération le **sort des salariés effectivement concernés**. A cet égard, une extension du travail dominical n'a évidemment pas la même signification au regard de la convention OIT selon qu'il est imposé au salarié ou qu'il l'a choisi et selon qu'il y trouve des contreparties ou non. Or, sur ce point, la loi d'août 2015 constitue indéniablement un progrès par rapport à sa devancière de 2009 en généralisant les garanties que constituent le principe du volontariat et le droit à des contreparties. Il faut en outre rappeler que seuls les commerces où un accord collectif aura été conclu sur ces contreparties (ou un référendum d'entreprise les aura approuvées) auront le droit d'ouvrir et de faire travailler leurs salariés le dimanche en vertu des textes attaqués, ce qui est un verrou essentiel.

En troisième lieu, la convention OIT n'a jamais été regardée comme **spécialement exigeante**. On l'a citée en commençant. Ce sont ses propres stipulations qui énoncent que ce n'est qu'« *autant que possible* » que le repos hebdomadaire sera accordé en même temps à toutes les personnes intéressées d'un même établissement et ce n'est, répète-t-elle « *qu'autant que possible* » qu'il coïncidera avec le jour de la semaine reconnu comme le jour de repos par la tradition ou les usages du pays ou de la région. L'approche plutôt modérée que vous avez

<sup>10</sup> L'article L. 3132-3 du code du travail le souligne d'ailleurs nettement en affirmant le principe selon lequel : « *Dans l'intérêt des salariés, le repos hebdomadaire est donné le dimanche* ».

<sup>11</sup> La part des salariés du commerce (1 718 000 : source DGE, Etudes économiques, Les chiffres clés du commerce, éd. 2016) semble d'ailleurs assez limitée dans la population active (28 726 500 : source INSEE enquête emploi en continu - Insee Résultat 2015).

adoptée en 2011 et que nous vous invitons à maintenir n'est pas de nature à mettre notre pays à l'index dans la communauté des Etats signataires de la convention.

On peut même relever que la France est des plus précautionneuses sur ces questions à comparer à la pratique d'autres pays proches de nous<sup>12</sup>. Les pays avec lesquels nous avons le plus l'habitude de nous comparer, le Royaume-Uni et la RFA, ne sont pas parties à la convention. Mais l'Italie, l'Espagne et le Portugal le sont et ils admettent très largement le recours au travail dominical sans que cela n'ait semble-t-il suscité la moindre difficulté au regard de la convention ici invoquée. Il y aurait ainsi un certain **paradoxe**, pour ne pas dire un certain décalage, à censurer pour méconnaissance de la convention OIT le cadre juridique issu de la loi d'août 2015 et de son décret d'application sur le fondement de cette convention<sup>13</sup>.

Pour l'ensemble de ces raisons, nous ne pensons pas que les dispositions législatives et réglementaires contestées méconnaissent en elles-mêmes les articles 6 et 7 de la convention 106 de l'OIT en ce qui concerne les zones commerciales<sup>14</sup>, non plus qu'en ce qui concerne les zones touristiques et les zones touristiques internationales.

**3. Un dernier moyen de conventionnalité est articulé au regard de l'article 10 de la même convention** aux termes duquel « *1. Des mesures appropriées seront prises pour assurer la bonne application des règles ou dispositions relatives au repos hebdomadaire, par une inspection adéquate ou par d'autres moyens. / 2. Si les moyens par lesquels il est donné effet aux dispositions de la présente convention le permettent, l'application effective desdites dispositions sera assurée par l'institution d'un système de sanctions adéquat* ». Il est en effet soutenu que la suppression des contrôles administratifs préalables dans les trois catégories de zones, où les dérogations seront effectivement de plein droit pour les commerces qui y sont situés, méconnaîtraient ces stipulations.

Mais ces stipulations ne préjugent en rien de la manière dont l'autorité nationale compétente doit assurer l'effectivité des règles et elles n'imposent pas, en particulier, de contrôle préalable des ouvertures de chaque établissement. Ce contrôle reposera en réalité principalement sur l'inspection du travail, comme vous l'aviez déjà relevé à propos des dispositions antérieures dans votre décision de 2011 ce qui pourra conduire au prononcé d'autant d'amendes de 5<sup>ème</sup> classe qu'il y aura de salariés concernés par des manquements<sup>15</sup>. Vous pourrez donc écarter ce dernier moyen de conventionnalité.

**4. Plusieurs autres critiques sont formulées à l'encontre du dispositif au regard du droit interne, mais qui ne vous retiendront guère.**

Il est d'abord soutenu que le décret méconnaîtrait **les 10<sup>ème</sup> et 11<sup>ème</sup> alinéas du Préambule de 1946**. En l'absence de QPC dirigée contre les dispositions issues de la loi de 2015 le moyen ne peut être opérant qu'à la condition d'admettre qu'il vise les dispositions

<sup>12</sup> Du fait sans doute du regard attentif porté sur notre législation par la commission des experts de l'OIT, sensibilisée par plusieurs organisations syndicales françaises comme en témoignent le rapport de cette commission pour 2010 ainsi que celui pour 2011.

<sup>13</sup> La spécificité du débat français a d'ailleurs été relevée par la commission des experts de l'OIT dans son rapport pour 2010 : « *La commission croit comprendre que la question du travail dominical fait l'objet d'une vive controverse en France* » (p.692).

<sup>14</sup> Si une censure devait néanmoins être envisagée, elle pourrait ne porter que sur le critère des 100 000 habitants retenu par le pouvoir réglementaire pour les zones commerciales, critère que l'on regarderait comme permettant une extension des zones commerciales excessive au regard des justifications livrées par le Gouvernement. Les autres critères pourraient demeurer ce qu'ils sont et les dispositions en cause demeurer dans l'état qui serait le leur après cette annulation « chirurgicale ». Il resterait au 2<sup>o</sup> de l'article R. 3132-20-1 le seul critère du nombre annuel de clients supérieur à 2 millions qui, en devenant exclusif, emporterait une réduction notable du champ du dispositif, dont les conséquences concrètes qu'elle pourrait avoir sur les projets d'ouverture en cours sont difficiles à mesurer.

<sup>15</sup> Conformément aux dispositions de l'article R. 3135-2 du code du travail.

propres du décret, c'est à dire une définition trop lâche, imputable au pouvoir réglementaire, méconnaissant les exigences de ce préambule. Dans la décision qu'il a rendue le 6 août 2009 à propos de la loi Mallié, le Conseil constitutionnel a clairement distingué entre le principe du repos hebdomadaire d'une part, qu'il a regardé comme « *l'une des garanties du droit au repos du salarié* » consacré par le 11<sup>ème</sup> alinéa de ce préambule garantissant à tous la protection de la santé, la sécurité matérielle les repos et les loisirs » et l'exercice de ce droit principalement le dimanche, qu'il a regardé comme un simple choix du législateur à qui il revient de concilier la liberté d'entreprendre et le 10<sup>ème</sup> alinéa du préambule de 1946 aux termes duquel « *La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ».

Ce n'est donc que si le pouvoir réglementaire avait, par les définitions retenues, manqué à cette nécessaire conciliation ou avait procédé à une conciliation manifestement déséquilibrée mettant en cause l'une de ces deux exigences qu'il y aurait une question de constitutionnalité à la clé. Mais pour les mêmes raisons qu'il n'y a pas selon nous de déséquilibre de nature à méconnaître la convention 106 de l'OIT, il n'y a pas de déséquilibre de nature à méconnaître ces exigences du Préambule de 1946.

Il est ensuite soutenu que le décret méconnaîtrait **l'article L. 3132-3 du code du travail** aux termes duquel : « *Dans l'intérêt des salariés, le repos hebdomadaire est donné le dimanche* ». Mais le décret est pris pour l'application aux articles L. 3132-24 et L. 3132-25-4 qui dérogent eux-mêmes à l'article L. 3132-3 du code du travail. Ce moyen de légalité ne peut donc en aucun cas prospérer.

Il est enfin soutenu, mais uniquement en ce qui concerne la définition des ZTI, que le décret, du fait de sa généralité et de son imprécision, méconnaîtrait le principe **d'accessibilité et d'intelligibilité** de la norme et le principe de sécurité juridique. Compte tenu de l'objet de cette critique, le seul terrain pertinent est le principe de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité (voyez sur ce point, votre décision du 8 juillet 2005 Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique SGEN-CFDT et autres, n°266900 et 266944, confirmée avec éclat par votre décision d'Assemblée KPMG l'année suivante). Comme celle du Conseil constitutionnel, votre jurisprudence exige du pouvoir réglementaire qu'il adopte des formules suffisamment précises et non équivoques.

Sur les ZTI, les dispositions contestées, que nous avons déjà citées, imposent à l'autorité ministérielle la prise en compte de quatre critères différents, chacun libellés par une phrase entière, là où nombre de textes réglementaires se contentent d'un mot ou d'une expression. Il est certain que ce texte appellera une interprétation du texte par l'administration pour définir ce qu'est une « *offre (...) de renommée internationale* » ou encore une « *affluence exceptionnelle* » de touristes, mais c'est un choix assumé du pouvoir réglementaire désireux de laisser à l'autorité administrative une certaine marge d'appréciation. Ces interprétations et appréciations seront en tout état de cause placées sous le contrôle du juge, qui, avec les dispositions du décret, disposera, on l'a dit, d'une base suffisante pour examiner précisément le principe de la création des différentes ZTI et de la délimitation de leurs périmètres. Il n'y a ici aucune méconnaissance de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité.

Vous pourrez donc écarter également ces derniers moyens.

**PCMNC** à l'admission des interventions et au rejet des deux requêtes.