

N°s 335640 – 337195 et 337196  
Fédération des Employés et Cadres CGT et autres

1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> sous-sections réunies  
Séance du 30 janvier 2013  
Lecture du 13 février 2013

## CONCLUSIONS

### M. Alexandre LALLET, rapporteur public

La loi du 10 août 2009 a sensiblement élargi les possibilités de dérogation à la règle du repos dominical, en particulier par la création des « périmètres d'usage de consommation exceptionnels » - les PUCE. Au sein de ces périmètres, caractérisés par des « *habitudes de consommation dominicale, l'importance de la clientèle concernée et l'éloignement de celle-ci* », les établissements de vente au détail qui mettent à disposition des biens et des services peuvent ouvrir le dimanche s'ils bénéficient d'une autorisation administrative, délivrée sur la base d'un accord collectif ou d'une décision de l'employeur prise après référendum dans l'entreprise.

La présente affaire intéresse les conditions de création des PUCE. Ceux-ci ne peuvent être institués que dans des unités urbaines regroupant plus d'un million d'habitants, unités dont la délimitation incombe au préfet de région en vertu de l'article L. 3132-25-2 du code du travail. Sur ce fondement, l'unité urbaine de Paris a été délimitée par un arrêté du préfet de la région Ile-de-France du 8 septembre 2009 dont plusieurs organisations syndicales vous demandent l'annulation, ainsi que celle des décisions de rejet des recours administratifs qu'ils ont formés.

Les trois requêtes ayant été enregistrées avant le 1<sup>er</sup> avril 2010, vous êtes bien compétents en premier et dernier ressort pour en connaître s'agissant d'actes dont le champ d'application excède le ressort d'un seul tribunal. L'intérêt pour agir des organisations requérantes n'est pas douteux, soit qu'il s'agisse d'organisations représentant directement des salariés de la région parisienne, soit qu'il s'agisse de fédérations nationales qui se sont données pour objet de défendre les salariés ou les syndicats qu'elles regroupent et auxquelles l'arrêté litigieux, par sa portée, fait sans doute grief (voyez CE, Ass., 12 décembre 2003, USPAC CGT, n° 239507, au Rec.).

Il est tout d'abord soutenu que l'arrêté attaqué serait illégal car fondé sur une disposition législative adoptée en méconnaissance du paragraphe 4 de l'article 7 de la convention n° 106 de l'OIT. Cette stipulation prévoit que toute mesure portant sur les dérogations à la règle du repos hebdomadaire doivent être prises en consultation avec les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs intéressés. Nous n'avons guère de doute, au regard de votre jurisprudence d'Assemblée GISTI, que ces stipulations, en tant qu'elles ouvrent aux partenaires sociaux le droit de participer à la détermination des règles de

---

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

dérogation au repos dominical, et qui s'inscrivent dans une convention internationale dont l'objet même est la protection des travailleurs que ces organisations représentent, et non la détermination d'obligations réciproques entre Etats parties, sont d'effet direct en droit interne<sup>1</sup>.

Le moyen soulevé, qui consiste à critiquer la « conventionnalité externe » de la loi si l'on peut dire, est-il pour autant opérant ? Vous avez été confronté à une problématique proche en présence d'une circulaire interprétant les dispositions de la même loi du 10 août 2009. Et vous avez jugé inopérant le moyen tiré de ce qu'une circulaire interpréterait une loi adoptée dans des conditions procédurales contraires à une convention internationale (CE, 2 décembre 2011, CFTC, n° 333472, au Rec.)<sup>2</sup>. Mais cette solution nous paraît propre à la logique qui préside à votre jurisprudence Duvignères, qui consiste avant tout à purger le paysage juridique des illégalités de fond qui pourraient être véhiculées par une circulaire. En revanche, il est moins évident de nier l'opérance du moyen tiré de ce que l'arrêté litigieux a été pris sur le fondement d'une loi inconventionnelle en raison des conditions procédurales de son adoption. Cela étant, nous sommes d'avis de ne pas l'admettre<sup>3</sup>, pour deux raisons principales :

- D'abord, parce qu'il nous semble que la logique du contrôle de conventionnalité des lois sous condition d'effet direct des traités est distincte de celle du contrôle de légalité classique et du contrôle de conventionnalité des actes administratifs. Il repose sur l'idée que la loi, telle que promulguée, est écartée au profit d'une règle conventionnelle dont l'autorité est « supérieure » pour reprendre les termes de l'article 55. Vous confrontez le contenu d'une norme législative et celui d'une règle internationale et, en cas d'incompatibilité, vous faites prévaloir cette dernière, qu'il s'agisse d'un principe général, d'une règle précise ou d'une prohibition. Nous ne sommes pas certain qu'il vous appartienne d'apprécier la « légalité intrinsèque de la loi » au regard d'une règle procédurale internationale qui s'imposerait au législateur dans le processus d'élaboration de la loi, et qui vous conduirait à écarter purement et simplement la loi sans lui substituer aucune règle de fond<sup>4</sup>. Autrement dit, les « vices propres » de la loi ne nous semblent pas utilement invocables.

---

<sup>1</sup> Vous avez déjà reconnu un tel effet au paragraphe 1 du même article qui encadre les possibilités de dérogation.

<sup>2</sup> Le fichage très général de cette décision laisse entendre que l'illégalité externe de l'acte dont la circulaire prescrit l'application ne pourrait jamais être utilement invoquée à l'encontre de cette circulaire. Cette interprétation peut sans doute se prévaloir du souci de cantonner la jurisprudence Duvignères au cas (principalement) de la réitération d'une norme illégale sur le fond. Mais elle ne nous convainc pas dans sa généralité : dès lors qu'il appartient à l'administration de ne pas appliquer un règlement illégal, quel qu'en soit le motif (jurisprudence Ponard), il nous semble qu'une circulaire qui prescrirait l'application d'un tel règlement serait nécessairement illégale et devrait donc être annulée pour ce motif.

<sup>3</sup> Et si vous avez accepté d'écarter une loi au motif qu'elle instituait une aide d'Etat susceptible de contrevenir à nos engagements européens (CE, 21 décembre 2006, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ SA Auchan France, n° 288562), il s'agit d'un cas très particulier, largement guidé par la Cour de justice de l'Union européenne, où est en cause une formalité mise à la charge du Gouvernement afin de permettre à la Commission européenne de porter elle-même l'appréciation de fond sur cette compatibilité, ce que vous ne pouvez faire vous-même.

<sup>4</sup> Il en irait différemment si la loi était critiquée en tant qu'elle institue elle-même une procédure de dérogation qui ne ferait pas intervenir les partenaires sociaux puisque, dans ce cas, c'est bien son contenu qui pourrait être regardé comme incompatible avec la convention.

- Ensuite, parce que nous ne pensons pas que l'article 55 ait été conçu pour permettre à un traité international régulièrement introduit dans l'ordre interne d'ajouter à la procédure législative définie par la Constitution, de la même façon qu'il n'a pas vocation à modifier la répartition des compétences entre la loi et le règlement telle qu'elle résulte des articles 34 et 37 de la Constitution<sup>5</sup>. Comme la loi interne, un traité peut prévoir une formalité supplémentaire applicable à l'élaboration des projets de loi ; mais la méconnaissance de cette formalité ne devrait pas rejaillir sur la régularité de la loi elle-même.

A tout le moins l'hésitation nous paraît-elle suffisamment forte pour que vous écartiez ce moyen au fond en l'assortissant du salubre « en tout état de cause ». Car il est certain, comme le relevait déjà Claire Landais devant vous dans l'affaire CFTC, que les organisations d'employeurs et de salariés intéressées ont été suffisamment consultées préalablement à l'adoption de cette loi<sup>6</sup>. Elles l'ont d'abord été dans le cadre du Conseil économique, social et environnemental, dont c'est la vocation même, puis à l'initiative du Parlement dans le cadre de nombreuses auditions. La circonstance, invoquée par les syndicats requérants, que cette loi ne procède pas d'un projet de loi pour lequel l'article L. 1 du code du travail prévoit la consultation des organisations représentatives au niveau national et interprofessionnel, mais d'une proposition de loi, est radicalement inopérante. Il ne vous appartient ni d'apprécier la conformité d'une loi à l'article L. 1, ni de contrôler le bien-fondé du vecteur législatif utilisé.

Il est ensuite soutenu que la loi de 2009 serait incompatible avec l'article 10 de la même convention, selon lequel les Etats prennent des mesures appropriées pour assurer la bonne application des règles relatives au repos hebdomadaire, y compris des sanctions, en ce qu'elle prive d'effectivité la règle posée par l'article 6 §3 de cette convention, selon lequel « *la période de repos hebdomadaire coïncidera, autant que possible, avec le jour de la semaine reconnu comme jour de repos par la tradition* ». Vous avez reconnu un effet direct à cet article 10 dans la décision CFTC déjà citée. Le grief est double :

- D'abord, la loi permettrait de régulariser des situations illicites passées : mais vous avez déjà répondu dans le précédent CFTC qu'elle n'empêchait nullement le relevé d'infractions, et vous pourrez opportunément y ajouter, comme l'a relevé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 6 août 2009 (n° 2009-588 DC), qu'elle est sans incidence sur l'issue d'éventuelles procédures juridictionnelles en cours relatives à la méconnaissance des dispositions légales antérieures.

<sup>5</sup> Il est vrai que, contrairement au cas où un traité prétendrait retrancher ou modifier cette procédure, il n'y pas, en cas d'ajout, de contrariété directe avec la Constitution qui vous conduirait à faire prévaloir cette dernière par application mécanique de la jurisprudence Sarran et Levacher du 30 octobre 1998<sup>□</sup>. Mais de même que la loi peut ajouter à cette procédure, en instituant par exemple des obligations consultatives sur les projets de loi, sans que la méconnaissance de cette obligation trouve la moindre sanction juridique, on pourrait soutenir que les conditions procédurales ajoutées par un traité à la procédure constitutionnelle ne peuvent être sanctionnées par une mise à l'écart de la loi.

<sup>6</sup> Indiquons au passage qu'il ne s'agit pas ici d'une disposition législative qui autoriserait de plein droit les entreprises de certains secteurs à déroger à la règle du repos dominical, mais qui permet de telles dérogations selon une procédure complexe et, *in fine*, sous réserve qu'une autorisation soit délivrée après consultation des partenaires sociaux intéressés. L'exigence de consultation en amont, à supposer qu'elle s'impose, nous paraît donc devoir être appréciée avec souplesse.

- Ensuite, son application même supposerait en amont une méconnaissance de la loi puisque les PUCE ne concernent que les secteurs caractérisés par des habitudes de consommation dominicale, ce qui suppose que des magasins aient été ouverts le dimanche. Mais, d'une part, comme le relève le Conseil constitutionnel, le législateur pouvait tout à fait prendre acte « d'une évolution des usages de consommation dans les grandes agglomérations », même si, comme le relevait le commentaire aux cahiers, cet élément de fait n'était révélé qu'à la suite d'ouvertures dominicales illicites. Autrement dit, la loi a pris acte d'un besoin, et a régularisé les conditions de sa satisfaction. D'autre part, il est d'autres moyens de caractériser des habitudes de consommation dominicale que de se fonder sur des ouvertures dominicales illicites, ne serait-ce que parce que nombre d'établissements peuvent d'ores et déjà ouvrir le dimanche sur le fondement d'autres dérogations qui ne sont pas mises en cause ici. Il peut d'ailleurs s'agir d'ouvertures dominicales d'établissement situés en-dehors des territoires destinés à devenir des PUCE, dans lesquels les habitants de ces territoires étaient jusqu'alors contraints de se rendre.

Le moyen suivant procède de la même inspiration. Il est tiré – nous citons - de la violation du principe général du droit du « *Nemo auditur* », en ce que le dispositif conduirait à permettre des dérogations fondées sur des pratiques d'ouverture dominicale illicites. Mais, outre qu'un tel principe n'existe pas, l'arrêté lui-même se borne à délimiter une unité urbaine et il ne saurait donc avoir pour effet de permettre l'obtention d'une dérogation au repos dominical sur la base d'une situation illicite.

Le moyen tiré de ce que la loi de 2009 serait contraire au Traité sur l'Union européenne en ce qu'elle fausserait la concurrence n'est assorti d'aucune précision et ne peut donc prospérer.

Le dernier moyen est plus consistant. Il est tiré de ce que l'arrêté méconnaîtrait les dispositions de l'article L. 3132-25-2 du code du travail en ce que l'unité urbaine délimitée par le préfet de région ne répondrait pas à la définition de l'INSEE et, surtout, ne recouperait pas celle qu'a délimitée l'INSEE sur la base du recensement de 1999, puisque 13 communes y ont été ajoutées.

Rappelons les termes de l'article L. 3132-25-2 du code du travail : « *La liste et le périmètre des unités urbaines mentionnées à l'article L. 3132-25-1 sont établis par le préfet de région sur la base des résultats du recensement de la population* ».

L'INSEE procède régulièrement à une délimitation des unités urbaines sur la base d'une définition directement inspirée des recommandations de la Conférence des statisticiens européens de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies.

En l'espèce, et contrairement à d'autres textes (voyez par exemple l'article L. 2531-4 du code général des collectivités territoriales), l'article L. 3132-25-2 du code du travail ne précise pas que l'unité urbaine doit s'entendre au sens de la définition de l'INSEE. Mais dans sa décision du 6 août 2009, le Conseil constitutionnel a écarté un grief tiré de l'inintelligibilité de la loi au motif que le législateur avait entendu se référer à la définition de l'INSEE – ce qui ressortait d'ailleurs clairement des travaux préparatoires. Ce motif étant le soutien nécessaire

du dispositif de la décision du Conseil constitutionnel, il est revêtu de l'autorité de la chose jugée et s'impose à vous comme aux autorités administratives.

L'unité urbaine est définie par l'INSEE comme une commune ou un ensemble de communes totalement ou partiellement couvertes par une zone de bâti continu, c'est-à-dire sans coupure de plus de 200 mètres entre deux constructions, zone comptant au moins 2000 habitants. Il est précisé qu'une commune ne peut être prise en compte dans l'unité urbaine que si au moins la moitié de sa population habite dans une telle zone de bâti continu.

La définition officielle de l'INSEE ne précise pas ce qu'il faut entendre par le terme « bâti ». L'Institut applique à cet égard ce qu'il appelle des « traitements particuliers », qui constituent davantage des choix méthodologiques que des éléments de définition. L'un d'eux consistait, jusqu'en 2010, à neutraliser la présence de constructions autres que les habitations, comme les usines, les locaux commerciaux, les stades ou encore les parcs de stationnement – autrement dit, elle considérait que deux constructions distantes de 300 m à vol d'oiseau mais séparées par un stade de 150 m n'étaient en réalité séparées que de 150 m. Depuis 2010, l'INSEE considère que ces constructions et équipements relèvent purement et simplement du bâti et contribuent donc en tant que tel à la continuité urbaine, ce qui nous paraît plus logique et plus aisé de maniement. Bien que le point ne soit pas discuté devant vous et ne nous paraît pas conditionner l'issue du litige, nous vous proposons d'entériner la nouvelle méthodologie, qui ne fait pas corps avec la définition officielle, en assimilant les équipements publics et les locaux industriels et commerciaux à des constructions, ce qui permettra de donner un mode d'emploi complet et précis de ces dispositions.

L'administration devait donc appliquer cette définition de l'INSEE ainsi précisée. Mais il nous paraît clair, en revanche, que la délimitation à laquelle l'Institut procède périodiquement, c'est-à-dire l'énumération des communes qui font partie de telle ou telle unité urbaine sur la base de cette définition, n'est, elle, pas juridiquement contraignante, contrairement à ce qu'a jugé une récente décision de la 9<sup>ème</sup> sous-section jugeant seule du 4 octobre 2012 (Société Euro Disney Associés, n° 350796), rendue pour l'application d'un autre texte. Vous avez jugé clairement que cette liste établie par l'INSEE était « dépourvue de toute portée juridique » et donc insusceptible de recours (CE, 18 décembre 1996, Comité de défense des intérêts des habitants de la commune d'Aumontzey, n° 165061, aux T.). Surtout, la loi prescrit au préfet de région lui-même d'établir le périmètre des unités urbaines, et ce « sur la base des résultats du recensement de la population ». Par conséquent, il appartient au préfet de procéder à ce zonage en tenant compte, d'une part, des chiffres officiels du recensement à la date d'intervention de son arrêté – en l'espèce, les chiffres issus du décret n° 2008-1477 du 30 décembre 2008 authentifiant les chiffres des populations de métropole ; et, d'autre part, de l'état du bâti à la date de son édicton. A la date de l'arrêté litigieux, la dernière délimitation de l'INSEE reposait, elle, sur le recensement de 1999 et sur le bâti de l'époque et ne pouvait donc être reprise telle quelle. Il est évident, toutefois, que, compte tenu de ses modalités de réalisation, le zonage de l'INSEE pèse d'un poids particulier dans votre appréciation des faits.

Revenons à l'argumentation des requérants.

Elle est vaine pour partie. D'une part, en tant qu'elle laisse entendre, sans autre précision, que certaines communes auraient été incluses dans la liste au seul motif qu'elles accueilleraient d'ores et déjà de grandes enseignes ouvrant le dimanche, ce qui ne ressort nullement du dossier. D'autre part, en tant qu'elle pointe de manière générale l'existence de

zones non construites en limite de certains départements : les photographies satellites produites montrent certes l'existence d'enclaves non bâties dans ces secteurs, mais le cadrage choisi ne rend pas fidèlement compte de la réalité du bâti autour de ces enclaves, qui permet en réalité d'assurer la continuité requise par la définition de l'INSEE.

Les requêtes mettent en cause de manière plus circonstanciée le rattachement de 13 communes à l'unité urbaine parisienne, communes qui ont pour point commun de ne pas figurer sur la liste établie par l'INSEE en 1999. En soi, on l'a dit, cette discordance ne prouve rien. Le ministre se prévaut d'ailleurs de la dernière actualisation de la liste établie par l'INSEE en 2010, fondée sur le recensement de 2007 et qui donne donc une image plus fidèle de la réalité. Il en ressort que 7 des 13 communes litigieuses sont désormais considérées par l'INSEE comme faisant partie de l'unité urbaine de Paris. Face à cela, les documents que produisent les requérants constituent là encore des images satellite parfois tronquées qui occultent la réalité de la continuité du bâti entre ces 7 communes et la zone bâtie qui s'étend depuis Paris, telle qu'elle ressort d'images satellite d'ensemble. Dans ces conditions, le préfet a pu, à bon droit, les inclure dans l'unité urbaine parisienne au 8 septembre 2009.

Il n'en va pas de même, à nos yeux, des 6 autres communes litigieuses, à savoir Brie-Comte-Robert, Claye-Souilly, Louvres, Moisselles, Montsoul et Persan. Les outils de photographie satellite révèlent une rupture de continuité du bâti avec la zone urbaine qui s'étend depuis Paris. Ces communes ne figurent d'ailleurs pas sur le zonage de l'INSEE de 2010. Nous relevons aussi au passage que l'arrêté du 4 mai 2011 en cause dans l'affaire de la 9<sup>ème</sup> sous-section jugeant seule que nous mentionnions ne les retenait pas davantage. Et le ministre n'apporte de son côté aucun élément cartographique ou démographique tendant à démontrer que, au 8 septembre 2009, compte tenu du recensement authentifié fin 2008 et du bâti existant, ces 6 communes étaient bien traversées par une zone de construction continue, qui engloberait au moins la moitié de leur population. Il conclut même à titre subsidiaire à ce que vous annuliez son arrêté en tant seulement qu'il inclut ces 6 communes.

Nous vous proposerons donc de juger que, au vu des pièces du dossier, le préfet ne pouvait légalement procéder au rattachement de ces 6 communes à l'unité urbaine de Paris. Cette partie est divisible du reste de l'arrêté, dès lors, d'une part, que leur exclusion est sans incidence sur le maintien des autres communes, et, d'autre part, qu'elle n'a pas pour effet, loin s'en faut, de faire tomber la population totale de l'unité urbaine en-dessous du seuil d'1 million d'habitants posé par le code du travail.

Le moyen qui conduit à l'annulation partielle n'ayant été soulevé que dans deux requêtes, nous vous proposons de ne pas faire droit aux conclusions présentées par la 3<sup>ème</sup> requête sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, puisqu'en l'absence de jonction, vous auriez rejeté cette requête. Or, vous le savez, la jonction est neutre.

**PCMNC à l'annulation de l'arrêté préfectoral du 8 septembre 2009 en tant qu'il inclut les communes de Brie-Comte-Robert, Claye-Souilly, Louvres, Moisselles, Montsoul et Persan dans l'unité urbaine parisienne, à ce que, dans les affaires n° 337195 et 337196, la somme de 1500 euros soit mise à la charge de l'Etat au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, et au rejet du surplus des conclusions des requêtes.**