

N°s 336594 – 337860 – 337997 – 338047 et 338053  
Société CSF et autres

1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> sous-sections réunies  
Séance du 30 janvier 2013  
Lecture du 20 février 2013

## CONCLUSIONS

**M. Alexandre LALLET, rapporteur public**

Le code du travail prévoit depuis 1923 la possibilité pour le préfet de prescrire la fermeture des commerces dans une zone géographique donnée un jour par semaine lorsqu'un accord a été conclu entre les syndicats d'employeurs et de salariés d'une « profession déterminée ». Accord qui doit, selon votre jurisprudence, reposer sur la majorité indiscutable des établissements concernés. Cette législation vise à garantir une concurrence loyale entre les entreprises relevant d'une même profession<sup>1</sup>. Elle s'applique indépendamment des règles relatives au repos hebdomadaire des salariés, d'autant qu'elle concerne aussi les établissements qui n'emploient aucun salarié<sup>2</sup>, même si, de fait, le jour de fermeture choisi est en général le dimanche.

En mai 2003, plusieurs syndicats du département des Alpes-Maritimes représentant les commerces de bouche ont conclu un accord départemental interprofessionnel prévoyant la fermeture hebdomadaire un jour par semaine de l'ensemble des commerces à prédominance alimentaire et des parties d'établissements consacrées au commerce alimentaire, à l'exclusion de certaines périodes de l'année. Sur la base de cet accord, le préfet des Alpes-Maritimes a décidé en juillet 2004 de prescrire la fermeture des établissements et parties d'établissement vendant au public des denrées alimentaires au détail.

Cet arrêté, qui oblige notamment les grandes surfaces à fermer un jour par semaine, au moins pour ce qui concerne leurs rayons alimentaires, a fait l'objet de demandes d'annulation de la part de quatre entreprises exploitant de tels commerces et d'une organisation patronale les regroupant<sup>3</sup>. Ces demandes ont été rejetées par cinq jugements du tribunal administratif de Nice confirmés par la cour administrative d'appel de Marseille. Les intéressés se pourvoient à présent en cassation contre ces cinq arrêts.

---

<sup>1</sup> Ce qu'a récemment confirmé le Conseil constitutionnel (n° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011).

<sup>2</sup> A l'origine, d'ailleurs, il s'agissait d'éviter que les commerces n'employant aucun salarié, non soumis aux règles du repos hebdomadaire, ne disposent d'un avantage concurrentiel par rapport à ceux qui en employaient.

<sup>3</sup> Demandes assorties d'une demande de suspension de son exécution, que vous avez rejetée pour défaut de moyens propres à créer un doute sérieux par une décision de votre 1<sup>ère</sup> sous-section jugeant seule du 8 avril 2005 (n° 275683).

Il est tout d'abord reproché à la cour d'avoir insuffisamment motivé son arrêt et commis une erreur de droit en écartant le moyen tiré de ce que le préfet avait excédé sa compétence en réglementant le repos hebdomadaire des salariés, alors que l'article L. 221-17 ne lui permet que d'ordonner la fermeture d'établissements. Dans son article 1<sup>er</sup>, l'arrêté prescrit la fermeture des établissements et parties d'établissements visés une journée entière par semaine, du 16 septembre au 30 juin de l'année suivante. Son article 2 prévoit en revanche que, du 1<sup>er</sup> juillet au 15 septembre, et pendant 5 semaines dites « festives » au choix de l'établissement, le repos pourra être donné par roulement. L'article 3 précise que le repos hebdomadaire ne pourra être supprimé ou suspendu et comporte plusieurs règles relatives au contrôle du respect de l'arrêté. La cour, dont l'arrêt est suffisamment motivé, n'a pas commis l'erreur de droit qu'on lui reproche<sup>4</sup>. D'une part, la circonstance que l'article L. 221-16 du code du travail alors en vigueur autorise les commerces de détail alimentaire à donner le repos hebdomadaire à partir du dimanche midi ne permettait évidemment pas de considérer que l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté, qui se borne à imposer un jour de fermeture au choix de l'établissement, empièterait sur les règles du repos hebdomadaire. Les deux législations s'appliquent concurremment. D'autre part, l'article 2 se borne à préciser la durée d'application de la fermeture hebdomadaire, qui ne s'appliquera pas au cours des périodes que cet article mentionne, ce qui permet alors logiquement de donner le repos par roulement, c'est-à-dire à des moments différents selon les salariés, par opposition au repos hebdomadaire unique en cas de fermeture de l'établissement. Il institue, si l'on préfère, des exceptions qui constituent des « modalités d'application de la règle que le préfet était compétent pour édicter », pour reprendre la formule de votre décision du 25 mai 1989, Syndicat du commerce moderne de l'équipement de la maison (n° 65329, aux T. sur ce point). Enfin, l'article 3 n'est qu'un rappel des dispositions législatives et réglementaires applicables en matière de repos hebdomadaire.

Le moyen suivant est le plus substantiel. Il est reproché à la cour d'avoir commis une erreur de droit et d'avoir inexactement qualifié les faits en jugeant que l'arrêté litigieux couvrait une seule et même profession, celle des commerces alimentaires, alors, d'une part, que les supermarchés constitueraient une profession distincte, celle des commerces dits « multiples », et, d'autre part, que les commerces alimentaires se rattacheraient à plusieurs professions distinctes que sont notamment les bouchers, les boulangers, les poissonniers ou encore les primeurs.

Rappelons que l'article L. 221-17 du code du travail alors applicable permettait la fermeture hebdomadaire des établissements d'une « profession déterminée », un même arrêté pouvant naturellement porter sur plusieurs professions dès lors que chacune d'elles a fait l'objet d'accords distincts entre les organisations syndicales intéressées (CE, Section, 14 décembre 1979, Société Super magasin et autre, n° 12475, au Rec.). Eu égard à l'objet concurrentiel de cette législation, relèvent en principe d'une même profession les établissements susceptibles de se faire concurrence, eu égard à la nature des produits qu'ils commercialisent, quel que soit leur mode de fabrication et de distribution. Autrement dit, les

---

<sup>4</sup> En revanche, au regard de la jurisprudence du 2 mars 1992, SARL Rabreau (n° 98654, au Rec.), la possibilité d'une dérogation individuelle (5 semaines festives au choix de l'établissement) paraît illégale. Mais ce point n'est pas discuté.

contours de la profession sont normalement ceux du « marché pertinent », compte tenu notamment de la substituabilité des produits (voyez pour un brillant rappel les conclusions de Marie-Dominique Hagelsteen sur votre décision de Section Société SIDEF du 14 décembre 1979, n° 10275, au Rec.).

Précisons à titre liminaire que la qualification de « même profession » au sens de ce texte doit certainement être contrôlée entièrement en cassation compte tenu de l'importance d'une application uniforme de la notion sur le territoire et des conséquences qu'elle emporte sur la liberté du commerce et de l'industrie. Par analogie, vous contrôlez entièrement la question de savoir si un établissement relève de la catégorie des « établissements de vente au détail qui mettent à la disposition du public des biens [culturels] » (CE, 11 mars 2009, Fédération nationale de l'habillement, n° 308874, au Rec.).

La première partie de l'argumentation, centrée sur la spécificité des supermarchés, commerces généralistes que les requérants qualifient de commerces multiples, ne nous convainc pas. La jurisprudence, tant administrative que judiciaire, distingue traditionnellement les établissements à commerces distincts et les commerces multiples.

Les premiers sont caractérisés par l'exercice simultané de quelques professions spécialisées, y compris, le cas échéant, une activité principale. Vous exigez qu'un arrêté de fermeture repose sur la majorité indiscutable de tous ceux qui exercent dans le département la profession intéressée, à titre principal ou accessoire, et dont l'établissement ou une partie de celui-ci est susceptible d'être fermé (CE, 23 avril 1980, Société Sequaunis et Syndicat national du commerce moderne de l'équipement de la maison, n° 4375, au Rec.). Un établissement qui vend une catégorie de produits à titre accessoire relève donc, dans cette mesure, de la profession concernée par cette catégorie et ne peut commercialiser ces produits un jour par semaine. Tel est aussi l'état de la jurisprudence judiciaire<sup>5</sup>.

Les commerces multiples ont quant à eux été définis par votre décision du 13 décembre 1957, Société des grands bazars de Poitou (n° 217697, au Rec.), comme ceux qui « *ont essentiellement pour objet d'offrir simultanément à la clientèle la possibilité d'acheter les produits les plus divers sans qu'aucun ait un caractère accessoire au regard des autres* ». Ils ont à ce titre été regardés comme une profession à part entière<sup>6</sup>. Votre décision de Section Société SIDEF du 14 décembre 1979 déjà citée circonscrit cette notion aux commerces qui répondent à l'ensemble des grandes « fonctions commerciales » (alimentaire, habillement, ameublement-décoration, équipement de la maison...), sans avoir d'activité principale.

Sans même vous interroger sur la pertinence de cette distinction entre commerces distincts et commerces multiples, qui nous paraît complexe et discutable, il est clair que, contrairement à ce qui est soutenu, les supermarchés visés par l'arrêté ne sont pas des

---

<sup>5</sup> A propos d'un arrêté relatif à la vente de pain, couvrant les grandes surfaces : Cass. Soc., 23 mars 1989, n° 87-16323, au Bull. ; Cass. Soc., 25 mars 1997, n° 95-15248, au Bull.

<sup>6</sup> La Cour de cassation a retenu la même approche (Cass. crim., 20 juin 1967, Bull. crim. N° 185 ; Cass. Soc., 19 février 1975, n° 73-40368, au Bull.), non sans nuances (voyez pour un arrêté relatif au commerce alimentaire que la Cour a jugé applicable aux magasins à commerces multiples : Cass. soc., 19 avril 2000, Société Comptoirs modernes – union commerciale c/ SEFAG, n° 98-17976, inédit).

commerces multiples au sens de la jurisprudence, puisqu'ils ont clairement une activité prédominante, l'alimentaire. La cour n'a donc pas commis d'erreur de droit, ni inexactement qualifié les faits en jugeant que les supermarchés ne formaient pas une profession autonome. Même si l'analyse concurrentielle peut conduire à nuancer ce propos<sup>7</sup>, il est clair qu'il existe une situation de concurrence potentielle entre supermarchés et commerces spécialisés et un risque fort de report de clientèle de l'un à l'autre lorsque l'une des deux catégories est fermée.

Plus sérieuse nous paraît être l'autre partie de l'argumentation, qui, rappelons-le, consiste à reprocher à la cour d'avoir vu une profession unique de l'alimentaire là où l'accord couvrirait en réalité une multitude de professions de commerces de bouche.

Vous avez traditionnellement une conception restrictive de la notion de profession, proche de celle de corporation au sens historique du terme. Des décisions anciennes jugent ainsi que relèvent de professions distinctes :

- les pâtisseries-confiseurs, d'une part, et les boulangers-pâtisseries, d'autre part (CE, 5 mars 1926, Syndicat patronal des pâtisseries de Clermont-Ferrand, p. 255) ;
- Les bouchers, d'un côté, et les charcutiers, de l'autre (CE, 15 juin 1932, Vanpoperinghe, p. 585) ;
- et même les boucheries chevalines (dites « hippophagiques »), d'un côté, et les boucheries ordinaires, de l'autre (CE, 16 juillet 1929, Husson et autres, p. 740)<sup>8</sup>.

A l'inverse, vous avez jugé à maintes reprises que les boulangeries artisanales et industrielles, les boulangeries-pâtisseries et les dépôts de pain formaient une même profession. Il en va de même des commerces d'ameublement et de literie (CE, 13 juin 1997, SA Duband, n° 162224). Cette dernière décision relève, conformément aux conclusions de la Présidente Maugué, que les commerces de meuble vendent souvent de la literie, qu'ils sont susceptibles de se faire concurrence<sup>9</sup>, et que le commerce de literie n'est pas représenté par des organisations spécifiques.

La cour administrative d'appel a quant à elle retenu une formule très englobante, en assimilant l'ensemble des commerces de détail de produits alimentaires à une même profession.

---

<sup>7</sup> Voyez en ce sens l'avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

<sup>8</sup> Ou encore les pharmacies mutualistes, qui ne peuvent délivrer de médicaments qu'à leurs adhérents, et les officines commerciales (CE, 18 décembre 1964, Ministre du Travail c/ Union pharmaceutique des Sociétés mutualistes des Alpes-Maritimes) ; et les bibelots, bureaux de tabac et maroquinerie, d'une part, et les bijoutiers-horlogers, d'autre part (CE, 18 novembre 1932, Ferret).

<sup>9</sup> La décision D... du 22 octobre 1971 (n° 81404, au Rec.) est plus explicite encore lorsqu'elle reconnaît que les boulangers et les boulangers-pâtisseries relèvent de la même profession dès lors qu'une concurrence « est susceptible de se développer entre eux ».

Sans doute les commerces alimentaires présentent-ils des spécificités communes, à commencer par leur importance vitale, spécificités qui trouvent d'ailleurs leur traduction dans le code du travail. Les commerces dont l'activité exclusive ou principale est la vente de denrées alimentaires au détail sont ainsi autorisés à ouvrir le dimanche jusqu'à 13 heures en vertu de l'article L. 3132-13 du code du travail. Et l'article L. 221-17, devenu l'article L. 3132-29, prévoit un régime particulier d'abrogation par le ministre du travail des arrêtés de fermeture portant sur les établissements « concourant d'une façon directe au ravitaillement de la population en denrées alimentaires ».

Mais on peut sérieusement douter que les chocolatiers fassent concurrence aux poissonniers, lesquels sont plus complémentaires que concurrents des boulangers et des primeurs dans la perspective d'un régime alimentaire équilibré. Une « approche-produit » stricte devrait logiquement conduire à y voir autant de professions distinctes, nécessitant, pour les couvrir toutes, l'existence d'une majorité indiscutable des établissements exerçant chacune d'elles. Des organisations syndicales propres existent d'ailleurs pour chacune de ces gammes de produits et de nombreux départements sont déjà régis par des arrêtés « boulangerie », et parfois « boucherie ».

Mais la jurisprudence judiciaire, qui se réclame de la même approche concurrentielle que vous en la matière, a récemment évolué dans le sens de la cour. La chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi jugé, à propos précisément de l'arrêté préfectoral litigieux, que « la vente au détail de denrées alimentaires constitue une profession déterminée » au sens du code du travail (Cass. Crim., 16 mars 2010, n° 08-88418, au Bull.)<sup>10</sup>. Cette position a été récemment confirmée, dans les mêmes termes, par la Chambre sociale de la Cour de cassation (Cass. Soc., 17 octobre 2012, n° 11-24315).

En reprenant la grille de votre décision Duband précitée, cette approche globalisante peut se justifier si l'on se place du point de vue des commerces alimentaires généralistes : de même que la literie est en général proposée par les magasins d'ameublement, les commerces d'alimentation générale, supérette et supermarchés, proposent des produits alimentaires de même nature que ceux des commerces spécialisés. Or, ces commerces généralistes sont devenus le principal lieu d'approvisionnement en denrées alimentaires, avec environ 72 % des parts de marché, contre 17 % pour les commerces spécialisés, même si ces derniers représentent les ¾ des établissements, en nombre. Les commerces généralistes sont également représentés par des syndicats propres, même s'il existe également des syndicats représentant chaque type de commerces spécialisés. Dans une optique concurrentielle comme en termes d'efficacité du contrôle administratif, force est également de constater qu'il est plus pertinent de couvrir l'ensemble des gammes alimentaires par un accord unique, plutôt que d'obliger les supermarchés à ne fermer que le ou les rayons correspondant aux produits pour lesquels un accord a été conclu. Ainsi, dans la mesure où les commerces d'alimentation générale sont susceptibles de faire concurrence simultanément à une multitude de commerces alimentaires spécialisés, il nous paraît admissible, eu égard à l'objet de cette règle, que la vente au détail de produits alimentaires soit regardée comme une « profession déterminée » au sens de cet

---

<sup>10</sup> Arrêt qui reprend semble-t-il une très ancienne jurisprudence judiciaire (Cass. crim., 12 janvier 1939, Leynot et Larrebierre, DH 1939, p. 134, cité par le Francis Lefebvre social).

article, quand bien même regroupe-t-elle en réalité plusieurs activités spécialisées comme la boulangerie, la boucherie ou le commerce de fruits et légumes.

La principale difficulté tient aux conséquences possibles de cette position sur les accords de fermeture sectoriels existants, en particulier dans le domaine de la boulangerie. Car, en toute rigueur, on ne devrait pas admettre, sauf à introduire des distorsions de concurrence, qu'une partie seulement d'une profession soit soumise à l'obligation de fermeture hebdomadaire puisque précisément, le périmètre de la profession doit lui-même être déterminé au regard de l'objectif concurrentiel de cette législation.

Cet argument ne paraît pas arrêter la Cour de cassation, qui fait de la « profession » une notion à géométrie variable. Elle reconnaît ainsi tout à la fois que constitue une même profession l'ensemble des commerces alimentaires (décisions précitées), ou seulement les commerces de pain (Cass. Soc., 21 mars 2012, n° 10-16461).

Il est vrai que l'article L. 221-17 du code du travail exige seulement que l'accord porte sur une « profession déterminée », c'est-à-dire précisément identifiée, sans que la notion de profession reçoive nécessairement une acception unique. L'essentiel est en effet qu'il y ait adéquation entre le champ matériel de l'accord et le périmètre des établissements que les organisations signataires de l'accord représentent. La légalité de l'arrêté de fermeture portant sur l'ensemble des commerces de détail alimentaire est ainsi subordonnée à une double condition :

- sa signature par des syndicats d'employeurs et de salariés couvrant l'ensemble de la « profession alimentaire », ce qui empêche par exemple que les seuls boulangers, fort de leur nombre, n'imposent leurs vues aux poissonniers ;
- et la représentation par des syndicats d'une majorité indiscutable de l'ensemble des établissements concernés, spécialisés ou non.

Non sans hésitation, c'est cette solution souple, en harmonie avec la jurisprudence judiciaire, que nous vous proposons d'adopter, ce qui vous conduirait à confirmer l'analyse de la cour. La conséquence en serait que certains départements seraient « régis » par un arrêté portant sur la généralité des commerces alimentaires « généraliste », et d'autres par un arrêté portant seulement sur certains commerces de bouche comme les boulangeries.

Aucun autre moyen ne peut vous conduire à la censure des arrêts, qui sont par ailleurs suffisamment motivés, y compris en ce qu'ils procèdent par adoption des motifs des premiers juges sur plusieurs points. Nous n'en mentionnerons que trois :

- La cour n'a pas dénaturé les faits en estimant que l'arrêté reposait sur la volonté de la majorité indiscutable des établissements concernés, soit 2900 établissements favorables, y compris des supermarchés, sur un total de 4000 environ. La seule circonstance que ni la fédération du commerce et de la distribution<sup>11</sup>, ni la

---

<sup>11</sup> La FCD a par ailleurs été consultée, ce qui était prudent car la jurisprudence administrative semble avoir fait de la consultation des commerces distincts et multiples une condition de légalité d'un accord

société Casino ait souscrit à l'accord était, comme l'a jugé la cour, sans incidence sur la légalité de l'arrêté dès lors que la condition de majorité était par ailleurs remplie. Précisons que vous n'avez pas encore fixé votre degré de contrôle sur ce point, mais la forte densité factuelle de la question, sa faible densité juridique et la nécessité d'une majorité indiscutable, qui nous rapproche d'une logique d'erreur manifeste d'appréciation, plaident très clairement pour s'en remettre à l'appréciation souveraine des juges du fond. Et la cour n'a pas commis d'erreur de droit en neutralisant la circonstance que certains signataires côté patronale étaient juridiquement des associations, puisque cela n'empêche en rien d'y voir des organisations syndicales patronales.

- La cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la caducité de l'accord professionnel de mai 2003, intervenu un an après l'arrêté préfectoral litigieux, était sans incidence sur la légalité de celui-ci. Assez curieusement, cet accord a en effet, selon ses termes, été conclu pour une durée d'un an à compter de la date de publication de l'arrêté préfectoral de fermeture et il est donc devenu caduc en 2005. Mais, d'une part, l'arrêté n'était pas illégal *ab initio* du seul fait qu'il ne limitait pas sa durée à un an après sa publication. Et d'autre part, si l'existence initiale d'un accord et d'une demande d'organisations professionnelles conditionnent la légalité d'un tel arrêté, il faut et il suffit ensuite qu'une majorité indiscutable d'établissements soit toujours favorable à la fermeture ; or, on ne peut présumer que cette majorité a disparu du seul fait qu'un accord formel a expiré postérieurement à l'arrêté préfectoral de fermeture<sup>12</sup>. Il était loisible aux organisations syndicales intéressées de signaler à tout moment au préfet qu'elles ne soutenaient plus la fermeture et au préfet, le cas échéant, d'en tirer les conséquences en abrogeant son arrêté. Par ailleurs, la circonstance que la commission paritaire mise en place par l'article 4 de l'arrêté afin d'assurer le suivi de sa mise en œuvre ne se soit jamais réunie n'entraînait certainement pas la caducité de l'arrêté.

- Enfin, comme l'a jugé la cour, l'arrêté n'est pas incompatible avec la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001, qui accorde des avantages aux salariés travaillant le dimanche matin, ni avec les règles relatives au repos dominical. En effet, cet arrêté se borne à prévoir l'obligation de fermeture un jour par semaine, qui n'est pas nécessairement le dimanche.

### **Par ces motifs nous concluons au rejet des pourvois.**

---

les concernant et signé par les seules organisations représentatives des commerces spécialisés (CE, 7 décembre 1992, Syndicat des artisans et détaillants de la fourrure, n° 88112, inédit). Mais, outre que cette position n'est pas celle du juge judiciaire (Cass. Crim., 24 septembre 2002, n° 02-80375 ; 9 janvier 2007, n° 06-80344), il nous semble qu'il suffit qu'une majorité des établissements, y compris ces commerces, soit favorable à la fermeture pour que l'arrêté soit légal. Il n'y a aucune obligation de consultation proprement dite.

<sup>12</sup> Il s'agit d'ailleurs d'un accord *sui generis* qui n'a pas, selon votre jurisprudence, à être un document écrit (CE, 30 mars 2005, Société Briadel, n° 368603, aux T.).