

N^{os} 388822, 389174

Fédération des employés et
cadres de la CGT Force
ouvrière et autres

1^{ère} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 17 octobre 2016

Lecture du 9 novembre 2016

CONCLUSIONS

M. Jean LESSI, rapporteur public

La loi n° 2009-974 du 10 août 2009 a créé un nouvel outil de dérogation au principe du repos dominical simultané des salariés : les fameux "PUCE, périmètres d'usage de consommation exceptionnel, dans les unités urbaines de plus d'1 million d'habitants. Il s'agit d'un dispositif à trois étages : le préfet de région définit le périmètre de l'unité urbaine, sur des bases statistiques ; le préfet de département, à la demande d'une commune, délimite le PUCE ; enfin, à l'intérieur du PUCE, le même préfet de département délivre des autorisations individuelles, valables cinq ans, au vu d'un accord collectif ou d'une décision unilatérale de l'employeur comportant des contreparties pour les salariés (v. les articles L. 3132-25-1 et L. 3132-25-2 du code du travail).

Bien que récent, ce dispositif appartient déjà au passé. La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 l'a remplacé par le régime des « zones commerciales caractérisées par une offre commerciale et une demande potentielle particulièrement importantes »¹.

C'est dans ce cadre sommairement rappelé, et daté, que s'inscrivent les deux pourvois. Par arrêté du 20 février 2013, le préfet de Seine-Saint-Denis a créé un périmètre d'usage de consommation exceptionnel (PUCE, ancien art. L. 3132-25-1 CT) correspondant au centre commercial « Le Millénaire » à Aubervilliers. Ce centre, ouvert depuis avril 2011, regroupe 140 commerces et restaurants. Avant d'entrer dans le régime des PUCE, il avait fait l'objet, dès novembre 2011, d'arrêtés préfectoraux de dérogation au repos dominical sur le fondement de l'article L. 3132-20 du code du travail, annulés par la juridiction administrative, ainsi que de dix autorisations d'ouverture dominicale accordées par le maire (art. L. 3132-26 CT). Par un jugement du 4 juin 2013, le tribunal administratif de Montreuil, saisi par plusieurs organisations syndicales, a annulé le PUCE du Millénaire mais, sur appel du ministre, la cour de Versailles a annulé le jugement et rejeté les demandes d'annulation. Plusieurs syndicats se pourvoient en cassation.

Rappelons qu'aux termes de l'article L. 3132-25-1 du code du travail dans sa rédaction applicable au litige, il existe trois critères de délimitation d'un PUCE : celui-ci doit être « *caractérisé par des habitudes de consommation dominicale, l'importance de la clientèle*

¹ Dans lesquelles les commerces peuvent, à certaines conditions, donner le repos par roulement sans autorisation individuelle – étant précisé que l'art. 257 de la loi prévoit la transformation de plein droit des anciens PUCE en de telles zones

concernée et l'éloignement de celle-ci de ce périmètre ». La première question soulevée par ces pourvois porte sur la consistance du critère des « habitudes locales de consommation dominicale ».

En première instance, le tribunal avait forgé une grille d'analyse explicite, en recherchant s'il existait « *une pratique continue, durable et non interrompue de consommation le dimanche pour des achats qui ne pourraient être reportés sur un autre jour de la semaine* ». Mais la cour a censuré le jugement sur ce point, estimant que le tribunal avait « ajouté à la loi », puis, au titre de l'effet dévolutif, elle s'est fondée, pour estimer que le critère était satisfait, sur les habitudes de consommation résultant des ouvertures dominicales accordées sur d'autres fondements – les cinq dimanches du maire et les dérogations préfectorales de droit commun - ; sur l'importance du chiffre d'affaires réalisé et de la clientèle accueillie ; sur une étude rendue en janvier 2014 – soit après l'arrêt litigieux - sortant sur les pratiques générales de consommation dominicale au sein de la zone de chalandise.

Il est soutenu que la cour a commis une erreur de droit et insuffisamment motivé son arrêt en estimant que le TA avait « ajouté à la loi » alors que, selon les auteurs du pourvoi, la notion de « *pratique continue, durable et non interrompue de consommation le dimanche* » constitue une définition correcte de ce que la loi entendait par « *habitudes locales de consommation dominicale* ».

Nous pensons que l'arrêt est insuffisamment motivé sur ce point : on ne comprend pas en quoi le tribunal a « ajouté à la loi ». Nous pensons qu'il a effectivement ajouté à la loi, en se fondant, pour caractériser des habitudes dominicales de consommation, sur le caractère non reportable, sur un autre jour de la semaine, de la consommation observée le dimanche. Mais on ne sait pas si le reproche de la cour s'adresse en outre à l'autre partie de la définition du tribunal – le caractère continu, durable et ininterrompu des pratiques de consommation – qui, pour le coup, nous paraît irréprochable

Par ailleurs, et surtout, nous pensons que la cour² a commis une erreur de droit en ne reprenant pas à son compte cette définition. D'abord, cette définition qu'elle correspond à ce que l'on entend habituellement, si nous osons dire, par le terme « habitude ». Ensuite et surtout, elle correspond à l'intention du législateur. Rappelons que les PUCE ont été créés pour donner un cadre juridique aux magasins qui ouvraient depuis des années sans autorisations pérennes, notamment le fameux centre commercial de Plan-de-Campagne. En 2009, le ministre évoquait ainsi, à l'Assemblée Nationale, la nécessité d'une « pratique continue »^{3 4}. L'habitude suppose donc d'identifier deux éléments : un caractère suffisamment ancien - sans remonter à des temps antédiluviens – et un caractère suffisamment régulier. Sur ce dernier point, nous n'irions pas jusqu'à exiger comme le tribunal une pratique ininterrompue, de simples « pics » ponctuels de fréquentation à des périodes de l'année peu significatives – soldes, fêtes de fin d'année – ne traduisent pas à eux seuls un ancrage suffisant.

² dont l'appréciation des faits est sans doute souveraine s'agissant d'un critère aussi factuel et historique

³ CRI AN, 10 juillet 2009, 2^e s.

⁴ V. aussi le rapport fait au nom du comité parlementaire chargé de veiller au respect du principe du repos dominical posé à l'article L. 3132-3 du code du travail, 2011, 36, mentionnant des « pratiques de consommation le dimanche, qui doivent être marquées par leur ancienneté, leur constance et leur ancrage dans les pratiques commerciales de l'espace considéré »

Donner à la notion d'habitude ce sens-là conduit à vider les PUCE d'une grande partie de leur utilité – ce n'est pas pour rien qu'ils ont disparu en 2015. Car le législateur n'a pas fait le choix de se fonder sur le critère du « besoin » - le seul qui ait un sens, à nos yeux, et le seul, on y reviendra, qui garantisse la conformité du droit français aux conventions internationales. Il s'est fondé, en réaction à quelques situations locales emblématiques, sur le critère de « l'habitude », qui est une manière de cerner les besoins, mais imparfaite et incomplète – car limitée aux seuls cas où le besoin a pu s'exprimer sous la forme d'une habitude. Or il semble que l'usage effectif de l'outil ait dépassé cet ambition modeste : le rapport de J.-P. Bailly, en 2013, relevait que des PUCE avaient été créés pour « des zones ou des centres commerciaux en développement »⁵, c'est-à-dire sans antériorité suffisamment notable. Cette dérive des PUCE était sans doute en germe dans les ambiguïtés de la loi de 2009, car la recherche des besoins du public est la pente naturelle de l'ingénierie du repos hebdomadaire. Mais la lettre de la loi de 2009 interdit de glisser trop loin sur cette pente, et impose de donner à la notion d'« habitude » toute sa portée.

Une dernière remarque sur un débat récurrent, devant les juges du fond : est-il possible, pour caractériser des habitudes de consommation dominicale, de se fonder sur des pratiques de consommation qui n'ont pu se développer qu'au bénéfice d'ouvertures illicites, c'est-à-dire d'ouvertures sauvages – sans autorisation administrative – ou d'ouvertures couvertes par des autorisations préfectorales ou communales ultérieurement annulées ? On peut hésiter. Soucieux d'éviter la prime au fait accompli, vous êtes parfois réticents à admettre la prise en compte de situations illicites (par ex CE, Sect. 10 mars 2006, *Commune d'Houlgate et Société d'exploitation du casino d'Houlgate*, n° 264098, au Recueil)⁶. En outre vous refusez de prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé illégalement le dimanche pour apprécier, pour l'application du régime de dérogations de l'art. L. 3132-20, si la fermeture dominicale compromettrait le « fonctionnement normal de l'établissement » (CE, 18 févr. 1991, *SA Canal 7*, n° 105056, aux Tables).

Mais nous pensons que, pour l'application de la loi de 2009, la consommation permise par des ouvertures illégales peut entrer en ligne de compte. Premièrement, telle était l'intention du législateur, exprimée au cours des travaux préparatoires⁷, qui était de régulariser pour l'avenir des situations illicites⁸. Deuxièmement, nous l'avons dit, ces habitudes servent en réalité de révélateur à des besoins⁹. L'affluence du public en cas d'ouverture illicite nous dit quelque chose des besoins réels des consommateurs dans la zone. Et ce ne sont pas les habitudes du public qui sont mauvaises – ce sont les habitudes administratives... Troisièmement, les pratiques permises par les ouvertures illicites ne sont pas les seuls éléments de preuve imaginables, bien au contraire : les pratiques induites par les dérogations du maire, du préfet, ou par les dérogations de plein droit accordées aux

⁵ J.-P. Bailly, La question des exceptions au repos dominical dans les commerces : vers une société qui s'adapte en gardant ses valeurs, 22

⁶ et l'on peut s'interroger en bon sens sur l'avantage donné à celui qui s'est illégalement créé les conditions de prétendre ensuite à un avantage au bénéfice d'un changement ultérieur de législation

⁷ v. not. l'exposé des motifs de la proposition de loi de M. Maillé, et le rapport du rapporteur au Sénat

⁸ En réalité, tout aurait été plus clair si la loi avait été axée, dans sa rédaction, non pas sur les habitudes, qui n'ont parfois pu émerger qu'au bénéfice d'initiatives illégales, mais sur les besoins locaux – qu'une pratique illicite peut permettre de *révéler*, et non de *constituer*.

⁹ le Conseil constitutionnel a lui-même relevé dans sa décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009 que la loi nouvelle visait à « définir un nouveau régime de dérogation au principe du repos dominical en prenant acte d'une évolution des usages de consommation dans les grandes agglomérations » (cons. 13)

établissements de certains secteurs d'activité, peuvent nourrir le faisceau d'indices. Les PUCE ne sont donc pas exclusivement tributaires de pratiques illégales¹⁰.

Si vous nous suivez, vous casserez pour ce motif l'arrêt attaqué. Il nous semble utile, pour que le débat ait lieu sur les meilleures bases devant la cour, de vous entretenir d'une deuxième série de questions, celle de la réponse faite par la cour à deux autres moyens.

Les syndicats invoquaient devant elle la méconnaissance par le PUCE des stipulations de l'article 7 de la convention n° 106 de l'OIT, selon laquelle « *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 peuvent être prises [...] pour [prévoir] des régimes spéciaux de repos hebdomadaire, compte tenu de toute considération sociale et économique pertinente* »¹¹. Vous avez déjà jugé la loi créant le régime des PUCE compatible avec ces stipulations (CE, 2 décembre 2011, CFTC, T. sur autre point, concl. C. Landais, n° 333472), in abstracto en quelque sorte. En l'espèce, les syndicats ne critiquaient plus la loi elle-même mais estimaient que le PUCE du Millénaire ne répondait pas à un besoin d'une importance telle que l'article 7 serait respecté – celui-ci suppose en effet une impossibilité d'appliquer le régime normal de repos hebdomadaire, compte tenu de toute considération sociale et économique pertinente.

La cour a écarté ce moyen au motif que l'arrêté délimitant le PUCE ne crée « par lui-même aucune dérogation ». Nous pensons cette réponse entachée d'erreur de droit. Certes, vous vous êtes fondés sur cette considération pour écarter la condition d'urgence en référé-suspension (CE, 17 nov. 2010, *Min. c/ GIE des commerçants du centre comm. rég. de Belle-Epine*, T., 339295). Mais ce raisonnement, au titre de la condition d'urgence, n'est pas transposable : si le PUCE ne déroge pas par lui-même au repos dominical, il a pour seul objet de permettre d'y déroger, le préfet devant, sous réserve de vérifier les contreparties pour les salariés, délivrer les autorisations individuelles de manière quasi-automatique en aval.

La vraie question est de savoir si la conventionnalité de la loi épuise le débat, ou s'il reste au contraire place pour un contrôle *in concreto*. Nous pensons que ce débat conserve un sens. D'une part, vous avez récemment admis un contrôle *in concreto* en présence d'une norme législative se présentant sous la forme d'une interdiction absolue, ne ménageant a priori aucune marge d'appréciation au stade de l'application d'espèce (CE, Ass. 31 mai 2016, *Mme G...*, n° 396848, au Recueil). Vous devrez a fortiori l'admettre ici, où la loi ménage un espace d'appréciation. D'autre part, et surtout, les critères législatifs de la loi de 2009, centrés sur la notion d'habitude, n'épuisent pas le débat sur la notion de besoin sous-jacente dans l'article 7 de la convention de l'OIT. Il est essentiel, pour garantir la conventionnalité de l'ordre juridique français, de vérifier par le truchement de la convention 106 que les habitudes – critère inopérant pour l'OIT, et très insatisfaisant pour la conscience juridique – reflètent de réels besoins. Nous pensons donc que le moyen ne pouvait être écarté pour le seul motif énoncé par la cour.

¹⁰ Ajoutons que le présent cas de figure est bien distinct de votre jurisprudence sur l'article L. 3132-20, la notion de fonctionnement « normal » n'invitant pas à cette prise en compte

¹¹ Le régime des PUCE a été jugé conforme à ces stipulations, qui sont d'effet direct, dès lors « que ce nouveau régime spécial a pour objet de répondre aux besoins d'une clientèle importante résidant dans de grandes agglomérations ; que la satisfaction de ces besoins constitue une considération pertinente, au sens des stipulations précitées ».

De même, la cour a écarté un moyen tiré de la rupture d'égalité entre les commerces couverts par le PUCE et d'autres commerces ayant une activité identique à quelques encablures en dehors du PUCE, en se fondant de nouveau sur le motif tiré de ce que le PUCE ne crée, par lui-même, aucune dérogation au repos dominical. Ce motif de rejet du moyen est erroné : si un tel contrôle d'éventuelles ruptures d'égalité ou de distorsions de concurrence a un sens, c'est bien au stade de la délimitation du PUCE, et non en aval, les dérogations étant alors quasi-automatiques.

On pourrait cependant hésiter, pour un autre motif, à regarder le moyen opérant. Nous ne sommes pas loin de penser qu'en réalité la loi doit jouer le rôle de paratonnerre. Oui, les PUCE sont intrinsèquement générateurs de distorsions de concurrence, comme l'a relevé le rapport Bailly en 2013. Mais ces distorsions sont en germe dans la loi, qui se fonde sur l'éloignement de la clientèle, et crée ainsi des distorsions de concurrence entre les commerces de centre-ville et les commerces périphériques. Dès lors que les trois critères législatifs sont remplis, il n'est pas évident qu'il reste une place pour contester, au regard de l'égalité ou de la libre concurrence, les contours d'un PUCE. Mais à la réflexion on ne peut exclure que des erreurs ponctuelles de tracé, très localisées, puissent être saisies à travers le principe d'égalité ou la libre concurrence, en présence d'une situation particulière dont les effets seraient, au regard de ces principes, disproportionnés par rapport aux objectifs poursuivis par la loi. Le principe d'égalité et la libre concurrence constituent à nos yeux une simple soupape : un PUCE conforme à la loi sera en principe à l'abri de la contestation. Mais ils permettront de saisir des aberrations ponctuelles.

Par ces motifs, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois, nous concluons à l'annulation des arrêts attaqués, au renvoi des affaires devant la cour administrative d'appel de Versailles, et au versement par l'Etat d'une somme de 600 euros à chacun des syndicats requérants au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.