

DURÉE DU TRAVAIL Repos hebdomadaire – Arrêté préfectoral de fermeture hebdomadaire de l'article L.3132-29 du Code du travail – 1/ Appréciation du caractère majoritaire de l'accord préalable à l'édition de l'arrêté – 2/ Articulation avec les dérogation au repos hebdomadaire des articles R.3132-5, L.3132-12 et L.3132-13 du Code du travail – Dérogations ne faisant pas obstacle à l'application de l'arrêté – 3/ Possibilité de prévoir une dérogation à la règle qu'il fixe (galeries marchandes).

COUR DE CASSATION (Ch. Crim.) 9 janvier 2018
SAS Monop' (n° 15-85.274 P+B)

[...]

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué, du jugement qu'il confirme et des pièces de procédure que la société Monop' a été poursuivie devant le tribunal de police, du chef susvisé, pour avoir ouvert le commerce à l'enseigne Monop', sis [...], les dimanche 25 et lundi 26 novembre 2012, en infraction à l'arrêté préfectoral n° 90-642 du 15 novembre 1990 prescrivant que les établissements ou parties d'établissement, vendant au détail de l'alimentation générale, de l'épicerie, de la crèmerie, des fromages, des fruits et légumes ou des liquides à emporter, seront totalement fermés au public une journée entière par semaine, soit le dimanche, soit le lundi ; que le juge du premier degré, après avoir écarté les exceptions d'illégalité et d'inapplicabilité de cet arrêté, soulevées par la prévenue, est entré en voie de condamnation sur l'action publique et l'action civile ; que la société Monop', à titre principal, le ministère public et le syndicat SUD commerces et services Ile-de-France, partie civile, à titre incident, ont relevé appel de la décision ;

Attendu que, pour confirmer le jugement, notamment en ce qu'il écarte les exceptions d'illégalité et

d'inapplicabilité de l'arrêté préfectoral dont la violation est incriminée, l'arrêt prononce par les motifs, propres et réputés adoptés, repris au moyen ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs exempts d'insuffisance et répondant aux chefs péremptoires des conclusions déposées par les parties, la cour d'appel a justifié sa décision sans encourir les griefs allégués au moyen ;

Qu'en premier lieu, exerce une même profession, au sens de l'article L.3132-29 du code du travail, les établissements dans lesquels s'effectue, à titre principal ou accessoire, la vente au détail de produits alimentaires et il n'importe à cet égard que la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution, organisation représentative des commerces multiples, n'ait pas été partie à l'accord ayant présidé à l'édition de l'arrêté du 15 novembre 1990, dès lors que les juges du fond ont souverainement apprécié, sans inverser la charge de la preuve, que l'absence de consultation de cette organisation n'avait pas eu d'incidence sur l'expression majoritaire des membres de la profession ;

Qu'en deuxième lieu, ni la règle du repos dominical des salariés, ni la circonstance, à la supposer établie,

que la société Monop' eût été autorisée à y déroger en application des articles L.3132-12 et R. 3132-5 du code du travail, ne faisaient obstacle à ce que le préfet, pour l'application de l'article L.3132-29, laissât le choix entre le dimanche et le lundi comme jour de fermeture hebdomadaire des commerces de la profession concernée ;

Qu'en troisième lieu, la disposition de l'article 6 de l'arrêté critiqué, permettant aux commerçants exerçant dans des galeries marchandes de prendre comme jour de fermeture celui pratiqué par la galerie, ne constitue pas une dérogation individuelle illégale à la règle de fermeture hebdomadaire fixée, mais une modalité d'application de cette dernière en rapport avec son objet, qui est d'assurer une égalité entre les établissements d'une même profession au regard de la concurrence ;

D'où il suit que le moyen ne saurait être accueilli ;

Et attendu que l'arrêté est régulier en la forme ;

REJETTE le pourvoi ;

(M. Soulard, prés. - SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, SCP Waquet, Farge et Hazan, av.)

Note.

Les questions du travail dominical et des dérogations à l'interdiction du travail le dimanche sont distinctes de celle de l'obligation de fermeture hebdomadaire résultant d'un arrêté préfectoral, lequel peut imposer, aux établissements relevant d'une activité qu'il vise, de fermer au choix le dimanche ou le lundi, quand bien même ces établissements bénéficieraient d'une dérogation de droit à ladite interdiction, octroyée par le législateur. Par ailleurs, la possibilité, pour les établissements qui y sont implantés, de prendre comme jour de fermeture hebdomadaire celui pratiqué par une galerie marchande ne constitue pas une dérogation individuelle à la règle de fermeture hebdomadaire fixée par l'arrêté préfectoral, mais une simple modalité d'application de cette règle qui, en conséquence, n'affecte pas la légalité de l'acte préfectoral.

Dans le département de Paris, le préfet de région a, en application de l'article L. 3132-29 du Code du travail, décidé, par arrêté n°90-642 en date du 15 novembre 1990, la fermeture au public soit le dimanche, soit le lundi, toute la journée de zéro à vingt-quatre heures, des établissements ou parties d'établissement

vendant au détail, à titre principal ou accessoire, à poste fixe ou en ambulancier, de l'alimentation générale, de l'épicerie, de la crèmerie, des fromages, des fruits et légumes et des liquides à emporter.

La Sté Monop' ayant occupé son personnel le dimanche 25 et le lundi 26 novembre 2012 a été reconnue coupable d'avoir enfreint les dispositions de cet arrêté. La Cour d'appel de Paris, par arrêt confirmatif en date du 26 mai 2015, l'a ainsi condamnée à une amende contraventionnelle de 1.000 € et à verser 400 € à chacune des parties civiles.

L'arrêt de rejet rapporté, publié au bulletin de la Cour de cassation, s'inscrit dans un contentieux déjà conséquent relatif à la contestation des peines infligées sur le fondement d'infractions aux dispositions des arrêtés préfectoraux de fermeture hebdomadaire. Pour échapper à la peine encourue, les prévenus excipent fréquemment de l'illégalité de ces arrêtés. L'arrêté préfectoral en cause dans la présente procédure a déjà fait l'objet de plusieurs contentieux devant la juridiction administrative (1) et devant la juridiction judiciaire (2). Le juge écarte ici le moyen tiré de l'exception d'illégalité, en confirmant les solutions habituelles concernant les critères d'appréciation de la légalité de cet acte de l'administration, sauf en ce qui concerne la question, à notre connaissance nouvelle, de la légalité des dispositions d'un arrêté préfectoral de fermeture hebdomadaire dérogeant au principe qu'il pose (I). L'arrêt rappelle, par ailleurs, le champ d'application dudit arrêté au regard des professionnels qui doivent y être soumis (II).

I. La légalité de l'arrêté préfectoral de fermeture hebdomadaire

En dehors de celle abordée ultérieurement dans cette note, s'agissant du champ d'application de l'arrêté préfectoral, l'exception d'illégalité est tirée ici de ce que l'arrêté préfectoral de fermeture hebdomadaire serait illégal en ce que, d'une part, l'accord préalable à son édicton ne représenterait pas la majorité des professionnels dans le département (A) et, d'autre part, cet arrêté porterait atteinte à l'égalité entre les membres d'une même profession en autorisant, à l'article 6, certains d'entre eux à déroger à la règle qu'il fixe à l'article 2 du choix entre le dimanche et le lundi pour jour de fermeture hebdomadaire (B).

(1) CAA Paris 22 janvier 2007, *Sté Sodictler*, n°03PA03.871 ; CAA Paris 6 juin 2013, *Sté Fracar*, n°12PA03.802 ; CAA Paris 24 mars 2014, *Sté Poissonnier Ordener Distribution*, n°12PA05.030 ; CAA Paris 31 décembre 2014, *Sté Asie Store*, n°13PA03.957 ; CAA Paris 19 février 2015, *Sté Orgard et a.*, n°14PA02.211.

(2) Cass. Crim. 11 janvier 2000, n°98-87.599 ; Cass. Crim. 24 janvier 2012, *M. Patrick X.*, n°11-84.529 ; Cass. Crim. 17 octobre 2012, *Syndicat Commerce interdépartemental d'Île-de-France CFDT et a/.*, n°11-24.315 ; CAA Paris 28 juin 2011, n°11/02.872.

A. L'appréciation du caractère majoritaire de l'accord préalable à l'édition de l'arrêté préfectoral

La majorité doit correspondre à la volonté incontestable de la majorité des professionnels concernés. Ce rappel est constant de la part du Conseil d'État (3) et de la Cour de cassation (4).

Le caractère non majoritaire de l'accord préalable à l'arrêté préfectoral résultait, selon la SAS Monop', de l'absence, parmi les signataires, de la Fédération des commerces multiples à laquelle elle était affiliée. La Cour de cassation rejette ce moyen, prenant acte de ce que l'absence de consultation de la Fédération des commerces multiples « n'a pas eu d'incidence sur l'expression majoritaire des membres de la profession ». Elle conforte là implicitement le juge de fond, qui avait considéré que la circonstance selon laquelle la Fédération précitée n'avait pas été consultée était « sans incidence sur la légalité de l'arrêté, dès lors que l'accord fondant celui-ci est l'expression des membres de la profession », et quand bien même la majorité requise ne résulterait que d'un accord entre quelques syndicats (et non tous) représentant lesdits membres.

La Cour, comme elle l'a fait jusqu'ici, rappelle ainsi que le caractère majoritaire de l'accord préalable est indifférent à l'absence, parmi les signataires, d'une organisation déterminée, dès lors que ceux-ci représentent bien la majorité des professionnels (5).

À l'appui de sa requête, la prévenue faisait également grief au juge du fond de n'avoir pas, « en méconnaissance des règles fondamentales du procès pénal », rapporté la preuve de l'absence de majorité dont, selon elle, la charge incombe à ce juge. La Cour de cassation écarte ce grief en estimant, en l'espèce, que « les juges de fond ont souverainement apprécié sans inverser » cette charge. Elle le fait d'ailleurs chaque fois que le prévenu n'a pas établi lui-même que les signataires de l'accord ne représentent pas la majorité des professionnels concernés. Aussi retient-elle, en effet, qu'il incombe « au requérant qui invoque l'exception d'illégalité de l'arrêté préfectoral de fermeture d'établir, le cas échéant, soit l'absence d'une majorité incontestable des profes-

sionnels concernés en faveur de l'accord sur lequel est fondé l'arrêté, soit encore que l'absence de consultation d'une organisation d'employeurs a eu une incidence sur la volonté de la majorité des employeurs et salariés concernés par l'accord » (6).

On observera, sur ce point, que « le juge pénal, saisi d'une exception d'illégalité d'un arrêté préfectoral édicté en application de l'article L.3132-29 du Code du travail, prise de ce que l'accord intervenu entre les organisations syndicales de salariés et d'employeurs d'une profession sur les conditions dans lesquelles le repos hebdomadaire est donné aux salariés, n'aurait pas exprimé la volonté de la majorité des professionnels concernés, ne peut accueillir cette exception que s'il résulte des éléments du dossier qu'une telle volonté majoritaire faisait défaut, à la date de l'arrêté litigieux ou à celle des faits poursuivis » (7).

Dans un arrêt en date du 17 octobre 2012, confirmant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 28 juin 2011 (8), la Cour de cassation a déjà écarté la même exception d'illégalité soutenue, à l'encontre du même arrêté préfectoral, par la même SAS Monop', prévenue dans la présente procédure. Au demeurant, dans un arrêt de la Cour administrative de Paris, en date du 24 mars 2014, le juge administratif avait rejeté le moyen tiré de ce que cet arrêté était illégal en raison de son caractère non majoritaire à la date de sa signature (9).

B. La possibilité pour l'arrêté préfectoral de fermeture hebdomadaire de prévoir une dérogation à la règle qu'il fixe

La SAS Monop' faisait grief au juge du fond de ne pas relever que l'article 6 de l'arrêté préfectoral faussait la concurrence entre les membres d'une même profession. Cet article autorise les commerçants exerçant dans une galerie marchande à prendre pour jour de fermeture hebdomadaire, de 0 à 24 heures, celui que cette galerie pratique. En adoptant ce qui doit être appréhendé ici comme le règlement intérieur de ce site, l'article 6 susmentionné déroge en conséquence au principe posé par l'article 2 de l'arrêté, imposant à la profession, en principe sur l'ensemble de son champ territorial d'application

(3) Not. CE 14 avril 1976, *Chambre syndicale nationale du commerce et de la réparation automobile*, n°94.387 ; CE 10 janvier 1986, *SNCMEM*, n°43.068 ; CE 18 novembre 2013, *Sté France restauration rapide*, n°358.805.

(4) Cass. Soc. 11 octobre 1994, *Chaussures André*, n°89-21.395 ; Cass. Crim. 21 août 1996, *Syndicat départemental des boulangeries-pâtisseries du Vaucluse*, n°95-81.101.

(5) V. not. Cass. Soc. 17 octobre 2012, n°11-24.315 ; Cass. Crim. 17 décembre 2013, n°12-87.103 ; Cass. Soc. 25 octobre 1990, n°88-20.405, BC V, n°509 ; Cass. Soc. 11 octobre 1994, n°89-21.395, BC V, n°268 ; Cass. Soc. 23 mars 1989, n°87-16.324, BC V, n°255.

(6) Cass. Soc. 17 octobre 2012, *Touatis et Zeveco*, n°11-24.315 ; Cass. Soc. 11 mai 2017, *Sté Le Petreims*, n°15-25.195.

(7) Cass. Crim. 8 avril 2014, n°11-84.722.

(8) CAA Paris 28 juin 2011, n°11/02.872, préc.

(9) CAA Paris 24 mars 2014, *Sté Poissonnier Ordener Distribution*, n°12PA05.030.

(c'est-à-dire le département), de choisir le dimanche ou le lundi comme jour de fermeture hebdomadaire.

Le juge de fond avait indiqué que « le fait que des règles dérogatoires existent pour certaines catégories d'établissements, précisément en raison de différences de nature entre lesdits établissements et les établissements généralement visés par l'article L.3132-29 du Code du travail et ayant fait l'objet d'un accord syndical, n'est pas de nature à créer une situation faussée de concurrence entre les établissements, bien au contraire, puisqu'elle prend en compte leurs particularités ».

La Cour de cassation vient préciser que la dérogation, ici au principe posé à l'article 2 de l'arrêté préfectoral, « ne constitue pas une dérogation individuelle illégale à la règle de fermeture hebdomadaire fixée, mais une modalité d'application de cette règle, en rapport avec son objet, qui est d'assurer une égalité entre les établissements d'une même profession au regard de la concurrence ». Au demeurant, cette dérogation ne saurait être individuelle, puisque l'arrêté préfectoral a un caractère réglementaire en ce qu'il vise une population ou une profession.

Il résulte de la précision apportée par la Cour de cassation que le professionnel procédant à la vente de denrées alimentaires dans une galerie marchande qui ferme le dimanche se trouve, au regard de la concurrence, dans la même situation que son concurrent implanté à l'extérieur, mais à toute proximité, qui bénéficierait de la dérogation de droit prévue à l'article L.3132-13 du Code du travail. Or, en application de cet article, ce concurrent pourra, lui, ouvrir le dimanche jusqu'à 13 heures et choisir le lundi comme jour de fermeture hebdomadaire.

Cette solution, qui valide implicitement une telle conséquence, peut donc interroger. Lorsque le préfet prend l'arrêté de fermeture hebdomadaire, il a, en principe, compétence liée pour entériner ce que les professionnels ont décidé par accord, en l'occurrence, ici, le choix entre le dimanche et le lundi pour la fermeture hebdomadaire. En autorisant une dérogation à ce choix, le préfet s'écarte donc de la volonté conventionnelle qui le lie. De même, cette autorité administrative limite, de fait, le champ territorial prévu audit accord, en considérant la galerie marchande comme un espace particulier, à traitement spécifique, autonome, à l'intérieur de l'espace départemental. Dans ces conditions, si l'égalité entre les professionnels au sein de cette galerie est assurée,

celle entre ces professionnels et l'ensemble auquel ils appartiennent sur le champ territorial initial de l'accord, le paraît moins.

II. Le champ d'application de l'arrêté préfectoral de fermeture hebdomadaire

La SAS Monop' contestait que l'arrêté préfectoral puisse s'appliquer à une entreprise adhérente à une organisation non signataire, en l'occurrence la Fédération des commerces multiples (A) ou aux entreprises bénéficiant, comme elle, d'une dérogation de droit octroyée par le législateur (B).

A. L'arrêté préfectoral de fermeture hebdomadaire et l'entreprise adhérente à une organisation non signataire

La SAS Monop' estimait que l'arrêté ne lui était pas applicable, la Fédération des commerces multiples à laquelle elle était affiliée n'étant pas partie à l'accord.

Le juge du fond avait rappelé que constituaient la même profession les établissements dans lesquels s'effectue, à titre principal ou accessoire, la vente au détail de produits alimentaires, comprenant, en conséquence, les commerces multiples, « non du fait qu'ils sont des commerces multiples, mais du fait qu'ils vendent de l'alimentation générale, et quand bien même l'accord ne refléterait pas la volonté de la majorité des magasins à commerces multiples ». Il en résulte que la SAS Monop' relevait bien du champ d'application de l'arrêté contesté. En d'autres termes, la vente de denrées alimentaires, à titre principal ou accessoire, emporte l'appartenance au champ d'application de cet arrêté. La Cour de cassation écarte, en conséquence, le moyen tiré de l'illégalité de l'arrêté en raison de l'absence, parmi les signataires, de la Fédération des commerces multiples.

La solution n'est pas nouvelle. Le Conseil d'État (10) et la Cour de cassation (11) ont déjà retenu que la vente au détail de denrées alimentaires constitue une profession déterminée au sens de l'article L.3132-29 du Code du travail.

Au demeurant, les commerces multiples ne sont exclus du champ d'application des arrêtés préfectoraux ordonnant la fermeture au public pendant le repos hebdomadaire que lorsque ceux-ci ne visent que les commerces spécialisés (12), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

(10) CE 20 février 2012, Sté CSF, n° 336.594, concl. A. Jallet, AJDA 2016, p. 1179.

(11) Not. Cass. Crim. 16 mars 2010, n° 08-11.148 ; Cass. Soc. 17 octobre

2012, Sociétés Touatis et Zoveco Dis, n° 11-24.315 ; Cass. Crim. 14 juin 2014, Auchan France, n° 12-26.521.

(12) Cass. Soc. 11 juin 2014, n° 12-26.521.

B. L'arrêté préfectoral de fermeture hebdomadaire et l'entreprise déjà bénéficiaire d'une dérogation de droit octroyée par le législateur

Arguant de ce qu'étant titulaire d'une licence restaurant « *de type rapide* » l'autorisant à exercer une activité de restauration (...) et d'un extrait Kbis faisant mention de « *la vente à consommer sur place de toutes denrées alimentaires à consommer sur place avec petite restauration en libre-service* », la prévenue soutenait qu'elle bénéficiait de plein droit des dispositions de l'article R.3132-5 du Code du travail lui permettant de déroger, de façon permanente, aux dispositions sur le repos hebdomadaire et d'ouvrir le dimanche et le lundi, en donnant « *le repos hebdomadaire par roulement pour les salariés employés aux travaux ou activités spécifiés* ».

La Cour de cassation rejette le moyen, retenant que « *ni la règle du repos dominical, ni la circonstance, à la supposer établie, que la société Monop' eût été autorisée à y déroger en application des articles L. 3132-12 et R. 3132-5 du Code du travail, ne faisait obstacle à ce que le préfet, pour l'application de l'article L. 3132-29, laissât le choix entre le dimanche et le lundi comme jour de fermeture des commerces de la profession concernée* ». Elle rejette implicitement l'exception d'illégalité tirée de ce que le fait, pour le préfet, de prendre l'arrêté de fermeture fondé sur ce dernier article méconnaît

trait les dispositions des articles L. 3132-12, R. 3132-5, L. 3132-13 et L. 3132-14 du Code du travail.

Ce faisant, elle confirme que les questions du travail dominical et des dérogations à l'interdiction du travail le dimanche, posées par les articles L. 3132-3 et L. 3132-13 du Code du travail, sont distinctes de celle de l'obligation de fermeture hebdomadaire résultant d'un arrêté préfectoral (13). Le juge du fond avait d'ailleurs précisé que c'est pour avoir ouvert le lundi, alors qu'elle l'avait également fait la veille, que la prévenue était poursuivie pour infraction à l'arrêté préfectoral fondé sur l'article L. 3132-29 du Code du travail, et non au titre d'une infraction à l'interdiction du travail le dimanche, auquel ledit article R.3132-5 autorisait la prévenue à déroger jusqu'à 13 heures.

La Cour de cassation a déjà considéré que le fait qu'un établissement soit autorisé à donner le repos hebdomadaire par roulement « *ne fait pas obstacle à la fixation d'un jour de fermeture hebdomadaire* » (14) et que les dispositions d'un arrêté préfectoral pris sur le fondement de l'article L. 3132-29 du Code du travail « *sont expressément applicables à tous les modes de repos hebdomadaire* » (15).

Alain Leduc, ancien Inspecteur
et Directeur-adjoint du travail

Paul Massamba-Débat, ancien Inspecteur
et Directeur-adjoint du travail

(13) Dans une autre procédure impliquant la prévenue, la Cour de cassation a déjà retenu, par une décision de rejet en date du 17 octobre 2012, n° 11-24.315, confirmant celle de la Cour d'appel de Paris du 28 juin 2011, n° 11/02.872, que l'inobservation du même arrêté constituait un risque manifestement illicite,

« *distinct de celui causé par les infractions à la règle du repos dominical* ».

(14) Cass. Crim. 3 janvier 2012, *Mme Patrick X.*, n° 11-81.136.

(15) Cass. Crim. 16 mars 2010, n° 09-81.683.