

## Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel

### Cahier n° 32

#### Décision n° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011

*Société Chaud Colatine*

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 26 octobre 2010 par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 3132-29 du code du travail.

Dans sa décision n° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011, le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition conforme à la Constitution.

#### **I. – La disposition contestée**

L'article L. 3132-29 du code du travail, qui trouve son origine dans l'article unique d'une loi du 29 décembre 1923<sup>1</sup>, dispose : « *Lorsqu'un accord est intervenu entre les organisations syndicales de salariés et les organisations d'employeurs d'une profession et d'une zone géographique déterminées sur les conditions dans lesquelles le repos hebdomadaire est donné aux salariés, le préfet peut, par arrêté, sur la demande des syndicats intéressés, ordonner la fermeture au public des établissements de la profession ou de la zone géographique concernée pendant toute la durée de ce repos. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux activités dont les modalités de fonctionnement et de paiement sont automatisées.* »

Jusqu'à l'ordonnance du 12 mars 2007 ayant institué le nouveau code du travail, cette disposition figurait à l'article L. 221-17 de l'ancien code. Par rapport au texte nouveau, cette ancienne disposition prévoyait, dans un deuxième alinéa issu d'un décret-loi du 24 juin 1939<sup>2</sup>, une dérogation en faveur des « *établissements concourant d'une façon directe au ravitaillement de la population en denrées alimentaires* ». Cette dérogation a été reprise dans le nouveau code, mais elle figure désormais dans sa partie réglementaire<sup>3</sup>. Pour le reste, la disposition soumise au Conseil n'a été modifiée qu'une seule fois, par la

---

<sup>1</sup> Loi modifiant le livre II, chapitre IV, du code du travail et de la prévoyance sociale.

<sup>2</sup> Relatif au repos hebdomadaire, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>3</sup> Art. R. 3135-2.

loi du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs<sup>4</sup> qui a institué la dérogation finale relative aux activités dont les modalités de fonctionnement et de paiement sont automatisées.

Sous réserve de ces deux modifications et de la modernisation du vocabulaire utilisé<sup>5</sup>, le texte de l'actuel article L. 3132-29 du code du travail correspond toujours à celui de la loi du 29 décembre 1923.

À l'origine, la loi de 1923 avait pour objectif, selon les termes employés par le Gouvernement dans ses observations, « *de remédier aux distorsions de concurrence susceptible de résulter de l'application de la loi du 13 juillet 1906 instituant l'obligation d'accorder aux salariés un repos hebdomadaire ou dominical de vingt-quatre heures consécutives. Cette obligation, en effet, ne privait pas l'employeur du droit de laisser son établissement ouvert le jour de repos s'il y travaillait seul ou avec les membres de sa famille* ». En interdisant l'ouverture des établissements concernés sept jours sur sept, la loi de 1923 offrait ainsi, à la requête des membres et salariés de chaque profession considérée, la possibilité d'éviter une distorsion potentielle de concurrence au détriment des établissements employant du personnel. De ce point de vue, elle protégeait plutôt les grandes entreprises au détriment des petites structures.

Sans que la formulation de la règle ait changé, la fonction de la loi de 1923 a toutefois évolué en même temps que la société. Ainsi, désormais, l'article L. 3132-29 du code du travail protège plutôt les commerces de taille petite ou moyenne dans la mesure où, d'une part, ils ne peuvent fonctionner sans salarié et où, d'autre part, ils n'ont pas assez de salariés pour mettre en place un éventuel roulement (si la loi le permet) pour respecter le repos hebdomadaire.

L'article L. 3132-29 du code du travail est d'application fréquente, car très nombreux sont les arrêtés préfectoraux pris sur son fondement dans les branches professionnelles et les régions les plus diverses. Le contentieux qu'il suscite est également abondant, qu'il émane du juge judiciaire (à la suite d'infractions relevées contre ces arrêtés<sup>6</sup> ou, comme en l'espèce, d'une action en dommages-intérêts pour faute devant le tribunal de commerce) ou du juge administratif saisi de la légalité de ces mêmes arrêtés.

---

<sup>4</sup> Loi n° 92-60, art. 9.

<sup>5</sup> Les « *syndicats patronaux et ouvriers* » de la loi de 1923 ont cédé la place aux « *syndicats d'employeurs et de travailleurs* » en 1973, puis aux « *organisations syndicales de salariés et organisations d'employeurs* » en 2007. De même, la « *région* » est devenue « *zone géographique* » en 2007.

<sup>6</sup> La peine étant fixée par l'article R. 3132-22 du code du travail : « *Le fait de méconnaître les dispositions des articles L. 3132-1 à L. 3132-14 et L. 3132-16 à L. 3132-31, relatives au repos hebdomadaire, ainsi que celles des décrets pris pour leur application, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe.*

« *Les contraventions donnent lieu à autant d'amendes qu'il y a de salariés illégalement employés.*  
« *La récidive est réprimée conformément aux articles 132-11 et 132-15 du code pénal.* »

Cette jurisprudence enferme l'article L. 3132-29 dans certaines limites. Il en va ainsi, en premier lieu, pour la définition des notions de « *profession* » et de « *zone géographique* » visées par la loi. Le Conseil d'État pose en effet un principe d'interprétation stricte de la notion de « *profession* »<sup>7</sup>, tout en faisant preuve du réalisme qu'impose l'application effective de cette règle. Ainsi, par exemple, les boulangeries, boulangeries-pâtisseries et dépôts de pain constituent-ils une même profession quel que soit le mode artisanal ou industriel de production<sup>8</sup>. D'une manière générale, le juge administratif, suivi par le juge judiciaire, distingue trois types d'établissements pour tenter de coller au plus près à la réalité économique<sup>9</sup> : les commerces spécialisés qui ne commercialisent qu'un type de biens et sont régis par des arrêtés qui leur sont propres (par exemple, boulangeries et commerces assimilés), les commerces mixtes qui commercialisent plusieurs types de biens (vente de meubles et d'électroménager) et les commerces multiples qui commercialisent les produits les plus divers sans qu'aucun ne soit accessoire par rapport aux autres. Les juges considèrent qu'il convient de raisonner magasin par magasin, voire rayon par rayon au sein d'un même magasin, pour décider d'une éventuelle application de l'arrêté. Pour les commerces mixtes ou multiples, cette application peut conduire à ce que seules certaines parties du magasin soient fermées, parce que les autres ne sont pas visées par l'arrêté<sup>10</sup>. En tout état de cause, les organisations représentatives de tous les types de commerces susceptibles d'être concernés doivent être appelées à la négociation de l'accord pour que celui-ci puisse ensuite recevoir l'« onction » préfectorale. La notion de « *zone géographique* » est pareillement mise en œuvre de manière prévisible par les juges qui s'attachent à regarder les possibilités de concurrence concrète dans la zone considérée.

En deuxième lieu, l'article L. 3132-29 du code du travail exige « *un accord (...) intervenu entre les organisations syndicales de salariés et les organisations d'employeurs* ». La jurisprudence a précisé que cet accord *sui generis*<sup>11</sup>, qui n'a pas d'effet juridique propre (c'est-à-dire indépendamment de l'édition d'un arrêté préfectoral), suppose que les organisations professionnelles consultées aient exprimé la volonté de la majorité des membres de la profession

<sup>7</sup> CE, 18 décembre 1964 : *JCP* 1965, II, 14141, concl. Rigaud.

<sup>8</sup> CE, 28 mai 2003, n° 247120 : *RJS* 2003, n° 1278, p. 883. Voir aussi Cass. soc., 23 mars 1989 : *JCP* 1990, II, 21466 (2<sup>e</sup> esp.), note Parléani.

<sup>9</sup> Voir, pour un récent rappel de cette jurisprudence, conclusions du rapporteur public B. Joly devant TA Lille, 7 mai 2009, *JCP S* 8 septembre 2009, n° 37, 1387.

<sup>10</sup> Voir CE, 14 décembre 1979, *Sidef*, n° 10275.

<sup>11</sup> Cet accord, en effet, n'est pas un accord collectif régi par le Titre III du Livre I<sup>er</sup> du code du travail (ancienne codification) (CE, 15 mai 2006, *Société Cesagui*, n° 277361 : *D.* 2006, IR p. 1639 ; Cass. soc., 12 juillet 2006, pourvoi n° 04-20770 : *D.* 2006, IR p. 2419).

intéressée<sup>12</sup>, le Conseil d'État exigeant même une majorité qualifiée d'« *indiscutable* »<sup>13</sup>. Toujours selon le Conseil d'État, une véritable négociation est nécessaire, de simples avis recueillis séparément auprès de chaque organisation étant insuffisant<sup>14</sup>.

## II. – La conformité à la Constitution

La société requérante reprochait à l'article L. 3132-29 du code du travail de n'être pas conforme à la liberté d'entreprendre garantie par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Après avoir rappelé les normes de constitutionnalité applicables, le Conseil constitutionnel juge la disposition contestée conforme à la Constitution.

### A. – Les normes de constitutionnalité applicable

Selon la décision n° 81-132 DC<sup>15</sup>, « *la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration [de 1789], consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait (...) être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre* » (cons. 16). Celle-ci, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, n'est toutefois « *ni générale ni absolue* » selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel<sup>16</sup>.

Ainsi, selon la formulation la plus récente d'un principe constitutionnel désormais bien établi, « *il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Cass. crim., 14 novembre 1984 : *JCP* 1985, IV, 32 ; Cass. crim., 22 novembre 1988 : *Bull. crim.* n° 397 ; *JCP* éd. E 1989, II, 15447, obs. Godard. Voir aussi CE, 14 avril 1976, *CSNCRA et Labrousse*, n° 94387.

<sup>13</sup> CE, 15 mai 2006, *Société Cesagui*, préc. Voir déjà CE, 7 décembre 1992, n° 91173. La chambre criminelle de la Cour de cassation se contente d'exiger une *majorité*, sans plus de précision (voir par exemple Cass. crim., 16 mars 2010, pourvoi n° 08-88418, *Bull. crim.* n° 51), tandis que la chambre sociale fait également référence à une majorité *indiscutable* (Cass. soc., 11 octobre 1994 : *Bull.* n° 268).

<sup>14</sup> CE, 30 mars 2005, *Société Briadel et autres*, n° 268603 : *RJS* 2005, n° 859, p. 620.

<sup>15</sup> Du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*.

<sup>16</sup> Voir, pour la première fois, décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, cons. 12 et 13.

<sup>17</sup> Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, cons. 24. Ce principe était déjà affirmé par la décision n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*, cons. 5, qui se fondait toutefois sur la notion de *dénaturation* et non sur celle aujourd'hui utilisée de proportionnalité. La référence aux « *exigences constitutionnelles* » date de la décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, cons. 26.

D'une manière générale, le Conseil constitutionnel reconnaît en ce domaine une large marge d'appréciation au législateur. Peu nombreuses sont en effet les décisions qui ont prononcé une censure sur le fondement de la liberté d'entreprendre depuis sa consécration en 1982. Dans sa décision n° 2001-455 DC<sup>18</sup>, le Conseil a toutefois censuré la définition très restrictive du licenciement pour motif économique qu'entendait poser la loi de modernisation sociale (cons. 47 à 50). Plus récemment, la décision n° 2010-45 QPC<sup>19</sup> a censuré pour incompétence négative, au regard de la liberté d'entreprendre et de la liberté de communication, l'article L. 45 du code des postes et des communications électroniques (nommage internet en « .fr »).

En l'espèce, il ne faisait aucun doute qu'en empêchant l'exploitation d'une entreprise un jour par semaine, la disposition contestée constitue une atteinte à la liberté d'entreprendre. Cette atteinte peut-elle être justifiée au regard de la jurisprudence du Conseil ?

## **B. – L'application des normes de constitutionnalité**

Le Conseil constitutionnel devait vérifier, en premier lieu, si la limitation apportée à la liberté d'entreprendre est liée à des exigences constitutionnelles ou se trouve justifiée par l'intérêt général et, en second lieu, si elle est proportionnée à l'objectif poursuivi.

### **1. – La justification de la disposition contestée**

Dans ses observations, le Gouvernement soutenait que l'article L. 3132-29 du code du travail concourt à la protection du droit au repos garanti par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Tel était également l'angle sous lequel la Cour de cassation envisageait la disposition contestée dans son arrêt de renvoi, puisqu'elle jugeait sérieux « *le moyen tiré d'une atteinte à la liberté d'entreprendre, en ce que le repos hebdomadaire des salariés serait suffisamment garanti par l'article L. 3132-1 du code du travail* ». Toutefois, l'article L. 3132-29 n'a pas pour objet principal de protéger les salariés, puisque, selon la formule utilisée par le Conseil d'État, la disposition contestée s'applique « *sans distinguer selon que (les établissements) emploient ou non du personnel* »<sup>20</sup>.

Ainsi, cette règle, bien qu'elle figure dans le code du travail, concerne le repos hebdomadaire, mais non pas directement le droit au repos des salariés. L'article L. 3132-29 du code du travail ne déroge en effet en aucune manière aux règles

<sup>18</sup> Du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*.

<sup>19</sup> Du 6 octobre 2010, *M. Mathieu P.*

<sup>20</sup> CE, 14 décembre 1979, *Sidef*, n° 12398.

par ailleurs posées par le code du travail au sujet du droit au repos hebdomadaire en faveur des salariés, repos donné, en principe, le dimanche. Cette disposition ne concerne que les conditions d'ouverture de l'entreprise elle-même. En interdisant cette ouverture sept jours sur sept, l'article L. 3132-29 empêche qu'un commerce ou une entreprise puisse fonctionner toute la semaine, ce qui serait possible dans plusieurs hypothèses : soit parce que ce commerce ou cette entreprise offre le repos hebdomadaire par roulement à ses salariés, quand cela est permis par la loi (article L. 3132-12 du code du travail), soit parce qu'elle peut fonctionner – à titre permanent ou ponctuel – sans salarié, parce que le chef d'entreprise y travaille seul ou avec les membres de sa famille n'ayant pas le statut de salarié. Il en résulte que l'enjeu de la présente QPC est différent de celui de la loi du 10 août 2009 réaffirmant le principe du repos dominical<sup>21</sup> que le Conseil a examinée dans sa décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009. L'effet protecteur de la disposition contestée sur le droit au repos est donc, tout au plus, indirect : le respect par l'employeur de son obligation de donner un repos hebdomadaire aux salariés est aisé à vérifier dès lors que l'établissement est fermé un jour par semaine. Cela a néanmoins paru insuffisant au Conseil pour justifier la disposition contestée, d'où le silence de la décision au sujet de la protection du droit au repos.

S'agissant de la définition des motifs d'intérêt général poursuivis, il convient de rappeler que le Conseil constitutionnel exerce un contrôle particulièrement restreint. En l'espèce, le Conseil relève « *qu'en permettant au préfet d'imposer un jour de fermeture hebdomadaire à tous les établissements exerçant une même profession dans une même zone géographique, l'article L. 3132-29 du code du travail vise à assurer l'égalité entre les établissements d'une même profession, quelle que soit leur taille, au regard du repos hebdomadaire* » (cons. 4).. Par la disposition contestée, le code du travail tend à assurer l'égalité entre les divers établissements au regard des conséquences économiques de la mise en œuvre du repos hebdomadaire. Ce faisant, la loi protège en particulier les petits commerces qui n'ont pas suffisamment de salariés pour pouvoir être ouverts en continu<sup>22</sup>.

Le Conseil constitutionnel a donc constaté l'existence d'un motif d'intérêt général. Encore faut-il que cette obligation soit proportionnée à l'objectif poursuivi.

---

<sup>21</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>22</sup> Rapp. Cass. crim., 16 mars 2010, préc. : l'article L. 3132-29 du code du travail a « *pour objet de garantir sur le fondement d'un accord professionnel une concurrence équilibrée entre les établissements ayant une activité commune* ».

## 2. – La proportionnalité de la disposition contestée

Dans sa décision du 21 janvier 2011, le Conseil constitutionnel relève trois motifs conduisant à juger que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre est proportionnée. Ces motifs tiennent aux conditions de mise en œuvre du dispositif et à son caractère limité dans l'espace et dans le temps (cons. 5).

Premièrement, la mise en œuvre de cette atteinte à la liberté d'entreprendre suppose la conclusion d'un accord entre les organisations syndicales de salariés et d'employeurs. Cet accord est un préalable indispensable<sup>23</sup>. En vertu de la jurisprudence précitée du Conseil d'État et de la Cour de cassation, la majorité des intéressés doit donc consentir à cette atteinte pour qu'elle puisse devenir effective, *via* l'adoption d'un arrêté préfectoral. Deuxièmement, l'arrêté visé par la disposition contestée « *ne peut concerner que les établissements qui exercent une même profession au sein d'une zone géographique déterminée* », ce qui signifie que l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre n'est en rien générale. Troisièmement, la décision préfectorale n'a aucune vocation à la perpétuité, ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence ancienne du Conseil d'État selon laquelle le préfet est tenu d'abroger l'arrêté de fermeture si la majorité des intéressés le réclame (changement de circonstances)<sup>24</sup>. Il appartient également à l'autorité administrative d'apprécier à tout moment si elle doit maintenir cette réglementation<sup>25</sup>. C'est ce que rappelle la présente décision.

L'article L. 3132-29 du code du travail a, par conséquent, été jugé conforme à la Constitution.

---

<sup>23</sup> CE, 6 mars 2002, n° 217459 : *RJS* 2002, n° 822, 1<sup>re</sup> esp., p. 639.

<sup>24</sup> CE, 19 juillet 1939, *Syndicat des patrons charcutiers de la ville d'Aix-en-Provence*, n° 64526 : *Lebon*, p. 490. Le Conseil d'État décide toutefois qu'il ne peut être reproché au préfet de ne pas avoir diligenté une enquête pour constater le changement de circonstances de fait (CE, 30 janvier 1981 : *D.* 1981, IR p. 277, obs. Delvolvé).

<sup>25</sup> CE, 5 mars 1986, n° 41739 : *D.* 1988, somm. p. 77, obs. Chelle et Prétot.