

TEMPS DE TRAVAIL Non-respect des dispositions légales sur le travail dominical et le travail de nuit – Trouble manifestement illicite – Cessation de l'ouverture des magasins sous astreinte – 1° Travail dominical – Caractère suspensif du recours en annulation de l'autorisation – a) QPC – Rejet – b) Conventionnalité (oui) – 2° Travail de nuit – Condition – Continuité de l'activité économique – Nécessité (non) – Volontariat de salariés – Caractère indifférent.

COUR D'APPEL DE PARIS (P. 6 – Ch. 1) 23 septembre 2013
**Union syndicale CGT du commerce, de la distribution
et des services de Paris et a. contre SA Séphora**

SUR CE,

Sur la demande de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité des articles L. 3132-24 et R. 3135-2 du Code du travail,

Considérant que la société Séphora soutient que les dispositions de l'article L. 3132-24 du Code du travail, lesquelles énoncent que les recours présentés contre les décisions prévues aux articles L. 3132-20 et L. 3132-23 ont un effet suspensif, sont contraires aux droits et libertés garantis par la Constitution au motif que toute partie privée, qui conteste, même de façon dilatoire

ou abusive, une autorisation administrative motivée permettant le travail dominical, peut empêcher la mise en œuvre de cette dernière, sans que son bénéficiaire puisse voir sa cause entendue dans un délai compatible avec la durée de l'autorisation consentie et sans que le sérieux du recours soit même examiné dans un délai raisonnable ; qu'il est ainsi porté atteinte au principe d'égalité, aux droits de la défense et au droit au procès équitable, à la liberté d'entreprendre et à la liberté du travail, enfin au principe de légalité des délits et des peines et des droits de la défense ;

Sur la recevabilité de la demande d'examen de la question prioritaire de constitutionnalité (...);

Sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité,

Considérant que L. 3132-24 du Code du travail, lequel n'a pas été déclaré conforme à la Constitution, ni dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, ni dans celui d'une question prioritaire de constitutionnalité, se rattache à la procédure par un lien suffisant et doit être considéré comme applicable au litige, dès lors qu'à l'appui de leur demande tendant à ce que la société Séphora cesse d'employer des salariés le dimanche dans l'établissement situé Cour Saint-Emilion à Paris 12^e, les syndicats font état du caractère suspensif de leur recours contre la décision préfectorale autorisant la société à déroger au repos dominical ;

Considérant, s'agissant du caractère sérieux de la question prioritaire de constitutionnalité, qu'en ce qui concerne le droit au procès équitable et le délai raisonnable, l'article L. 3132-24 du Code du travail ne prive pas le bénéficiaire de l'autorisation préfectorale du droit d'accès au juge ; que la procédure administrative permet à l'intéressé d'intervenir et d'être entendu sur la requête en annulation de l'autorisation qui lui a été accordée ;

Que la durée de la procédure administrative dépend principalement des diligences des parties et ne résulte pas des dispositions de l'article L. 3132-24 du Code du travail ;

Qu'en ce qui concerne le principe d'égalité, la liberté d'entreprendre et la liberté du travail, les moyens de la société Séphora ne sont pas davantage sérieux ;

Que le repos dominical constitue une mesure nécessaire à la protection des droits et des libertés des salariés, qui découlent des alinéas 10 et 11 du préambule de la Constitution, et n'est pas contraire à la liberté du travail ;

Que la liberté d'entreprendre n'a pas le caractère d'une liberté absolue ;

Qu'il est loisible au législateur, à qui il incombe de concilier deux droits constitutionnels en concurrence, d'apporter des limitations à cette liberté d'entreprendre 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 par la loi ;

Que l'article L. 3132-24 du Code du travail, clair et précis, qui tend à assurer l'effectivité du droit des salariés au repos dominical jusqu'à la décision de la juridiction administrative, ne méconnaît pas les principes constitutionnels, compte tenu de l'objectif poursuivi par la loi ;

Considérant, enfin, s'agissant de l'article R. 3135-2 du Code du travail, qui édicte des sanctions pénales, outre sa nature réglementaire, qu'il n'est pas applicable au litige civil dont la cour est saisie et ne se rattache à lui par aucun lien suffisant ;

Considérant, en conséquence, qu'il n'y a lieu de transmettre à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité des articles L. 3132-24 et R. 3135-2 du Code du travail ;

Sur la demande de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité de l'article L. 3122-32 du Code du travail, (...)

Sur le travail de nuit dans l'établissement Séphora situé 70-72 avenue des Champs-Élysées à Paris 8^e,

Considérant que l'article L. 3122-32 du Code du travail énonce que le recours au travail de nuit est exceptionnel. qu'il prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale ;

Que la violation de ces dispositions, protectrices des salariés, constitue un trouble manifestement illicite ;

Considérant que la société Séphora, qui ne conteste pas recourir au travail de nuit dans son établissement de l'avenue des Champs-Élysées, s'oppose aux demandes des syndicats faisant valoir que les conditions de l'article L. 3122-32 du Code du travail sont réunies ;

Que la Société expose qu'à peine une centaine des 4 100 salariés [de son] réseau commercial travaille après 21 heures, de sorte que le recours au travail de nuit est exceptionnel ; qu'elle indique respecter les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs en ce que le travail de nuit s'effectue sur la base du volontariat, qu'il ouvre droit à une majoration de salaire et à un repos compensateur, que les salariés sont accompagnés en taxi à leur domicile à partir de minuit, qu'ils bénéficient d'un suivi médical, qu'aucun accident du travail de nuit n'a eu lieu en 2009, 2010, 2011 et qu'elle n'en a recensé qu'un seul en 2012 ; que la Société soutient, en outre, que le travail de nuit est justifié par les contraintes de fonctionnement de l'établissement des Champs-Élysées, dont l'approvisionnement doit s'effectuer de nuit, et que son ouverture la nuit est un facteur de développement de l'activité touristique à Paris ; que la Société ajoute que le travail de nuit étant organisé depuis 1996 dans l'établissement des Champs-Élysées, elle n'est pas concernée par la conclusion d'un accord collectif préalable à la mise en place du travail de nuit, prévu à l'article L. 3122-33 du Code du travail ;

Mais considérant que le caractère exceptionnel visé à l'article L. 3122-32 du Code du travail ne se définit pas par rapport aux effectifs de la Société ; qu'il s'apprécie au regard du secteur d'activité pour lequel le travail de nuit est inhérent ou pour lequel il n'existe pas d'autres possibilités d'aménagement du temps de travail, ce qui n'est pas le cas des commerces de parfumerie, comme celui de la société Séphora, laquelle n'établit pas que les difficultés de livraison alléguées nécessitent que son établissement soit ouvert à la clientèle de nuit et qu'il soit dérogé au mode d'organisation normale du travail de son personnel ;

Qu'à supposer que les contreparties accordées aux salariés, prévues par la loi, et les mesures d'accompagnement mises en œuvre par la société Séphora permettent de répondre aux impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs de nuit, l'attraction commerciale liée à l'ouverture de nuit de l'établissement, qui n'offre pas des services d'utilité sociale, ne constitue pas une nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique au sens de l'article L. 3122-32 du Code du travail ;

Que, pas davantage, la société Séphora ne peut se prévaloir du souhait de certains de ses salariés de travailler la nuit pour déroger aux dispositions protectrices de l'article L. 3122-32 du Code du travail, lesquelles, applicables à l'ensemble de ses salariés, sont d'ordre public ;

Considérant, enfin, que la discussion tirée de l'article L. 3122-33 du Code du travail sur la conclusion préalable d'une convention ou d'un accord collectif est dénuée de pertinence ;

Que les dispositions de l'article L. 3122-32 du Code du travail issu de la loi du 9 mai 2001, relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, sont d'application immédiate pour tous les salariés des secteurs qu'elle concerne ;

Que la convention ou l'accord collectif ne peut déroger aux dispositions protectrices d'ordre public de cette loi et suppose, pour être conclu, que les conditions du recours au travail de nuit énoncées à l'article L. 3122-32 soient réunies, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ;

Considérant, en conséquence, que le trouble manifestement excessif est caractérisé et que c'est à tort que le premier juge a estimé n'y avoir lieu à référé sur la demande tendant à voir ordonner à la société Séphora de cesser d'employer des salariés entre 21 heures et 6 heures dans son établissement des Champs-Élysées ;

Qu'il convient, pour faire cesser ce trouble manifestement excessif, d'ordonner à la société Séphora, à compter du 8^e jour suivant la signification de l'arrêt, de ne pas employer de salariés entre 21 heures et 6 heures dans son établissement situé 70-72 avenue des Champs-Élysées à Paris et ce, sous astreinte de 80 000 euros par infraction contestée, passé ce délai ;

Considérant, s'agissant de la demande des organisations syndicales concernant les autres établissements de la société Séphora, sans plus de précision, que le premier juge a relevé, à juste titre, qu'il ne pouvait être statué par voie de dispositions générales ;

Sur le travail dominical le dimanche dans l'établissement Séphora Bercy-Village, situé Cour Saint-Emilion à Paris 12^e ;

Considérant que l'article L. 3132-3 du Code du travail énonce que, dans l'intérêt des salariés, le repos hebdomadaire est donné le dimanche ;

Qu'en application de l'article L. 3132-20 du Code du travail, il peut être dérogé à cette règle par autorisation préfectorale, sous certaines conditions ;

Que l'article L. 3132-24 du Code du travail prévoit que le recours présenté contre la décision préfectorale a un effet suspensif ;

Que la violation de la règle du repos dominical, protectrice des salariés, constitue un trouble manifestement illicite ;

Considérant que, par arrêté en date du 25 juillet 2012, pris en application de l'article L. 3132-20 du Code du travail, la société Séphora a été autorisée par le préfet de la région d'Île-de-France à accorder le repos hebdomadaire par roulement à tout ou partie du

personnel salarié occupé dans son magasin Bercy-Village ;

Que les syndicats demandeurs ont déposé une requête aux fins d'annulation de cet arrêté, enregistrée le 23 août 2012 au greffe de la juridiction administrative ;

Considérant qu'au soutien de son appel incident, la société Séphora, qui ne conteste pas employer des salariés le dimanche, en dépit du recours en annulation ci-avant rappelé, demande à la cour d'écarter l'application de l'article L. 3132-24 du Code du travail comme contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit d'être entendue de façon équitable et dans un délai raisonnable ;

Mais considérant que l'article L. 3132-24 du Code du travail ne prive pas la société Séphora d'intervenir à la procédure administrative devant laquelle elle peut apporter des éléments au soutien de l'autorisation attaquée ; que les délais dans lesquels il est statué sur le recours formé contre cette autorisation, qui dépendent principalement de la célérité des parties, ne résulte pas davantage des dispositions de l'article L. 3132-24 du Code du travail contesté ;

Que l'article L. 3132-24 du Code du travail ne rompt pas le principe de l'égalité des armes mais tend, au regard de l'objectif poursuivi, dans l'attente de la décision administrative sur le recours en annulation d'une autorisation dérogatoire, à assurer l'effectivité du repos dominical, principe fondamental du droit du travail ;

Qu'enfin, il ne peut être sérieusement soutenu que l'article L. 3132-24 du Code du travail prive le justiciable de toute défense devant la juridiction pénale au motif que le bénéficiaire de l'autorisation peut être condamné pénalement dès le dépôt du recours contre l'arrêté d'autorisation dont il ne serait pas informé ; qu'outre le fait que l'intéressé peut faire valoir tous ses moyens de défense devant la juridiction pénale, celui-ci, qui a connaissance de la possibilité du recours et de ses délais mentionnés dans l'arrêté, est informé par le requérant du dépôt de la requête aux fins d'annulation ;

Considérant, en conséquence, qu'il n'y a lieu à écarter les dispositions de l'article L. 3132-24 du Code du travail pour inconventionnalité ;

Considérant que l'ouverture de l'établissement Séphora, situé Cour Saint-Emilion à Paris 12^e, en violation des dispositions précitées, constitue un trouble manifestement excessif qu'il convient de faire cesser ;

Que sera donc confirmée en toutes ses dispositions la décision du premier juge ordonnant, sous astreinte, à la société Séphora de cesser d'employer des salariés le dimanche dans l'établissement concerné, sans disposer d'une autorisation exécutoire ;

Considérant, s'agissant de la demande des organisations syndicales concernant les autres établissements de la société Séphora, sans plus de précision, que le premier juge a relevé, à juste titre, qu'il ne pouvait être statué par voie de dispositions générales ;

Sur la provision à valoir sur l'indemnisation du préjudice causé à l'intérêt collectif de la profession,

Considérant que c'est à bon droit que le premier juge a estimé qu'en refusant d'appliquer les dispositions de l'article L. 3132-3 du Code du travail sur le repos dominical édictées dans l'intérêt des salariés, nonobstant le recours suspensif contre l'autorisation préfectorale, la société Séphora porte atteinte aux droits de ces derniers et que sa responsabilité de ce chef n'est pas sérieusement contestable ;

Que les organisations syndicales sont fondées à obtenir une provision à valoir sur l'indemnisation du préjudice ainsi causé à l'intérêt collectif des salariés qu'elles défendent ;

Que la provision, qui leur a été allouée en première instance à hauteur de la somme de 7 000 euros, a été justement fixée et sera confirmée ;

Sur l'application des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile et les dépens (...)

PAR CES MOTIFS,

Rejette la demande de transmission à la Cour de cassation de la question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité des articles L. 3132-24 et R. 3135-2 du Code du travail,

Rejette la demande de transmission à la Cour de cassation de la question prioritaire de constitutionnalité relative à la conformité de l'article L. 3122-32 du Code du travail,

Confirme la décision déferée en ce qu'elle a reçu les interventions volontaires de la fédération CGT des personnels du commerce, de la distribution et des services et du syndicat commerce inter-départemental d'Ile-de-France CFDT,

Confirme la décision déferée en ce qu'elle a ordonné, sous astreinte, à la société Séphora de cesser d'employer des salariés le dimanche dans son établissement situé Cour Saint-Emilion à Paris 12^e, sans disposer d'une autorisation exécutoire, sauf à dire que l'interdiction court à compter du 8^e jour suivant la signification de l'arrêt,

Confirme la décision déferée sur le montant de l'astreinte de 50 000 euros par infraction constatée et ses modalités de mise en œuvre, sauf à dire que l'astreinte court, passé le délai ci dessus indiqué,

Confirme la décision déferée en ce qu'elle a condamné la société Séphora à payer aux syndicats demandeurs la somme de 7 000 euros à titre de provision valoir sur les dommages intérêts,

Infirme la décision déferée en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu à référé sur la demande tendant à voir ordonner à la société Séphora de cesser d'employer des salariés entre 21 heures et 6 heures dans son établissement situé 70-72 avenue des Champs-Élysées à Paris 8^e,

Ordonne à la société Séphora, à compter du 8^e jour suivant la signification de l'arrêt, de cesser d'employer des salariés entre 21 heures et 6 heures dans son établissement situé 70-72 avenue des Champs-Élysées

à Paris 8^e, et ce, sous astreinte de 80 000 euros par infraction contestée, passé ce délai ;

Condamne la société Séphora, partie perdante, à payer au syndicat des employés du commerce Ile-de-France CFTC, à l'union syndicale CGT du commerce de la distribution et des services de Paris, au syndicat CGT Force Ouvrière des employés et cadres du commerce de Paris, à la fédération des employés et cadres de la CGT Force Ouvrière, au syndicat Sud commerces et services Ile-de-France, au syndicat commerce inter départemental d'Ile-de-France CFDT, chacun, la somme de 1 500 euros et à la fédération CGT des personnels du commerce, de la distribution et des services la somme de 5 000 euros au titre des frais irrépétibles engagés en cause d'appel.

(Mme Carbonnier, prés. - M. Henriot, min. pub. - M^{es} Lecourt, Kadri, Neret, Luca de Maria, av.)

Note*.

Voilà donc l'épilogue judiciaire de l'affaire Séphora qui a contribué, avec d'autres, à relancer le débat autour des organisations exceptionnelles du travail, à savoir le travail de nuit et le travail dominical. La société Séphora exerce son commerce de parfumerie via des établissements au sein desquels le travail de nuit et le travail le dimanche sont régulièrement utilisés. Plusieurs syndicats ont assigné en référé la société Séphora pour faire constater et interdire, sous astreinte, le recours illicite au travail de nuit et dominical. Ils estimaient que le recours au travail de nuit ne respectait pas les conditions légales, notamment l'existence d'un motif et la conclusion préalable d'un accord collectif. Le recours au travail dominical serait, quant à lui, contraire au principe de l'effet suspensif du recours juridictionnel à l'encontre de la décision préfectorale d'autorisation du travail le dimanche. Le Président du Tribunal de grande instance de Paris ayant fait droit à l'ensemble des demandes émanant des syndicats, la société Séphora a interjeté appel de l'ordonnance.

Voilà donc la Cour d'appel de Paris confrontée aux régimes des exceptions aux principes du repos nocturne et dominical. L'aspect technique des problèmes évoqués dans cet arrêt ne doit pas faire oublier que la création, comme la mise en œuvre, du droit du temps de travail supposent le respect d'un principe de « *concordance des temps* » (1), notamment en préservant des temps collectifs. L'arrêt *Séphora* permet ainsi de mesurer l'articulation légale entre libre organisation de l'activité économique et protection des temps collectifs. A cet égard, si l'encadrement du travail de nuit (1.) ne pose que peut de difficultés théoriques et pratiques, il n'en va pas de même du travail dominical (2.).

* Le présent article a été rédigé avant que soit connu l'arrêt QPC rendu par la Chambre sociale de Cour de cassation (8 janv. 2014, 13-24.851, v. résumé d'arrêt n°1 en p. 4 de couverture).

(1) A. Supiot, « Temps de travail : pour une concordance des temps », Dr. Soc. 1995, 947, spéc., pp. 951-952.

1. Sur le travail de nuit

L'interdiction du travail de nuit a, pendant longtemps, été catégorielle, puisqu'elle ne concernait originellement que les jeunes de moins de dix-huit ans (2) et les femmes (3). Cette protection était justifiée par les « *effets délétères du travail de nuit sur la santé du personnel employé* » (4), mais également par la nécessité de ne « *pas laisser surcharger la femme au détriment de son foyer, de sa santé et de sa moralité* » (5). En d'autres termes, la protection était autant sexuée que sociale. Par ailleurs, cette protection n'était que partielle, puisqu'elle ne concernait que le secteur industriel et non le secteur tertiaire. À cette protection du temps personnel, doublement désuète (6), puisque fondée sur les attributs domestiques du sexe alors considéré comme faible, et limitée matériellement, sera substituée, sous la pression de la justice européenne (7), une protection égalitaire et générale, mais susceptible de dérogations prévues par accord collectif (8). Ainsi, l'article L. 3122-32 du Code du travail prévoit que le recours au travail est « *exceptionnel* » car il doit reposer sur des motifs légaux précis et objectifs que ne peuvent suppléer des volontés individuelles.

Une exception fondée sur une situation économique objective

Le recours au travail de nuit est justifié, aux termes de l'article L. 3122-22 du Code du travail, « *par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale* ». Dans son arrêt du 23 septembre 2013, la Cour d'appel de Paris a logiquement recherché si de tels motifs étaient caractérisés pour la société Séphora.

Elle constate, en premier lieu, que l'activité économique exercée par l'établissement Séphora des Champs-Élysées « *n'offre pas de services d'utilité sociale* ». L'affirmation sonne comme une évidence, tant le commerce de parfums ne semble pas

répondre à une telle qualification. Dans un contexte différent, la Cour de cassation a jugé que présente un caractère d'utilité sociale une activité qui a pour objet d'embaucher des personnes rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières (9). Le critère du « *service d'utilité sociale* » tiendrait donc à la nature de l'activité exercée et au public à qui le service est adressé (10). C'est à cette analyse que semble implicitement se rallier la Cour d'appel de Paris. C'est également celle retenue par le projet de loi relatif à l'économie sociale et solidaire, actuellement en discussion au Parlement, qui circonscrit le secteur de l'économie sociale et solidaire autour de deux critères : le mode de production de l'activité (11) et/ou l'utilité sociale (12). En outre, l'analyse de l'utilité sociale par la nature de l'activité semble également avoir les faveurs de l'administration du travail (13). Cette analyse a logiquement conduit la Cour d'appel de Paris à en écarter l'activité exercée par la société Séphora.

La Cour d'appel constate, en second lieu, que l'activité économique de Séphora ne nécessite pas particulièrement une continuité, l'activité nocturne n'ayant pour finalité que « *l'attraction commerciale* ». Ainsi, le simple critère économique ne justifie pas, à lui seul, le travail de nuit. La Cour d'appel est conforme à ce titre à la position de l'administration du travail, selon laquelle « *les critères de rentabilité [...] ne sauraient être les seuls qui seront retenus* » (14). À défaut, la prohibition du travail de nuit n'aurait aucune effectivité, chaque entreprise pouvant arguer des potentielles conséquences positives sur l'activité. En d'autres termes, la justification du travail de nuit est purement liée à la nature objective de l'activité exercée, et non aux effets économiques attendus sur l'activité. La Cour d'appel précise, en outre, que « *le caractère exceptionnel visé à l'article L. 3122-32 du Code du travail [...] s'apprécie au regard du secteur*

(2) V. l'ex-article L. 213-7 du Code du travail (version 1991).

(3) V. l'ex-article L. 213-1 du Code du travail (version 1987).

(4) D. 1892, IV, p. 27, spéc., n. 2.

(5) *Ibid.*, p. 26, spéc., n. 2.

(6) Sur l'évolution historique, v. M. Miné, *Droit du temps de travail*, LGDJ, 2004, n° 143.

(7) CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-345/89, *Stoekel*, Rec. I-4062 ; D. 1991, jur., p. 443, n. J.-G. Huglo ; Dr. Soc. 1992, 174, obs. M.-A. Moreau ; Dr. Ouv. 1991 p. 351, n. M. Bonnechère. Conf. : CJCE, 2 août 1993, aff. C-158/91, *Lévy*, Rec. I-4287 ; D. 1993, jur., p. 577, n. C. Pettiti ; CJCE, 13 mars 1997, aff. C-197/96, *Commission c. France*, Rec. I-1489.

(8) Loi n°2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, J.O., n° 108, 10 mai 2001, p. 7320.

(9) Cass. Soc., 13 décembre 2006, n°05-4060, Bull. civ. V, n° 376.

(10) En ce sens, v. égal. A. Lipietz, *Rapport final sur l'entreprise sociale et le tiers secteur*, 2000.

(11) Art. 1^{er}. Les critères sont les suivants : but non lucratif de l'activité, gouvernance démocratique de l'organisation et gestion tournée vers l'investissement.

(12) Art. 2. L'utilité sociale est entendue comme des activités ayant pour objectif d'apporter un soutien à des personnes en situation de fragilité soit du fait de leur situation économique ou sociale, soit du fait de leur situation personnelle ; de contribuer à la préservation et au développement du lien social, à la lutte contre les exclusions et inégalités ou au maintien et au renforcement de la cohésion territoriale ou de concourir au développement social.

(13) Circulaire DRT n°2002-09 du 5 mai 2002 relative au travail de nuit, *Bulletin Officiel du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle*, n° 2002/11, jeudi 20 juin 2002.

(14) Circulaire DRT n°2002-09, préc.

d'activité pour lequel le travail de nuit est inhérent ou pour lequel il n'existe pas d'autres possibilités d'aménagement du temps de travail », ce qui est exclu pour un commerce de parfumerie, selon la Cour. Elle rejette ainsi l'argument tenant aux contraintes de fonctionnement de l'établissement des Champs-Élysées, dont l'approvisionnement doit s'effectuer la nuit, en considérant que la société Séphora « n'établit pas que les difficultés de livraison alléguées nécessitent [l'ouverture] à la clientèle de nuit ». La Cour d'appel interprète donc restrictivement l'exception légale : si les nécessités de l'approvisionnement peuvent parfois justifier exceptionnellement le travail de nuit (15), seuls les salariés liés à l'activité d'approvisionnement doivent être concernés. La vente au détail dans le commerce de parfumerie ne relève donc pas de l'éventuelle exception liée à l'approvisionnement. Cette analyse est encore ici conforme à celle retenue au sein de la circulaire DRT n°2002-09, qui donne quelques illustrations pour lesquelles le travail de nuit est inhérent à l'activité économique. Ainsi en est-il, notamment, des discothèques ou des casinos (16). De même, la jurisprudence fait une application stricte du critère tenant au caractère inhérent du travail de nuit au sein de l'activité exercée. La dérogation a ainsi été refusée à l'activité de vente dans le cadre du commerce alimentaire de détail (17), au commerce de consoles de jeux vidéo (18), à la vente en détails en général, qu'il s'agisse d'opérations promotionnelles au sein d'un hypermarché (19) ou de liquidation de stocks (20).

Non seulement l'existence de motifs susceptibles de justifier une dérogation à la prohibition du travail de nuit doit ressortir objectivement de la situation de l'entreprise, mais elle doit également être consacrée par un accord collectif de branche ou d'entreprise. Au niveau de la branche, rien n'est spécialement prévu pour le travail de nuit (21). Il en était de même au niveau de l'entreprise où aucun accord collectif n'avait été conclu. La société Séphora considérait

pourtant être exemptée de cette obligation, en raison de l'antériorité de l'organisation du travail de nuit au sein de l'établissement des Champs-Élysées, au regard de l'apparition de l'obligation de conclusion d'un accord collectif issue de la loi du 9 mai 2001 (22). Elle soutenait que la loi de 2001 ne saurait modifier, pour reprendre la terminologie de Roubier, une situation juridique entièrement et valablement constituée sous un régime antérieur. Cet argument est logiquement rejeté en raison de « l'application immédiate » de la loi précitée. Si le principe est, en effet, celui de la survie de la loi ancienne, il en va autrement lorsque la loi contient des « dispositions protectrices d'ordre public », qui justifient une « application immédiate pour tous les salariés des secteurs qu'elle concerne ».

La dérogation invoquée par la société Séphora ne pouvait prospérer, l'établissement concerné ne remplissant aucune des deux conditions légales, un motif de recours et un accord collectif. C'est donc sur le terrain de la liberté du travail que s'est placée la société Séphora.

Une exception insusceptible d'une justification juridique individuelle

Le volontariat dans l'organisation du travail de nuit, voire le souhait de certains salariés de travailler la nuit, étaient-ils de nature à permettre de passer outre l'absence des conditions légales autorisant le travail de nuit ? Le droit du travail est traditionnellement méfiant, en raison du contexte de subordination juridique, vis-à-vis de la volonté individuelle du salarié, qu'il s'agisse de l'exécution ou de la rupture du contrat de travail (23). Néanmoins, un mouvement de faveur à l'égard du rôle de la volonté du salarié s'esquisse ces dernières années (24) sous le double effet d'une revendication philosophique d'ordre libertarienne et d'une exhortation d'une partie importante de la doctrine économique. Cette volonté du salarié est généralement indirecte, via les représentants syndicaux : la loi autorise de plus en plus largement de dérogations légales ou conventionnelles par la voie

(15) V. en ce sens en matière alimentaire l'article 5-12 de la Convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001 (étendue par arrêté du 26 juillet 2002, J.O., 6 août 2002).

(16) Circulaire DRT n°2002-09, préc.

(17) CA Paris, 11 octobre 2011, Juris-Data n°2011-030035. V. en ce sens l'article 5-12 de la Convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire (préc.), qui délimite les justifications au travail de nuit à la nécessité d'assurer la sécurité alimentaire et d'approvisionner les points de vente, la nécessité de préparer les marchandises ainsi qu'à la nécessité d'assurer le fonctionnement continu des systèmes d'information.

(18) CA Paris, 8 septembre 2009, Juris-Data n°2009-010356.

(19) CA Nîmes, 27 juin 2006, Juris-Data n°2006-309097.

(20) CA Chambéry, 8 mars 2007, Juris-Data n°2007-342230.

(21) Convention collective nationale du commerce de détail de l'habillement et des articles textiles du 25 novembre 1987.

(22) Les ex-articles L. 213-1 et suivants du Code du travail, dans leur version antérieure à 2001, ne prévoyaient pas le recours à un accord collectif pour recourir au travail de nuit.

(23) M. Fabre-Magnan, « Le forçage du consentement du salarié », Dr. Ouv. 2012, n°768, pp.459-470, disp. sur <https://sites.google.com/site/droitouvrier>.

(24) T. Sachs (dir.), *La volonté du salarié*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires, 2012.

d'accords collectifs. Elle est également directe : le salarié étant désormais en mesure de rompre le contrat de travail conjointement (rupture conventionnelle (25) ou plan de départ volontaire (26)), mais également de décider, sous contraintes fortes, notamment de sa mobilité (27), de l'évolution de sa situation de travail (28). La revendication de la société Séphora s'inscrivait donc dans un mouvement législatif, jurisprudentiel et doctrinal de relative faveur à l'égard de la volonté du salarié.

Ainsi, le « *souhait* » (vouloir) ou le « *volontariat* » (consentir) des salariés concernés devait, pour la société Séphora, permettre de justifier la dérogation. La Cour d'appel rejette l'argument sur le fondement de l'ordre public des dispositions de l'article L. 3122-32, lesquelles ne peuvent être écartées par accord inter-individuel (29). Elle considère ainsi que les règles applicables au travail de nuit échappent aux strictes volontés individuelles, le consentement des salariés ne pouvant, et ne devant pas, être l'alpha et l'oméga de toute décision en la matière.

Ne remplissant pas les conditions requises par la loi, le recours au travail de nuit est, malgré une organisation basée sur le volontariat, considéré comme causant un trouble manifestement excessif justifiant que soit ordonnée la cessation de la pratique illicite sous astreinte.

2. Sur le travail dominical

Le principe du repos dominical est aujourd'hui contesté dans son principe comme dans ses modalités. En témoigne ici le litige qui opposait, à propos d'un autre de ses établissements parisiens, la société Séphora à certains syndicats. Ces derniers ont demandé au Tribunal administratif l'annulation de l'autorisation préfectorale de travail dominical. Dans l'attente de la décision du juge administratif, la décision est suspendue, et le repos dominical doit donc être respecté au sein de l'établissement concerné. Comme ce n'était pas le cas en l'espèce, les syndicats ont demandé en référé l'interdiction sous astreinte du travail dominical. Devant la Cour d'appel, la société Séphora conteste l'effet suspensif, prévu à l'article L. 3122-34 du Code du travail, du recours en annulation contre l'autorisation

préfectorale dérogeant à l'interdiction du travail dominical. Ce n'est donc pas, comme pour le travail de nuit, l'application du régime dérogatoire qui était en cause directement pour le travail dominical, mais les effets du recours suspensif exercé par les syndicats à l'encontre de la décision administrative fondant l'autorisation du travail le dimanche. La Cour d'appel se livre à un double examen en constitutionnalité et en conventionnalité de cette exception au caractère exécutoire de la décision administrative, à l'occasion duquel elle apprécie le principe du repos dominical. Cet examen permet de mesurer la complexité du régime des exceptions au repos dominical, qu'il est désormais temps de réformer.

Une exception justifiée

La société Séphora a d'abord soulevé l'inconstitutionnalité de l'article L. 3132-24 du Code du travail dans le cadre qu'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Si le principe du repos dominical, prévu à l'article L. 3132-3 du Code du travail, avait déjà fait l'objet d'un examen de constitutionnalité (30), l'effet suspensif du recours contre une autorisation préfectorale de travail dominical n'a jamais été contrôlé par le Conseil par voie d'action ou de QPC. La première condition applicable à la procédure de filtrage est donc remplie. Concernant la seconde condition, la Cour d'appel devait apprécier le caractère sérieux de la question à l'aune, notamment, de la liberté d'entreprendre et de la liberté du travail. Elle en profite pour rappeler la constitutionnalité du repos dominical, dont la Cour de cassation avait dit qu'il n'était pas contraire à la liberté du travail (31). Dans son arrêt du 23 septembre 2013, la Cour d'appel de Paris exclut le renvoi de la QPC sur le fondement de l'atteinte à la liberté du travail ou de la liberté d'entreprendre. Concernant la liberté du travail, la Cour d'appel estime à raison que le principe du repos dominical ne peut contrevenir, en soi, à la liberté du travail, puisqu'il assure la protection de droits et libertés garantis par d'autres principes constitutionnels découlant des alinéas 10 et 11 du préambule de la Constitution de 1946, à savoir le droit à la santé et le droit au repos. Concernant la liberté d'entreprendre, la Cour d'appel, dans un considérant peu européeniste, rappelle qu'elle « *n'a pas le caractère*

(25) F. Géa, « Rompre », in T. Sachs, *ouvr. préc.*, p. 133 ; *add. Le salarié, entre rupture choisie et rupture subie ? Interrogations sur des ruptures du contrat de travail*, actes du colloque de l'Institut du travail de Bordeaux », *Dr. Ouv.* juill. 2013, n°780.

(26) Y. Tarasewicz et C. Jacquelet, « Le volontariat dans les plans de départs volontaires », in T. Sachs, *ouvr. préc.*, p. 207.

(27) V. J. Icard, « Économie de la loi de sécurisation de l'emploi », *Cah. Soc.*, 2013, n°254, p. 280.

(28) *Ibid*

(29) V. déjà en ce sens : CA Nîmes 27 juin 2006, *préc.* V. égal. en matière de travail dominical : Cass. Crim., 5 décembre 1989, *Bull. crim.*, n°466 ; D. 1990, *somm.* 175, *obs.* A. Lyon-Caen : « *l'accord des salariés ne constituait pas un fait justificatif* » de l'infraction pénale prévue à l'ex-article R. 262-1 (actuel R. 3135-1) du Code du travail.

(30) Cass. Soc., 12 janvier 2011, *pourvoi* n°10-40055 ; RDT 2011, 383, n. M. Véricel.

(31) Cass. Soc., 12 janvier 2011, *préc.*

d'une liberté absolue », et que, par conséquent, « il est loisible au législateur [...] d'[y] apporter des limitations ». Ces propos s'inscrivent dans l'analyse selon laquelle le repos hebdomadaire appartient aux limitations générales de l'activité économique (32), comme celles relatives à l'âge minimal des salariés, au temps de travail hebdomadaire ou encore à la sécurité des salariés... L'activité économique fonctionne dans un cadre légal qui assure un équilibre entre les intérêts de toutes les parties prenantes. Le repos dominical n'est donc pas, en soi illégitime, ce qui implique que ne l'est pas non plus l'article L. 3132-24 du Code du travail, qui « tend à assurer l'effectivité du droit des salariés au repos dominical ». Ainsi, la Cour d'appel écarte l'analyse sous-jacente à la QPC, selon laquelle le repos dominical constituerait une restriction disproportionnée au libre exercice d'une activité économique. Sans doute, le repos dominical est-il une limite à la liberté d'entreprendre, mais cette limite est légitime dans son principe et fondée sur d'autres principes constitutionnels (33).

La société Séphora soulignait, également, que l'effet suspensif du recours contre la décision préfectorale d'autorisation du travail dominical portait atteinte, notamment, à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et au droit d'être entendu de façon équitable et dans un délai raisonnable. L'exception d'inconventionnalité est également écartée par la Cour d'appel de Paris. Elle rejette l'argument tenant à la violation, par l'article L. 3132-24 du Code du travail, du droit au procès équitable, le texte n'interdisant pas la société bénéficiaire de la décision administrative d'intervenir à l'audience. En outre, l'article ne serait pas en lui-même attentatoire au droit d'être jugé dans un délai raisonnable, puisqu'il ne prévoit pas de délai concernant l'action à l'encontre de la décision d'autorisation du travail dominical, mais ne fait que régler les effets du recours dans l'attente de la décision du juge administratif. Or, le délai dans lequel la décision sera rendue, et, par conséquent, pendant lequel la décision préfectorale sera suspendue, dépend principalement, selon la Cour, « de la célérité des parties ». La Cour d'appel refuse donc d'exclure l'application de l'article L. 3132-34 du Code du travail sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Une exception à réformer

L'affaire *Séphora* illustre bien la complexité du régime du travail dominical, en particulier au regard de la relative clarté du régime du travail de nuit. La multiplication de litiges médiatisés sur le sujet souligne l'acmé de l'encadrement du travail dominical. Le statut du principe et de l'exception est incertain face à la multiplication des dérogations au repos dominical, ainsi qu'au caractère complexe et hétérogène des régimes attachés à ces dérogations. Celles-ci peuvent, en effet, être permanentes ou temporaires ; encadrées ou non par accord collectif ; fondées ou non sur le volontariat ; assurant ou non le droit de refus du salarié ; donnant lieu ou non à contreparties financières. Ainsi, les différents régimes n'ont plus aucune lisibilité, ni aucune justification (34). Modifier le régime des exceptions au repos dominical apparaît, dès lors, comme une nécessité absolue afin de garantir la réalité du principe et la légitimité des dérogations.

Il nous semble que ne devraient être conservés que deux types de dérogations. Une première dérogation, permanente et de plein droit, devrait être ouverte aux entreprises pour lesquelles le travail en continu est jugé indispensable, ou dont l'activité est liée à des spécificités reconnues le dimanche par la représentation nationale, ainsi qu'aux commerces de détail des zones d'intérêt touristique définies par le pouvoir réglementaire concentré (et non déconcentré, comme c'est le cas actuellement). *Exit* donc les périmètres d'usage de consommation exceptionnelle, objet de marchandages incessants entre municipalités, préfectures et associations de commerçants. Au législateur et au Gouvernement de décider en conscience, parmi les secteurs, ceux qui lui paraissent relever de ces catégories. Une seconde dérogation serait, quant à elle, temporaire ou ponctuelle, mais à la discrétion des entreprises. Dans la limite d'un nombre déterminé et maximal de dimanches, toutes les entreprises pourraient déroger au repos dominical. Ces deux catégories seraient néanmoins soumises au même régime. D'abord, la réforme légale serait sans préjudice des conventions collectives, qui peuvent interdire le travail dominical. Ensuite, les salariés bénéficieraient d'un droit de refus

(32) Selon la distinction proposée par un Avocat général de l'ex-CJCE, on pourrait dire que l'interdiction du travail dominical s'inscrit dans « l'encadrement législatif général des activités économiques » (Avocat général Darmon, Conclusions sur l'affaire *Krantz*, Rec. I-589, § 7).

(33) L'ex-CJCE avait jugé que la prohibition du travail dominical constituait l'expression de « choix politiques et économiques » concernant « la répartition des heures de travail et de repos adaptée aux particularités socio-culturelles nationales » (CJCE, 28 février 1991, aff. C-312-

89, *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne c. Sté Sided-Conforama*, Rec. I-1021 ; D. 1991, jur., p. 343, n. J.-G. Huglo, spéc., § 11 ; Dr. Ouv. 1991 p. 228, n. M. Bonnechère).

(34) Sur tous ces points, v. l'article très riche et complet de M. Poirier, « Le repos dominical après la loi du 10 août 2009 », Dr. Ouv. 2010, n° 738, pp. 22-39.

systématique et exclusif de toute sanction (35). Ce droit concrétiserait le principe de l'interdiction du travail dominical et donnerait raison aux juridictions qui, ici et là, ont estimé qu'un licenciement consécutif au refus de travail dominical était abusif (36). Enfin, tout travail dominical, en raison des atteintes à la vie personnelle et familiale qu'il occasionne, devrait ouvrir droit à des compensations de repos et/ou de salaires, celles-ci pouvant aller de 25 % à 50 % pour les entreprises bénéficiant d'une dérogation permanente et de 50 % à 100 % pour celles usant d'une dérogation temporaire.

Ces propositions ne sont d'ailleurs pas incohérentes au regard des récentes recommandations de l'ancien président de la Poste au Premier ministre (37). Le rapport propose notamment, en premier lieu, de conserver les dérogations de droit sans modifier la liste des secteurs concernés (38), en second lieu, d'élargir le principe d'ouverture ponctuelle à douze dimanches

annuels (cinq à la discrétion des entreprises et sept à celle des maires) (39) ; en troisième lieu, de conserver, mais réformer, les zones touristiques et les périmètres d'usage de consommation exceptionnelle (40), et, en dernier lieu, d'unifier le régime juridique applicable aux salariés travaillant le dimanche (41), avant d'y renoncer partiellement (42). Si ces recommandations vont indéniablement dans le bon sens, elles sont insuffisantes du point de vue de la simplification et de l'unification des régimes. Elles ne garantissent pas véritablement un droit au repos familial collectif, ni ne permettent aux entreprises d'exercer leur activité économique dans des conditions respectueuses à la fois de la volonté et de la dignité des salariés, mais également d'une concurrence loyale.

Julien Icard,

*Professeur à l'Université de Valenciennes,
Membre du laboratoire Institut du Développement
et de la Prospective (IDP, EA 1384)*

(35) Pour un premier pas dans cette direction, v. Cass. Soc., 2 mars 2011, pourvoi n°09-43223, RJS 5/2011, n°429 : « La nouvelle répartition de l'horaire de travail avait pour effet de priver le salarié du repos dominical, ce qui constituait une modification de son contrat de travail qu'il était en droit de refuser » quand bien même, d'une part, aucune contractuelle n'excluait expressément le travail les samedi dimanche et, d'autre part, l'activité de l'entreprise se trouvait comprise dans le champ d'application des dérogations permanentes de droit au repos dominical (C. trav., art. L. 3132-12) puisqu'il s'agissait d'un café-restaurant (C. trav., R. 3132-5).

(36) Dans une décision du 21 septembre 2011, le Conseil de prud'hommes de Créteil a jugé sans cause réelle et sérieuse le licenciement pour insubordination de trois salariés – travaillant dans le secteur de la distribution alimentaire (C. trav., art. L. 3132-13) – en raison de leur refus de travailler le dimanche.

(37) J.-P. Bailly, *Rapport sur la question des exceptions au repos dominical dans le commerce : Vers une société s'adaptant en gardant ses valeurs*, décembre 2013.

(38) *Ibid.*, p. 63. Prenant sur ce point le contrepied du rapport, le Gouvernement vient d'ajouter les établissements de commerce de détail de bricolage à la liste des établissements pouvant déroger de plein droit à la règle du repos dominical (Décret n°2013-1306 du 30 décembre 2013, J.O., n°304, 31 déc. 2013, p. 22411).

(39) *Ibid.*, pp. 69-70.

(40) *Ibid.*, pp. 71-76.

(41) *Ibid.*, pp. 77-78.

(42) *Ibid.*, p. 80.

SOIF DE JUSTICE – Au secours des juridictions sociales

par Pierre JOXE

PIERRE JOXE
Soif de justice



Au secours
des juridictions sociales

fayard

Fayard – EAN 978213672359
2014 – 324 pages – 19 euros

Sait-on qu'aujourd'hui encore on compte 700 000 accidents du travail par an en France, soit 2 000 par jour ? que 40 000 d'entre eux entraînent une incapacité permanente, et que 500 en moyenne sont mortels, soit une dizaine par semaine ? Comment sont jugés les contentieux de pareils drames humains ?

Après son livre retentissant sur la justice des mineurs (*Pas de quartier !*, Fayard, 2011), Pierre Joxe explore ici un domaine peu connu et encore moins décrit : le fonctionnement des juridictions spécialisées dans l'application des lois sociales. Il s'agit en particulier du Conseil des prud'hommes, des tribunaux des affaires de sécurité sociale, des Commissions départementales d'aide sociale, des tribunaux du contentieux de l'incapacité, de la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail, de la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées, etc.

Comme à son habitude, Pierre Joxe illustre son propos d'études de cas et de « choses vues » ; il le complète en comparant l'état de notre droit social avec ses homologues allemand, suisse, belge, et conclut en proposant un plan à long terme pour créer un ordre de juridictions sociales à part entière, au sein d'un pouvoir judiciaire enfin rendu indépendant, en France, comme il l'est chez nos proches voisins européens qui consacrent tous plus de moyens humains et financiers à leur justice.

Ancien ministre, ancien président de la Cour des comptes, Pierre Joxe a désormais revêtu la robe d'avocat.