SOC.

LM

COUR DE CASSATION

Audience publique du 9 novembre 2016

Cassation partielle

M. FROUIN, président

Arrêt n° 2013 FS-P+B+R+I

Pourvoi n° A 15-10.203

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par le syndicat CFTC des salariés Vivarte, dont le siège est Union départementale CFTC de Paris, [Adresse 3], [Localité 1], représenté par M. [I] [M],

contre l'arrêt rendu le 6 novembre 2014 par la cour d'appel de Versailles (14e chambre), dans le litige l'opposant à la société Compagnie européenne de la chaussure, société anonyme, dont le siège est [Adresse 2],

défenderesse à la cassation ;

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 5 octobre 2016, où étaient présents : M. Frouin, président, M. David, conseiller référendaire rapporteur, M. Chollet, conseiller doyen, M. Mallard, Mmes Goasguen, Vallée, Aubert-Monpeyssen, Schmeitzky-Lhuillery, M. Schamber, conseillers, M. Flores, Mme Ducloz, M. Belfanti, Mme Ala, conseillers référendaires, M. Liffra, avocat général, Mme Piquot, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. David, conseiller référendaire, les observations de la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat du syndicat CFTC des salariés Vivarte, de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de la société Compagnie européenne de la chaussure, l'avis de M. Liffra, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le syndicat CFTC des salariés Vivarte (le syndicat) a saisi un tribunal de grande instance, statuant en référé, pour qu'il soit interdit, sous astreinte, à la société Compagnie européenne de la chaussure (la société) d'employer ses salariés le dimanche sans avoir obtenu les autorisations administratives nécessaires ; que, par ordonnance du 26 octobre 2010, le président du tribunal de grande instance de Pontoise, statuant en référé, a fait interdiction à la société d'employer des salariés le dimanche dans trente-huit établissements, sous astreinte provisoire de 20 000 euros par dimanche en infraction et par établissement, sauf autorisation administrative exécutoire portant dérogation au principe du repos dominical ; que le syndicat a saisi le juge des référés d'une demande en liquidation de l'astreinte ;

Sur le premier moyen :

Vu le principe selon lequel l'annulation d'un acte administratif implique que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ;

Attendu que pour limiter à une certaine somme le montant de l'astreinte provisoire, l'arrêt retient, d'une part que l'établissement à l'enseigne Chaussland situé à [Localité 3] a été autorisé par arrêté préfectoral du 1er décembre 2010 à déroger à la règle du repos dominical pour une durée d'un an à compter de l'arrêté, que par jugement du 10 juillet 2012, le tribunal administratif de Montreuil a annulé cet arrêté, que l'établissement à l'enseigne Halle aux chaussures situé à [Localité 3] a été autorisé à déroger à la règle du repos dominical par arrêté préfectoral du 16 février 2011 pour une durée d'un an à compter de l'arrêté, que cette autorisation a été reconduite pour une durée d'un an à compter du 9 février 2012, par arrêté du même jour, que par jugement du 8 janvier 2013, le tribunal administratif de Montreuil a annulé ce dernier arrêté, d'autre part que les arrêtés préfectoraux autorisant une dérogation à la règle du repos dominical ont continué à produire effet jusqu'à l'arrivée du premier des deux événements suivants que sont la décision du tribunal administratif statuant sur le recours exercé ou l'expiration de l'autorisation préfectorale donnée, que la rétroactivité normalement attachée à l'annulation d'un acte sera écartée dès lors que compte tenu de la nécessaire cohérence de l'ordre public, la société ne saurait être considérée à la fois comme fondée à ouvrir un établissement en vertu d'une autorisation administrative, puis à raison des mêmes faits, après jugement d'annulation de l'arrêté d'autorisation, être considérée comme ayant enfreint la règle d'interdiction et être sanctionnée en conséquence ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'ayant, sans relever l'existence d'une voie de recours, constaté l'annulation des arrêtés du 1er décembre 2010 et du 9 février 2012, elle devait les tenir comme n'étant jamais intervenus, la cour d'appel a violé le principe susvisé ;

Et sur le deuxième moyen :

Vu l'article L. 3171-2 du code du travail, ensemble les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du code de procédure civile ;

Attendu que pour dire que la preuve d'un trouble manifestement illicite n'est rapportée concernant le repos dominical que dans trois établissements de la société, limiter à une certaine somme le montant de l'astreinte provisoire, débouter

le syndicat de ses demandes tendant à la fixation d'une astreinte définitive, à la cessation de l'atteinte au repos dominical des salariés et dire n'y avoir lieu à référé sur la demande de condamnation de la société au paiement d'une provision à valoir sur le préjudice porté à l'intérêt collectif des salariés, l'arrêt retient, d'abord que la simple consultation prévue par l'article L. 3171-2 du code du travail au bénéfice des délégués du personnel exclut toute appropriation par ces derniers des documents appartenant à la société, par quelque moyen que ce soit, notamment par copie ou photographie, que la consultation des documents de l'entreprise visés par ce texte n'impliquant aucune possibilité de photographie et encore moins de production en justice, les photographies doivent être considérées comme constituant un moyen de preuve illicite non susceptible d'établir la réalité des infractions alléguées, ensuite que les photographies, dans les locaux des établissements, des contrats de travail et avenants ainsi que des bulletins de salaire de salariés, susceptibles de faire apparaître l'existence d'heures de travail le dimanche, ainsi que des lettres de salariés se portant volontaires pour travailler le dimanche, ont été également prises par une déléguée du personnel, sans qu'il soit justifié de l'accord des salariés concernés à la production de ces documents contenant des données personnelles, que les photographies de ces documents ne constituent donc pas des moyens de preuve admissibles, enfin que le syndicat verse environ deux cent vingt photographies de décomptes des horaires de travail des salariés pour d'autres établissements ([Localité 5], [Localité 4], [Localité 7] et [Localité 8]) prises par Mme [Q] début 2013 en qualité de délégué du personnel en contravention à l'article L. 3171-2 du code du travail, que ces documents, obtenus et produits de façon illicite, seront écartés pour les mêmes motifs ;

Attendu cependant que l'article L. 3171-2 du code du travail, qui autorise les délégués du personnel à consulter les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, n'interdit pas à un syndicat de produire ces documents en justice ; que le droit à la preuve peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie personnelle d'un salarié à la condition que cette production soit nécessaire à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors, d'une part, que la copie de documents que les délégués du personnel ont pu consulter en application des dispositions de l'article L. 3171-2 du code du travail constitue un moyen de preuve licite, d'autre part, qu'elle avait constaté qu'un délégué du personnel avait recueilli les documents litigieux dans l'exercice de ses fonctions de représentation afin de vérifier si la société respectait la règle du repos dominical et se conformait aux dispositions de l'ordonnance de référé du 26 octobre 2010, ce dont il résultait que la production de ces documents ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés au regard du but poursuivi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les troisième et quatrième moyens :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit que la preuve d'un trouble manifestement illicite n'est pas rapportée concernant le repos dominical dans les établissements de la société Compagnie européenne de la chaussure, autres que ceux de La Halle aux chaussures et Chaussland situés à [Localité 3] et celui situé au [Localité 6], limite à la somme de 20 000 euros la condamnation de la société Compagnie européenne de la chaussure au titre de la liquidation de l'astreinte provisoire, en ce qu'il déboute le syndicat CFTC des salariés Vivarte de ses demandes tendant à la fixation d'une astreinte définitive, à la cessation de l'atteinte au repos dominical des salariés et dit n'y avoir lieu à référé sur la demande de condamnation de la société Compagnie européenne de la chaussure au paiement d'une provision à valoir sur le préjudice porté à l'intérêt collectif des salariés, l'arrêt rendu le 6 novembre 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles, autrement composée ;

Condamne la société Compagnie européenne de la chaussure aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Compagnie européenne de la chaussure à payer au syndicat CFTC des salariés Vivarte la somme de 3 000 euros et rejette sa demande ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du neuf novembre deux mille seize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat aux Conseils, pour le syndicat CFTC des salariés Vivarte

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé l'ordonnance déférée en ce qu'elle a débouté le syndicat CFTC des salariés Vivarte de sa demande de fixation d'une astreinte définitive et en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu à référé du chef de la demande de provision à valoir sur la réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif des salariés et d'AVOIR, après avoir limité à la somme de 20.000 € la condamnation de la société Compagnie européenne de la chaussure au profit du syndicat CFTC des salariés Vivarte au titre de la liquidation de l'astreinte provisoire fixée par l'ordonnance de référé du 26 octobre 2010, débouté le syndicat le surplus de ses demandes à ce titre ;

AUX MOTIFS QUE sur les demandes de constatation des infractions et de liquidation de l'astreinte provisoire : la situation des trois établissements : que l'établissement à l'enseigne Chaussland situé à [Localité 3] a été autorisé par arrêté préfectoral du 1er décembre 2010 à déroger à la règle du repos dominical pour une durée d'un an à compter de l'arrêté ; que le 20 mai 2011, le syndicat CFTC a déposé un recours en annulation de l'arrêté préfectoral ; que par jugement du 10 juillet 2012, le tribunal administratif de Montreuil a annulé cet arrêté ; que par un nouvel arrêté préfectoral du 24 octobre 2013, l'établissement, situé dans un périmètre d'usage de consommation exceptionnel, a été autorisé à déroger à la règle du repos dominical pour une durée de 5 ans ; que l'établissement à l'enseigne Halle aux Chaussures situé à [Localité 3] a été autorisé à déroger à la règle du repos dominical par arrêté préfectoral du 16 février 2011 pour une durée d'un an à compter de l'arrêté. Cette autorisation a été reconduite pour une durée d'un an à compter du 9 février 2012, par arrêté du même jour ; que le 15 juin 2012, le syndicat CFTC a déposé un recours en annulation du seul arrêté du 9 février 2012 ; que par jugement du 8 janvier 2013, le tribunal administratif de Montreuil a annulé cet arrêté ; que par un nouvel arrêté préfectoral du 24 octobre 2013, l'établissement, situé dans un périmètre d'usage de consommation exceptionnel, a reçu la même autorisation de dérogation que l'établissement Chaussland, pour une durée de 5 ans ; que l'établissement à l'enseigne La Halle aux Chaussures situé au [Localité 6] a été autorisé à déroger à la règle du repos dominical jusqu'à 13 heures par un arrêt préfectoral du 12 juillet 2011, pour une durée d'un an à compter de l'arrêté ; les dispositions légales : que l'article L. 3132-20 du code du travail dispose que lorsqu'il est établi que le repos simultané, le dimanche, de tous les salariés d'un établissement serait préjudiciable au public ou compromettrait le fonctionnement normal de cet établissement, le repos peut être autorisé par le préfet, soit toute l'année, soit à certaines époques de l'année seulement suivant l'une des modalités que le texte détermine et l'article L. 3132-23 que l'autorisation accordée à un établissement par le préfet peut être étendue à plusieurs ou à la totalité des établissements de la même localité exerçant la même activité, s'adressant à la même clientèle ; que par décision n° 2014-374 QPC du 4 avril 2014, le Conseil constitutionnel a jugé que l'article L. 3132-24 du code du travail, qui disposait que les recours présentés contre les décisions prévues aux articles L. 3132-20 et L. 3132-23 précités ont un effet suspensif, est contraire à la Constitution ; que l'article 2 de cette décision a précisé que la déclaration d'inconstitutionnalité prend effet à compter de la publication de la décision et qu'elle est applicable aux affaires nouvelles ainsi qu'aux affaires non jugées définitivement à la date de publication de la décision ; qu'à la date de publication de la décision du Conseil constitutionnel du 4 avril 2014, l'ordonnance du 26 octobre 2010 était devenue définitive. Toutefois cette ordonnance a simplement fait interdiction à la société d'ouvrir le dimanche sauf autorisation administrative exécutoire portant dérogation au principe du repos dominical ; que c'est à la cour, statuant dans la présente instance, de dire si la société, lorsqu'elle a ouvert des magasins le dimanche, bénéficiait ou non d'une autorisation administrative exécutoire portant dérogation à la règle du repos dominical ; qu'aucune décision définitive n'était donc intervenue à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, applicable par conséquent à cette instance ; qu'il convient d'en tirer les conséquences et de dire qu'en l'absence d'effet suspensif des recours exercés par le syndicat, les arrêtés préfectoraux autorisant une dérogation à la règle du repos dominical ont continué à produire effet jusqu'à l'arrivée du premier des deux événements suivants que sont la décision du tribunal administratif statuant sur le recours exercé ou l'expiration de l'autorisation préfectorale donnée ; que la rétroactivité normalement attachée à l'annulation d'un acte sera écartée dès lors que compte tenu de la

nécessaire cohérence de l'ordre public, la société ne saurait être considérée à la fois comme fondée à ouvrir un établissement en vertu d'une autorisation administrative, puis à raison des mêmes faits, après jugement d'annulation de l'arrêté d'autorisation, être considérée comme ayant enfreint la règle d'interdiction et être sanctionnée en conséquence ; qu'il s'ensuit qu'il ne peut y avoir lieu à constatation d'une infraction : pour - l'établissement Chaussland de Bondy : qu'entre le 29 octobre 2010 et le 1er décembre 2010 (soit entre la date de signification de l'ordonnance de référé du 26 octobre 2010 et l'arrêté d'autorisation) et entre le 1er décembre 2011 et le 24 octobre 2013 (soit entre la date d'expiration de l'autorisation accordée pour un an et celle du nouvel arrêté d'autorisation) ; pour l'établissement La Halle aux Chaussures de [Localité 3] : qu'entre le 29 octobre 2010 et le 16 février 2011, date de l'arrêté d'autorisation et entre le 8 janvier 2013 et le 24 octobre 2013, (date d'annulation de l'arrêté et date du nouvel arrêté autorisant l'activité dominicale) ; pour l'établissement situé au [Localité 6] : qu'entre le 29 octobre 2010 et le 12 juillet 2011, date de l'arrêté d'autorisation accordée pour un an, et à compter du 12 juillet 2012, date d'expiration de l'autorisation (¿) ; que le constat d'huissier dressé le dimanche 17 février 2013, qui est au contraire précis, établit l'ouverture à cette date à [Localité 3], [Adresse 1], à côté du magasin à l enseigne « La Halle », de l'ouverture dans le bâtiment d'à côté, d'un autre magasin à l'enseigne « LA HALLE O CHAUSSURES » qui est ouvert aux clients ; qu'à cette date, soit un peu plus d'un mois après que le tribunal administratif de Montreuil ait annulé l'arrêté d'autorisation (le 8 janvier 2013), l'entreprise ne bénéficiait plus d'une dérogation à la règle du repos dominical ; que le manquement à l'injonction est établi ; que le 10 avril 2013, l'inspection du travail de [Localité 2] adressait une lettre à la société l'informant de ce qu'elle avait effectué un contrôle auprès de son établissement Chaussland à [Localité 3] le dimanche 7 avril précédent et avait pu constater l'ouverture du magasin et la présence de 6 salariés ; que l'état de synthèse définitif du magasin situé au [Localité 6] établi par un salarié pour la journée des dimanches 3 mars, 10 mars et 24 mars 2013 établissent également l'ouverture de ce magasin sans autorisation, en violation de l'injonction contenue à l'ordonnance du 26 octobre 2010 ; La liquidation de l'astreinte : que 5 ouvertures non autorisées le dimanche en contravention à l'injonction de ne pas ouvrir prononcée sous astreinte par l'ordonnance du 26 octobre 2010 sont relevées ; que l'article L. 131-4 du code des procédures civiles d'exécution dispose que le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter ; que la société CEC justifie avoir fermé plusieurs magasins bien que 20 % de son chiffre d'affaires soit réalisé le dimanche dans de nombreux magasins ; qu'il convient de fixer le montant de l'astreinte à 4.000 euros par infraction relevée de sorte la société sera condamnée à payer la somme de 20.000 euros au syndicat (¿) ; que la demande de condamnation de la société à une provision de 100.000 euros à valoir sur la réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif des salariés fait l'objet d'une contestation sérieuse, eu égard au nombre restreint d'infractions établies. Il n'y a pas lieu à référé du chef de cette demande ;

1) ALORS QUE jusqu'à son abrogation par suite de la déclaration d'inconstitutionnalité résultant de la décision n° 2014-374 QPC du 4 avril 2014 rendue par le Conseil constitutionnel, l'article L. 3132-24 du code du travail se bornait à prévoir que les recours contentieux dirigés contre les décisions administratives autorisant de manière dérogatoire le travail dominical des salariés revêtaient de plein droit un caractère suspensif, lequel ne durait que le temps de l'instance devant le juge administratif ; que dans sa décision du 4 avril 2014, le Conseil constitutionnel a décidé que la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 3132-24 prendrait effet à compter de la date de publication de sa décision et qu'elle serait applicable aux affaires nouvelles ainsi qu'aux affaires non jugées définitivement à la date de publication ; que par principe, l'annulation d'un acte administratif par le juge administratif produit un effet rétroactif, en sorte que l'acte est réputé n'avoir jamais existé ; qu'au cas d'espèce, il résulte des propres énonciations des juges du fond que l'arrêté préfectoral du 1er décembre 2010 autorisant la société Compagnie européenne de la chaussure à déroger à la règle du repos dominical pour une durée d'un an, s'agissant du magasin à l'enseigne « Chaussland » situé à [Localité 3], avait fait l'objet d'un recours en annulation devant le tribunal administratif formé le 20 mai 2011 et d'un jugement d'annulation en date du 10 juillet 2012, et que l'arrêté préfectoral en date du 9 février 2012 autorisant la société à déroger à la règle du repos dominical pour son magasin à l'enseigne « La Halle aux chaussures » situé à [Localité 3] avait fait l'objet d'un recours en annulation à la date du 15 juin 2012 et d'un jugement d'annulation par le tribunal administratif à la date du 8 janvier 2013 ; qu'il s'en évinçait nécessairement, d'une part, que l'effet suspensif attaché aux recours formés avait pris fin avec l'intervention des jugements du tribunal administratif, mais d'autre part et de surcroît, que les autorisations administratives correspondantes avaient été définitivement annulées avant toute abrogation du texte concernant l'effet suspensif du recours par l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 4 avril 2014 ; qu'en jugeant néanmoins que, pour le règlement de la liquidation de l'astreinte, il y avait lieu de considérer que l'abrogation de l'article L. 3132-24 du code du travail, résultant de sa déclaration d'inconstitutionnalité par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 4 avril 2014, devait trouver à s'appliquer aux motifs que si

l'ordonnance de référé du 26 octobre 2010, qui avait fait interdiction sous astreinte à la société Compagnie européenne de la chaussure de faire travailler ses salariés le dimanche dans certains de ses établissements sauf à être titulaire d'une autorisation administrative exécutoire, était devenue définitive, il n'en demeurait pas moins que la question de l'existence au profit de la société d'une telle autorisation administrative devait être tranchée par la cour d'appel saisie de la liquidation de l'astreinte, quand l'abrogation résultant de la décision du Conseil constitutionnel ne pouvait être appliquée à l'instance dès lors qu'il ne s'agissait pas d'une « affaire non définitivement jugée » au sens de cette décision, puisque précisément, les autorisations administratives litigieuses avaient été annulées par le juge administratif, avant la décision du Conseil constitutionnel, en sorte que non seulement elles étaient réputées n'avoir jamais existé, mais que de surcroît, le caractère suspensif alors attaché au simple exercice des recours par l'article L. 3132-24 du code du travail avait épuisé ses effets avant la décision emportant abrogation, la cour d'appel a violé l'article L. 131-4 du code des procédures civiles d'exécution, ensemble l'article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958 et l'article L. 3132-24 du code du travail, ensemble les principes qui régissent l'annulation des décisions administratives par les juridictions administratives ;

2) ALORS, subsidiairement, QUE le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter ; que sauf à ce que le juge administratif en ait décidé autrement, l'annulation d'un acte administratif produit un effet rétroactif, en sorte qu'il est réputé n'avoir jamais existé ; qu'au cas d'espèce, en décidant au contraire que l'annulation par le juge administratif des autorisations dérogatoires au repos dominical des salariés obtenues par la société Compagnie européenne de la chaussure ne produirait pas d'effet rétroactif, dès lors que la société ne saurait être considérée à la fois comme fondée à ouvrir un établissement en vertu d'une autorisation administrative et, en raison des mêmes faits, après jugement d'annulation, être considérée comme ayant enfreint la règle d'interdiction et être sanctionnée en conséquence, quand la cour d'appel, saisie de la liquidation de l'astreinte, si elle pouvait tenir compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter, ne pouvait en revanche écarter purement et simplement la rétroactivité de l'annulation prononcée par le juge administratif, elle a violé l'article L. 131-4 du code des procédures civiles d'exécution, ensemble les articles L. 3132-3, L. 3132-20 et L. 3132-24 du code du travail, ensemble les principes qui régissent l'annulation des décisions administratives par les juridictions administratives, et entaché sa décision d'excès de pouvoir.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé l'ordonnance déferée en ce qu'elle a débouté le syndicat CFTC des salariés Vivarte de sa demande de fixation d'une astreinte définitive, en ce qu'elle a dit que la preuve d'un trouble manifestement illicite n'était pas rapportée concernant le repos dominical dans les établissements de la société Compagnie européenne de la chaussure autres que ceux de la Halle aux chaussures et Chaussland situés à [Localité 3] et celui situé au [Localité 6] et en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu à référé du chef de la demande de provision à valoir sur la réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif des salariés, d'AVOIR limité à la somme de 20.000 € la condamnation de la société Compagnie européenne de la chaussure au profit du syndicat CFTC des salariés Vivarte au titre de la liquidation de l'astreinte provisoire fixée par l'ordonnance de référé du 26 octobre 2010 et d'AVOIR rejeté toutes autres demandes ;

AUX MOTIFS QUE sur les infractions alléguées : qu'il appartient au syndicat, créancier de l'obligation de ne pas faire, demandeur à la liquidation de l'astreinte, de rapporter la preuve de l'interdiction mise à la charge de la société CEC, débiteur ; que le syndicat se prévaut de photographies prises en février et mars 2013 dans les locaux des trois établissements par Mme [Q], déléguée du personnel, en cette qualité, en présence de M. [M], représentant syndical CFTC, (Mme [Q] est également élue syndicale CFTC) des décomptes du temps de travail hebdomadaire des salariés et des plannings (près de 200 décomptes et plannings photographiés par Mme [Q] pour les 2 magasins de [Localité 3] et celui du Pré Saint Gervais), de contrats de travail à temps partiel de salariés mentionnant les horaires effectués par le dimanche, d'attestations remises par des salariés s'étant déclarés volontaires pour travailler le dimanche, de bulletins de paie de 7 salariés qui auraient travaillé le dimanche au magasin Chaussland de [Localité 3] en juillet 2012 ; qu'il verse également une attestation d'une salariée (Mme [B] [W]) déclarant avoir travaillé au magasin Chaussland de [Localité 3] le dimanche de 2010 à 2012, un constat d'huissier dressé le dimanche 17 février 2013 concernant le magasin La Halle aux Chaussures de [Localité 3], des documents de l'inspection du travail et des procès-verbaux des comités d'établissement

des magasins (cette énumération n'a pas de caractère exhaustif) ; sur les photographies des documents permettant le décompte de la durée du travail : que le syndicat indique que les photographies ont été prises au sein de la société par Mme [S] [Q], en sa qualité de déléguée du personnel, qu'aucun texte n'interdit aux délégués du personnel de faire des copies ou faute de disposer des moyens matériels pour le faire, d'en faire une photographie ; que l'article L. 171-2 du code du travail dispose en son alinéa 1er que lorsque tous les salariés occupés dans un service ou un atelier ne travaillent pas selon le même horaire collectif, l'employeur établit les documents nécessaires au décompte de la durée de travail, des repos compensateurs acquis et de leur prise effective, pour chacun des salariés concernés, et en son alinéa 2, que les délégués du personnel peuvent consulter ces documents ; que la simple consultation prévue par ce texte au bénéfice des délégués du personnel exclut toute appropriation par ces derniers des documents appartenant à la société, par quelque moyen que ce soit, notamment par copie ou photographie ; que la société fait justement observer que la jurisprudence a admis la production de ces documents par les salariés de manière restrictive, lorsqu'une telle production est strictement nécessaire à l'exercice de leurs droits. Elle ajoute que le syndicat n'a pas la qualité de salarié et disposait de la faculté de se préconstituer une preuve en procédant par voie d'huissier notamment ; que la consultation des documents de l'entreprise visés au texte précité n'impliquant aucune possibilité de photographie et encore moins de production en justice, les photographies doivent être considérées comme constituant un moyen de preuve illicite non susceptibles d'établir la réalité des infractions alléguées ; que les photographies, dans les locaux des établissements, des contrats de travail et avenants ainsi que des bulletins de salaire de salariés, susceptibles de faire apparaître l'existence d'heures de travail le dimanche, ainsi que des lettres de salariés se portant volontaires pour travailler le dimanche, ont été également prises par Mme [Q], sans qu'il soit justifié de l'accord des salariés concernés à la production de ces documents contenant des données personnelles ; que Mme [B] [W] notamment, dont les fiches de paie sur plusieurs années sont produites, n'atteste pas avoir donné son accord à cette communication ; que les photographies de ces documents ne constituent donc pas des moyens de preuve admissibles ; qu'elles ne peuvent par conséquent établir la réalité des faits allégués ; que les attestations de MM. [J] et [G] se bornent à confirmer l'annonce de la fermeture de plusieurs magasins le dimanche qui avait été faite au comité d'établissement des magasins le 20 juin 2013 ; que l'attestation de Mme [W] du 22 août 2013 qui indique qu'à la demande de l'entreprise, elle a travaillé le dimanche dans les magasins Halle aux Chaussures de Chennevières et Chaussland de [Localité 3] de 2008 à 2013 ne précisent pas les périodes dans chaque magasin ni les dates précises d'ouvertures le dimanche sans autorisation ; que l'astreinte ne peut être liquidée sur le fondement d'attestations imprécises ; que les attestations de Mme [Q] qui indique avoir elle-même procédé à la lecture des relevés de pointage des horaires des salariés dans les différents établissements, ne précisent pas les dates d'ouverture dominicale mais renvoient aux photographies des décomptes de temps de travail effectués, lesquelles sont écartées ; que ces attestations n'établissent pas l'existence de manquements précis quant à leurs dates et leurs lieux, à l'injonction prononcée par l'ordonnance de référé du 26 octobre 2010 ; que le constat d'huissier dressé le dimanche 17 février 2013, qui est au contraire précis, établit l'ouverture à cette date à [Localité 3], [Adresse 1], à côté du magasin à l'enseigne « La Halle », de l'ouverture dans le bâtiment d'à côté, d'un autre magasin à l'enseigne « La Halle O Chaussures » qui est ouvert aux clients ; qu'à cette date, soit un peu plus d'un mois après que le tribunal administratif de Montreuil ait annulé l'arrêté d'autorisation (le 8 janvier 2013), l'entreprise ne bénéficiait plus d'une dérogation à la règle du repos dominical ; que le manquement à l'injonction est établi ; que le 10 avril 2013, l'inspection du travail de [Localité 2] adressait une lettre à la société l'informant de ce qu'elle avait effectué un contrôle auprès de son établissement Chaussland à [Localité 3] le dimanche 7 avril précédent et avait pu constater l'ouverture du magasin et la présence de 6 salariés ; que l'état de synthèse définitif du magasin situé au [Localité 6] établi par un salarié pour la journée des dimanches 3 mars, 10 mars et 24 mars 2013 établissent également l'ouverture de ce magasin sans autorisation, en violation de l'injonction contenue à l'ordonnance du 26 octobre 2010 ; sur la liquidation de l'astreinte : que 5 ouvertures non autorisées le dimanche en contravention à l'injonction de ne pas ouvrir prononcée sous astreinte par l'ordonnance du 26 octobre 2010 sont relevées ; que l'article L. 131-4 du code des procédures civiles d'exécution dispose que le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter ; que la société CEC justifie avoir fermé plusieurs magasins bien que 20 % de son chiffre d'affaires soit réalisé le dimanche dans de nombreux magasins ; qu'il convient de fixer le montant de l'astreinte à 4.000 euros par infraction relevée de sorte la société sera condamnée à payer la somme de 20.000 euros au syndicat ; sur les autres demandes formées à titre principal : que la société communiquant des constats d'huissier établissant la fermeture dominicale de plusieurs magasins sans qu'il ne soit établi que ces magasins ou d'autres demeureraient ouverts, en dehors des nouvelles autorisations préfectorales accordées et des autorisations municipales, il n'y a pas lieu d'accueillir la demande de fixation d'une astreinte définitive par magasin et par infraction pendant une période de 6 mois formée par le syndicat ; que le syndicat verse des photographies (environ 220) des

décomptes des horaires de travail des salariés pour d'autres établissements ([Localité 5], [Localité 4], [Localité 7] et [Localité 8]), là encore prises par Mme [Q] début 2013, en qualité de délégué du personnel, en contravention à l'article L. 3171-2 du code du travail, reproduit plus haut ; que ces documents, obtenus et produits de façon illicite, seront écartés, pour les motifs adoptés plus haut dans l'arrêt ; qu'en l'absence de preuve d'une violation de la règle du repos dominical et par suite de l'existence d'un trouble manifestement illicite, le syndicat sera débouté de sa demande d'injonction de cessation du trouble sous astreinte ; que la demande de condamnation de la société à une provision de 100.000 euros à valoir sur la réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif des salariés fait l'objet d'une contestation sérieuse, eu égard au nombre restreint d'infractions établies ; qu'il n'y a pas lieu à référé du chef de cette demande ;

1) ALORS QUE lorsque la preuve est libre, les éléments de preuve produits par une partie ne peuvent être écartés par le juge, pour assurer la protection des tiers, qu'à la condition qu'il soit vérifié que les éléments en question n'étaient pas indispensables à l'exercice par la partie concernée de son droit à la preuve et que l'écart reste proportionné aux intérêts antinomiques en présence ; qu'au cas d'espèce, en écartant des débats, au titre de la preuve de l'emploi illicite de salariés le dimanche par la société Compagnie européenne de la chaussure, qui est un fait pouvant être prouvé par tous moyens, d'une part, des photographies de documents relatifs au décompte de la durée du travail au sein de l'entreprise qui avaient été prises par un délégué du personnel, d'autre part, des copies de contrats de travail, de bulletins de salaire et de lettres, motif pris de ce que l'article L. 3171-2 du code de travail, s'il autorise la consultation par les délégués du personnel des documents relatifs au décompte de la durée du travail, n'autoriserait pas leur copie, d'autre part, qu'il n'était pas justifié de ce que les salariés concernés par les contrats de travail, bulletins de salaire et lettres de volontariat pour travailler le dimanche avaient donné leur accord à la production des documents, sans vérifier si ces éléments n'étaient pas indispensables à l'exercice du droit à la preuve du syndicat CFTC et si cette mise à l'écart desdits éléments était proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel a violé les articles 9 du code de procédure civile et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles 9 du code civil et 8 de la même Convention, ensemble l'article L. 3171-2 du code du travail ;

2) ALORS QUE les syndicats de salariés peuvent produire, dans le cadre d'une instance dirigée contre un employeur en raison du manquement allégué à la législation d'ordre public du travail, tous les documents de l'entreprise relatifs à cette question dès lors qu'ils sont nécessaires à la démonstration de la méconnaissance alléguée ; qu'au cas d'espèce, en écartant au contraire la production par le syndicat CFTC, d'une part, des photographies prises par un délégué du personnel de l'entreprise des documents établissant le décompte des heures de travail, d'autre part, les contrats de travail, bulletins de salaire et lettres de salariés concernés par le travail dominical, quand elle était saisie par un syndicat de salariés d'une instance en liquidation d'une astreinte prononcée en vue du respect par l'employeur de la règle d'ordre public du repos dominical des salariés, la cour d'appel a violé les articles 9 du code de procédure civile et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 2132-3 du code du travail, ensemble l'article L. 3171-2 du même code ;

3) ALORS, subsidiairement, QUE les délégués du personnel ont le droit de consulter les documents établis par l'employeur nécessaires au décompte de la durée du travail des salariés lorsqu'ils ne travaillent pas sur le même horaire collectif ; qu'aucune règle ni aucun principe n'interdit que les délégués du personnel prennent copie de ces documents, et par conséquent qu'ils soient produits dans le cadre d'une instance opposant un syndicat de salariés à un employeur relativement au respect des règles d'ordre public du droit du travail sur les jours et horaires de travail ; qu'au cas d'espèce, en décidant au contraire que si l'article L. 3171-2 du code du travail autorisait les délégués du personnel à consulter les documents nécessaires au décompte de la durée du travail, toute copie de ces documents était prohibée en sorte que les photographies de ces pièces produites par le syndicat CFTC devaient être écartées des débats, la cour d'appel a violé les articles 9 du code de procédure civile et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 3171-2 du code du travail, ensemble le principe général du droit selon lequel tout ce qui n'est pas expressément interdit par la loi est autorisé ;

4) ALORS, subsidiairement encore, QUE constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions, sachant que toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite et qu'une telle atteinte peut être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense, si elle reste proportionnée au regard des

intérêts antinomiques en présence ; qu'au cas d'espèce, en écartant les copies des contrats de travail, bulletins de salaire et lettres de différents salariés produits par le syndicat CFTC au soutien de la démonstration de ce que la société Compagnie européenne de la chaussure avait illégalement fait travailler des salariés le dimanche, motif pris de ce que l'accord des salariés concernés à la production de ses données personnelles n'était pas rapportée, sans rechercher si cette atteinte n'était pas justifiée par la nécessité de la preuve du syndicat CFTC et si elle n'était pas proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 9 du code de procédure civile et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles 9 du code civil et 8 de la même Convention ;

5) ALORS, subsidiairement enfin, QU'il résulte des propres énonciations des juges du fond que la salariée Mme [B] [W] avait produit une attestation par laquelle elle déclarait avoir travaillé au magasin à l'enseigne « Chaussland » situé à [Localité 3] les dimanches entre 2010 et 2012 ; qu'en s'abstenant de rechercher si, dès lors que cette salariée avait produit une attestation pour appuyer l'action du syndicat, il ne devait pas être considéré qu'elle avait également consenti, ce faisant, à ce que ses fiches de paye soient produites, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 9 du code de procédure civile et 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles 9 du code civil et 8 de la même Convention.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (subsidiaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR confirmé l'ordonnance déferée en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu à référé du chef de la demande de provision à valoir sur la réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif des salariés ;

AUX MOTIFS QUE la demande de condamnation de la société à une provision de 100.000 euros à valoir sur la réparation du préjudice porté à l'intérêt collectif des salariés fait l'objet d'une contestation sérieuse, eu égard au nombre restreint d'infractions établies ; qu'il n'y a pas lieu à référé du chef de cette demande ;

ALORS QUE la méconnaissance par l'employeur du droit au repos dominical des salariés constitue en soi un trouble manifestement illicite ; qu'aussi, la demande de provision formée par un syndicat de salariés en réparation du préjudice ainsi causé à l'intérêt collectif de la profession ne peut par hypothèse être repoussée par le juge des référés au motif qu'elle se heurterait à une contestation sérieuse ; qu'en l'espèce, en décidant au contraire, après avoir constaté plusieurs manquements commis par la société Compagnie européenne de la chaussure à la règle du repos dominical des salariés, que la demande de provision formée par le syndicat devait être repoussée comme se heurtant à une contestation sérieuse « eu égard au nombre restreint d'infractions établies », la cour d'appel a violé les articles 808 et 809 du code de procédure civile, ensemble les articles L. 3132-3 et L. 2132-3 du code du travail.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (subsidiaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit irrecevables les « demandes subsidiaires » formées par le syndicat CFTC des salariés Vivarte ;

AUX MOTIFS QUE les demandes subsidiaires d'injonction de communication de pièces, de désignation d'un expert et de défèrement du serment à la société sont nouvelles en appel et par suite irrecevables ;

ALORS QUE le serment décisoire constitue un moyen de preuve et non une prétention ; qu'aussi, une partie peut l'invoquer en appel sans se heurter à la prohibition des demandes nouvelles ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 563 et 564 du code de procédure civile, ensemble les articles 1358 et 1360 du code civil.