



RAPPORT DE M. FLORES, CONSEILLER

Arrêt n° 1150 du 26 octobre 2022 – Chambre sociale

Pourvoi n° 21-19.075

Décision attaquée : 8 juin 2021 de la cour d'appel de Toulouse

Société Distribution Casino France

C/

**Inspection du Travail de la Haute Garonne Unité Régionale de Lutte
contre le Travail Illégal, et autres**

1 - Rappel des faits et de la procédure

La société Distribution Casino France exploite plusieurs commerces de détail alimentaire à [7], [9] et [10].

Des contrôles ont été effectués par l'inspection du travail le dimanche 6 octobre 2019 à 16 h 00 et à 23 h 30 et le 17 novembre 2019 dans trois supermarchés Casino à [7], [9] et [10]., , où il a été constaté la présence, après 13 heures, de salariés d'une société ETIC, chargée d'aider les clients du supermarché lors du paiement aux caisses automatiques ainsi que des salariés d'une société de sécurité, la société Lynx.

Mmes [O], [U], [B], [W], [H]et Monsieur [A] ès qualités d'inspecteurs du travail de l'unité régionale de lutte contre le travail illégal et des unités de contrôle n° 1, 3 et 5 de la Haute-Garonne, ont saisi le juge des référés du tribunal judiciaire de Toulouse d'une demande à l'encontre de la société Distribution Casino France pour obtenir l'obligation de fermer les magasins le dimanche à 13 H sous astreinte.

Par ordonnance du 30 juillet 2020, le juge des référés du tribunal judiciaire de Toulouse a :

- rejeté l'exception de nullité de l'assignation délivrée à l'encontre de la société Lynx Sécurité,
- rejeté l'exception d'incompétence soulevée par la société Lynx Sécurité,
- dit recevable l'action engagée par les demandeurs à l'encontre de la société Distribution Casino France, de la société Distribution Casino France supermarché Casino [10], de la société Distribution Casino France supermarché Casino [9], de la société Distribution Casino France supermarché Casino [7],
- interdit à la société Lynx Sécurité d'employer des salariés le dimanche après 13h dans les magasins Casino [10], Casino [9] et Casino [7], lorsque ces magasins sont ouverts,
- ordonné une astreinte provisoire de 20 000 euros par dimanche et par salariés illégalement employés à l'encontre de la société Lynx Sécurité,
- ordonné à la société Distribution Casino France de fermer le supermarché Casino [10], le supermarché Casino [9], le supermarché Casino [7] le dimanche après-midi à compter de 13h, dès la signification de la présente ordonnance et à défaut sous astreinte provisoire de 20 000 euros par ouverture constatée,
- désigné la SCP [X] [Y] en la personne de Maître [Y] huissier de justice chargé de l'application de l'ordonnance à intervenir en lui permettant de pénétrer dans les établissements, de recueillir le nom des personnes éventuellement présentes dans les locaux considérés, de consulter tout registre ou document quel qu'en soit le support permettant de constater l'emploi de salariés le dimanche après-midi et le respect de l'ordonnance à intervenir en se faisant le cas échéant et selon les besoins accompagné d'un inspecteur ou contrôleur du travail désigné par lui,
- déclaré recevable les interventions volontaires de la Fédération de l'équipement Environnement Transport et Services force ouvrière et du syndicat CFDT Services Ariège Gascogne Midi Toulousain dans l'instance opposant les inspecteurs du travail aux sociétés Distribution Casino France et Lynx Sécurité,
- déclaré irrecevable les demandes de la Fédération de L'équipement Environnement Transport Et Services Force Ouvrière à l'encontre des sociétés Leader Price, de Mondial Protection Sud Ouest Et Sud Ouest Sécurité,
- condamné la société Distribution Casino France, la société Distribution Casino France supermarché Casino [10], la société Distribution Casino France supermarché Casino [9], la société Distribution Casino France supermarché Casino [7] et la société Lynx Sécurité à payer :
 - ' à la Fédération de L'équipement Environnement Transport Et Services Force Ouvrière la somme de 1 000 euros de dommages et intérêts au titre du préjudice subi ainsi que la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,
 - ' au syndicat CFDT Services Ariège Gascogne Midi Toulousain la somme de 1 000 euros de dommages et intérêts au titre du préjudice subi ainsi que la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamné la société Distribution Casino France, la société Distribution Casino France supermarché Casino [10], la société Distribution Casino France supermarché Casino [9], la société Distribution Casino France supermarché Casino [7] et la société Lynx Sécurité à payer la somme de 5 250 euros versée au profit du Trésor Public au titre des frais prévus par l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens.

Par arrêt du 8 juin 2021, la cour d'appel de Toulouse a :

Confirmé l'ordonnance du juge des référés du tribunal judiciaire de Toulouse en date du 30 juillet 2020 sauf en ce qui concerne :

- la recevabilité de l'action engagée à l'encontre des sociétés Distribution Casino France supermarché Casino [10], Distribution Casino France supermarché Casino [9], Distribution Casino France supermarché Casino [7].
- la condamnation des sociétés Distribution Casino France supermarché Casino [10], Distribution Casino France supermarché Casino [9], Distribution Casino France supermarché Casino [7] et la société Lynx Sécurité à payer :
 - *au syndicat CFDT Service Ariège Gascogne Midi Toulousain la somme de 1 000 euros de dommages et intérêts au titre du préjudice subi ainsi que la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.
 - *à la Fédération de l'équipement environnement transport et services Force Ouvrière la somme de 1 000 euros de dommages et intérêts au titre du préjudice subi ainsi que la somme de 1 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, Statuant de nouveau des chefs infirmés :
 - Déclaré irrecevable l'action engagée à l'encontre des magasins Casino [9], [10] et [7] établissements secondaires de la SA Distribution Casino France.
 - Condamné la SA Distribution Casino France et la SA Lynx à payer à mesdames [O], [W], [U], [B], [H] et Monsieur [A] la somme de 6000€ sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.
 - Confirmé la décision pour le surplus.
 - Condamné la SA Distribution Casino France et la SA Lynx aux dépens d'appel.

La société Distribution Casino France a formé un pourvoi en cassation le 5 juillet 2021. Le mémoire ampliatif a été déposé le 5 novembre 2021. Il contient une demande au titre de l'article 700 CPC d'un montant de 4 000 euros. Le ministre du travail et les inspecteurs du travail ont déposé un mémoire en défense le 10 janvier 2022. Il contient une demande au titre de l'article 700 CPC d'un montant de 4 000 euros. Le syndicat CFDT a déposé un mémoire en défense le 5 janvier 2022. Il réclame l'allocation d'une somme de 3 000 euros en application de l'article 700 CPC. Le syndicat FO a déposé un mémoire en défense le 10 janvier 2022, il contient une demande au titre de l'article 700 CPC d'un montant de 3 500 euros. La société casino a déposé un mémoire complémentaire le 31 janvier 2022. Le syndicat CFDT a déposé un mémoire complémentaire le 8 février 2022.

2 - Analyse succincte des moyens

2.1. - Premier moyen

La société Distribution Casino France fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit recevable l'action en référé formée par les inspecteurs du travail,

1 - ALORS QUE les dispositions relatives à la durée du travail aux repos et aux congés, sont « applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés », de sorte que seul l'emploi illicite par l'employeur de ses propres salariés, en méconnaissance des dispositions des articles L. 3132-3 et L. 3132-13, relatifs au repos dominical, rend recevable la demande en référé, formée par l'inspecteur du travail, à l'encontre de cet employeur ; que la cour d'appel a constaté qu'aucun salarié de la société Distribution Casino France n'était présent sur les lieux le dimanche après-midi ; qu'en affirmant cependant, pour déclarer recevable l'action des inspecteurs du travail, tendant à voir imposer la fermeture de l'établissement le dimanche après-midi, à raison de la présence sur les lieux d'agents de sécurité, salariés d'une société de surveillance et gardiennage sous-traitante, que l'article L 3132-31 du code du travail « vise tout salarié qui serait employé en infraction à la réglementation sur le travail le dimanche dans les

commerces de vente au détail » et que « d'interprétation stricte, ce texte ne permet pas d'ajouter une condition qu'il ne prévoit pas telle que la restriction de son champ d'application aux seuls salariés du commerce de vente au détail donneur d'ordre à l'exclusion de tout salarié d'une entreprise tierce présente dans les lieux exerçant la même activité que celle des salariés du commerce de détail concerné », quand il ressortait, au contraire, de l'interprétation stricte du texte que l'action n'était recevable qu'à l'encontre d'un employeur faisant travailler ses salariés en méconnaissance des règles régissant le repos dominical, la cour d'appel a violé, par fausse application les articles L 3111-1 et L 3132-31 du code du travail, les articles 31 et 32 du code de procédure civile, ensemble le principe de l'autonomie de la personne morale ;

2 – ALORS encore QUE la recevabilité de la saisine en référé du juge judiciaire, par l'inspecteur du travail, en application des dispositions de l'article L 3132-31 du code du travail, est subordonnée à la double condition d'un emploi illicite des salariés et de ce que l'illicéité résulte de la méconnaissance par leur employeur des dispositions des articles L. 3132-3 et L. 3132-13, relatifs au repos dominical ; qu'il résulte de l'article R 3132-5 du code du travail que les entreprises de surveillance et de gardiennage font partie des catégories d'établissement admis à donner le repos hebdomadaire par roulement à leurs salariés effectuant des services de surveillance, de gardiennage et de lutte contre l'incendie ; qu'en affirmant, pour dire recevable l'action exercée par les inspecteurs du travail, que « la société prestataire qui héberge des salariés sur son site le dimanche en infraction à la législation, (...), commet une violation de la règle du repos dominical protectrice des salariés qui autorise l'inspection du travail à saisir le juge des référés sur le fondement de l'article L 3132-31 du code du travail, qui, organisant un régime spécial de référé, suffit à la recevabilité de l'action », quand la recevabilité de l'action est subordonnée au constat préalable d'un emploi illicite de salariés en méconnaissance de la règle du repos dominical, la cour d'appel, qui n'a pas constaté préalablement un tel emploi, a violé les articles L 3132-31 et R 3132-5 du code du travail, ensemble les articles 31 et 32 du code de procédure civile ;

2.2. - Deuxième moyen (subsidaire)

La société Distribution Casino France fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ordonné à la société Distribution Casino France de fermer les supermarchés Casino [10], Casino [9] et Casino [7] le dimanche après-midi à compter de 13 heures, sous astreinte provisoire de 20 000 € par ouverture constatée, condamné la société Distribution Casino France à payer au syndicat CFDT Services Ariège Gascogne Midi Toulousain et de la Fédération de l'Équipement, Environnement, Transport et Services, Force Ouvrière, chacun, la somme de 1 000 € à titre de dommages et intérêts et interdit, sous astreinte de 20 000 €, par dimanche et par salarié, à la société Lynx Sécurité d'employer des salariés le dimanche après 13 heures dans les magasins Casino [10], Casino [9] et Casino [7],

ALORS QUE l'emploi illicite de salariés, en infraction aux dispositions des articles L 3132-3 et L 3132-13 du code du travail, s'apprécie exclusivement au regard de la fonction et des missions confiées par l'employeur à ces salariés ; qu'est inopérante, pour apprécier l'existence d'un tel emploi illicite, la circonstance que certains agents de surveillance aient excédé les termes de leur mission, dès lors que leur comportement ne résultait ni des ordres, ni de la demande de leur employeur ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté qu'il ressortait tant de la convention conclue entre la société Distribution Casino France avec la société Lynx Sécurité que des fiches de poste des salariés en cause, que la fonction des agents était limitée à la seule surveillance et

sécurité et ne pouvait « en aucun cas s'étendre à des fonctions normalement dévolues aux salariés de l'entreprise cliente » ; qu'en retenant cependant l'existence d'un « emploi illicite » des agents de sécurité, au motif inopérant que les inspecteurs du travail avaient constaté que certains d'entre eux avaient empiété sur les activités normalement dévolues aux salariés de la SA Distribution Casino France, la cour d'appel, qui n'a pas déduit les conséquences légales de ses constatations, a encore violé, par fausse application, l'article L 3132-31 du code du travail, ensemble et par refus d'application, les articles L 3132-12 et R 3132-5 du même code.

2.3. - Troisième moyen

La société Distribution Casino France fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir ordonné à la société Distribution Casino France de fermer les supermarchés Casino [10], Casino [9] et Casino [7] le dimanche après-midi à compter de 13 heures, sous astreinte provisoire de 20 000 € par ouverture constatée et de l'avoir condamnée à payer au syndicat CFDT Services Ariège Gascogne Midi Toulousain et de la Fédération de l'Équipement, Environnement, Transport et Services, Force Ouvrière, chacun, la somme de 1 000 € à titre de dommages et intérêts,

1) ALORS QU' il résulte de l'article L 3132-31 du code du travail que le juge des référés ne peut ordonner que les mesures propres à faire cesser l'emploi illicite de salariés en infraction aux dispositions des articles L 3132-3 et L 3132-13 du même code ; qu'il s'en déduit que seules des mesures prononcées à l'encontre de l'employeur, responsable de l'emploi illicite, peuvent être prononcées ; qu'en ordonnant la fermeture des supermarchés Casino [10], Casino [9] et Casino [7] le dimanche après-midi à compter de 13 heures, sous astreinte provisoire de 20 000 € par ouverture constatée, quand elle avait constaté que les agents de sécurité présents sur les lieux étaient employés de la société Lynx Sécurité, la cour d'appel a violé l'article L 3132-31 précité ;

2) ALORS QUE le juge des référés ne peut ordonner que les mesures propres à faire cesser l'emploi illicite de salariés en infraction aux dispositions des articles L 3132-3 et L 3132-13 du même code ; qu'en affirmant cependant, pour dire que la mesure de fermeture des trois magasins le dimanche à partir de 13 h était légitime et proportionnelle à l'objectif poursuivi, qu'« il est constant que la présence d'agents de sécurité dans un magasin de vente alimentaire en libre-service mais en mode de paiement automatique est source de confusion tant pour les clients que pour les agents de sécurité sur qui repose exclusivement le soin de dire au cas par cas ce qui relève ou pas de leur mission de surveillance alors qu'ils sont confrontés à de nombreux dysfonctionnements des caisses ou sollicitations des clients », quand aucun texte n'interdit l'ouverture d'un commerce alimentaire le dimanche après-midi recourant à des modalités de fonctionnement et de paiement automatisés ainsi qu'à la présence, obligatoire, d'agents de surveillance et de sécurité, la cour d'appel a violé, par fausse application l'article L 3132-31 du code du travail, ensemble le principe de la liberté du commerce et de la liberté d'entreprise ;

3) ALORS, en tout état de cause, QUE le juge des référés ne peut ordonner que les mesures nécessaires et proportionnées pour faire cesser l'emploi illicite de salariés en infraction aux dispositions des articles L 3132-3 et L 3132-13 du même code ; que la circonstance qu'une infraction par l'employeur des salariés peut être réitérée n'est pas de nature à justifier la fermeture des commerces, appartenant à une société tierce, dans lesquels ces salariés travaillent ; que dans ses conclusions la société Distribution Casino France faisait valoir qu'une injonction sous astreinte à l'employeur des agents

de sécurité, de faire respecter par ses salariés la législation et les termes de leur emploi, suffisait à écarter tout emploi illicite ; qu'en ordonnant la fermeture des magasins, aux motifs inopérants que les faits avaient été réitérés, que cette solution nécessiterait de mettre en place de nouveaux contrôles de l'inspection du travail et que si cette sanction permettrait de mettre un terme à une infraction éventuellement constatée, elle ne permettrait pas suffisamment d'en prévenir la réitération, la cour d'appel a porté une atteinte disproportionnée au principe de la liberté du commerce et de la liberté d'entreprise.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

┆ conditions dans lesquelles un magasin peut se prévaloir de modalités de fonctionnement et de paiement automatisées pour échapper à une obligation de fermeture imposée par voie d'arrêté préfectoral en application de l'article L. 3132-29 du code du travail.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1. - Premier moyen

En application de l'article L. 3132-1 du code du travail, il est interdit de faire travailler un même salarié plus de six jours par semaine. Selon l'article L. 3132-2 du code du travail, le repos hebdomadaire a une durée minimale de vingt-quatre heures auxquelles s'ajoutent les heures consécutives de repos quotidien.

L'article L. 3132-3 précise que dans l'intérêt des salariés, le repos hebdomadaire est donné le dimanche.

L'article L. 3132-13 ajoute : *“dans les commerces de détail alimentaire, le repos hebdomadaire peut être donné le dimanche à partir de treize heures.*

Les salariés âgés de moins de vingt-et-un ans logés chez leurs employeurs bénéficient d'un repos compensateur, par roulement et par semaine, d'un autre après-midi.

Les autres salariés bénéficient d'un repos compensateur, par roulement et par quinzaine, d'une journée entière.

Dans les commerces de détail alimentaire dont la surface de vente est supérieure au seuil mentionné au premier alinéa de l'article 3 de la loi n° 72-657 du 13 juillet 1972, instituant des mesures en faveur de certaines catégories de commerçants et artisans âgés, les salariés privés du repos dominical bénéficient d'une rémunération majorée d'au moins 30 % par rapport à la rémunération normalement due pour une durée équivalente.”

Les établissements visés par l'article L. 3132-13 du code du travail sont ceux dont l'activité exclusive ou principale est la vente de denrées alimentaires au détail (CT, art. R. 3132-8).

Le législateur a ensuite organisé un certain nombre de dérogations au principe du repos dominical.

Enfin, dans le but d'assurer l'effectivité du repos dominical et l'égalité des établissements dans un secteur déterminé, le législateur a donné le pouvoir au préfet

d'en ordonner la fermeture sous réserve de la réunion d'un certain nombre de conditions.

Ainsi, l'article L. 3132-29 du code du travail 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.***

A la demande des organisations syndicales représentatives des salariés ou des organisations représentatives des employeurs de la zone géographique concernée exprimant la volonté de la majorité des membres de la profession de cette zone géographique, le préfet abroge l'arrêté mentionné au premier alinéa, sans que cette abrogation puisse prendre effet avant un délai de trois mois.

Cette disposition, plaçant les automates hors du champ de l'article L. 3132-29 CT, a été introduite dans le code du travail par la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs.

Cette disposition, qui ne porte pas atteinte à la concurrence, a pour objet d'assurer l'égalité entre l'ensemble des établissements qu'ils emploient ou non du personnel salarié :

*Il résulte de l'article L. 221-17 du Code du Travail que le préfet peut, après accord entre les syndicats d'employeurs et de salariés d'une profession et d'une région, représentant la majorité des professionnels concernés, et sur leur demande, ordonner la fermeture au public des établissements de la profession dans la région pendant la durée du repos hebdomadaire donné aux salariés. Cette fermeture s'applique à tous les établissements même s'ils n'emploient pas de salariés. **Cette disposition ne porte nullement atteinte au principe de la libre concurrence et vise, au contraire, à maintenir l'égalité que la loi a voulu établir entre tous les professionnels, employant, ou non, du personnel.** (Crim., 25 février 1986, pourvoi n° 85-90.167, Bull. crim. 1986 N° 79).*

Cette interdiction s'applique également aux établissements qui sont ouverts sous la seule responsabilité du personnel de surveillance :

Un magasin de vente au détail qui fonctionne en tant que tel toute la semaine ne devient pas un hall d'exposition échappant à l'arrêté de fermeture, du seul fait qu'il est ouvert au public le dimanche sous la seule surveillance de gardiens non habilités à vendre. En effet l'article 43 a, lui-même, a prévu les seules dérogations possibles à la fermeture dominicale. Le cas de l'espèce n'entre pas dans les prévisions de ce texte. (Crim., 11 juin 1969, n° 68-91.848, 68-92.932, Bull. Crim. n° 197).

Cette interdiction s'applique de façon générale, à l'ensemble des établissements de la profession en cause, qu'ils emploient ou non du personnel (CE, 28 mai 2003, Req. N° 247120 ; RJS 2003, n° 1278), y compris aux commerçants qui travaillent seuls ou avec l'aide des membres de leur famille (Crim. 26 mai 1976, n° 75-92.879, Bull. Crim. N° 187 ; Crim. 6 juillet 1966, n° 66-90.303, Bull. Crim. N° 195 ; Crim. 25 février 1986, n° 85-60.167, Bull. Crim. N° 79).

La possibilité de saisir le juge des référés en cas de travail dominical illicite a été reconnue à une société faisant l'objet d'une rupture d'égalité :

Vu l'article 873, alinéa 1er, du code de procédure civile ensemble les articles L. 3132-3 et L. 3132-13 du code du travail ;

Attendu qu'il résulte des deux derniers articles que, dans les commerces de détail alimentaire, le repos dominical doit être respecté à partir de 13 heures ;

Attendu que pour déclarer irrecevable l'action de la société Uneco aux fins de voir condamner les sociétés Chateaudis et Baltaian et Cie à respecter les règles du repos hebdomadaire, l'arrêt retient que si la qualité à agir devant le juge des référés aux mêmes fins que l'inspecteur du travail pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser dans les établissements de vente au détail, comme il s'agit en l'espèce, l'emploi illicite de salariés en infraction à l'article L. 3132-3 du code du travail a été reconnue aux organisations professionnelles qui représentent la profession exercée par les commerçants en infraction avec ce texte du fait que l'emploi irrégulier de salariés rompait l'égalité au préjudice de ceux qui exerçant la même activité, respectaient la règle légale, la société Uneco n'est pas en droit d'exciper d'une telle atteinte à l'intérêt collectif de la profession de commerçant en alimentation de détail ; que cette société en outre exerce son activité le dimanche sans établir qu'elle n'emploie aucun salarié ;

*Qu'en statuant ainsi, **alors qu'elle avait constaté que les deux sociétés exerçant un commerce similaire à proximité de la société Uneco faisaient travailler irrégulièrement le dimanche leurs salariés, ce dont il se déduisait que la société Uneco avait un intérêt légitime à faire cesser cette situation en raison du préjudice que cette rupture d'égalité pouvait lui causer**, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; (Soc., 30 mai 2012, pourvoi n° 10-25.349, Bull. 2012, V, n° 162).*

L'article L.3132-31 donne le pouvoir à l'inspection du travail de saisir le juge des référés pour mettre fin à l'emploi de salariés en violation des règles relatives au repos dominical. Ce texte dispose :

L'inspecteur du travail peut, nonobstant toutes poursuites pénales, saisir en référé le juge judiciaire pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser dans les établissements de vente au détail et de prestations de services au consommateur l'emploi illicite de salariés en infraction aux dispositions des articles L. 3132-3 et L. 3132-13.

Le juge judiciaire peut notamment ordonner la fermeture le dimanche du ou des établissements concernés. Il peut assortir sa décision d'une astreinte liquidée au profit du Trésor.

Lorsque l'inspecteur du travail agit en référé pour faire cesser le travail dominical illicite, il lui incombe de d'établir par tous moyens et en usant des pouvoirs qu'il tient des articles L. 8113-1, L. 8113-2 et L. 8113-4 du code du travail l'emploi illicite qu'il entend faire cesser :

Vu les articles L. 3132-1, L. 3132-3, L. 3132-31 , L. 8113-1, L. 8113-2 et L. 8113-4 du code du travail, ensemble le principe de la liberté de la preuve ;

*Attendu que l'inspecteur du travail, qui saisit en référé le président du tribunal de grande instance, afin qu'il prenne toutes mesures propres à faire cesser le travail illicite du dimanche de salariés d'établissements de vente au détail et de prestations de services au consommateur, n'est pas tenu de dresser le procès-verbal prévu par l'article L. 8113-7 du code du travail au soutien d'éventuelles poursuites pénales ; **qu'il***

lui appartient seulement d'établir par tous moyens, et en usant des pouvoirs qu'il tient des articles L. 8113-1, L. 8113-2 et L. 8113-4 du code du travail, l'emploi illicite qu'il entend faire cesser et dont il atteste dans le cadre de l'assignation ;

Attendu que l'inspecteur du travail a constaté le dimanche 2 avril 2006 à 14 heures 45 qu'un établissement de la société centrale internationale de distribution, qui commercialise des produits non alimentaires sous l'enseigne Vima, était ouvert et que trois salariés y travaillaient ; qu'estimant que le fait de faire travailler le dimanche ces trois salariés était contraire aux dispositions des articles L. 3132-3 et L. 3132-13 du code du travail, il a saisi en référé le président du tribunal de grande instance afin de voir ordonner les mesures propres à faire cesser l'emploi de ces salariés le dimanche ; Attendu que pour rejeter la demande formée en référé par l'inspecteur du travail, l'arrêt retient que la mise en oeuvre de la procédure spéciale prévue à l'article L. 3132-31 du code du travail imposait que la juridiction des référés soit mise en possession de preuves non sérieusement contestables et contemporaines des faits dénoncés ; que par conséquent c'est à juste titre que le premier juge a écarté la règle de droit commun selon laquelle la preuve des faits est libre, pour retenir que, lorsqu'il entend agir en référé, sur le fondement de l'article L. 3132-31 susvisé, l'inspecteur du travail doit avoir constaté l'infraction conformément aux prescriptions du 1er alinéa de l'article L. 8113-7 du code du travail, par un procès-verbal faisant foi jusqu'à preuve du contraire ; Qu'en statuant comme elle a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; (Soc., 10 mars 2010, pourvoi n° 08-17.044, Bull. 2010, V, n° 64)

*Vu les articles L. 3132-1, L. 3132-3, L. 3132-31 , L. 8112-1, L. 8113-1, L. 8113-2 et L. 8113-4 et L. 8113-5 du code du travail, ensemble le principe de la liberté de la preuve ; Attendu que le principe selon lequel nul ne peut se constituer un titre à lui-même n'est pas applicable à la preuve des faits juridiques ; qu'il **appartient à l'inspecteur du travail, qui saisit en référé le président du tribunal de grande instance, afin qu'il prenne toutes mesures propres à faire cesser le travail illicite du dimanche de salariés d'établissements de vente au détail et de prestations de services au consommateur, d'établir par tous moyens, et en usant des pouvoirs qu'il tient des articles L. 8113-1, L. 8113-2 et L. 8113-4 du code du travail, l'emploi illicite qu'il entend faire cesser et dont il atteste dans le cadre de l'assignation ;***

Attendu, selon l'arrêt attaqué, statuant en référé après renvoi de cassation (Soc., 10 mars 2010, n° 08-17.044) que l'inspecteur du travail a constaté le dimanche 2 avril 2006 à 14 heures 45 qu'un établissement de la société Centrale internationale de distribution, qui commercialise des produits non alimentaires sous l'enseigne Vima, était ouvert et que trois salariés y travaillaient ; qu'estimant que le fait de faire travailler le dimanche ces trois salariés était contraire aux dispositions des articles L. 3132-3 et L. 3132-13 du code du travail, il a saisi en référé le président d'un tribunal de grande instance afin de voir ordonner les mesures propres à faire cesser l'emploi de ces salariés le dimanche ;

Attendu que pour rejeter la demande, l'arrêt énonce que l'inspecteur du travail ainsi que son ministre de tutelle entendent se fonder sur le témoignage d'un contrôleur, se déclarant présent sur les lieux de l'établissement, le dimanche 2 avril 2006 à 14 h 45, en application du principe de la liberté de la preuve ; que cependant, l'absence d'obligation pour l'autorité de contrôle de se conformer à la procédure de l'article L. 8113-7 du code du travail ne lui permet pas pour autant de s'affranchir des règles de preuve générales, telle que l'impossibilité de se constituer une preuve à soi-même ; que le témoignage du contrôleur sera dès lors écarté ; qu'il en est de même pour l'inspecteur du travail en personne ; qu'ainsi, il convient de constater que celui-ci ne

justifie aucunement de la présence de trois salariés en situation de travail dans l'établissement susvisé à l'heure déclarée, la rédaction d'un document portant relation des faits par l'inspecteur du travail lui-même, tombant sous le coup de la règle de l'impossibilité de se constituer une preuve à soi-même ; que par conséquent, aucun élément probant non sérieusement contestable et contemporain des faits dénoncés comme constitutifs d'un trouble manifestement illicite n'est rapporté en l'espèce ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'inspecteur du travail exerçant l'action qui lui est ouverte par l'article L. 3132-31 du code du travail, peut produire tous les éléments de preuve légalement admissibles, dont il appartient au juge d'apprécier la valeur, la cour d'appel a violé le principe et les textes susvisés ; (Soc., 19 mars 2014, pourvoi n° 12-28.411, Bull. 2014, V, n° 80).

Le droit d'action en référé est lié à l'emploi de salariés en violation des règles relatives au repos dominical, y compris en cas de violation de la fermeture ordonnée par arrêté préfectoral en application de l'article L. 3132-29 CT :

Vu les articles L. 3132-31 , L. 3132-3 et L. 3132-29 du code du travail ;

Attendu que, selon l'article L. 3132-31 du code du travail, l'inspecteur du travail peut, nonobstant toutes poursuites pénales, saisir en référé le juge judiciaire pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser dans les établissements de vente au détail et de prestations de services au consommateur l'emploi illicite de salariés en infraction aux dispositions des articles L. 3132-3 et L. 3132-13 du code du travail ; qu'il en résulte que ce pouvoir peut s'exercer dans tous les cas où des salariés sont employés de façon illicite un dimanche ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué tel que rectifié par l'arrêt du 1er juillet 2009, qu'à la suite d'un accord intervenu le 12 novembre 2007 entre les syndicats de salariés et les organisations d'employeurs de la profession du commerce multiple de détail alimentaire dans le département de la Haute-Garonne, le préfet de ce département a pris le 1er février 2008, sur le fondement de l'article L. 3132-29 du code du travail, un arrêté imposant la fermeture le dimanche, jour de repos des salariés, des établissements de la profession dont la surface de vente est supérieure à 400 m² ; que l'inspecteur du travail, ayant constaté des violations répétées de cet arrêté par la société Tolodis, l'a assignée devant le juge des référés en application de l'article L. 3132-31 du code du travail aux fins de voir ordonner la fermeture dominicale immédiate du magasin Super-U de ... et ce, sous astreinte de 1 500 euros par dimanche et par salarié illégalement employé ;

Attendu que pour dire l'action de l'inspecteur du travail irrecevable l'arrêt retient qu'il ressort de la combinaison des articles L. 3132-31 , L. 3132-3 et L. 3132-13 du code du travail que l'inspecteur du travail ne peut saisir le juge des référés que quand il constate une violation des dispositions des articles L. 3132-3 et L. 3132-13 et non de l'article L. 3132-29 expressément exclu par l'article L. 3132-31 ;

Qu'en statuant ainsi la cour d'appel a violé les textes susvisés ; (Soc., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-68.413, Bull. 2011, V, n° 93).

Le commentaire de cet arrêt à la RJS (RJS 2011, n° 231) était le suivant :

En renvoyant à l'article L 3132-3, posant le principe du repos dominical, et à l'article L 3132-13, qui autorise les commerces de détail alimentaires à ne donner le repos le dimanche qu'à partir de treize heures, l'article L 3132-31 du Code du travail, autorisant

l'inspecteur du travail à saisir le juge des référés en cas d'infraction à ces dispositions, soulève un problème d'interprétation.

La cour d'appel en avait déduit que l'inspecteur du travail ne peut pas saisir le juge des référés en cas de violation d'un autre article du Code du travail relatif au repos dominical, notamment de l'article L 3132-29 qui autorise le préfet à ordonner par arrêté la fermeture au public de certains établissements pendant toute la durée de ce repos.

Cette interprétation littérale de l'article L 3132-31 est censurée par la Cour de cassation qui, se fondant sans doute sur la portée générale de l'article L 3132-3, juge que l'inspecteur du travail est habilité à saisir le juge des référés dans tous les cas où des salariés sont employés de façon illicite un dimanche, afin qu'il ordonne la fermeture de l'établissement, le cas échéant sous astreinte.

En admettant largement la saisine du juge des référés par l'inspecteur du travail en cas d'infraction au repos dominical, cet arrêt se situe dans le prolongement d'une précédente décision ayant jugé que l'inspecteur, lorsqu'il saisit le juge des référés en application de l'article L 3132-31 du Code du travail, n'est pas tenu de dresser de procès-verbal d'infraction (Cass. soc. 10 mars 2010 : RJS 5/10 n° 434). D'une manière plus générale, il constitue une nouvelle démonstration de l'importance qu'attache la Cour de cassation au strict respect du repos dominical (Cass. soc. 2 mars 2011 : RJS 5/11 n° 429).

L'action de l'inspection du travail est donc subordonnée à l'existence d'une situation d'emploi illicite de salariés en violation de la règle de repos dominical, notre chambre reconnaissant par ailleurs que l'inspecteur du travail peut agir pour faire cesser une telle situation.

Dans le cadre des dispositions spécifiques à l'Alsace-Lorraine, notre chambre a reconnu la possibilité d'une action en référé alors que l'inspection du travail dénonçait le travail de gérants non-salariés dont il soutenait qu'ils agissaient en réalité dans le cadre d'un contrat de travail :

Vu les articles L. 3134-11 et L. 3134-15 du code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué, statuant en référé, que la société en nom collectif (SNC) Nive, filiale à 95 % de la société PMDIS, exploite sous l'enseigne Vet'affaires, à ... (Moselle), un magasin de vente au détail de vêtements et de linge de maison à bas prix ; que ce magasin est ouvert tous les dimanches de 10 heures à 19 heures, l'ouverture étant assurée par les seuls trois cogérants statutaires de la SNC, non titulaires de contrats de travail ; que soutenant qu'il existait en réalité un lien de subordination caractérisant de tels contrats entre ces associés personnes physiques et les deux sociétés, l'inspecteur du travail de la 4e section de la Moselle a, par actes d'huissier du 27 juin 2008, assigné en référé celles-ci devant un président de tribunal de grande instance afin notamment de voir ordonner la fermeture dominicale immédiate du magasin ;

Attendu que pour rejeter cette demande et dire n'y avoir lieu de surseoir à statuer dans l'attente de la décision de la chambre correctionnelle de la cour d'appel amenée à se prononcer définitivement sur la qualification juridique des cogérants de la société Nive, l'arrêt retient, d'abord, que cette décision n'a pas d'incidence dans la présente espèce en l'absence d'identité entre les prétendus cogérants concernés par le jugement correctionnel et ceux assurant actuellement l'ouverture dominicale du magasin Vet'Affaires de ... ; ensuite, que le trouble manifestement illicite n'est pas caractérisé,

l'admission de celui-ci supposant au préalable que soit reconnue la qualité de salarié aux cogérants associés apparents de la société Nive, ce qui implique une recherche de lien de subordination éventuel à l'égard de la société PMDIS nécessitant un examen approfondi des conditions d'emploi et relevant du seul pouvoir du juge du fond ;

*Attendu cependant, d'abord, qu'aux termes de l'article L. 3134-15 du code du travail, disposition particulière aux départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, l'inspecteur du travail peut, nonobstant toutes poursuites pénales, saisir en référé le juge judiciaire pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser dans les établissements de vente au détail et de prestations de services au consommateur l'emploi illicite de salariés en infraction aux articles L. 3134-10 à L. 3134-12 ; ensuite, que selon l'article L. 3134-11 du même code, lorsqu'il est interdit, en application des articles L. 3134-4 à L. 3134-9, d'employer des salariés dans les exploitations commerciales, il est également interdit durant ces jours de procéder à une exploitation industrielle, commerciale ou artisanale dans les lieux de vente au public ; **qu'il en résulte que le pouvoir reconnu à l'inspecteur du travail peut s'exercer dans tous les cas où, alors que l'emploi dans l'établissement de salariés le dimanche est interdit, il est procédé néanmoins à une exploitation industrielle, commerciale ou artisanale dans les lieux de vente au public, quels que soient la taille de l'établissement ou le statut juridique des personnes qui y travaillent ;***

D'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il résultait de ses propres constatations que le magasin de ..., où le travail dominical était interdit, était cependant ouvert tous les dimanches, la cour d'appel, qui s'est prononcée par des motifs inopérants tirés de l'absence de qualité de salarié des cogérants assurant cette ouverture, a violé les textes susvisés ; (Soc., 12 décembre 2012, pourvoi n° 11-13.100, Bull. 2012, V, n° 330).

Cet arrêt a été commenté à la RJS (RJS 2013, n° 235). Il souligne la portée générale donnée, selon le commentateur, par notre chambre à la règle de protection du repos dominical et à la prévention nécessaire des risques de fraude :

Cette décision montre une nouvelle fois le lien étroit qui unit le respect des exigences du droit du travail et le respect des règles de concurrence entre entreprises intervenant dans le même secteur.

La Cour de cassation s'appuie ici sur l'article L 3134-2 du Code du travail interdisant, en Alsace-Moselle, l'emploi de salariés dans les entreprises industrielles, commerciales ou artisanales les dimanches et jours fériés et sur l'article L 3134-11 du Code du travail disposant que lorsqu'il est proscrié, en application des articles L 3134-4 à L 3134-9, d'employer des salariés dans les exploitations commerciales, il est également interdit durant ces jours de procéder à une exploitation industrielle, commerciale ou artisanale dans les lieux de vente. Il est clair que cette interdiction générale a pour objet de prévenir tout risque de concurrence déloyale entre les entreprises employant des salariés et celles qui n'en emploient pas. Du reste, le Conseil constitutionnel a considéré que le maintien en Alsace-Moselle de l'interdiction de procéder à une exploitation industrielle, commerciale ou artisanale dans les lieux de vente au public a pour objet d'encadrer les conditions de la concurrence entre les établissements quels que soient leur taille ou le statut juridique des personnes qui y travaillent (Cons. const. 5 août 2011 n° 2011-157 QPC : RJS 11/11 n° 909). A défaut, les entreprises n'employant pas de salariés pourraient supplanter les autres, avec, en outre, un risque de développement de fraudes au droit du travail. Pour faire respecter cette règle, la Cour de cassation reconnaît ici à l'inspecteur du travail le droit de saisir le juge des référés. Compte tenu du caractère général de l'interdiction, elle précise par ailleurs que

ce dernier n'avait pas à s'interroger sur la réalité des contrats de travail dont se prévalaient les gérants en l'espèce.

On remarquera que, dans le cadre des dispositions de droit commun, applicables en « France de l'intérieur », la Cour de cassation admet déjà le pouvoir de l'inspecteur du travail d'agir en référé dans tous les cas où des salariés sont employés de façon illicite un dimanche (Cass. soc. 6 avril 2011 n° 09-68.413 : RJS 6/11 n° 531).

Le premier moyen pose la question de la distinction entre les conditions de recevabilité de l'action en référé et l'examen du bien-fondé d'une telle demande.

La cour d'appel a énoncé :

Le repos hebdomadaire fixé le dimanche par l'article L 3132-3 du code du travail débute à 13 heures dans les commerces de vente de détail alimentaire (L3132-13). Une dérogation à ces règles est prévue à l'article

R 3132-5 pour les entreprises de surveillance et de gardiennage et de lutte contre l'incendie. Et les articles L611-1 et L 611-2 du code de la sécurité intérieure disposent que l'exercice de l'activité de sécurité qui se définit comme une activité ayant pour objet la surveillance humaine ou la surveillance des biens, est exclusif de toute autre prestation de service non liée à la surveillance ou le gardiennage.

Ainsi les sociétés de gardiennage bénéficient d'une dérogation pour l'exercice de leur mission qui est strictement entendue. De sorte que la dérogation ne vaut pas pour des activités étrangères à ces missions.

En conséquence, dès lors que les salariés d'une entreprise de gardiennage exerce le dimanche après 13 heures, dans le commerce de détail alimentaire des fonctions relevant des missions exercées par des salariés du commerce qu'ils sont chargés de surveiller, alors la dérogation ne leur est plus applicable et l'entreprise qui fait appel à une société de gardiennage pour exécuter des activités relevant de son objet contrevient également aux règles sur le repos dominical.

Ainsi, la société prestataire qui héberge des salariés sur son site le dimanche en infraction à la législation susvisée, le critère étant la nature de l'activité exercée dans le commerce où la surveillance est exécutée, commet une violation de la règle du repos dominical protectrice des salariés qui autorise l'inspection du travail à saisir le juge des référés sur le fondement de l'article L3132-31 du code du travail qui, organisant un régime spécial de référé, suffit à la recevabilité de l'action. La décision qui a déclaré l'action des demandeurs recevable à l'encontre de la SA Distribution Casino France et de la SA Lynx sera donc confirmée.

Il appartient alors à l'inspection du travail de rapporter la preuve de la matérialité de cette violation.

4.2.. - Deuxième et troisième moyens

Le deuxième moyen soutient que les conditions des articles L. 3132-3 et L. 3132-13 du code du travail n'étaient pas réunies puisque la cour d'appel avait constaté que selon les fiches de postes des agents de sécurité de la société Lynx, la fonction de ces

agents ne pouvait en aucun cas d'étendre à des fonctions normalement dévolues aux salariés de l'entreprise cliente.

La cour d'appel a énoncé :

“ Et il ressort tant des constatations des inspecteurs du travail qui ont force probante jusqu'à preuve contraire, que des vidéos dont la force probante n'est pas contestée, que des lettres de prévention des 10, 21 et 22 octobre puis des 25 novembre et 2 et 9 décembre 2019 à la suite des contrôles des 6 octobre et 17 novembre 2019, la réalité des empiètements des agents de sécurité sur les activités normalement dévolues aux salariés de la SA Distribution Casino France :

-Contrôles des 3 magasins les 6 octobre 2019 à 16 heures et 23 heures 30 et 17 novembre à 16 heures : présence des salariés de la SA Lynx dans la zone des caisses automatiques ; ils orientent des clients vers la hot line en cas de dysfonctionnement, aident les clients en difficulté avec la caisse automatique ou lors des paiements ou lorsque la barrière ne marche pas ; rappellent que les achats ne peuvent se faire que par carte bleue sans vente d'alcool, renseignent les clients sur les rayons ouverts ou non, procèdent au retrait des produits interdits à la vente, procèdent à l'ouverture des barrières en sortie de caisse si le ticket du client est inopérant ; les agents ont en charge la fermeture du magasin (magasin [9] ' contrôle du 17 novembre 2019),

-Examen des enregistrements vidéo des 8, 23 décembre 2019 et 2 février 2020 dans les 3 magasins de 13 heures à 20 heures: des agents se trouvent dans la zone des caisses et aident les clients à manipuler les caisses automatiques, rangent les paniers, certains scannent les produits à la place du client; l'un d'eux pallie le dysfonctionnement d'une caisse grâce à une « scanette », intervient directement auprès de l'assistance, procède au retrait d'un produit non acheté, renseigne les clients dans le magasin, aide l'un d'entre eux en scannant à sa place son ticket de parking.

-Examen des mains courantes du 26 janvier et 2 février 2020 au magasin Bonnefoy : l'agent a appelé lui-même un responsable en raison d'anomalies au niveau des caisses automatiques.

La SA Distribution Casino France et la SA Lynx ont par courriers respectifs des 21 octobre et 23 novembre 2019 reconnu des manquements au respect des activités des agents de sécurité mais indiquaient y avoir remédié. Et par courrier du 3 janvier 2020 la SA Distribution Casino France ne contestait pas les observations relevées par l'inspection du travail lors du dernier contrôle de novembre 2019.

Et le constat d'huissier réalisé à la demande de la SA Distribution Casino France le 17 mai 2020 qui n'a pas la même qualité probatoire que les constats des inspecteurs du travail qui ont été réalisés à l'improviste, s'il signale une situation conforme aux dispositions légales et conventionnelles, ne permet pas de remettre en cause les constatations opérées quelques mois auparavant d'autant que les agissements des agents de sécurité n'ont pas été relevés.

De sorte que la preuve est rapportée que les jours des contrôles les dimanches 6 octobre et 17 novembre après 13 heures, les agents de sécurité seuls présents dans les magasins Casino de [10], [9] et [7], exerçaient des fonctions normalement dévolues aux salariés de la SA Distribution Casino France et étrangères à leur mission de surveillance et de gardiennage et qu'en conséquence il a été contrevenu aux règles sur le repos dominical des articles L3132-3, L 3132-13 et R 3132-5 sur la dérogation tant par la SA Lynx que par la SA Distribution Casino France qui en a bénéficié.

Le troisième moyen, pris en sa première branche, conteste la mesure de fermeture ordonnée par la cour d'appel, d'abord parce que seule la présence d'agents de la société Lynx avait été constatée et que, selon le pourvoi seul l'employeur des salariés concernés peut se reprocher un emploi illicite de salarié le dimanche.

Le troisième moyen, pris en sa seconde branche, conteste ensuite la proportionnalité de la mesure de fermeture adoptée par la cour d'appel.

Selon notre jurisprudence, l'action en référé de l'inspecteur du travail est ouverte dès lors qu'est constaté l'emploi illicite de salarié un dimanche :

Vu les articles L. 3132-31 , L. 3132-3 et L. 3132-29 du code du travail ;

Attendu que, selon l'article L. 3132-31 du code du travail, l'inspecteur du travail peut, nonobstant toutes poursuites pénales, saisir en référé le juge judiciaire pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser dans les établissements de vente au détail et de prestations de services au consommateur l'emploi illicite de salariés en infraction aux dispositions des articles L. 3132-3 et L. 3132-13 du code du travail ; qu'il en résulte que ce pouvoir peut s'exercer dans tous les cas où des salariés sont employés de façon illicite un dimanche ; (Soc., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-68.413, Bull. 2011, V, n° 93).

Dans cet arrêt, notre chambre a pris position pour reconnaître un large droit d'action de l'inspection du travail appliquée à l'ensemble des violations du travail dominical, quelle que soit l'origine de l'interdiction qui aurait été méconnue.

Le moyen pose la question de savoir si l'action de l'inspection du travail est limitée aux seuls salariés de l'entreprise exploitant l'établissement, de sorte qu'aucune mesure ne pourrait être prise lorsque les salariés concernés ne sont pas liés par un lien de subordination avec le magasin, comme c'est le cas en l'espèce, puisque les agents de sécurité agissent en application d'un contrat de sous-traitance. En outre, l'ouverture du magasin au public impose, lorsque certaines conditions sont réunies, la présence d'agents de sécurité en application des dispositions du code de la sécurité intérieure :

L'article L. 272-1 du code de la sécurité intérieure dispose :

Les propriétaires, exploitants ou affectataires, selon le cas, d'immeubles à usage d'habitation et de locaux administratifs, professionnels ou commerciaux doivent, lorsque l'importance de ces immeubles ou de ces locaux ou leur situation le justifient, assurer le gardiennage ou la surveillance de ceux-ci et prendre les mesures permettant d'éviter les risques manifestes pour la sécurité et la tranquillité des locaux.

Un décret en Conseil d'Etat précise les zones dans lesquelles cette obligation s'applique, les caractéristiques des immeubles ou locaux qui y sont assujettis, les mesures de gardiennage ou de surveillance à prendre en fonction de l'usage, de la localisation et de la taille des immeubles ou locaux et les dates auxquelles ces mesures devront au plus tard intervenir.

Les communes ou les établissements publics de coopération intercommunale exerçant la compétence relative aux dispositifs locaux de prévention de la délinquance peuvent contribuer à l'obligation prévue par le présent article lorsque les immeubles ou groupes d'immeubles collectifs à usage d'habitation qui y sont assujettis sont particulièrement

exposés à des risques de délinquance et font l'objet de dispositions des contrats locaux de sécurité.

R. 273-1 CSI :

Les exploitants, qu'ils soient ou non propriétaires, de magasins de commerce de détail d'une surface de plancher supérieure à 6 000 m² ou d'une surface de vente supérieure à 3 000 m² sont tenus de faire assurer la surveillance des lieux ouverts au public par un service interne de surveillance ou par une entreprise prestataire de services, lorsque ces magasins sont implantés :

1° Soit dans des communes dont la population municipale dépasse 25 000 habitants ;

2° Soit dans des communes insérées dans une zone urbanisée contiguë d'une commune dont la population municipale dépasse 25 000 habitants ;

3° Soit dans un des grands ensembles ou des quartiers mentionnés au 3 de l'article 42 de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.

Le dispositif doit comporter au moins la présence d'un agent pendant tout le temps où le magasin est ouvert au public.

R 273-2 :

Dans les communes, grands ensembles et quartiers mentionnés aux 1° à 3° de l'article R. 273-1, cette surveillance est également requise, le cas échéant sous la forme d'une surveillance commune, pour les magasins de commerce de détail et de services qui, réunis sur un même site, font partie d'un ensemble commercial bénéficiant d'aménagements conçus pour permettre à une même clientèle l'accès de leurs établissements, ou faisant l'objet d'une gestion commune en matière de pratiques et de publicité commerciales, lorsque cet ensemble commercial compte au moins vingt unités dont la surface totale de vente excède 1 600 m².

R. 273-3 :

En dehors des communes, grands ensembles et quartiers mentionnés aux 1° à 3° de l'article R. 273-1, les exploitants, qu'ils soient ou non propriétaires, de magasins de commerce de détail d'une surface de plancher supérieure à 6 000 m² ou d'une surface de vente supérieure à 3 000 m² sont tenus, pendant tout le temps où le magasin est ouvert au public, d'en faire assurer la surveillance par au moins un agent.

A défaut, cette surveillance est exercée au moyen d'un système de vidéoprotection autorisé en application du titre V du présent livre.

Les exigences légales et réglementaires portent donc exclusivement sur des obligations de surveillance et de sécurité.

Dans un arrêt concernant les dispositions propres à l'Alsace-Moselle, notre chambre a reconnu le droit d'agir en référé de l'inspecteur du travail en cas d'emploi illicite le dimanche, quel que soit le statut juridique de la personne qui travaillait :

*Attendu cependant, d'abord, qu'aux termes de l'article L. 3134-15 du code du travail, disposition particulière aux départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, l'inspecteur du travail peut, nonobstant toutes poursuites pénales, saisir en référé le juge judiciaire pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser dans les établissements de vente au détail et de prestations de services au consommateur l'emploi illicite de salariés en infraction aux articles L. 3134-10 à L. 3134-12 ; ensuite, que selon l'article L. 3134-11 du même code, lorsqu'il est interdit, en application des articles L. 3134-4 à L. 3134-9, d'employer des salariés dans les exploitations commerciales, il est également interdit durant ces jours de procéder à une exploitation industrielle, commerciale ou artisanale dans les lieux de vente au public ; **qu'il en résulte que le pouvoir reconnu à l'inspecteur du travail peut s'exercer dans tous les cas où, alors que l'emploi dans l'établissement de salariés le dimanche est interdit, il est procédé néanmoins à une exploitation industrielle, commerciale ou artisanale dans les lieux de vente au public, quels que soient la taille de l'établissement ou le statut juridique des personnes qui y travaillent** ; (Soc., 12 décembre 2012, pourvoi n° 11-13.100, Bull. 2012, V, n° 330).*

En l'espèce, la question est donc de savoir si le fait que les agents de sécurité, dont la présence a été constatée lors des opérations de vente, soient les employés de la société Lynx et non de la société Distribution Casino France, est de nature à faire obstacle à la mesure de fermeture du magasin adoptée par la cour d'appel.

Par décision du 21 janvier 2011, le Conseil constitutionnel a décidé que l'article L. 3132-29 du code du travail était conforme à la Constitution, en relevant que l'atteinte à la liberté d'entreprendre résultant de cette disposition légale était justifiée par un motif d'intérêt général :

“1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 3132-29 du code du travail : « 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 » ;

2. Considérant que le requérant fait grief à cette disposition de porter atteinte à la liberté d'entreprendre ;

3. Considérant que la liberté d'entreprendre découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'il est toutefois loisible au législateur d'apporter à cette liberté 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 ;

4. Considérant, en premier lieu, 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 ; que, dès lors, il répond à un motif d'intérêt général ;

5. Considérant, en second lieu, que l'arrêté préfectoral de fermeture ne peut être pris qu'en cas d'accord émanant de la majorité des organisations syndicales de salariés **et des organisations d'employeurs sur les conditions dans lesquelles le repos hebdomadaire est donné aux salariés ; que cet arrêté ne peut concerner que les établissements qui exercent une même profession au sein d'une zone géographique déterminée ; qu'il appartient à l'autorité administrative compétente d'apprécier à tout moment si elle doit maintenir cette réglementation ; qu'elle est tenue d'abroger cet arrêté si la majorité des intéressés le réclame ; que, dans ces conditions, l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre par l'article L. 3132-29 du code du travail n'est pas disproportionnée à l'objectif poursuivi ;”**

La cour d'appel a énoncé :

“La SA Distribution Casino France et la SA Lynx ont par courriers respectifs des 21 octobre et 23 novembre 2019 reconnu des manquements au respect des activités des agents de sécurité mais indiquaient y avoir remédié. Et par courrier du 3 janvier 2020 la SA Distribution Casino France ne contestait pas les observations relevées par l'inspection du travail lors du dernier contrôle de novembre 2019.

(...)

Il est constant que la présence d'agents de sécurité dans un magasin de vente alimentaire en libre service mais en mode de paiement automatique est source de confusion tant pour les clients que pour les agents de sécurité sur qui reposent exclusivement le soin de dire au cas par cas ce qui relève ou pas de leur mission de surveillance alors qu'ils sont confrontés, ainsi qu'il a été constaté, à de nombreux dysfonctionnements des caisses ou sollicitations des clients (par exemple : le nettoyage d'un récipient fuyard ou l'aide au déblocage d'une barrière relevant de la sécurité mais pas le rangement des paniers qui pourtant encombrent le sol et peut constituer un risque de chute).

Il est tout aussi constant que cette confusion n'est pas levée par les mesures d'information par voie d'affichage ou de messages audio diffusés dans le magasin ainsi qu'il a été constaté par huissier le 17 mai 2020 (présence de deux agents de sécurité dont le nom de l'employeur n'a pas été relevé).

La SA Distribution Casino France et la SA Lynx reconnaissent également qu'il est difficile pour elles de respecter une imperméabilité stricte entre les tâches dévolues exclusivement aux agents de sécurité et celles relevant des salariés du commerce client.

Et la proposition alternative à la fermeture, de la SA Distribution Casino France d'enjoindre sous astreinte l'employeur de faire respecter la législation par ses salariés, n'apparaît ni suffisante ni judicieuse dès lors d'une part que malgré une première observation en octobre 2019, les faits ont été aussitôt réitérés en novembre et que d'autre part, la solution proposée nécessite de mettre en place de nouveaux contrôles de l'inspection du travail. Enfin une telle sanction qui permettrait de mettre un terme à une infraction éventuellement constatée, ne permettrait pas suffisamment d'en prévenir la réitération.

Dans ces conditions il apparaît que la seule mesure adaptée pour faire cesser l'emploi illicite de salariés demeure la fermeture des magasins concernés le dimanche après 13 heures même en mode automatique et même en présence d'agents de sécurité. La décision sera confirmée.”

5 - Orientation proposée : FS 4

|