



COUR DE CASSATION

**RAPPORT DE Mme TECHER,
CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 160 du 7 février 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvois n° 22-18.940 & 22-21.385

Décision attaquée : Cour d'appel de Versailles du 2 mars 2022

La société Meubles Ikea France

C/

Mme [F] [Z]

Il est précisé que le présent rapport est commun aux pourvois n° 2218940 et 2221385.

Qu'il contient des propositions de rejets non spécialement motivés, formulées en application de l'article 1014 du code de procédure civile.

Et qu'il vaut avis en application de l'article 1015 sur une proposition de substitution de motifs dans l'hypothèse où un rejet serait envisagé sur le premier moyen du pourvoi de l'employeur.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [Z] épouse [B] a été engagée en qualité d'employée de caisse/service par la société Meubles Ikea France, suivant contrats à durée déterminée pour les périodes comprises entre les 9 juillet et 16 septembre 2012 et 28 septembre 2012 et 6 janvier 2013, puis contrat à durée indéterminée à compter du 7 janvier 2013, à temps partiel

modulé, soumis à la convention collective nationale du négoce de l'ameublement du 31 mai 1995. À compter du 17 février 2014, elle est devenue employée relation client.

Licenciée le 1^{er} décembre 2015 pour faute, la salariée a saisi la juridiction prud'homale le 26 décembre 2016.

Par jugement du 24 septembre 2018, le conseil de prud'hommes de Montmorency a débouté la salariée de toutes ses demandes et l'a condamnée au paiement d'une indemnité de procédure.

Par arrêt du 2 mars 2022, la cour d'appel de Versailles a :

- infirmé partiellement le jugement et, statuant à nouveau des chefs infirmés :

- . dit l'accord de modulation inopposable à la salariée,
- . dit n'y avoir lieu au sursis à statuer,
- . dit que la salariée ne pouvait prétendre au paiement des heures complémentaires effectuées, lesquelles lui avaient déjà été rémunérées au taux normal, mais qu'elle pouvait prétendre au paiement de la majoration afférente, conformément aux dispositions légales pour la période du 17 février 2014 au 18 juin 2014 et conformément à l'accord d'entreprise à compter du 19 juin 2014,
- . ordonné à l'employeur de reprendre le calcul de la rémunération de la salariée à compter du 17 février 2014, de régler la majoration pour heures complémentaires due semaine par semaine et de lui remettre un bulletin de salaire rectifié,
- . débouté l'employeur de sa demande en restitution des sommes perçues par la salariée au titre de la modulation et de sa demande de compensation des créances réciproques de ces chefs,
- . dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- . condamné l'employeur à payer à la salariée une somme à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse,
- . ordonné le remboursement des indemnités de chômage versées le cas échéant à la salariée à compter du jour de son licenciement, à concurrence de trois mois d'indemnités,
- . débouté l'employeur de sa demande d'indemnité de procédure pour les frais irrépétibles exposés en première instance,

- confirmé le jugement pour le surplus,

- y ajoutant, débouté l'employeur de sa demande d'indemnité de procédure et condamné ce dernier à payer à la salariée une somme de ce chef, ainsi qu'aux dépens de première instance et d'appel.

L'employeur a formé un pourvoi le 13 juillet 2022 (**procédure n° S2218940**).

Le 8 novembre 2022, il a déposé un mémoire ampliatif qui a été notifié le même jour à la salariée constituée et signifié le 18 novembre suivant à Pôle emploi (à personne morale). Il y conclut à la cassation et à l'annulation de l'arrêt et réclame la somme de 3 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Le 9 janvier 2023, la salariée a déposé un mémoire en défense qui a été notifié le même jour à l'employeur et dans lequel elle conclut au rejet du pourvoi ainsi qu'à la condamnation de ce dernier à lui payer la somme de 3 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Le 14 septembre 2022, la salariée a également formé un pourvoi (procédure n° Z2221385).

Le 13 janvier 2023, elle a déposé un mémoire ampliatif qui a été notifié le même jour à l'employeur constitué et dans lequel elle conclut à la cassation et à l'annulation de l'arrêt et réclame la somme de 3 500 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Le 9 mars 2023, l'employeur a déposé un mémoire en défense qui a été notifié le même jour à la salariée et dans lequel il conclut au rejet du pourvoi ainsi qu'à la condamnation de cette dernière à lui payer la somme de 3 500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Pôle emploi n'a pas constitué avocat.

La procédure apparaît régulière en la forme et en état d'être jugée.

2 - Analyse succincte des moyens

2.1. Sur le pourvoi de l'employeur dans le dossier n° S2218940

Dans un premier moyen divisé en deux branches, l'employeur fait grief à l'arrêt de dire que l'accord de modulation était inopposable à la salariée, que celle-ci pouvait prétendre au paiement de la majoration afférente aux heures complémentaires effectuées conformément aux dispositions légales pour la période du 17 février 2014 au 18 juin 2014 et conformément à l'accord d'entreprise à compter du 19 juin 2014, de lui ordonner de reprendre le calcul de la rémunération de la salariée à compter du 17 février 2014, de régler la majoration pour heures complémentaires due semaine par semaine et de remettre un bulletin de salaire rectifié, alors :

« 1°/ que l'accord d'entreprise du 31 juillet 2007, portant révision de l'accord du 28 avril 1999 sur la réduction du temps de travail modifié par avenant du 18 août 2000, en son article 3-1-7 (article 17-7 de l'accord interne), intitulé "programmation indicative de la modulation et fixation des plannings", énonce : "Afin de tenir compte des spécificités régionales influant sur les variations de l'activité des magasins, ceux-ci peuvent retenir une programmation indicative différente de celle mentionnée ci-dessous. Dans ce cas, les organisations syndicales signataires du présent accord sont associées, et le comité d'établissement est consulté sur cette programmation qui sera affichée au moins 15 jours avant le début de la période de modulation. Le programme indicatif concernant la mise en œuvre de la modulation s'établit de la façon suivante et conformément à l'article 17.4 : - durée hebdomadaire du travail généralement supérieure ou égale à l'horaire contractuel au cours du premier tertiaire (de septembre à décembre), - durée hebdomadaire du travail généralement inférieure ou égale à l'horaire contractuel au cours du deuxième et troisième tertiaire

(de janvier à août). Le planning des horaires hebdomadaires de travail est établi pour chaque unité de travail (magasin, département, service ou rayon) et pour chaque période, par le responsable. Il est communiqué aux salariés concernés, au moins 15 jours avant le début de la période, et affiché” ; que pour les salariés à temps partiel, l’article 3-3-4 (article 22-4 de l’accord interne) intitulé “temps partiel modulé” stipule au paragraphe “modalités de communication au salarié du programme indicatif” (p. 19 in fine de l’accord et p. 20) que “le régime de la programmation indicative de la modulation des temps partiels est soumis aux mêmes dispositions que l’article 17.6 [lire 17.7] de l’accord interne relatif au programme indicatif des salariés modulés” ; que cet article indique également que “les horaires de travail des salariés concernés leur seront notifiés par écrit 15 jours minimum avant, sauf accord de l’intéressé. Toutefois ce délai pourra être réduit à 7 jours en cas exceptionnel de remplacement d’une absence non prévue (hors congé, formation...) ou en cas de travaux urgents” (p. 20, “conditions et délai de notification au salarié des horaires de travail”) ; que cet accord d’entreprise du 31 juillet 2007, mettant en place la modulation au sein de l’entreprise, prévoit donc le programme indicatif de la répartition de la durée du travail en instituant une période haute (septembre à décembre) et une période basse (janvier à août) et n’impose pas l’établissement d’un nouveau programme pour chaque période annuelle, mais seulement la notification des horaires de travail aux salariés au moins 15 jours avant, obligation dont la salariée admettait qu’elle avait été respectée puisqu’elle indiquait avoir eu connaissance de son planning trois à quatre semaines à l’avance (conclusions d’appel adverses, p. 14, § 2) ; qu’en affirmant que cet accord d’entreprise ne pouvait permettre à lui seul la mise en œuvre de la modulation du temps de travail faute de préciser le programme indicatif de la répartition de la durée du travail et que la société Meubles Ikéa France ne produisait pas les programmes indicatifs de répartition de la durée du travail, pour en déduire que l’irrégularité de l’accord de modulation ou de sa mise en œuvre privait cet accord d’effet, la cour d’appel a violé cet accord ;

2°/ que l’article 12-IV de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 dispose : “Cessent d’être applicables aux accords collectifs conclus avant la publication de la présente loi les dispositions relatives à la détermination d’un programme indicatif prévues : 1° Au 4° de l’article L. 212-8-4 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi n° 87-423 du 19 juin 1987 relative à la durée et à l’aménagement du temps de travail ; 2° À l’article L. 212-2-1 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi n° 93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993 relative au travail, à l’emploi et à la formation professionnelle ; 3° À l’article L. 212-8 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail ; 4° Au 1° de l’article L. 3122-11 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ; 5° À l’article L. 713-16 du code rural et de la pêche maritime, dans sa rédaction antérieure à la même loi.” ; qu’à la supposer avérée, l’irrégularité de l’accord d’entreprise du 31 juillet 2007 ou de sa mise en œuvre quant à la détermination d’un programme indicatif ne pouvait donc le priver d’effet ; qu’en jugeant le contraire, la cour d’appel a violé le texte susvisé. »

Dans un deuxième moyen, qualifié de subsidiaire, il fait grief à l’arrêt de le débouter de sa demande en restitution des sommes perçues par la salariée au titre de la modulation et de sa demande de compensation des créances réciproques de ces chefs, alors « que lorsqu’un accord de modulation est privé d’effet, le paiement des

sommes accordées en exécution de cet accord devient indu ; qu'en l'espèce, l'article 3-3-4 de l'accord d'entreprise du 31 juillet 2007 portant notamment révision de l'accord du 28 avril 1999 sur la réduction du temps de travail modifié par avenant du 18 août 2000 prévoit au bénéfice des salariés à temps partiel soumis à la modulation, "pour accompagner la modulation de leur temps de travail", une prime mensuelle correspondant à 2,5 % du salaire (p. 19 dernier § "accompagnement de la modulation") ; que la cour d'appel a jugé l'accord d'entreprise du 31 juillet 2007 inopposable à Mme [Z] épouse [B] et a ordonné à la société de reprendre le calcul de la rémunération de la salariée à compter du 17 février 2014 et de régler la majoration pour heures complémentaires due semaine par semaine ; qu'en rejetant [déboutant] cependant la société Meubles Ikéa France de sa demande en restitution des sommes perçues par la salariée au titre de la modulation et de sa demande de compensation des créances réciproques de ces chefs, au prétexte inopérant que la salariée avait effectivement soumis [été soumise] durant sa période d'emploi dans son planning à une modulation du temps de travail, la cour d'appel a violé l'article 1376 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 et l'article 1302, alinéa 1, du code civil, dans sa rédaction issue de cette ordonnance. »

Dans un troisième et dernier moyen, divisé en deux branches, il fait grief à l'arrêt de dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse, de le condamner à payer à la salariée une somme à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de lui ordonner de rembourser à Pôle emploi les indemnités de chômage versées le cas échéant à compter du jour de son licenciement, à concurrence de trois mois d'indemnités, alors :

« 1°/ que le juge doit examiner le grief de licenciement tel qu'il est énoncé dans la lettre de rupture ; qu'en l'espèce, la lettre de licenciement reprochait à la salariée son refus de respecter son planning depuis le 7 août 2015 et ses absences injustifiées les 18 et 25 septembre, 2, 9, 16, 23 et 30 octobre 2015 ; que l'employeur exposait que l'emploi du temps produit par la salariée pour l'année 2014/2015 avait pour terme le 13 avril 2015, et que les pièces produites pour l'année 2015/2016 concernaient la période à partir d'avril 2016 et sur l'été 2016, soit postérieurement au licenciement, de sorte que la salariée ne justifiait pas de l'incompatibilité de ses horaires des cours avec les horaires proposés par l'employeur sur la période concernée et notamment sur les vacances d'été 2015 (conclusions d'appel, p. 39 ; prod. 20 à 25) ; qu'en se bornant à énoncer que Mme [B] établissait par son inscription à l'université et par les emplois du temps universitaires qu'elle produisait pour les années 2014/2015 et 2015/2016 que le changement de ses horaires de travail imposé par la société Meubles Ikea France suite à la suppression de l'ouverture de l'établissement les jeudis et vendredis en soirée à compter du 23 mars 2015, n'était pas compatible avec le suivi de cet enseignement supérieur, sans vérifier et constater que la salariée produisait des documents attestant de ses horaires de cours sur la période visée par la lettre de licenciement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 1232-6 du code du travail ;

2°/ que la déloyauté du salarié à temps partiel qui a refusé de faire connaître à l'employeur ses disponibilités le prive du droit de se prévaloir de l'incompatibilité des nouveaux horaires, imposés par la nouvelle organisation de l'entreprise, avec le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur ; qu'en l'espèce, l'employeur faisait valoir

que ne pouvant maintenir les horaires antérieurs de Mme [B] à la suite de la décision de fermeture des magasins à 20h tous les soirs à compter du 23 mars 2015, il avait reçu la salariée plusieurs fois en entretien et avait effectué plusieurs propositions (maintenir la durée de travail à 20h en répartissant les heures antérieurement effectuées en soirée les jeudis et vendredis sur d'autres jours ; réduire la durée de travail), qu'il avait plusieurs fois sollicité les emplois du temps des cours de la salariée afin de tenter de trouver des horaires de travail conciliables avec eux, mais que la salariée s'était placée dans une posture d'opposition systématique et avait fait preuve de la plus grande déloyauté, en refusant toutes les propositions faites, en prétendant être dans l'impossibilité de travailler en semaine et en refusant de fournir ses emplois du temps ; qu'il ajoutait qu'au vu des éléments finalement produits lors du contentieux prud'homal, il avait constaté que les horaires de cours de la salariée auraient en réalité permis de modifier ses horaires de travail, l'emploi du temps produit pour le second semestre de l'année 2014/2015, allant jusqu'au 13 avril 2015, révélant ainsi qu'elle était a minima disponible les mercredis à partir de 11h45 et les jeudis à partir de 11h15 et aucun emploi du temps n'étant produit pour la période postérieure au 13 avril 2015 jusqu'à l'été 2016, probablement parce qu'elle avait en réalité de nombreuses autres disponibilités notamment au moment des vacances d'été ; qu'il en déduisait qu'en prétendant qu'elle n'était pas en mesure de travailler en semaine, ce que son emploi du temps contredisait, la salariée s'était elle-même placée dans la situation reprochée à la société Meubles Ikéa France, ce qui établissait sa mauvaise foi (conclusions d'appel, p. 34 à 39 ; prod. 12 à 24) ; qu'en se bornant, pour en déduire que le refus de la salariée du changement d'horaires ne constituait pas une faute ou un motif de licenciement, à affirmer que le changement des horaires imposé par la société Meubles Ikéa France suite à la suppression de l'ouverture de l'établissement les jeudis et vendredis en soirée à compter du 23 mars 2015 n'était pas compatible avec le suivi d'un enseignement supérieur, sans rechercher si la salariée n'avait pas, par sa déloyauté, empêché l'employeur de fixer des horaires compatibles avec cet enseignement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134, alinéa 3, devenu article 1104 du code civil et des articles L. 1222-1 et L. 3123-24 alinéa 2 du code du travail, ce dernier dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016. »

2.2. Sur le pourvoi de la salariée dans le dossier n° Z2221385

Dans un moyen unique divisé en trois branches, la salariée fait grief à l'arrêt de la débouter de ses demandes tendant à ce que soit constatée l'illégalité du recours au travail de nuit par l'employeur à son égard et que ce dernier soit condamné à lui verser une somme en réparation du préjudice subi de ce chef, alors :

« 1°/ que le recours au travail de nuit est exceptionnel ; qu'il prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale ; qu'en application de l'article L. 3122-31 du code du travail, dans sa rédaction applicable, est considéré comme travailleur de nuit tout travailleur qui soit accompli, au moins deux fois par semaine, selon son horaire de travail habituel, au moins trois heures de son temps de travail quotidien entre 21 heures et 6 heures, soit accompli, au cours d'une période de référence, un nombre minimal d'heures de travail de nuit ; que lorsque le recours au travail de nuit est illicite en ce qu'il n'est pas justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des

services d'utilité sociale, tous les salariés ayant effectué une partie de leur travail au-delà de 21 heures sont considérés comme ayant travaillé de nuit, peu important qu'ils ne soient pas considérés comme des "travailleurs de nuit" au sens de l'article L. 3122-31 du code du travail ; qu'en l'espèce, pour rejeter la demande d'indemnisation de Mme [B] en réparation du préjudice subi du fait du recours illégal à un travail de nuit, la cour d'appel s'est fondée, par motifs propres et adoptés, sur le fait que la salariée n'accomplissait pas, selon ses horaires habituels, au moins deux fois par semaine au moins trois heures de son temps de travail quotidien durant la période comprise entre 21 heures et 6 heures et n'accomplissait pas au moins deux cent soixante-dix heures de travail entre 21 heures et 6 heures pendant une période de douze mois consécutifs, de sorte qu'elle ne pouvait prétendre au statut de travailleur de nuit (arrêt, p. 4 et 5 et jugement, p. 5) ; qu'en statuant ainsi, quand le fait que Mme [B] ne puisse pas être qualifiée de "travailleur de nuit" au sens de l'article L. 3122-31 du code du travail ne la privait pas du droit d'obtenir réparation du préjudice subi pour avoir travaillé de façon illicite au-delà de 21 heures, la cour d'appel a violé les articles L. 3122-29, L. 3122-31 et L. 3122-32 du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige issue de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 ;

2°/ que le recours au travail de nuit est exceptionnel ; qu'il prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale ; que le fait qu'un salarié ait bénéficié d'une contrepartie, à savoir une majoration de salaire, compte-tenu de son travail occasionnel de nuit, ne permet pas d'écarter l'illégalité du recours par l'employeur au travail de nuit lorsqu'aucune nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale n'est justifiée par l'employeur ; qu'en l'espèce, en déboutant Mme [B] de sa demande d'indemnisation en réparation du préjudice subi du fait du recours illégal à un travail de nuit au motif adopté qu'elle avait bénéficié de la contrepartie accordée aux salariés amenés à travailler occasionnellement quelques heures par nuit, à savoir une majoration de salaire de 105 % (jugement, p. 5), quand cette circonstance ne la privait pas du droit d'obtenir réparation du préjudice subi pour avoir travaillé de façon illicite au-delà de 21 heures, la cour d'appel a violé les articles L. 3122-29, L. 3122-31 et L. 3122-32 du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige issue de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 ;

3°/ que le recours au travail de nuit est exceptionnel ; qu'il prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale ; que le fait qu'un salarié ait souhaité expressément travailler en soirée, ne permet pas d'écarter l'illégalité du recours par l'employeur au travail de nuit lorsqu'aucune nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale n'est justifiée par l'employeur ; qu'en l'espèce, en déboutant Mme [B] de sa demande d'indemnisation en réparation du préjudice subi du fait du recours illégal à un travail de nuit au motif adopté que c'était elle qui avait souhaité expressément travailler en soirée jusqu'à 23 heures afin que son planning soit compatible avec ses études (jugement, p. 5), la cour d'appel a violé les articles L. 3122-29, L. 3122-31 et L. 3122-32 du code du travail, dans leur rédaction applicable au litige issue de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007. »

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

Temps partiel modulé et programme indicatif de la répartition de la durée du travail : interprétation d'accords d'entreprise.

Article 12 IV de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 : effet dans le temps de la cessation de l'application des dispositions relatives à la détermination d'un programme indicatif aux accords de modulation conclus antérieurement.

Restitution de primes versées en application d'un accord de modulation privé d'effet.

Recours au travail de nuit et incidence des éléments relatifs :

- au statut de travailleur de nuit,
- au bénéfice d'une contrepartie,
- à la volonté du salarié.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1. Sur le premier moyen du pourvoi de l'employeur, relatif à l'opposabilité de l'accord de modulation

4.1.1. Rappel des règles relatives à la modulation du temps de travail

L'ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés a instauré un nouveau mode d'aménagement du temps de travail : la modulation.

Aux termes de l'article L. 212-8 du code du travail, dans sa rédaction issue de cette ordonnance et antérieure à la loi n° 86-280 du 28 février 1986 :

« Sans préjudice des dispositions des articles L. 212-5 et du premier alinéa de l'article L. 212-5-1, la durée hebdomadaire du travail peut varier à condition que sur un an, cette durée n'excède pas en moyenne la durée légale fixée à l'article L. 212-1 et que les conditions de sa modulation soient prévues par une convention ou un accord collectif étendu ou par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement. Dans ce cas, sauf dispositions conventionnelles différentes, seules les heures de travail effectuées au-delà de cette durée moyenne s'imputent sur le contingent prévu à l'article L. 212-6. »

Aux termes de cette disposition, dans sa rédaction issue de la loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 et antérieure à la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, applicable du 21 décembre 1993 au 1^{er} février 2000 :

« I. - Une convention ou un accord collectif étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que la durée hebdomadaire du travail peut varier sur tout ou partie de l'année à condition que sur un an cette durée n'excède pas en moyenne trente-neuf heures par semaine travaillée.

Ces conventions ou accords entraînent l'application des dispositions de l'article L. 212-8-1.

II. - Les conventions ou accords mentionnés au paragraphe I peuvent en outre prévoir que, dans la limite de quarante-quatre heures par semaine, les heures effectuées au-delà de la durée légale ne donnent lieu ni aux majorations de salaire fixées par l'article L. 212-5, ni au repos compensateur rendu obligatoire par le premier alinéa de l'article L. 212-5-1. Il ne peut être dérogé à la limite de quarante-quatre heures que par convention ou accord collectif étendu.

Les conventions ou accords prévus à l'alinéa précédent doivent accorder une contrepartie aux salariés consistant en une réduction de la durée du travail effectif ou en toute autre contrepartie, notamment financière, de temps de formation ou d'emploi, laissée à l'appréciation des signataires de la convention ou de l'accord.

Les heures effectuées au-delà de la limite fixée par les conventions ou les accords sont des heures supplémentaires soumises aux dispositions des articles L. 212-5 et suivants.

III. - Les conventions et accords d'entreprise ou d'établissement prévus aux paragraphes I et II sont soumis aux dispositions de l'article L. 212-9. »

Deux types de modulation étaient ainsi instituées. Voici comment M. Morand les décrit dans le Fascicule 21-12 « Temps de travail. – Organisation », *JurisClasseur Travail Traité*, date de la dernière mise à jour 6 avril 2023 :

« a) Modulation type I

104. – Dépassement de la durée légale – Dans le cadre de la modulation de type I (ancien art. L. 212-8, I), les heures de travail effectif qui dépassaient, au cours d'une semaine donnée, la durée légale mais correspondaient à l'horaire prévu, pour la semaine considérée, par le programme de répartition inégale sur la période de modulation, restaient des heures supplémentaires.

Le seul bénéfice de cette forme d'organisation du travail était donc que ces heures ne s'imputaient pas sur le contingent des heures supplémentaires par salarié et par an rendant donc compatible une organisation des temps de travail soucieuse de faire face à des problèmes de saisonnalité avec le régime d'autorisation préalable de l'inspecteur du travail affectant les heures supplémentaires lorsque ce contingent est épuisé.

b) Modulation type II

105. – Avantages – Les heures excédant la durée légale hebdomadaire mais correspondant à l'horaire collectif prévu par la programmation pour une semaine donnée étaient ici des heures normales .

Non seulement, comme c'était déjà le cas pour la modulation de type I, elles ne s'imputaient pas sur le contingent, mais encore elles ne subissaient ni bonification, ni majoration pour heures supplémentaires, et n'ouvraient droit à aucun repos compensateur (ancien art. L. 212-8, II).

On notera que l'accord d'entreprise de modulation de type II ne pouvait prévoir, dans sa programmation des horaires applicables, une durée supérieure à 44 heures pour une semaine donnée . Cela n'excluait pas que des heures pouvaient être effectuées au-delà de ce seuil, mais étant effectuées au-delà de l'horaire collectif programmé, elles subissaient la majoration pour heures supplémentaires, le repos compensateur et s'imputaient sur le contingent.

Au contraire, si la convention était de branche étendue , la seule limite était la durée maximum, soit 48 heures pour une semaine et 44 heures de moyenne sur 12 semaines.

106. – Régime des dépassements – Les dépassements de la durée annuelle faisaient l'objet d'une compensation . Le dépassement de la durée hebdomadaire moyenne de 35 heures n'entraînait pas la nullité avec effet rétroactif comme c'était le cas pour la modulation du type I, mais les heures concernées devaient être rémunérées au plus tard à la fin de la période de 12 mois couverte par l'accord.

Il convient de relever que le calcul de la durée moyenne du travail dans le cadre de ce dispositif était différent – sous réserve d'une clause particulière de l'accord collectif – de celui du régime de modulation né avec la loi du 19 janvier 2000. En effet, pour déterminer la durée annuelle de travail, l'ancien article L. 212-8-2 du Code du travail prévoyait qu'étaient défalquées « les heures correspondant aux jours de congés légaux et conventionnels ». À ce titre devaient être déduits les congés payés légaux, les jours fériés mais uniquement s'ils étaient chômés, alors que le régime de modulation imposait de prendre en compte tous les jours fériés. Il y avait lieu, par ailleurs de déduire les jours de congés conventionnels qui bénéficiaient à l'ensemble du personnel.

Les heures dépassant la durée moyenne de 35 heures calculées selon les modalités ci-dessus ouvraient droit :

- une majoration de salaire de 25 %. De ce fait, si la durée hebdomadaire moyenne effective excédait, compte tenu de l'économie de la modulation – de plus de 8 heures la durée hebdomadaire moyenne légale, les heures excédentaires n'ouvraient pas droit à majoration de 50 % ;
- une contrepartie qui constituait une clause obligatoire de l'accord conditionnant sa validité – sous forme d'un droit à repos compensateur ou tout autre avantage défini sous la responsabilité des signataires. »

La loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail a modifié le régime de la modulation du temps de travail en unifiant les systèmes susvisés. Mais elle a maintenu les dispositifs conventionnels existants. Selon son article 8 :

« V.- Les stipulations des conventions ou accords collectifs intervenues sur le fondement des articles L. 212-2-1 et L. 212-8 du code du travail applicables à la date de publication de la présente loi demeurent en vigueur. Toutefois, à compter de la date à laquelle la durée légale du travail est fixée à trente-cinq heures, les heures excédant une durée moyenne sur l'année de trente-cinq heures par semaine travaillée sont des heures supplémentaires soumises aux dispositions des articles L. 212-5, L. 212-5-1 et L. 212-6 du même code. »

Aux termes de l'article L. 212-8 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-626 du 30 juin 2004, avant son abrogation par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, applicable du 1^{er} juillet 2004 au 1^{er} mai 2008 :

« Une convention ou un accord collectif étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que la durée hebdomadaire du travail peut varier sur tout ou partie de l'année à condition que, sur un an, cette durée n'excède pas un plafond de 1 607 heures. La convention ou l'accord peut fixer un plafond inférieur. La convention ou l'accord doit préciser les données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation.

Les conventions ou accords définis par le présent article doivent respecter les durées maximales quotidiennes et hebdomadaires définies par les deuxièmes alinéas des articles L. 212-1 et L. 212-7.

Les heures effectuées au-delà de la durée légale, dans les limites fixées par la convention ou l'accord, ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 212-5 et L. 212-5-1 et ne s'imputent pas sur les contingents annuels d'heures supplémentaires prévus à l'article L. 212-6.

Constituent des heures supplémentaires soumises aux dispositions des articles L. 212-5, L. 212-5-1 et L. 212-6 les heures effectuées au-delà de la durée maximale hebdomadaire fixée par la convention ou l'accord, ainsi que, à l'exclusion de ces dernières, les heures effectuées au-delà de 1 607 heures ou d'un plafond inférieur fixé par la convention ou l'accord.

Les conventions et accords définis par le présent article doivent fixer le programme indicatif de la répartition de la durée du travail, les modalités de recours au travail temporaire, les conditions de recours au chômage partiel pour les heures qui ne sont pas prises en compte dans la modulation, ainsi que le droit à rémunération et à repos compensateur des salariés n'ayant pas travaillé pendant la totalité de la période de modulation de la durée du travail et des salariés dont le contrat de travail a été rompu au cours de cette même période.

Le programme de la modulation est soumis pour avis avant sa mise en oeuvre au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel. Le chef d'entreprise communique au moins une fois par an au comité d'entreprise, ou, à défaut, aux délégués du personnel, un bilan de l'application de la modulation.

Les salariés doivent être prévenus des changements de leurs horaires de travail dans un délai de sept jours ouvrés au moins avant la date à laquelle ce changement doit intervenir. Ce délai peut être réduit dans des conditions fixées par la convention ou l'accord collectif lorsque les caractéristiques particulières de l'activité, précisées dans l'accord, le justifient. Des contreparties au bénéfice du salarié doivent alors être prévues dans la convention ou l'accord.

Les modifications du programme de la modulation font l'objet d'une consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel.

La convention et l'accord définis par le présent article fixent les règles selon lesquelles est établi le programme indicatif de la modulation pour chacun des services ou ateliers concernés et organisent, le cas échéant, l'activité des salariés selon des calendriers individualisés. Dans ce cas, la convention ou l'accord doit préciser les conditions de changement des calendriers individualisés, les modalités selon lesquelles la durée du travail de chaque salarié sera décomptée ainsi que la prise en compte et les conditions de rémunération des périodes de la modulation pendant lesquelles les salariés ont été absents.

Les conventions et accords définis par le présent article peuvent prévoir qu'ils sont applicables aux salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire, ou à certaines catégories d'entre eux.

Les absences rémunérées ou indemnisées, les congés et autorisations d'absence auxquels les salariés ont droit en application de stipulations conventionnelles, ainsi que les absences justifiées par l'incapacité résultant de maladie ou d'accident, ne peuvent faire l'objet d'une récupération par le salarié. Les absences donnant lieu à récupération doivent être décomptées en fonction de la durée de travail que le salarié devait effectuer. »

Après l'ordonnance du 12 mars 2007, ces dispositions ont été transférées aux articles L. 3122-9 et suivants du code du travail.

Aux termes de l'article L. 3122-11 du code du travail, dans sa rédaction issue de cette ordonnance, applicable du 1^{er} mai au 22 août 2008 :

« La convention ou l'accord de modulation fixe :

1° Le programme indicatif de la répartition de la durée du travail ;

2° Les modalités de recours au travail temporaire ;

3° Les conditions de recours au chômage partiel pour les heures qui ne sont pas prises en compte dans la modulation ;

4° Le droit à rémunération et à repos compensateur des salariés n'ayant pas travaillé pendant la totalité de la période de modulation et des salariés dont le contrat de travail a été rompu au cours de cette même période. »

Aux termes de l'article L. 3122-12 du même code, également dans sa rédaction issue de l'ordonnance susvisée, applicable du 1^{er} mai au 22 août 2008 :

« La convention ou l'accord de modulation fixe les règles selon lesquelles est établi le programme indicatif de la modulation pour chacun des services ou ateliers concernés et organise, le cas échéant, l'activité des salariés selon des calendriers individualisés.

Dans ce cas, la convention ou l'accord précise :

1° *Les conditions de changement des calendriers individualisés ;*

2° *Les modalités selon lesquelles la durée du travail de chaque salarié sera décomptée ;*

3° *La prise en compte et les conditions de rémunération des périodes de la modulation pendant lesquelles les salariés ont été absents. »*

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 a abrogé le régime de la modulation mais a maintenu en vigueur les accords collectifs conclus antérieurement. Selon son article 20 :

« *V.-Les accords conclus en application des articles L. 3122-3, L. 3122-9, L. 3122-19 et L. 3123-25 du code du travail ou des articles L. 713-8 et L. 713-14 du code rural dans leur rédaction antérieure à la publication de la présente loi restent en vigueur. »*

Il n'est pas exigé, pour leur validité, que les conventions ou accords de modulation détaillent le contenu du programme indicatif de répartition de la durée du travail (Conseil d'État, 17 juin 2002, requête n° 226936, Fédération nationale CGT des personnels des secteurs financiers et autres et Union nationale des syndicats des agents du Crédit Agricole mutuel).

Lorsque la convention ou l'accord collectif qui met en place la modulation du temps de travail ne contient pas de programme indicatif de la répartition de la durée du travail, cette convention ou cet accord n'est pas valide et les salariés concernés peuvent prétendre au paiement de leurs heures supplémentaires dans un cadre hebdomadaire. Voir :

- Soc., 8 mars 2007, pourvoi n° 05-43.676 :

« Mais attendu que l'accord du 4 mai 1999 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail applicable au personnel soumis à la convention collective nationale du commerce de détail de l'habillement et des articles textiles, qui prévoit notamment dans son article 2 la possibilité d'une modulation des horaires de travail, n'est applicable pour les entreprises de plus de dix salariés qu'à la **condition qu'un**

accord d'entreprise détermine les modalités de mise en oeuvre de la réduction du temps de travail, en particulier le mode de répartition du temps de travail sur la semaine ainsi que les périodes de haute activité, et que les plannings aient été notifiés aux salariés ;

Et attendu que la cour d'appel, qui n'a pas constaté l'existence d'un tel accord d'entreprise, a exactement décidé que les heures supplémentaires devaient être décomptées par semaine civile, peu important que certaines semaines aient comporté des horaires de moins de 39 heures ou 35 heures ; que le moyen n'est pas fondé ; »

- Soc., 12 mars 2008, pourvoi n° 06-45.274 :

« Mais attendu, d'abord, que dans sa note en délibéré du 7 juin 2006 autorisée par la juridiction, la société avait indiqué qu'elle considérait que, faute d'accord d'entreprise, l'accord de branche du 1^{er} décembre 1998 relatif à la réduction et à l'aménagement du temps de travail dans les entreprises de l'habillement était applicable dans l'entreprise ; d'où il suit que le moyen, qui n'est pas nouveau, est recevable ;

Attendu, ensuite, qu'en l'absence de tout accord d'entreprise, l'accord du 1^{er} décembre 1998 qui ne fixe qu'une amplitude maximale de variation des horaires modulés (44 heures sans pouvoir dépasser 42 heures sur 12 semaines consécutives), ne peut permettre à lui seul la mise en oeuvre de la modulation du temps de travail, faute de préciser, ainsi que l'impose l'article L. 212-8 du code du travail, le programme indicatif de la répartition de la durée du travail ;

Et attendu que le conseil de prud'hommes, qui a constaté que la société ne disposait pas d'un accord de modulation conforme à la législation, a exactement décidé que la demande de paiement des heures supplémentaires de la salariée était fondée ; que le moyen ne peut être accueilli ; »

- Soc., 24 mars 2010, pourvoi n° 08-42.587 :

« Mais attendu que la cour d'appel, interprétant l'accord litigieux, a exactement décidé que ses dispositions ne caractérisaient pas un accord de modulation en l'absence de précision des limites de variation de la durée hebdomadaire, de la durée annuelle, de la durée maximale hebdomadaire et du programme indicatif de la répartition de la durée du travail, ce dont elle a déduit que les heures supplémentaires ne pouvaient être décomptées annuellement ; que le moyen n'est pas fondé ; »

- Soc., 17 décembre 2014, pourvoi n° 13-19.834, Bull. 2014, V, n° 304 :

« Mais attendu, d'une part, qu'il résulte de l'article 20, V, de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 que seuls les accords conclus en application de l'article L. 3122-9 du code du travail dans sa rédaction alors applicable restent en vigueur, et d'autre part, qu'en l'absence d'accord collectif prévu par l'article L. 3122-2 du code du travail issu de la loi du 20 août 2008, le décret n° 2008-1132 du 4 novembre 2008 et l'article D. 3122-7-1 du code du travail ne donnent la possibilité à l'employeur d'organiser la durée du

travail que sous forme de périodes de travail, chacune d'une durée de quatre semaines au plus ;

Et attendu que les dispositions de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001 relatives à l'organisation du travail sur une base annuelle ou inférieure à l'année ne comportaient pas de programme indicatif de la répartition de la durée du travail ni la définition des contreparties dues au salarié en cas de réduction du délai de prévenance de sept jours préalable à toute modification du programme indicatif, et renvoyaient à la négociation d'accords d'entreprise la définition des conditions précises d'une organisation du travail sur tout ou partie de l'année dans les conditions prévues par les articles L. 3122-9 et suivants du code du travail ; qu'il s'en déduit que ces dispositions, qui n'avaient pas été conclues en application de l'article L. 3122-9 du code du travail, ne sont pas restées en vigueur conformément à l'article 20, V, de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 ; qu'il en résulte qu'à défaut d'accord collectif, la société n'avait accès qu'à un dispositif permettant d'aménager le temps de travail sur une période pluri-hebdomadaire limitée à quatre semaines, en application des articles L. 3122-2 et D. 3122-7-1 du code du travail et ne pouvait unilatéralement aménager, comme elle l'a fait, le temps de travail sur l'année ;

Que par ces motifs de pur droit, substitués à ceux critiqués, après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du code de procédure civile, la décision déferée se trouve légalement justifiée ; »

- Soc., 15 décembre 2015, pourvoi n° 13-28.453 :

« Vu les articles L. 3122-12 et L. 3122-14 du code du travail dans leur rédaction alors applicable ;

Attendu que, pour débouter la salariée de sa demande en paiement d'un rappel d'heures supplémentaires, de repos compensateurs et de congés payés, l'arrêt retient que le défaut d'établissement d'un calendrier prévisionnel et l'absence de prévision d'un délai de prévenance en cas de modification du calendrier prévisionnel, dans l'accord d'entreprise, ne sauraient être sanctionnés, dans le silence des textes, par la mise à l'écart de l'entier dispositif conventionnel concernant les heures supplémentaires et le retour à l'application des dispositions légales en la matière ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que l'accord d'entreprise du 31 janvier 2003 ne précisait ni le programme indicatif de modulation, ni les conditions de réduction du délai de prévenance, ni les contreparties dont la salariée bénéficierait dans cette hypothèse, la cour d'appel, qui devait en déduire qu'il était inopposable à la salariée, a violé les textes susvisés ; »

- Soc., 13 janvier 2016, pourvoi n° 14-13.709 :

« Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de dire l'accord de modulation du 18 janvier 2001 illégal, de surseoir à statuer sur la demande en paiement d'heures supplémentaires et d'ordonner une expertise visant à reconstituer le temps de travail effectif du salarié pour les années 2008 à 2012, préciser le nombre d'heures

supplémentaires éventuellement accomplies et calculer le rappel de salaire au regard de la rémunération perçue, alors, selon le moyen :

1°/ que le juge ne saurait, sous couvert d'interprétation, donner à un écrit clair et précis, un sens et une portée qu'il n'a manifestement pas ; qu'il résultait des termes clairs et précis de l'accord d'entreprise du 18 janvier 2001 sur la réduction et l'aménagement du temps de travail, que pour s'adapter au caractère saisonnier du transport routier de personnes, la société Clamart cars prévoyait une modulation du temps de travail par période ; que **l'accord précisait, dans le cadre de l'article 4 du chapitre 2 intitulé « répartition de la modulation du temps de travail par période », que la saison haute était « comprise entre avril et novembre » au regard « du caractère saisonnier de l'activité de tourisme »** ; qu'il était encore prévu que **le temps de travail du personnel roulant ne pouvait excéder « 88 heures par quatorzaine » et « par période de douze semaines consécutives »** ; qu'il était enfin prévu **« qu'afin d'éviter toute variation de rémunération entre les périodes hautes et basses d'activité, la rémunération versée sera indépendante de l'horaire réellement effectué dans le mois [ç] »** ; qu'en décidant cependant que **« l'accord d'entreprise de réduction et d'aménagement du temps de travail du 18 janvier 2001 ne comporte pas, conformément à l'article L. 3122-11 (ancien article L. 212-8) du code du travail, alors en vigueur, un programme de modulation »**, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de l'accord d'entreprise, et a violé l'article 1134 du code civil ;

2°/ que le juge ne saurait, sous couvert d'interprétation, donner à un écrit clair et précis, un sens et une portée qu'il n'a manifestement pas ; qu'il ressort encore des termes clairs et précis de l'accord d'entreprise du 18 janvier 2001 que « les heures supplémentaires seront traitées en application des dispositions légales et conventionnelles » ; que l'accord d'entreprise y ajoutait que « les heures de travail effectif réalisées au-delà de 1600 heures sur l'année seront considérées comme des heures supplémentaires », instituant ainsi un régime plus favorable que les 1 607 heures prévues par la loi ; qu'en décidant cependant que l'accord violerait l'article L. 3122-10 du code du travail en ce qu'il ne prévoirait pas de décompter comme heure supplémentaire « celles effectuées au-delà de la durée maximale hebdomadaire » fixée par l'accord à 48 heures, lorsque l'accord se plaçait dans le régime légal sauf disposition conventionnelle plus favorable concernant les 1 600 heures sur l'année, la cour d'appel a encore dénaturé les termes clairs et précis de l'accord, et a violé de plus fort l'article 1134 du code civil ;

3°/ que le juge ne saurait, sous couvert d'interprétation, donner à un écrit clair et précis, un sens et une portée qu'il n'a manifestement pas ; que comme il a été préalablement relevé, l'accord d'entreprise du 18 janvier 2001 précisait, dans le cadre de l'article 4 du chapitre 2 intitulé « répartition de la modulation du temps de travail par période », que la saison haute était « comprise entre avril et novembre » au regard « du caractère saisonnier de l'activité de tourisme » ; qu'il était encore prévu que le temps de travail du personnel roulant ne pouvait excéder « 88 heures par quatorzaine » et « par période de douze semaines consécutives » ; qu'il était enfin prévu **« qu'afin d'éviter toute variation de rémunération entre les périodes hautes et basses d'activité, la rémunération versée sera indépendante de l'horaire réellement effectué dans le mois [ç] »** ; qu'en décidant cependant que l'accord de branche du 18 avril 2002 ne serait pas applicable à la relation de travail **faute pour la société Clamart cars d'avoir établi un calendrier prévisionnel comportant « les**

périodes dites basses et celles dites hautes, après avis des institutions représentatives du personnel », lorsque l'accord d'entreprise du 18 janvier 2001 comportait un tel calendrier, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de l'accord d'entreprise, et a violé l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant retenu que l'accord d'entreprise de réduction et d'aménagement du temps de travail du 18 janvier 2001 ne comportait pas le programme indicatif de répartition de la durée du travail prévu à l'article L. 212-8 du code du travail dans sa rédaction alors applicable, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, sans dénaturer, légalement justifié sa décision ; »

Lorsque la convention ou l'accord de modulation contient les règles selon lesquelles est établi un programme indicatif de la répartition de la durée du travail, mais que ces règles ne sont pas mises en œuvre par l'employeur, cette convention ou cet accord sont privés d'effet et les salariés concernés peuvent là aussi prétendre au paiement de leurs heures supplémentaires dans un cadre hebdomadaire. Voir Soc., 2 juillet 2014, pourvoi n° 13-14.216, Bull. 2014, V, n° 173 :

« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 17 janvier 2013), que la société Regroupement et diffusion de Saint-Lubin (RDSL) a mis en oeuvre un dispositif de modulation du temps de travail en application d'un accord d'entreprise du 22 mars 2000 relatif à l'aménagement et la réduction du temps de travail ; que M.X..., engagé par la société RDSL en 1981 en qualité d'automaticien régleur et membre titulaire du comité d'entreprise, a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir paiement d'un rappel de salaires à titre d'heures supplémentaires en faisant valoir que l'obligation de mise en place d'un programme indicatif de la modulation prévu par l'accord d'entreprise n'avait pas été respectée ;

Sur le premier moyen :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt d'accueillir cette demande, alors, selon le moyen :

1°/ que l'accord de modulation du temps de travail est valide et est opposable aux salariés dès lors qu'il contient un programme de modulation ; qu'il n'est pas exigé par la loi qu'un programme soit adopté spécifiquement chaque année ; qu'en l'espèce il est constant que l'accord de modulation a été appliqué pendant huit ans, sur la base de ce qui était stipulé dans l'accord du 22 mars 2000, dont les précisions suffisaient à sa prévisibilité ; qu'en considérant que, bien que l'accord de modulation du temps de travail soit valide, il n'était pas opposable au salarié dès lors qu'il n'avait pas fait l'objet d'une programmation annuelle, la cour d'appel a violé les articles L. 3122-9 et 11 (ancien) du code du travail ;

2°/ que l'accord de modulation du temps de travail est valide et est opposable aux salariés dès lors qu'il contient un programme de modulation, quand bien même aucun programme ne serait pris spécifiquement chaque année ; qu'il était fait valoir dans les conclusions d'appel « qu'au cours des réunions mensuelles du comité d'entreprise, la société RDSL a toujours transmis les informations concernant le volume d'activité, secteur par secteur, au fur et à mesure des mois. Cette information mensuelle était beaucoup plus proche de la réalité qu'un calendrier qui aurait été établi en début d'année (période du 1^{er} avril au 31 mars suivant). Et qui

n'aurait fait que reprendre les termes mêmes de l'accord sur les périodes hautes et basses. En réalité le programme annuel a toujours été affiché puisque l'accord était affiché. De plus, la société RDSL affinait systématiquement ce programme indicatif mensuellement au cours des réunions du comité d'entreprise » ; qu'en ne recherchant pas si l'information des salariés était suffisante par l'information mensuelle donnée au comité d'entreprise dont le compte-rendu était affiché, respectant le cadre de l'accord de modulation du temps de travail dont elle venait préciser l'application au vu de la réalité du volume d'activité, la cour d'appel a manqué de base légale au regard de l'article L. 3122-9 (ancien) du code du travail ;

3°/ que l'accord de modulation de temps de travail régulièrement signé est opposable au salarié dès lors que celui-ci est suffisamment informé des modulations à intervenir ; que, concernant le salarié, il était fait valoir qu'en "tant que membre titulaire du comité d'entreprise (...) il était parfaitement informé de l'existence d'un programme de modulation et de son contenu puisqu'il était notamment présent aux réunions du comité" ; qu'en faisant droit à la demande du salarié aux motifs "qu'il n'a jamais été communiqué lors de ces réunions de document énonçant une programmation indicative du temps de travail établie dans les conditions prévues par l'accord de modulation ; Aucun document n'est d'ailleurs produit dans ce sens dans le cadre de l'instance ; De même, il n'est pas produit de notification individuelle au salarié d'une éventuelle programmation annuelle de la modulation du temps de travail, La simple mention sur ses bulletins de paie des heures de travail effectuées dans le mois ne suffit pas à constituer cette information individuelle préalable", sans rechercher si la participation du salarié au comité d'entreprise ne suffisait pas à sa bonne information quant à l'application de la modulation du temps de travail, la cour d'appel a manqué de base légale au regard de l'article L. 3122-9 (ancien) du code du travail ;

Mais attendu qu'il résulte des articles 2 de l'accord d'entreprise du 22 mars 2000 sur l'aménagement et la réduction du temps de travail et 4.2.3. de l'accord de branche du 19 septembre 2000 relatif à la réduction du temps de travail et à l'organisation du travail que pour le personnel sédentaire de production soumis à une modulation de la durée hebdomadaire de travail en fonction des variations de l'activité de l'entreprise, l'employeur doit établir chaque année avant le 1^{er} avril pour l'année suivante la programmation indicative sur douze mois du volume de production et de la charge de travail qui lui correspond mentionnant les périodes de l'année où le dispositif de modulation hebdomadaire est mobilisé, cette programmation étant communiquée aux salariés, après consultation des représentants du personnel au moins sept jours avant le début de la période sur laquelle est calculé l'horaire ;

Et attendu qu'ayant relevé que contrairement à cette prévision aucun programme indicatif de la répartition de la durée du travail n'avait été établi et soumis aux institutions représentatives du personnel, pas plus que communiqué aux salariés de l'entreprise au cours de la période considérée, la cour d'appel en a exactement déduit que l'accord de modulation était privé d'effet et que le salarié pouvait prétendre au paiement d'heures supplémentaires décomptées sur la base de 35 heures hebdomadaires ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; »

Il est à noter que, dans cette affaire, l'accord d'entreprise du 22 mars 2000 prévoyait, sur la modulation du temps de travail (cf rappels de l'arrêt attaqué et du rapport) :

« Les parties au présent accord conviennent d'une réduction et d'une nouvelle organisation de la durée du travail, adaptées à chacune des catégories du personnel de l'entreprise.

Pour le personnel sédentaire de production :

MODULATION :

Le temps de travail du personnel de production sédentaire s'inscrit dans le cadre d'une modulation de la durée hebdomadaire du travail, à laquelle la société RDSL fait appel lorsque l'ampleur de la variation de son activité le justifie.

Une programmation indicative sur 12 mois du volume de production et de la charge de travail qui lui correspond est établie chaque année avant le 1^{er} avril pour l'année suivante.

Elle mentionne les périodes de l'année où le dispositif de modulation hebdomadaire détaillée ci-après est mobilisé.

Période haute: 15 août / 15 janvier - mars et mai

Période basse: tous les autres mois.

Sont concernés, sous réserve de l'ajustement réalisé chaque année par la programmation indicative,

** les mois : dernière quinzaine d'août, septembre, octobre, novembre, décembre, première quinzaine de janvier, mars et mai pour la période haute*

** et de : dernière -quinzaine de janvier, février, avril, juin, juillet, première quinzaine d'août pour la période basse*

pour un total prévisionnel minimum de 5 semaines à 44 heures et 1 semaine à 0 heure, soit un minimum obligatoire de 5 samedis travaillés en période haute ou 34 heures 10 minutes.

La modulation hebdomadaire est encadrée par le dispositif suivant :

** modulation habituelle de l'horaire du Lundi au Vendredi, étendue au Samedi matin de 6 h à 13 h, et en cas de nécessité, après consultation et accord du Comité d'Entreprise et des Délégués Syndicaux, au Samedi après-midi.*

** durée hebdomadaire minimum de 0 heure*

** durée hebdomadaire maximum de 44 heures et 44 heures en moyenne sur 12 semaines consécutives, sauf dérogation*

** maximum d'heures travaillées par jour de pointe : 10 heures, sauf dérogation*

** minimum d'heures travaillées par jour : 0 heure*

** durée annuelle maximum de 1600 heures + 90 heures de contingent heures supplémentaires*

** délai de prévenance normal de 7 jours, ramené exceptionnellement à 3 jours en cas de nécessités impérieuses liées à la production. »*

Et que l'accord de branche du 19 septembre 2000 prévoyait pour sa part les modalités suivantes (cf rappel du rapport) :

« L'organisation de la modulation du temps de travail doit permettre à l'entreprise d'établir des variations d'horaires (plage haute, plage normale, plage basse) sur une période de 26 semaines consécutives.

Le décompte du temps de travail effectif sur chaque période de 26 semaines est défini selon les besoins de l'entreprise, étant entendu qu'au début de la période de décompte de l'horaire une programmation indicative est communiquée aux salariés,

après consultation des représentants du personnel. Cette consultation a lieu au moins 7 jours avant le début de la période sur laquelle est calculé l'horaire.

Dans le cas du recours au système de modulation programmée des horaires prévus à l'article 4.2.5, les heures modulées ne sont pas considérées comme heures supplémentaires.

Sont considérées comme heures supplémentaires toutes heures définies comme suit :

1. Toute heure effectuée au-delà du quota d'heures de la première période de modulation ;

2. Toute heure effectuée en plus non compensée en fin de période annuelle.

Conformément à l'article L. 212-8 du code du travail, la programmation indicative de la modulation doit être établie pour l'ensemble de la période de modulation »

Le rapporteur du pourvoi, Mme le conseiller-doyen Mariette, précisait dans son rapport, notamment :

« Si l'obligation de livrer les règles selon lesquelles est établi le programme indicatif de la modulation pour chacun des services ou ateliers a été respecté puisque l'accord repérait les périodes de haute et de basse activité au cours de l'année, et précisait les durées de travail en périodes haute et basse, ainsi que le délai de prévenance en cas de changement des horaires de travail, il n'en demeure pas moins que le programme indicatif précis qui devait être établi annuellement avant le 1^{er} avril n'a pas été mis en place.

L'employeur reconnaît à cet égard, tant dans ses écritures d'appel que dans le mémoire ampliatif, que l'accord de modulation a été appliqué pendant huit ans, sur la base de ce qui était stipulé dans l'accord du 22 mars 2000, en soutenant que ses mentions précises suffisaient à sa prévisibilité »

Les juges du fond doivent rechercher si l'employeur justifie avoir exécuté son obligation d'établissement d'un programme indicatif de répartition de la durée du travail. Voir Soc., 13 octobre 2021, pourvoi n° 20-12.730 :

« Vu l'article L. 3122-11 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, et les articles 2.3.1.3 et 2.3.1.4 du protocole d'accord collectif sur la réduction du temps de travail du 21 avril 2000 :

6. Aux termes du texte légal, la convention ou l'accord de modulation fixe le programme indicatif de la répartition de la durée du travail.

7. Selon les dispositions du texte conventionnel, la durée hebdomadaire du travail peut varier sur tout ou partie de l'année considérant que sur un an cette durée de référence n'excède pas 1 565 heures pour les formateurs D et E, et 1600 heures pour les autres catégories. La programmation indicative des variations d'horaire collective est communiquée aux salariés, avant le début de la période sur laquelle est calculé l'horaire et après consultation du comité d'entreprise.

8. Il en résulte que l'employeur ne peut mettre en place une modulation du temps de travail qu'à la condition d'établir, pour chaque période annuelle, le programme indicatif de la modulation et de le communiquer aux salariés concernés, après consultation du comité d'entreprise.

9. Pour débouter le salarié de ses demandes au titre du décompte hebdomadaire de la durée du travail, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, qu'aux termes de l'accord relatif à la modulation du temps de travail, il est prévu un « programme indicatif des variations d'horaires », lequel a été présenté au comité d'entreprise. Il conclut que l'employeur est bien fondé à se prévaloir de l'annualisation du temps de travail.

10. En se déterminant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'il le lui était demandé, si l'employeur justifiait avoir établi, pour chaque période annuelle, le programme indicatif de la modulation et l'avoir communiqué au salarié concerné, la cour d'appel a privé sa décision de base légale. »

Leurs motifs ne doivent pas être impropres sur cette justification, ce qui marque le contrôle exercé par notre chambre. Voir Soc., 20 janvier 2021, pourvoi n° 19-17.364 :

« Vu les articles L. 212-8, devenu L. 3122-11, du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 et 19.3 de l'annexe I de l'avenant n° 2 à la convention collective des hôtels, cafés, restaurants, du 5 février 2007 relatif à l'aménagement du temps de travail :

5. Selon le second de ces textes relatif au régime de modulation, le programme indicatif annuel de la répartition des horaires ainsi que sa modification devront être soumis pour avis au comité d'entreprise et, à défaut, aux délégués du personnel, s'ils existent, avant sa mise en oeuvre. Par ailleurs, le chef d'entreprise devra communiquer au moins une fois par an un bilan de la modulation. La programmation indicative sera portée à la connaissance des salariés par tout moyen (affichage, circulaire...).

6. Il en résulte que la défaillance de l'employeur dans la mise en oeuvre de ce dispositif conventionnel relatif à la modulation des horaires de travail, le prive de la possibilité de s'en prévaloir, l'accord collectif étant alors privé d'effet, de sorte que le salarié peut prétendre au paiement d'heures supplémentaires décomptées sur la base de l'horaire hebdomadaire conventionnel.

7. Pour débouter le salarié de ses demandes, l'arrêt retient que l'avenant n° 2 du 5 février 2007 de la convention collective des hôtels, cafés, restaurants comporte des dispositions relatives au programme indicatif de la répartition de la durée du travail (article 19.3), étant observé que cette programmation indicative par l'employeur peut être portée à la connaissance des salariés par tout moyen, ce qui était manifestement fait par affichage tel que cela ressort des attestations produites et du document du 1er avril 2005.

8. En statuant ainsi, par des motifs impropres à justifier que l'employeur avait établi et communiqué aux salariés de l'entreprise, sur toute la période considérée et pour chaque année, un programme annuel indicatif de la répartition de la durée du travail sur douze mois, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

Notre chambre a précisé que l'irrégularité d'un accord de modulation ou de sa mise en oeuvre ne saurait établir à elle seule l'existence d'heures supplémentaires (Soc., 19 janvier 2012, pourvoi n° 10-24.535).

Enfin, selon l'article 12 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels :

« IV. - Cessent d'être applicables aux accords collectifs conclus avant la publication de la présente loi les dispositions relatives à la détermination d'un programme indicatif prévues :

1° Au 4° de l'article L. 212-8-4 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi n° 87-423 du 19 juin 1987 relative à la durée et à l'aménagement du temps de travail ;

2° A l'article L. 212-2-1 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi n° 93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle ;

3° A l'article L. 212-8 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail ;

4° Au 1° de l'article L. 3122-11 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail ;

5° A l'article L. 713-16 du code rural et de la pêche maritime, dans sa rédaction antérieure à la même loi. »

Le 1° de cette disposition fait référence à la modulation du temps de travail antérieure à la loi du 19 janvier 2000, lorsqu'existaient deux types de modulation.

Aux termes de l'article L. 212-8-4 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi n° 87-423 du 19 juin 1987 :

« La convention ou l'accord collectif étendu ou la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement mentionné à l'article L. 212-8 doit préciser les données économiques et sociales qui justifient le recours à la modulation des horaires . Il comporte obligatoirement des dispositions concernant :

1° Le droit à la rémunération et au repos compensateur des salariés n'ayant pas travaillé pendant la totalité de la période annuelle de modulation de la durée du travail et des salariés dont le contrat a été rompu au cours de cette période annuelle ;

2° Les conditions du recours au chômage partiel pour les heures qui ne sont pas prises en compte dans la modulation ;

3° Le délai dans lequel les salariés doivent être prévenus des changements d'horaire ;

4° Le programme indicatif concernant la mise en oeuvre de la modulation ;

5° Les mesures applicables au personnel d'encadrement.

Dans le cas où la modulation est prévue par une convention ou un accord collectif étendu, celui-ci fixe en outre les conditions de mise en oeuvre de la modulation dans les entreprises dont la durée annuelle de travail est inférieure à la durée annuelle résultant de la convention ou de l'accord collectif étendu. »

Le 2° de l'article 12 IV susvisé fait référence à l'annualisation du temps de travail.

Le 3° de cet article fait référence à la modulation du temps de travail résultant de la loi du 19 janvier 2000.

Aux termes de l'article L. 212-8 du code du travail, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 :

« Une convention ou un accord collectif étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que la durée hebdomadaire du travail peut varier sur tout ou partie de l'année à condition que, sur un an, cette durée n'excède pas en moyenne trente-cinq heures par semaine travaillée et, en tout état de cause, le plafond de 1 600 heures au cours de l'année. La durée moyenne est calculée sur la base de la durée légale ou de la durée conventionnelle hebdomadaire si elle est inférieure, diminuée des heures correspondant aux jours de congés légaux et aux jours fériés mentionnés à l'article L. 222-1. La convention ou l'accord doit préciser les données économiques et sociales justifiant le recours à la modulation.

Les conventions ou accords définis par le présent article doivent respecter les durées maximales quotidiennes et hebdomadaires définies par les deuxièmes alinéas des articles L. 212-1 et L. 212-7.

Les heures effectuées au-delà de la durée légale, dans les limites fixées par la convention ou l'accord, ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 212-5 et L. 212-5-1 et ne s'imputent pas sur les contingents annuels d'heures supplémentaires prévus à l'article L. 212-6.

Constituent des heures supplémentaires soumises aux dispositions des articles L. 212-5, L. 212-5-1 et L. 212-6 les heures effectuées au-delà de la durée maximale hebdomadaire fixée par la convention ou l'accord, ainsi que, à l'exclusion de ces dernières, les heures effectuées au-delà de la durée moyenne annuelle calculée sur la base de la durée légale selon la règle définie au premier alinéa et, en tout état de cause, de 1 600 heures.

Les conventions et accords définis par le présent article doivent fixer le programme indicatif de la répartition de la durée du travail, les modalités de recours au travail temporaire, les conditions de recours au chômage partiel pour les heures qui ne sont pas prises en compte dans la modulation, ainsi que le droit à rémunération et à repos compensateur des salariés n'ayant pas travaillé pendant la totalité de la période de modulation de la durée du travail et des salariés dont le contrat de travail a été rompu au cours de cette même période.

Le programme de la modulation est soumis pour avis avant sa mise en oeuvre au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel. Le chef d'entreprise communique au moins une fois par an au comité d'entreprise, ou, à défaut, aux délégués du personnel, un bilan de l'application de la modulation.

Les salariés doivent être prévenus des changements de leurs horaires de travail dans un délai de sept jours ouvrés au moins avant la date à laquelle ce changement doit intervenir. Ce délai peut être réduit dans des conditions fixées par la convention ou l'accord collectif lorsque les caractéristiques particulières de l'activité, précisées dans l'accord, le justifient. Des contreparties au bénéfice du salarié doivent alors être prévues dans la convention ou l'accord.

Les modifications du programme de la modulation font l'objet d'une consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel.

La convention et l'accord définis par le présent article fixent les règles selon lesquelles est établi le programme indicatif de la modulation pour chacun des services ou ateliers concernés et organisent, le cas échéant, l'activité des salariés selon des calendriers individualisés. Dans ce cas, la convention ou l'accord doit préciser les conditions de changement des calendriers individualisés, les modalités selon lesquelles la durée du travail de chaque salarié sera décomptée ainsi que la

prise en compte et les conditions de rémunération des périodes de la modulation pendant lesquelles les salariés ont été absents.

Les conventions et accords définis par le présent article peuvent prévoir qu'ils sont applicables aux salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée ou d'un contrat de travail temporaire, ou à certaines catégories d'entre eux.

Les absences rémunérées ou indemnisées, les congés et autorisations d'absence auxquels les salariés ont droit en application de stipulations conventionnelles, ainsi que les absences justifiées par l'incapacité résultant de maladie ou d'accident, ne peuvent faire l'objet d'une récupération par le salarié. Les absences donnant lieu à récupération doivent être décomptées en fonction de la durée de travail que le salarié devait effectuer. »

Il est à noter que les lois n° 2003-47 du 17 janvier 2003 et n° 2004-626 du 30 juin 2004 ont modifié cette disposition, avant son abrogation par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, uniquement en ses premiers et quatrième alinéas, la rédaction des alinéas relatifs au programme indicatif n'ayant pas varié depuis la loi du 19 janvier 2000.

Et le 4° de l'article 12 IV fait référence à la modulation du temps de travail juste avant son abrogation par la loi du 20 août 2008 : pour mémoire, l'article L. 3122-11 du code du travail, précité, qui est issu de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007.

La question se pose néanmoins de savoir si l'article 12 IV de la loi du 8 août 2016 est applicable au cas d'espèce alors que le contrat de travail a été rompu avant cette date.

Rappelons qu'aux termes de l'article 2 du code civil :

« La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif. »

La loi du 8 août 2016 ne prévoit aucune rétroactivité de ses dispositions.

4.1.2. Rappel des règles relatives au temps partiel modulé

La modulation du temps de travail pour les salariés à temps partiel a été mise en place par la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000.

Avant cette loi, existait le temps partiel annualisé, inséré par la loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 à l'article L. 212-4-6 du code du travail, qui supposait une alternance de périodes travaillées et de périodes non travaillées.

En effet, selon cette disposition :

« Lorsque la durée du travail est fixée dans le cadre de l'année, les heures complémentaires ainsi que, le cas échéant, les heures supplémentaires ne peuvent être effectuées que dans les périodes travaillées prévues par le contrat de travail et leur nombre ne peut être supérieur, au cours d'une même année, au dixième de la durée annuelle prévue dans le contrat, sauf convention ou accord collectif de branche étendu dans les conditions prévues au présent article, ou convention ou

accord d'entreprise ou d'établissement pouvant porter cette limite jusqu'au tiers de cette durée. »

Aux termes de l'article L. 212-4-6 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2005-841 du 26 juillet 2005 et avant abrogation par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, applicable du 27 juillet 2005 au 1^{er} mai 2008 :

« Une convention ou un accord collectif étendu ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir que la durée hebdomadaire ou mensuelle peut varier dans certaines limites sur tout ou partie de l'année à condition que, sur un an, la durée hebdomadaire ou mensuelle n'excède pas en moyenne la durée stipulée au contrat de travail.

La convention ou l'accord collectif doit fixer :

1° Les catégories de salariés concernés ;

2° Les modalités selon lesquelles la durée du travail est décomptée ;

3° La durée minimale de travail hebdomadaire ou mensuelle ;

4° La durée minimale de travail pendant les jours travaillés ; une convention de branche ou un accord professionnel étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut prévoir plus d'une interruption d'activité ou une interruption supérieure à deux heures ;

5° Les limites à l'intérieur desquelles la durée du travail peut varier, l'écart entre chacune de ces limites et la durée stipulée au contrat de travail ne pouvant excéder le tiers de cette durée ; la durée du travail du salarié ne peut être portée à un niveau égal ou supérieur à la durée légale hebdomadaire ;

6° Les modalités selon lesquelles le programme indicatif de la répartition de la durée du travail est communiqué par écrit au salarié ;

7° Les conditions et les délais dans lesquels les horaires de travail sont notifiés par écrit au salarié ;

8° Les modalités et les délais selon lesquels ces horaires peuvent être modifiés, cette modification ne pouvant intervenir moins de sept jours après la date à laquelle le salarié en a été informé ; ce délai peut être ramené à trois jours par convention ou accord collectif de branche étendu ou convention ou accord d'entreprise ou d'établissement.

Par dérogation aux dispositions des articles L. 143-2 et L. 144-2, la convention ou l'accord peut prévoir que la rémunération versée mensuellement aux salariés est indépendante de l'horaire réel et est calculée dans les conditions prévues par la convention ou l'accord.

Le contrat de travail mentionne la qualification du salarié, les éléments de sa rémunération, la durée hebdomadaire ou mensuelle de référence.

Lorsque sur une année l'horaire moyen réellement effectué par un salarié a dépassé la durée hebdomadaire ou mensuelle fixée au contrat et calculée sur l'année, l'horaire prévu dans le contrat est modifié, sous réserve d'un préavis de sept jours et sauf opposition du salarié intéressé, en ajoutant à l'horaire antérieurement fixé la différence entre cet horaire et l'horaire moyen réellement effectué. »

À la suite de l'ordonnance susvisée, cette disposition a été transférée à l'article L. 3123-25 du code du travail.

Et comme pour les règles relatives à la modulation exposées supra, le dispositif du temps partiel modulé a été abrogé par la loi n° 2008-789 du 20 août 2008, avec maintien en vigueur des accords collectifs conclus antérieurement.

En cas de défaut de respect des modalités selon lesquelles le programme indicatif de la répartition de la durée du travail est communiqué par écrit au salarié et des conditions et délais dans lesquels les horaires de travail sont notifiés par écrit au salarié, le contrat est présumé à temps complet et il incombe alors à l'employeur de rapporter la preuve que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur (Soc., 12 mai 2015, pourvoi n° 14-10.623, Bull. 2015, V, n° 95).

Les juges du fond apprécient souverainement si l'employeur renverse la présomption (Soc., 10 octobre 2018, pourvoi n° 17-17.589).

Et la requalification en temps complet est encourue à compter de la première irrégularité (Soc., 19 juin 2019, pourvoi n° 17-17.122, précité).

4.1.3. Application au cas d'espèce

Au sein de la société Meubles Ikea France, plusieurs accords d'entreprise ont été conclus :

- un accord concernant l'application de la loi d'orientation et d'incitation à la réduction du temps de travail, signé le 28 avril 1999, qui prévoit, notamment, à son article 6 « Aménagement du temps de travail et organisation » (p. 12 à 16), une modulation du temps de travail pour tous les salariés, à l'exception des cadres et des salariés à temps partiel,

- un accord d'entreprise portant notamment révision de l'accord du 28 avril 1999 sur la réduction du temps de travail modifié par avenant du 18 août 2000, signé le 31 juillet 2007, qui prévoit qu'il se substitue de plein droit aux dispositions de l'accord d'entreprise du 28 avril 1999, sauf pour les dispositions non modifiées qui demeurent applicables,

- un accord d'entreprise portant révision des dispositions de l'accord du 31 juillet 2007 relatives au travail à temps partiel au sein de Meubles Ikea France SAS, signé le 19 juin 2014, qui prévoit qu'il se substitue aux dispositions de l'accord du 31 juillet 2007.

L'accord du 31 juillet 2007 (production n° 5 du mémoire ampliatif dans la procédure n° S2218940) prévoit notamment, en son article 3 « aménagement du temps de travail et organisation », à l'article 3-1 « Aménagement du temps de travail des employés et agents de maîtrise : Modulation du temps de travail », article remplaçant l'article 6-1 de l'accord du 28 avril 1999 modifié et l'article 17 de l'accord interne :

« Il est institué au sein de la société Meubles IKEA France S.N.C. un régime de modulation du temps de travail au sens de l'article L. 212-8 du Code du travail.

A l'exception des salariés relevant de la catégorie cadres, la modulation du temps de travail concerne tous les salariés de la société Meubles IKEA France S.N.C.

*Les salariés à temps partiel sont soumis aux dispositions relatives au **temps partiel modulé** figurant à l'article 3-3 du présent accord (article 22-4 de l'accord interne).*

(...)

Les Comités d'Etablissement sont associés et consultés sur le **programme indicatif annuel de la modulation**. (...). »

L'accord régit les salariés à temps partiel en son article 3-3 « travail à temps partiel », article remplaçant l'article 5-7 de l'accord du 28 avril 1999, l'article 4 de l'avenant du 18 août 2000 et les articles 22-1 à 22-3 de l'accord interne.

Selon l'article 3-3-4 (article 22-4 de l'accord interne) « Temps partiel modulé » de l'accord :

« * *Modalités de décompte de la durée du travail*

Le décompte des heures de travail effectuées par chaque salarié sera effectué par un système d'enregistrement fiable et infalsifiable.

Chaque salarié sera en conséquence tenu de badger à son arrivée et à sa sortie de l'entreprise, aux heures de début et de fin de pause déjeuner, ainsi que pendant ses autres pauses.

(...)

* *Définition des périodes de modulation*

La période de modulation est fixée à une année, décomptée du 1^{er} septembre d'une année au 31 août de l'année suivante, elle devra comporter des semaines civiles entières (la semaine civile commençant un lundi matin).

- Durée de travail hebdomadaire

La durée minimale de travail hebdomadaire est fixée à 10 heures (durée calculée sur la base d'un contrat à 15 heures hebdomadaire démodulé d'un tiers).

- Durée minimale de travail pendant les jours travaillés

La durée minimale de travail pendant les jours travaillés est fixée à 4 heures et à 5 heures le Dimanche. La planification des semaines de démodulation se fera sur un maximum de 4 journées de travail.

La durée du travail des salariés concernés ne pourra être portée à un niveau égal ou supérieur à la durée hebdomadaire de référence applicable dans l'entreprise, c'est-à-dire 33 heures.

- Limite de variation de la durée du travail

L'écart entre les limites à l'intérieur desquelles la durée du travail peut varier et la durée stipulée au contrat de travail des salariés concernés ne pourra excéder le tiers de cette durée.

* *Accompagnement de la modulation*

Pour accompagner la modulation de leur temps de travail, les salariés à temps partiel modulé se verront attribuer une prime mensuelle qui correspond à 2,5 % de leur salaire de base mensuel.

* **Modalités de communication au salarié du programme indicatif**

Le régime de la programmation indicative de la modulation des temps partiels est soumis aux mêmes dispositions que l'article 17.6 de l'accord interne relatif au programme indicatif des salariés modulés.

* **Conditions et délai de notification au salarié des horaires de travail**

Les horaires de travail des salariés concernés leur seront notifiés par écrit 15 jours minimum avant, sauf accord de l'intéressé. Toutefois ce délai pourra être réduit à 7 jours en cas exceptionnel de remplacement d'une absence non prévue (hors congés, formation...) ou en cas de travaux urgents

* **Modalités et délai de notification des horaires**

En cas de modification par la Direction des horaires indiqués, celle-ci devra respecter un délai de prévenance de 15 jours ouvrés.

Les nouveaux horaires seront alors communiqués par écrit aux salariés concernés.

(...)

* Organisation du travail

Pour les salariés à temps partiel, la journée de travail ne doit pas comporter de coupure. Est considérée comme une coupure, toute interruption du travail prévue au planning d'une durée supérieure à 1 heure.

Pour les salariés à temps partiel, la durée quotidienne de travail effectif ne pourra pas être inférieure à 4 heures. Il ne pourra être dérogé à ces dispositions qu'avec l'accord exprès du salarié concerné.

Conformément aux dispositions de l'Article L. 212-4-4 du Code du travail, le délai dans lequel la modification de la répartition de la durée du travail doit être notifiée au salarié est ramené à 3 jours ouvrés. »

L'accord du 19 juin 2014 (production n° 6 du mémoire ampliatif dans la procédure n° S2218940) prévoit, en son article 7, des modalités spécifiques pour le temps partiel modulé.

Aux termes de l'article 7-2 « Modalités de communication au collaborateur du programme indicatif » :

« Le régime de la programmation indicative de la modulation des temps partiels est soumis aux mêmes dispositions que l'article 17.6 de l'accord interne relatif au programme indicatif des collaborateurs modulés.

L'employeur informe chaque tertial le comité d'établissement de l'évolution de compteurs de modulation des collaborateurs de l'établissement. »

L'accord interne (production n° 7 du mémoire ampliatif dans la procédure n° S2218940), qui est constitué par une fiche numérotée 18, intitulée « Modulation du temps de travail », mise à jour en septembre 2015, contient notamment les paragraphes suivants :

- rémunération : article 17-6,
- programmation indicative de la modulation et fixation des plannings : article 17-7,

mais aucun article 17.6 relatif au programme indicatif des salariés/collaborateurs modulés.

Il est à noter que, en son article 6.2 « Principes de la modulation », l'accord du 28 avril 1999 susvisé (production n° 4 du mémoire ampliatif dans la procédure n° S2218940) précise notamment :

« L'article 17.6 : Programmation indicative de la modulation et fixation des plannings Afin de tenir compte des spécificités régionales influant sur les variations de l'activité des magasins, ceux-ci peuvent retenir une programmation indicative différente de celle mentionnée ci-dessous.

Dans ce cas, les organisations syndicales signataires du présent Accord sont associés, et le Comité d'Etablissement est consulté sur cette programmation qui sera affichée au moins 15 jours avant le début de la période de modulation.

Le programme indicatif concernant la mise en oeuvre de la modulation s'établit de la façon suivante, et conformément à l'article 17.4 :

*** Durée hebdomadaire du travail généralement supérieure ou égale à l'horaire contractuel au cours du premier tertial (de septembre à décembre).**

*** Durée hebdomadaire du travail généralement inférieure ou égale à l'horaire contractuel au cours du deuxième et troisième tertial (de janvier à août).**

Le planning des horaires hebdomadaires de travail est établi pour chaque unité de travail (magasin, département, service ou rayon) et pour chaque période, par le responsable. Il est communiqué aux salariés concernés, au moins 15 jours avant le début de la période, et affiché. Les horaires hebdomadaires et le planning indicatif ci-dessus, pourront varier d'un établissement à l'autre et au sein d'un même établissement d'un service ou rayon à l'autre, compte tenu des manifestations locales, des activités commerciales du magasin qui peuvent entraîner des surcroûts d'activité au cours de périodes réputées creuses. »

L'accord du 31 juillet 2007 susvisé contient, en son article 3-1-7 (article 17-7 de l'accord interne) « Programmation indicative de la modulation et fixation des plannings », des dispositions similaires :

« Afin de tenir compte des spécificités régionales influant sur les variations de l'activité des magasins, ceux-ci peuvent retenir une programmation indicative différente de celle mentionnée ci-dessous.

Dans ce cas, les organisations syndicales signataires du présent Accord sont associées, et le Comité d'Etablissement est consulté sur cette programmation qui sera affichée au moins 15 jours avant le début de la période de modulation.

Le programme indicatif concernant la mise en oeuvre de la modulation s'établit de la façon suivante, et conformément à l'article 17.4 :

*** Durée hebdomadaire du travail généralement supérieure ou égale à l'horaire contractuel au cours du premier tertial (de septembre à décembre).**

*** Durée hebdomadaire du travail généralement inférieure ou égale à l'horaire contractuel au cours du deuxième et troisième tertial (de janvier à août).**

Le planning des horaires hebdomadaires de travail est établi pour chaque unité de travail (magasin, département, service ou rayon) et pour chaque période, par le responsable. Il est communiqué aux salariés concernés, au moins 15 jours avant le début de la période, et affiché. Les horaires hebdomadaires et le planning indicatif ci-dessus, pourront varier d'un établissement à l'autre et au sein d'un même établissement d'un service ou rayon à l'autre, compte tenu des manifestations locales, des activités commerciales du magasin qui peuvent entraîner des surcroûts d'activité au cours de périodes réputées creuses.

Il est entendu que la journée de travail ne doit pas comporter de coupure. Est considérée comme une coupure, toute interruption de travail prévue au planning d'une durée supérieure à 1 heure et 15 minutes. »

Et l'accord du 28 avril 1999 précise, toujours à l'article 6.2 :

« L'article 17.4 : Définition des périodes de modulation

La période de modulation est fixée à une année calendaire, décomptée du 1^{er} septembre d'une année au 31 août de l'année suivante. Elle devra comporter des semaines civiles entières (la semaine civile commençant un Lundi matin). »

La lecture de ces dispositions conventionnelles soulève plusieurs questions.

Les dispositions propres au temps partiel modulé sont-elles conformes aux exigences légales qui sont également propres à ce type de temps de travail?

Notamment, peut-on considérer qu'elles fixent les modalités selon lesquelles le programme indicatif de la répartition de la durée du travail est communiqué par écrit au salarié ?

En ce qui concerne les dispositions relatives à la modulation du temps de travail hors temps partiel modulé, les accords d'entreprise du 31 juillet 2007 et du 19 juin 2014 fixent-ils un programme indicatif de la répartition de la durée du travail et les règles selon lesquelles est établi ce programme pour chacun des services ou ateliers concernés ?

Des dispositions procédant par renvoi sont-elles valables ?

À les supposer valables, ces renvois correspondent-ils aux exigences attendues ?

En effet, les dispositions conventionnelles concernées peuvent-elles s'analyser comme fixant un programme indicatif de la répartition de la durée du travail?

Doit-on en comprendre que l'employeur n'avait pas l'obligation d'établir un tel programme pour chaque année, comme le soutient ce dernier ?

Mais alors quid de la communication du programme indicatif fixé dans les accords susvisés aux salariés concernés, notamment ceux, comme la salariée, engagés en contrat à temps partiel modulé ?

En l'espèce, la cour d'appel a statué comme suit sur les demandes de la salariée relatives à la modulation de son temps de travail :

« L'accord d'entreprise du 28 avril 1999 concernant l'application de la loi d'orientation et d'incitation à la réduction du temps de travail se substituant à toutes les dispositions correspondantes de l'accord interne d'entreprise ou des notes de services relatives à l'organisation et à la durée du temps de travail sur la réduction, qui a modifié en son article 6 l'accord interne, dispose que l'accord de modulation concerne tous les salariés de la société Meubles Ikea France SNC à l'exception des salariés relevant de la catégorie cadre et des salariés à temps partiel et que l'article 17.6, programmation indicative de la modulation et fixation des plannings, est modifié comme suit :

'Afin de tenir compte des spécificités régionales influant sur les variations de l'activité des magasins, ceux-ci peuvent retenir une programmation indicative différente de celle mentionnée ci-dessous...

Le programme indicatif concernant la mise en oeuvre de la modulation s'établit de la façon suivante, et conformément à l'article 17.4 :

**durée hebdomadaire du travail généralement supérieur ou égale à l'horaire contractuel au cours du premier tertial (de septembre à décembre),*

**durée hebdomadaire du travail généralement inférieure ou égale à l'horaire contractuel au cours du deuxième et troisième tertial (de janvier à août).*

Le planning des horaires hebdomadaires de travail est établi pour chaque unité de travail (magasin, département, service ou rayon) et pour chaque période, par le responsable. Il est communiqué aux salariés concernés, au moins 15 jours avant le début de la période, et affiché. Les horaires hebdomadaires et le programme indicatif ci-dessus pourront varier d'un établissement à l'autre et au sein d'un même établissement d'un service ou rayon à l'autre, compte-tenu des manifestations locales, des activités commerciales du magasin qui peuvent entraîner des surcroûts d'activité au cours des périodes réputées creuses.'

Selon l'article 8-V de la loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, les stipulations des conventions ou accords collectifs intervenues sur le fondement des articles L. 212-2-1 et L. 212-8 du code du travail applicables à la date de la publication de la présente loi demeurent en vigueur.

L'accord d'entreprise du 31 juillet 2007, portant révision de l'accord du 28 avril 1999 sur la réduction du temps de travail modifié par avenant du 18 août 2000, dispose en son article 3-1 relatif à l'aménagement du temps de travail des employés et des agents de maîtrise :

'Il est institué au sein de la société Meubles Ikea France SNC un régime de modulation du temps de travail au sens de l'article L. 212-8 du code du travail.

A l'exception des salariés relevant de la catégorie cadres, la modulation du temps de travail concerne tous les salariés de la société Meubles Ikea France SNC.

Les salariés à temps partiel sont soumis aux dispositions relatives au temps partiel modulé figurant à l'article 3.3 du présent accord (article 22-4 de l'accord interne)...

En son article 3.3, il dispose notamment :

'Le décompte des heures de travail effectuées par chaque salarié sera effectué par un système d'enregistrement fiable et infalsifiable.

Chaque salarié sera en conséquence tenu de badger à son arrivée et à sa sortie de l'entreprise, aux heures de début et de fin de pause déjeuner ainsi que pendant ses autres pauses...

La période de modulation est fixée à une année, décomptée du 1er septembre d'une année au 31 août de l'année suivante, elle devra comporter des semaines civiles entières (la semaine civile commençant un lundi matin)...

La durée minimale de travail pendant les jours travaillés est fixée à 4 heures et à 5 heures le dimanche. La planification des semaines de démodulation se fera sur un maximum de 4 journées de travail.

La durée de travail des salariés concernés ne pourra être portée à un niveau égal ou supérieur à la durée hebdomadaire de référence applicable dans l'entreprise, c'est-à-dire 33 heures.

L'écart entre les limites à l'intérieur desquelles la durée du travail peut varier et la durée stipulée au contrat de travail des salariés concernés ne pourra excéder le tiers de cette durée.

Pour accompagner la modulation de leur temps de travail, les salariés à temps partiel modulé se verront attribuer une prime mensuelle qui correspond à 2,5% de leur salaire de base mensuel.

Le régime de la programmation indicative de la modulation des temps partiels est soumis aux mêmes dispositions que l'article 17.6 de l'accord interne relatif au programme indicatif des salariés modulés.

Les horaires de travail des salariés concernés leur seront notifiés par écrit 15 jours minimum avant, sauf accord de l'intéressé. Toutefois ce délai pourra être réduit à 7 jours en cas exceptionnel de remplacement d'une absence non prévue (hors congés, formation...) ou en cas de travaux urgents.

En cas de modification par la direction des horaires indiqués, celle-ci devra respecter un délai de prévenance de 15 jours ouvrés. Les nouveaux horaires seront alors communiqués par écrit aux salariés concernés.

Compte-tenu de la fluctuation des horaires qui implique des écarts positifs ou négatifs par rapport à l'horaire moyen, un compte de compensation est institué pour chaque salarié bénéficiant d'un d'un temps partiel modulé afin de lui assurer une rémunération mensuelle régulière indépendante de l'horaire réellement effectué.

Conformément aux dispositions de l'article L. 212-4-4 du code du travail, le délai dans lequel la modification de la répartition de la durée du travail doit être notifiée au salarié est ramené à 3 jours ouvrés.'

Selon l'article L. 212-8 alinéa 5 devenu l'article L. 3122-11 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n°2008-789 du 20 août 2008, la modulation du temps de travail sur l'année peut être mise en place par une convention ou un accord collectif de travail étendu ou une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement qui fixe notamment le programme indicatif de la répartition de la durée du travail, les conditions de changement des calendriers individualisés et les contreparties dues au salarié en cas de réduction du délai de prévenance de sept jours préalable à tout changement des horaires de travail.

Selon l'article L. 212-8 alinéa 9 devenu l'article L. 3122-12 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n°2008-789 du 20 août 2008, la convention et l'accord définis par le présent article fixent les règles selon lesquelles est établi le programme indicatif de la modulation pour chacun des services ou ateliers concernés.

Selon l'article 20-V de la loi n°2008-789 du 20 août 2008, les accords conclus en application de l'article L. 3122-9 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la date de publication de la présente loi demeurent en vigueur.

L'article 7 relatif au temps partiel modulé de l'accord du 19 juin 2014 portant révision des dispositions de l'accord du 31 juillet 2007 relatives au temps partiel au sein de Meubles Ikea France SAS rappelle

que le régime de la programmation indicative de la modulation des temps partiels est soumis aux mêmes dispositions que l'article 17.6 de l'accord interne relatif au programme indicatif des salariés modulés.

Le contrat de travail à durée indéterminée à temps partiel modulé de Mme [B] stipule :

'La durée hebdomadaire moyenne de référence du présent contrat est de 20 heures. L'écart entre les limites à l'intérieur desquelles la durée du travail peut varier et la durée stipulée au contrat ne pourra excéder le tiers de cette durée. La durée du travail ne pourra être portée à un niveau égal ou supérieur à la durée conventionnelle hebdomadaire.

Le planning de travail de Mme [B] lui est transmis 15 jours à l'avance par affichage, par lettre remise en main propre contre décharge ou par lettre recommandée avec accusé de réception.

Le délai dans lequel la modification de la répartition de la durée du travail peut être notifiée au salarié est ramenée à 3 jours en cas exceptionnel de remplacement d'une absence non prévue ou en cas de travaux urgents.

En contrepartie de son travail, Mme [B] percevra une rémunération mensuelle brute de 836,99 euros.

A cette rémunération s'ajouteront les primes et accessoires tels que prévu par les dispositions conventionnelles.'

L'accord d'entreprise du 31 juillet 2007, portant révision de l'accord du 28 avril 1999 sur la réduction du temps de travail modifié par avenant du 18 août 2000 ne peut

permettre à lui seul la mise en oeuvre de la modulation du temps de travail, faute de préciser, ainsi que l'impose l'article L. 212-8 devenu L. 3122-9 du code du travail, dans sa rédaction alors en vigueur, le programme indicatif de la répartition de la durée du travail.

L'accord d'entreprise n'a pu valablement instaurer une modulation du temps de travail, peu important qu'il n'ait pas été contesté.

La société Meubles Ikea France ne produit pas les programmes indicatifs de répartition de la durée du travail.

L'irrégularité de l'accord de modulation ou de sa mise en oeuvre prive cet accord d'effet et rend par suite inapplicable à la salariée le décompte de la durée du travail dans un cadre autre qu'hebdomadaire.

Mme [B] demande à la cour de :

'Dire que l'accord de modulation est sans effet,

- Surseoir à statuer de ce chef,

- Avant dire droit, ordonner à la société Ikea de reprendre le calcul de sa rémunération à compter du 17 février 2014 et de régler, semaine par semaine, les heures complémentaires majorées et de lui remettre un bulletin de salaire rectifié,

- Condamner la société Ikea à lui verser la somme de 5 000 euros à titre de dommages et intérêts du fait du non-respect des conditions de mise en oeuvre de la modulation.'

La société Meubles Ikea France demande à la cour de déclarer la demande de sursis à statuer de Mme [B] irrecevable à défaut d'avoir été soutenue in limine litis et, à défaut, de l'en débouter.

La demande de sursis à statuer de Mme [B], qui ne constitue pas un moyen de défense, ne s'analyse pas en une exception de procédure au sens de l'article 74 du code de procédure civile et est recevable.

La salariée ne précise pas quelle est la prétention sur laquelle la cour doit surseoir à statuer et sa demande tendant à ce qu'il soit ordonné à la société Ikea de reprendre le calcul de sa rémunération à compter du 17 février 2014 et de régler, semaine par semaine, les heures complémentaires majorées et de lui remettre un bulletin de salaire rectifié ne constitue pas une demande d'avant-dire droit au fond mais une demande d'injonction de faire.

Selon l'article L. 3123-17 alinéa 3 du code du travail issu de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2014, chacune des heures complémentaires accomplies dans la limite du dixième de la durée hebdomadaire fixée au contrat donne lieu à une majoration de salaire de 10%.

Selon l'article L. 3123-19 alinéa 1 du code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, lorsque la limite dans laquelle peuvent être accomplies des heures complémentaires est portée au-delà du dixième de la durée hebdomadaire fixée au contrat de travail, chacune des heures complémentaires accomplies au-delà du dixième de cette durée donne lieu à une majoration de salaire de 25%.

L'accord du 20 mai 2014 relatif au travail à temps partiel annexé à la convention collective nationale du négoce de l'ameublement dispose que les heures complémentaires sont majorées et payées conformément aux dispositions légales.

Selon l'article 6 relatif à l'organisation du temps partiel non modulé de l'accord du 19 juin 2014 portant révision des dispositions de l'accord du 31 juillet 2007 relatives au temps partiel au sein de Meubles Ikea France SAS, les heures complémentaires effectuées sont majorées plus favorablement que les dispositions légales à la date du présent accord. Elles donnent lieu à une majoration de 25% dès la première heure complémentaire.

Mme [B] produit le décompte de son temps de travail semaine civile par semaine civile tel que communiqué par l'employeur à partir des relevés de badgeage établissant qu'elle a effectivement accompli à compter du 17 février 2014 des heures complémentaires au-delà de 20 heures jusqu'à 22 heures par semaine et au-delà de 22 heures par semaine. Si ces heures complémentaires lui ont été payées, elles l'ont été au taux normal, sans majoration. Mme [B] est dès lors bien fondée à prétendre :

- pour la période du 17 février au 18 juin 2014 au paiement de la majoration de 10% pour les heures complémentaires accomplies au-delà de 20 heures hebdomadaires jusqu'à 22 heures hebdomadaires et de la majoration de 25% pour les heures complémentaires accomplies au-delà de 22 heures hebdomadaires ;*
- pour la période à compter du 19 juin 2014 au paiement de la majoration de 25% pour toutes les heures complémentaires accomplies au-delà de 20 heures hebdomadaires.*

La société Meubles Ikea France demande, à titre subsidiaire, à la cour, si celle-ci considérait que la modulation n'était pas valable ou pas valablement mise en 'uvre, de condamner Mme [B] à lui restituer les sommes qu'elle a perçues au titre de la modulation et d'ordonner, s'il y a lieu, la compensation des sommes et condamnations entre elles. Il n'y a pas lieu cependant d'ordonner cette restitution, dès lors que Mme [B] a été effectivement soumise durant sa période d'emploi dans son planning à une modulation du temps de travail.

Il convient en conséquence d'ordonner à la société Ikea de reprendre le calcul de la rémunération de Mme [B] à compter du 17 février 2014, de lui payer la majoration due pour les heures complémentaires effectuées, semaine civile par semaine civile, et de lui remettre un bulletin de salaire récapitulatif conforme au présent arrêt.

Cette demande d'injonction de faire étant satisfaite et le principe d'unicité de l'instance ayant été abrogé, il n'y a pas lieu de surseoir à statuer.

Si Mme [B] sollicite en outre la condamnation de la société Meubles Ikea France à lui payer la somme de 5 000 euros à titre de dommages et intérêts pour non-respect des conditions de mise en oeuvre de la modulation, elle ne rapporte pas la preuve de l'existence d'un préjudice indépendant du retard apporté par la société Meubles Ikea France au paiement de la majoration afférentes aux heures complémentaires et causé par la mauvaise foi de celle-ci. Il convient en conséquence de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il l'a déboutée de cette demande. »

L'employeur lui reproche :

- première branche (violation de la loi) : d'avoir affirmé que l'accord d'entreprise du 31 juillet 2007 ne pouvait permettre à lui seul la mise en oeuvre de la modulation du temps de travail faute de préciser le programme indicatif de la répartition de la durée du travail et qu'il ne produisait pas les programmes indicatifs de répartition de la durée du travail, alors que ledit accord prévoit le programme indicatif de la répartition de la durée du travail en instituant une période haute (septembre à décembre) et une période basse (janvier à août) et n'impose pas l'établissement d'un nouveau programme pour chaque période annuelle, mais seulement la notification des horaires de travail aux salariés au moins quinze jours avant, obligation dont la salariée admettait en l'occurrence qu'elle avait été respectée puisqu'elle indiquait avoir eu connaissance de son planning trois à quatre semaines à l'avance,

- seconde branche (violation de la loi) : d'avoir privé d'effet l'accord d'entreprise du 31 juillet 2007 alors qu'à la supposer avérée, l'irrégularité de cet accord ou de sa

mise en œuvre quant à la détermination d'un programme indicatif ne pouvait le priver d'effet en application de l'article 12-IV de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016.

Dans son mémoire en défense, la salariée fait valoir que la première branche du moyen n'est pas fondée dès lors que l'article 3-1-7 de l'accord du 31 juillet 2007 ne permet pas de connaître la répartition de la charge de travail sur l'ensemble de la période de modulation, en l'absence de toute précision sur la durée hebdomadaire, ou ne serait-ce que mensuelle, du travail retenue, et que, cette disposition se bornant à proposer un cadre, il appartenait à l'employeur d'établir un programme indicatif pour chaque période de modulation, ce vers quoi tend également l'article 3-1, qui vise un programme indicatif annuel.

Elle ajoute que la seconde branche est inopérante en ce que seules certaines rédactions sont visées et qu'elle n'est pas fondée dès lors que le non-respect d'une disposition conventionnelle, même si celle-ci n'est plus sanctionnable par la nullité, a pour conséquence de la priver d'effet.

Notre chambre devra se prononcer sur les mérites de ces critiques à la lumière de l'ensemble des éléments qui précèdent.

Si, dans le cadre de son délibéré, elle considérait que la seconde branche n'est pas fondée dès lors que la disposition prévoyant que l'obligation de fixation d'un programme indicatif de la répartition de la durée du travail cesse d'être applicable aux accords collectifs de modulation conclus avant sa publication n'existait pas avant la rupture du contrat de travail, notifiée le 1^{er} décembre 2015, et ne peut donc valablement être opposée à la salariée, elle pourrait rejeter le grief qu'elle contient par une **décision non spécialement motivée**.

Par ailleurs, dans l'hypothèse où un rejet du moyen serait envisagé, elle pourrait s'interroger sur une substitution de motifs si elle considérait que les dispositions conventionnelles rappelées par la cour d'appel, qui a constaté que la salariée avait été soumise au régime du temps partiel modulé, ne sont pas conformes aux dispositions légales relatives au temps partiel modulé (l'article L. 212-4-6 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n° 2005-841 du 26 juillet 2005 et avant abrogation par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, applicable du 27 juillet 2005 au 1^{er} mai 2008), en ce qu'elles ne fixent pas les modalités selon lesquelles le programme indicatif de la répartition de la durée du travail est communiqué par écrit au salarié, ce dont elle pourrait déduire une inopposabilité de l'accord du 31 juillet 2007, révisé en 2014, et que ces éléments seraient de pur droit.

Le rapport vaut, sur ce point, avis aux parties en application de l'article 1015 du code de procédure civile en ce qu'il est susceptible de faire l'objet d'observations de la part des avocats constitués, dans le délai de quinze jours à compter de sa mise en ligne.

4.2. Sur le deuxième moyen du pourvoi de l'employeur, relatif aux conséquences de l'inopposabilité de l'accord de modulation

Aux termes de l'article 1376 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 :

« Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu. »

En application de cette disposition, est devenu indu le paiement des jours de réduction du temps de travail accordés en exécution d'une convention de forfait en heures :

- déclarée nulle (Soc., 29 septembre 2021, pourvois n° 20-12.983 et 20-12.984),
- à laquelle le salarié n'a pas donné son consentement (Soc., 13 mars 2019, pourvois n° 18-12.933, 18-12.949, 18-12.957, 18-13.071 et 18-13.075 ; Soc., 4 décembre 2019, pourvois n° 18-16.937, 18-16.939 et 18-16.940),
- ou à laquelle il n'était pas éligible (Soc., 20 février 2019, pourvoi n° 18-13.067 ; Soc., 13 mars 2019, pourvoi n° 18-12.929, 18-12.952, 18-12.998, 18-13.022, 18-13.044 et 18-13.205 ; Soc., 4 décembre 2019, pourvoi n° 18-16.942).

Dans ces exemples, les jours de réduction du temps de travail dont la restitution était sollicitée étaient octroyés en paiement d'heures accomplies au-delà de la durée légale de travail.

Même solution pour des jours de congés supplémentaires accordés en contrepartie d'un forfait de salaire pour un horaire indéterminé déclaré inopposable (Soc., 28 septembre 2022, pourvoi n° 21-19.313).

Enfin, nous savons que l'action en répétition de l'indu n'est pas subordonnée à l'absence de faute de celui qui a payé (Soc., 30 septembre 2010, pourvoi n° 09-40.114, Bull. 2010, V, n° 208).

En l'espèce, l'article 3-3-4 de l'accord du 31 juillet 2007, précité, prévoit notamment, en mesure d'accompagnement de la modulation, le versement, aux salariés à temps partiel modulé, d'une prime mensuelle correspondant à 2,5 % de leur salaire de base mensuel.

La question se pose de savoir ce que recouvre exactement cette contrepartie : a-t-elle pour objet de compenser les sujétions liées à la variation des horaires de travail résultant de la modulation, comme le soutient la salariée, ou bien les heures de travail accomplies au-delà de l'horaire contractuel de référence, notamment en période de haute activité ?

En comparaison, les autres salariés soumis à la modulation bénéficient aussi d'un accompagnement consistant (article 3-1-3 de l'accord du 31 juillet 2007) :

- pour les employés travaillant 35 heures par semaine, à une prime mensuelle correspondant à 2,5 % de leur salaire de base mensuel,
- pour les employés travaillant 33 heures par semaine, à une diminution de leur temps de travail effectif à 32 heures 35 sans diminution de salaire et à une prime mensuelle correspondant à 0,5 % de leur salaire de base mensuel,
- pour les agents de maîtrise, au choix, au bénéfice de quatre jours de repos supplémentaires ou à une prime mensuelle correspondant à 2,5 % de leur salaire de base mensuel.

Après avoir déclaré l'accord de modulation du temps de travail inopposable à la salariée, la cour d'appel a statué comme suit sur les demandes subséquentes de l'employeur, présentées à titre subsidiaire :

« La société Meubles Ikea France demande, à titre subsidiaire, à la cour, si celle-ci considérait que la modulation n'était pas valable ou pas valablement mise en oeuvre, de condamner Mme [B] à lui restituer les sommes qu'elle a perçues au titre de la modulation et d'ordonner, s'il y a lieu, la compensation des sommes et condamnations entre elles. Il n'y a pas lieu cependant d'ordonner cette restitution, dès lors que Mme [B] a été effectivement soumise durant sa période d'emploi dans son planning à une modulation du temps de travail. »

Dans une branche unique (violation de la loi), le moyen étant qualifié de subsidiaire, l'employeur lui reproche de l'avoir débouté de ses demandes en restitution des sommes perçues par la salariée au titre de la modulation et de compensation des créances réciproques de ces chefs, au prétexte inopérant que la salariée avait effectivement été soumise durant sa période d'emploi dans son planning à une modulation du temps de travail.

Dans son mémoire en défense, la salariée soutient que la critique est inopérante dès lors qu'elle n'était soutenue par aucun moyen dans les conclusions d'appel de l'employeur.

Elle l'estime en outre infondée dès lors que l'application d'un régime de modulation résulte de la seule faute de l'employeur et que les primes perçues l'ont été en contrepartie des contraintes liées à ce régime.

Il est à noter que, dans ses conclusions d'appel, p. 32 et 33, l'employeur faisait notamment valoir :

« Enfin, Madame [B] sollicite 5.000 euros de dommages et intérêts pour compenser le préjudice subi du fait de la modulation de sa durée du travail, alors qu'elle percevait tous les mois une prime de 2,5% de son salaire de base visant à compenser la sujétion liée à la modulation.

Si Madame [B] avait subi le moindre préjudice – ce qu'elle ne démontre pas – celui-ci a déjà été largement compensé par le versement de cette prime mensuelle.

Surtout, si par exceptionnel la Cour d'appel de céans devait considérer que la « modulation » n'était pas valable ou pas valablement mise en oeuvre, elle devrait alors condamner Madame [B] à restituer les sommes qu'elle a perçues au titre de la modulation. Ce d'autant que la prime de modulation est prévue par l'accord dont Madame [B] sollicite qu'il soit privé d'effet. »

Notre chambre devra dire si le moyen est fondé et se demander, à cette occasion, si elle peut/doit transposer aux accords de modulation privés d'effet sa jurisprudence susvisée relative notamment aux conventions de forfait en heures jugées inopposables, étant rappelé que ces conventions de forfait sont, comme la modulation, un mode d'aménagement du temps de travail.

4.3. Sur le troisième moyen du pourvoi de l'employeur, relatif au licenciement

Il résulte de l'article L. 1232-6 du code du travail que le juge a l'obligation d'examiner l'ensemble des griefs invoqués dans la lettre de licenciement (Soc., 25 mai 2004, pourvoi n° 01-46.515 ; Soc., 7 décembre 2017, pourvoi n° 16-20.174 ; Soc., 16 décembre 2020, pourvoi n° 19-10.231 ; Soc., 3 mars 2021, pourvoi n° 19-18.550 ; Soc., 17 mars 2021, pourvoi n° 18-16.225 ; Soc., 4 novembre 2021, pourvoi n° 20-18.813). Voir notamment Soc., 14 janvier 2014, pourvoi n° 12-12.744, Bull. 2014, V, n° 5 :

« Vu les articles L. 1232-2, L. 1232-3, L. 1232-6 et L. 1235-1 du code du travail ;

Attendu que, pour écarter les griefs résultant de faits survenus les 17 septembre et 9 octobre 2007, l'arrêt, après avoir énoncé que le licenciement a été prononcé à la suite du refus, par le salarié, d'une modification de son contrat de travail notifiée au titre d'une rétrogradation disciplinaire, se fonde sur le caractère postérieur, pour le premier de ces griefs, à l'entretien préalable du 14 septembre 2007, et pour le second, à la rétrogradation prononcée le 21 septembre 2007 ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que ces griefs étaient énoncés dans la lettre de licenciement, de sorte que les juges étaient tenus de les examiner, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; »

Par ailleurs, aux termes de l'article L. 3123-24 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 :

« Lorsque l'employeur demande au salarié de changer la répartition de sa durée du travail, alors que le contrat de travail n'a pas prévu les cas et la nature de telles modifications, le refus du salarié d'accepter ce changement ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement.

Lorsque l'employeur demande au salarié de changer la répartition de sa durée du travail dans un des cas et selon les modalités préalablement définis dans le contrat de travail, le refus du salarié d'accepter ce changement ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement dès lors que ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses, avec le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur, avec une période d'activité fixée chez un autre employeur ou avec une activité professionnelle non salariée. Il en va de même en cas de changement des horaires de travail au sein de chaque journée travaillée qui figurent dans le document écrit communiqué au salarié en vertu du 3° de l'article L. 3123-14. »

Néanmoins, nous savons qu'aux termes de l'article L. 3123-14 du même code, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 :

« Le contrat de travail du salarié à temps partiel est un contrat écrit.

Il mentionne :

*1° La qualification du salarié, les éléments de la rémunération, la durée hebdomadaire ou mensuelle prévue et, **sauf pour** les salariés des associations et entreprises d'aide à domicile et **les salariés relevant d'un accord collectif de travail conclu en application des articles L. 3123-25 et suivants**, la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois ;*

2° Les cas dans lesquels une modification éventuelle de cette répartition peut intervenir ainsi que la nature de cette modification ;

3° Les modalités selon lesquelles les horaires de travail pour chaque journée travaillée sont communiqués par écrit au salarié. Dans les associations et entreprises d'aide à domicile, les horaires de travail sont communiqués par écrit chaque mois au salarié ;

4° Les limites dans lesquelles peuvent être accomplies des heures complémentaires au-delà de la durée de travail fixée par le contrat. »

Et nous pouvons rappeler que, selon l'article L. 212-4-6 du même code, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, applicable au temps partiel modulé :

« Le contrat de travail mentionne la qualification du salarié, les éléments de sa rémunération, la durée hebdomadaire ou mensuelle de référence. »

la répartition de la durée du travail n'étant pas prévue comme une mention du contrat de travail.

Un contrat à temps partiel modulé n'ayant pas à mentionner la répartition de la durée du travail du salarié, il ne peut être fait application de l'article L. 3123-24 du code du travail susvisé à la situation de la salariée dont le contrat de travail avait été conclu sous le régime du temps partiel modulé, même si celui-ci a postérieurement été jugé inopposable.

En l'espèce, la cour d'appel a statué comme suit sur les demandes relatives au licenciement :

« L'article L. 3123-24 du code du travail relatif à la modification de la répartition de la durée du travail du salarié à temps partiel dispose :

'Lorsque l'employeur demande au salarié de changer la répartition de sa durée du travail, alors que le contrat de travail n'a pas prévu les cas et la nature de telles modifications, le refus du salarié d'accepter ce changement ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement.

Lorsque l'employeur demande au salarié de changer la répartition de sa durée du travail dans un des cas et selon les modalités préalablement définies dans le contrat de travail, le refus du salarié d'accepter ce changement ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement dès lors que ce changement n'est pas compatible avec des obligations familiales impérieuses, avec le suivi d'un enseignement scolaire ou supérieur, avec une période d'activité fixée chez un autre employeur ou avec une activité professionnelle non salariée. Il en va de même en cas de changement des horaires de travail au sein de chaque journée travaillée qui figurent dans un document écrit communiqué au salarié en vertu du 3° de l'article L. 3123-14.'

Le contrat de travail de Mme [B] ne comporte pas de clause expresse lui fixant un horaire de travail quotidien et prévoit que son planning de travail lui est transmis 15 jours à l'avance par affichage, par lettre remise en main propre contre décharge ou par lettre recommandée avec accusé de réception.

Mme [B] établit toutefois par son inscription à l'université et par les emplois du temps universitaires qu'elle produit pour les années 2014/2015 et 2015/2016 que le changement de ses horaires de travail imposé par la société Meubles Ikea France suite à la suppression de l'ouverture de l'établissement les jeudis et vendredis en soirée à compter du 23 mars 2015, n'était pas compatible avec le suivi de cet

enseignement supérieur. Le refus de la salariée d'accepter ce changement d'horaires ne constitue pas dès lors une faute ou un motif de licenciement.

La salariée n'étant pas tenue d'accepter la modification de son contrat de travail, son refus de la diminution de sa durée de travail de 20 heures à 16 heures hebdomadaires proposée comme alternative par la société Meubles Ikea France ne constitue pas non plus une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Il s'ensuit que son licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Au moment de son licenciement, Mme [B] avait au moins deux années d'ancienneté et la société Meubles Ikea France employait habituellement au moins onze salariés. En application de l'article L. 1235-3 du code du travail, dans sa rédaction alors applicable, Mme [B] peut prétendre à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse qui ne peut être inférieure au montant des salaires bruts qu'elle a perçus pendant les six derniers mois précédant son licenciement. Il convient en conséquence d'infirmier le jugement entrepris en ce qu'il a débouté la salariée de sa demande d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En raison de l'âge de la salariée au moment de son licenciement, de son ancienneté dans l'entreprise, du montant de la rémunération qui lui était versée et de son aptitude à retrouver un emploi, il convient de lui allouer, en réparation du préjudice matériel et moral qu'elle a subi, la somme de 10 000 euros à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. »

L'employeur, qui ne discute pas l'application de l'article L. 3123-24 du code du travail, lui reproche :

- première branche (manque de base légale) : de s'être bornée à énoncer que la salariée établissait, par son inscription à l'université et par les emplois du temps universitaires qu'elle produisait pour les années 2014/2015 et 2015/2016, que le changement de ses horaires de travail imposé par l'employeur suite à la suppression de l'ouverture de l'établissement les jeudis et vendredis en soirée à compter du 23 mars 2015, n'était pas compatible avec le suivi de cet enseignement supérieur, sans vérifier ni constater que la salariée produisait des documents attestant de ses horaires de cours sur la période visée par la lettre de licenciement,

- seconde branche (manque de base légale) : de s'être bornée, pour en déduire que le refus de la salariée du changement d'horaires ne constituait pas une faute ou un motif de licenciement, à affirmer que le changement des horaires imposé par l'employeur suite à la suppression de l'ouverture de l'établissement les jeudis et vendredis en soirée à compter du 23 mars 2015 n'était pas compatible avec le suivi d'un enseignement supérieur, sans rechercher si la salariée n'avait pas, par sa déloyauté, empêché l'employeur de fixer des horaires compatibles avec cet enseignement.

Il est proposé de rejeter le moyen par une **décision non spécialement motivée**.

La première branche ne tend, sous le couvert d'un grief non fondé de manque de base légale, qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine, par la cour d'appel, qui n'était pas tenue de s'expliquer sur chacune des pièces produites ni d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties, des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, parmi lesquels, notamment, un emploi du temps, des calendriers universitaires et des conventions de stage, figurant dans le bordereau de

communication de pièces de la salariée et couvrant l'intégralité des faits énoncés dans la lettre de licenciement.

Et la seconde branche n'est pas fondée dès lors que la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche que ses constatations, sur la réalité de l'incompatibilité d'horaires, rendaient inopérante, étant observé que l'employeur soutenait avoir sollicité vainement les emplois du temps de la salariée sans faire aucune offre de preuve à l'appui de cette allégation.

4.4. Sur le moyen du pourvoi de la salariée, relatif au recours au travail de nuit

4.4.1. Rappel des règles applicables sur le recours au travail de nuit

La directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail encadre le travail de nuit de la façon suivante :

- à l'article 2 « Définitions » :

« 4. "travailleur de nuit":

a) d'une part, tout travailleur qui accomplit *durant la période nocturne au moins trois heures de son temps de travail journalier* accomplies normalement;

b) d'autre part, tout travailleur qui est *susceptible d'accomplir, durant la période nocturne, une certaine partie de son temps de travail annuel*, définie selon le choix de l'État membre concerné:

i) *par la législation nationale, après consultation des partenaires sociaux, ou*

ii) *par des conventions collectives ou accords conclus entre partenaires sociaux au niveau national ou régional; »*

- à l'article 8 « Durée du travail de nuit » :

« **Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que:**

a) le temps de travail normal des travailleurs de nuit ne dépasse pas huit heures en moyenne par période de vingt-quatre heures;

b) *les travailleurs de nuit dont le travail comporte des risques particuliers ou des tensions physiques ou mentales importantes ne travaillent pas plus de huit heures au cours d'une période de vingt-quatre heures durant laquelle ils effectuent un travail de nuit.*

Aux fins du point b), le travail comportant des risques particuliers ou des tensions physiques ou mentales importantes est défini par les législations et/ou pratiques nationales ou par des conventions collectives ou accords conclus entre partenaires sociaux, compte tenu des effets et des risques inhérents au travail de nuit. »

- à l'article 9 « Évaluation de la santé et transfert au travail de jour des travailleurs de nuit », pour mémoire

- à l'article 10 « Garanties pour travail en période nocturne », pour mémoire

- à l'article 11 « Information en cas de recours régulier aux travailleurs de nuit », pour mémoire

- à l'article 12 « Protection en matière de sécurité et de santé », pour mémoire

- à l'article 17 « Dérogations » :

« 2. Les dérogations prévues aux paragraphes 3, 4 et 5 peuvent être adoptées par voie législative, réglementaire et administrative ou par voie de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux, à condition que des périodes équivalentes de repos compensateur soient accordées aux travailleurs concernés ou que, dans des cas exceptionnels dans lesquels l'octroi de telles périodes équivalentes de repos compensateur n'est pas possible pour des raisons objectives, une protection appropriée soit accordée aux travailleurs concernés.

3. Conformément au paragraphe 2 du présent article, **il peut être dérogé aux articles 3, 4, 5, 8 et 16:**

a) pour les activités caractérisées par un éloignement entre le lieu de travail et le lieu de résidence du travailleur, comme les activités offshore, ou par un éloignement entre différents lieux de travail du travailleur;

b) pour les activités de garde, de surveillance et de permanence caractérisées par la nécessité d'assurer la protection des biens et des personnes, notamment lorsqu'il s'agit de gardiens ou de concierges ou d'entreprises de gardiennage;

c) pour les activités caractérisées par la nécessité d'assurer la continuité du service ou de la production, notamment lorsqu'il s'agit:

i) des services relatifs à la réception, au traitement et/ou aux soins donnés par des hôpitaux ou des établissements similaires, y compris les activités des médecins en formation, par des institutions résidentielles et par des prisons;

ii) des personnels travaillant dans les ports ou dans les aéroports;

iii) des services de presse, de radio, de télévision, de productions cinématographiques, des postes ou télécommunications, des services d'ambulance, de sapeurs-pompiers ou de protection civile;

iv) des services de production, de transmission et de distribution de gaz, d'eau ou d'électricité, des services de collecte des ordures ménagères ou des installations d'incinération;

v) des industries dans lesquelles le processus de travail ne peut être interrompu pour des raisons techniques;

vi) des activités de recherche et de développement;

vii) de l'agriculture;

viii) des travailleurs concernés par le transport de voyageurs sur des services de transport urbain régulier;

d) en cas de surcroît prévisible d'activité, notamment:

i) dans l'agriculture;

ii) dans le tourisme;

iii) dans les services postaux;

e) pour les personnes travaillant dans le secteur du transport ferroviaire:

i) dont les activités sont intermittentes;

ii) qui accomplissent leur temps de travail à bord des trains, ou

iii) dont les activités sont liées aux horaires de transport et à l'assurance de la continuité et de la régularité du trafic;

f) dans les circonstances visées à l'article 5, paragraphe 4, de la directive 89/391/CEE;

g) en cas d'accident ou de risque d'accident imminent. »

En droit interne, aux termes de l'article L. 3122-32 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, devenu l'article L. 3122-1 après cette loi :

« Le recours au travail de nuit est exceptionnel. Il prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale. »

Cette disposition était, avant la recodification du code du travail opérée par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007, codifiée à l'article L. 213-1, alinéa 1, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001.

Voici comment la circulaire DRT n° 2002-09 du 5 mai 2002 relative au travail de nuit présentait, en introduction, la loi du 9 mai 2001 :

« La loi n° 2001-397, relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, du 9 mai 2001, permet de mettre le droit national en conformité avec la législation européenne tout en encadrant strictement par des dispositions protectrices le recours au travail de nuit.

En effet, l'article L. 213-1 du code du travail affirme le principe général selon lequel le recours au travail de nuit doit être exceptionnel. Il ne sera donc désormais possible de recourir exceptionnellement ou durablement à cette forme de travail que si cela est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale.

Le caractère exceptionnel peut être regardé par rapport à un secteur particulier (par exemple, les discothèques, les casinos, les hôpitaux...) pour lequel le travail de nuit est inhérent à l'activité. Pour les autres secteurs, le recours au travail de nuit doit être lié à l'examen préalable des autres possibilités d'aménagement du temps de travail. De plus, les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs devront être pris en compte. Ainsi, les critères de rentabilité des investissements ne sauraient être les seuls qui seront retenus.

Tous les secteurs sont concernés par cette nouvelle législation, à l'exception, toutefois, du personnel roulant et navigant du secteur des transports, exclu de la législation sur le travail de nuit par la loi de modernisation sociale. Le personnel sédentaire de ce secteur est, quant à lui, visé par le champ de la loi du 9 mai 2001.

La mise en place structurelle du travail de nuit dans une entreprise ou un établissement ou son extension à de nouvelles catégories de salariés est désormais subordonnée à la conclusion préalable d'une convention ou d'un accord collectif. Il peut s'agir soit d'un accord de branche étendu, soit d'un accord d'entreprise ou d'établissement.

La nouvelle législation permet de définir le travailleur de nuit et prévoit une série de dispositions relatives aux contreparties et garanties qui encadrent le recours au travail de nuit. Le décret n° 2002-792 du 3 mai 2002 publié au Journal officiel du 5 mai 2002 a permis de préciser 4 points :

- la définition du travailleur de nuit (sur une période de douze mois consécutifs) ;*
- les conditions de dérogation à la durée maximale quotidienne de 8 heures ;*
- les conditions d'affectation de travailleurs à des postes de nuit par l'inspecteur du travail ;*

- les modalités de la surveillance médicale instaurée en faveur de tous les travailleurs de nuit.

L'ensemble de ces nouvelles dispositions est codifié aux articles L. 213-1 à L. 213-5 et R. 213-1 à R. 213-8 du code du travail.

Les anciens articles R. 213-1 à R. 213-3 qui portaient sur le travail de nuit des femmes sont abrogés implicitement par ces nouvelles dispositions, aucune distinction n'étant désormais opérée dans ce domaine selon le sexe. »

Il est à noter que, au cours des travaux parlementaires, les contours de la justification du recours au travail de nuit ont été très discutés entre les deux chambres, la proposition de rédaction de l'Assemblée nationale - « *justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale* » - l'ayant emporté sur celle du Sénat - « *justifié par les contraintes économiques de l'entreprise ou par la nécessité d'assurer la continuité des services d'utilité sociale* » - qui avait des visées plus larges (rapport n° 251 déposé par Mme le sénateur Bocandé le 4 avril 2001).

Pour la période au cours de laquelle la salariée a été amenée à travailler la nuit (de courant 2012 à mars 2015, date à laquelle l'employeur n'a plus eu recours au travail de nuit), voici ce que prévoyait notamment le code du travail :

- aux termes de l'article L. 3122-29, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 :

« **Tout travail entre 21 heures et 6 heures est considéré comme travail de nuit.**

Une autre période de neuf heures consécutives, comprise entre 21 heures et 7 heures incluant, en tout état de cause, l'intervalle compris entre 24 heures et 5 heures, peut être substituée à la période mentionnée au premier alinéa par une convention ou un accord collectif de travail étendu ou un accord d'entreprise ou d'établissement.

A défaut d'accord et lorsque les caractéristiques particulières de l'activité de l'entreprise le justifient, cette substitution peut être autorisée par l'inspecteur du travail après consultation des délégués syndicaux et avis du comité d'entreprise ou des délégués du personnel s'il en existe. »

- selon l'article L. 3122-31, dans sa rédaction antérieure à la loi susvisée :

« **Est considéré comme travailleur de nuit** tout travailleur qui :

1° *Soit accompli, au moins deux fois par semaine, selon son horaire de travail habituel, au moins trois heures de son temps de travail quotidien durant la période définie à l'article L. 3122-29 ou à l'article L. 3122-30 ;*

2° *Soit accompli, au cours d'une période de référence, un nombre minimal d'heures de travail de nuit au sens de ces mêmes articles.*

Le nombre minimal d'heures de travail de nuit et la période de référence mentionnés au 2° sont fixés par convention ou accord collectif de travail étendu ou, à défaut, par décret en Conseil d'Etat pris après consultation des organisations représentatives au niveau national des employeurs et des salariés. »

- aux termes de l'article R. 3122-8, dans sa rédaction antérieure au décret n° 2016-1551 du 18 novembre 2016 :

« En l'absence de définition par une convention ou accord collectif de travail étendu, est considéré comme travailleur de nuit, au sens de l'article L. 3122-31, le travailleur qui accomplit, pendant une période de douze mois consécutifs, deux cent soixante dix heures de travail. »

- aux termes de l'article L. 3122-33, dans sa rédaction antérieure à la loi susvisée (étant précisé qu'après ladite loi, cette disposition a été transférée à l'article L. 3122-15) :

« La mise en place dans une entreprise ou un établissement du travail de nuit au sens de l'article L. 3122-31 ou son extension à de nouvelles catégories de salariés sont subordonnées à la conclusion préalable d'une convention ou d'un accord collectif de branche étendu ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement.

Cette convention ou cet accord collectif comporte les justifications du recours au travail de nuit mentionnées à l'article L. 3122-32. »

- aux termes de l'article L. 3122-36, dans sa rédaction antérieure à la loi susvisée :

« Par dérogation aux dispositions de l'article L. 3122-33, à défaut de convention ou d'accord collectif de travail et à condition que l'employeur ait engagé sérieusement et loyalement des négociations tendant à la conclusion d'un tel accord, les travailleurs peuvent être affectés à des postes de nuit sur autorisation de l'inspecteur du travail accordée notamment après vérification des contreparties qui leur seront accordées au titre de l'obligation définie à l'article L. 3122-39, de l'existence de temps de pause et selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

L'engagement de négociations loyales et sérieuses implique pour l'employeur d'avoir :

1° Convoqué à la négociation les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise et fixé le lieu et le calendrier des réunions ;

2° Communiqué les informations nécessaires leur permettant de négocier en toute connaissance de cause ;

3° Répondu aux éventuelles propositions des organisations syndicales. »

- aux termes de l'article R. 3122-16, dans sa rédaction antérieure au décret susvisé :

« La demande d'autorisation d'affectation de travailleurs à des postes de nuit présentée à l'inspecteur du travail par l'employeur sur le fondement de l'article L. 3122-36 justifie, de façon circonstanciée :

1° Les contraintes propres à la nature de l'activité ou au fonctionnement de l'entreprise qui rendent nécessaire le travail de nuit eu égard aux exigences de continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale ;

2° Le caractère loyal et sérieux de l'engagement préalable de négociations dans le délai maximum de douze mois précédant la demande ;

3° L'existence de contreparties et de temps de pause ;

4° La prise en compte des impératifs de protection de la santé et de la sécurité et des salariés.

L'avis des délégués syndicaux et du comité d'entreprise ou des délégués du personnel est joint à la demande. En l'absence de délégué syndical, de comité d'entreprise et de délégué du personnel, la demande est accompagnée d'un document attestant une information préalable des salariés.

L'inspecteur du travail fait connaître sa décision dans un délai de trente jours à compter de la date de réception de la demande à l'employeur et aux représentants du personnel. »

Il est précisé que les articles L. 3122-29 à L. 3122-31 composaient alors la sous-section 1 « Définitions » et que les articles L. 3122-32 à L. 3122-38 composaient la sous-section 2 « Conditions de mise en œuvre », les articles suivants étant répartis entre la sous-section 3 « Contreparties accordées aux salariés », la sous-section 3 « Surveillance médicale des travailleurs de nuit » et la sous-section 5 « Retour au travail de jour ».

Nous pouvons ajouter que la loi n° 2016-990 du 6 août 2015 a créé, à l'article L. 3122-29-1, une dérogation, pour les établissements de vente au détail qui mettent à disposition des biens et des services et qui sont situés dans les zones mentionnées à l'article L. 3132-24 (soit les zones touristiques internationales), prévoyant le report du début de la période de travail de nuit, afin de favoriser le travail en soirée.

Et qu'une présomption de conformité de la convention ou de l'accord collectif mettant en place le travail de nuit aux dispositions de l'article L. 3122-1 (anciennement L. 3122-32) a été insérée à l'article L. 3122-15 du code du travail par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, présomption déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018.

Mais cette présomption, insérée dans le code du travail à une date à laquelle la relation de travail liant les parties avait déjà pris fin, n'est pas applicable au cas d'espèce, l'ordonnance ne prévoyant aucune disposition tendant à sa rétroactivité dans ses dispositions finales et transitoires.

Les dispositions de l'article L. 3122-32 du code du travail ont été soumises à un contrôle de constitutionnalité.

Sur saisine de notre chambre (Soc., 8 janvier 2014, pourvoi n° 13-24.851, Bull. 2014, V, n° 1), le Conseil constitutionnel a déclaré ces dispositions conformes à la Constitution dans sa décision n° 2014-373 QPC du 4 avril 2014, notamment en considération des éléments suivants :

« 8. Considérant que, selon la société requérante et les parties intervenantes, les dispositions contestées sont entachées d'une incompétence négative ; qu'elles méconnaîtraient également l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ainsi que le principe de légalité des délits et des peines ; que ces dispositions méconnaîtraient la liberté d'entreprendre et le droit de chacun d'obtenir un emploi ;

(...)

. En ce qui concerne le grief tiré de l'atteinte à la liberté d'entreprendre :

14. Considérant que, selon la société intervenante, en réservant le recours au travail de nuit aux seuls employeurs justifiant de la nécessité d'assurer la continuité de

l'activité économique ou des services d'utilité sociale, les dispositions de l'article L. 3122-32 du code du travail méconnaissent la liberté d'entreprendre ;

15. 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 ;

16. Considérant qu'aux termes du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ; qu'aux termes de son onzième alinéa, « elle garantit à tous... la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs » ;

17. Considérant qu'en prévoyant que le recours au travail de nuit est exceptionnel et doit être justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale, le législateur, compétent en application de l'article 34 de la Constitution pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, a opéré une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, et les exigences tant du dixième alinéa que du onzième alinéa du Préambule de 1946 ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre doit être écarté ;

. En ce qui concerne les autres griefs :

(...)

19. Considérant que les dispositions contestées, qui ne sont en tout état de cause pas entachées d'inintelligibilité, ne méconnaissent ni le droit pour chacun d'obtenir un emploi ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ; qu'elles doivent être déclarées conformes à la Constitution, »

Et notre chambre a récemment jugé une question portant sur la conformité à la Constitution de l'interprétation donnée à l'article L. 3122-1 (anciennement L. 3122-32) du code du travail par les chambres sociale et criminelle irrecevable (Soc., 21 juin 2023, pourvoi n° 23-40.007, publié).

Nous pouvons rappeler ainsi cette interprétation.

La chambre criminelle s'attache à la situation propre à chaque établissement pour vérifier si les critères du recours au travail de nuit sont satisfaits, la charge de la preuve pesant sur l'employeur qui s'en prévaut. Voir :

- Crim., 2 septembre 2014, pourvoi n° 13-83.304, cet arrêt posant une interprétation stricte des critères posés par l'article L. 3122-1 (ancien article L. 3122-32) :

« Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et du procès-verbal de l'inspection du travail, base de la poursuite, qu'un contrôle effectué le 24 septembre 2010 par les services de ladite inspection dans un supermarché d'alimentation générale exploité par la société Zoveco dis, dont M. X... est le gérant, a permis de constater que deux salariés effectuaient une partie de leurs activités au-delà de 21 heures ; que la

société Zoveco dis et son gérant ont été cités devant le tribunal de police pour mise en place illégale d'un travail de nuit au sens de l'article L. 3122-32 du code du travail ; que le tribunal ayant déclaré les prévenus coupables, ceux-ci et le ministère public ont relevé appel de cette décision ;

Attendu que, pour confirmer le jugement entrepris et condamner les prévenus du chef susvisé, l'arrêt énonce que, si les deux salariés concernés n'étaient pas des travailleurs de nuit au sens de l'article L. 3122-31 du code du travail, une partie de leur travail au-delà de 21 heures n'en constituait pas moins un travail de nuit, qui doit rester exceptionnel ; que les juges ajoutent que l'activité de commerce alimentaire n'exige pas, pour l'accomplir, de recourir au travail de nuit ;

Attendu qu'en se déterminant par ces seuls motifs, la cour d'appel a fait une exacte application des textes visés au moyen ; »

Voici comment cet arrêt a été commenté à la *Revue de jurisprudence sociale* de 2014, n° 782 :

« La question qui se posait dans cette affaire était celle de savoir si le recours au travail de nuit dans le secteur du commerce alimentaire était justifié au regard de l'article L 3122-32 du Code du travail. Approuvant la cour d'appel, la Cour de cassation répond par la négative. Ce faisant, elle interprète strictement l'expression de « nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ». Elle valide ainsi la position de l'administration, selon laquelle le travail de nuit ne peut être instauré que dans les secteurs pour lesquels il est inhérent à l'activité, par exemple, dans les discothèques, les casinos, les hôpitaux, etc. (Circ. DRT 2002-09 du 5 mai 2002, introduction : BOMT 2002-11). On observera également que la Cour exerce un contrôle lourd sur la question.

Si la solution ne surprend pas au plan juridique, elle risque de susciter des difficultés pratiques. En effet, elle aboutit à interdire de faire travailler les salariés des magasins d'alimentation après 21 heures, moment auquel commence la période légale du travail de nuit. Sauf pour les employeurs à utiliser la faculté qui leur est ouverte par l'article L 3122-29 du Code du travail, c'est-à-dire de substituer à la période légale du travail de nuit, 21 heures - 6 heures, une autre période de 9 heures consécutives comprise entre 21 heures et 7 heures, par voie de convention ou d'accord collectif étendu ou d'accord d'entreprise ou d'établissement ou, sous certaines conditions, sur autorisation de l'inspecteur du travail. »

- Crim., 19 juin 2018, pourvoi n° 17-80.299 :

« Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué, des pièces de procédure et du procès-verbal de l'inspection du travail, base de la poursuite, que deux contrôles effectués par les services de ladite inspection dans un magasin d'alimentation générale exploité par la société Distribution Casino France, ayant pour directeur M. X..., ont permis de constater que, sur la période du premier mars au 9 avril 2013, sept salariés avaient effectué une partie de leurs activités après 21 heures ; que la société et le directeur de magasin ont été cités devant le tribunal de police du chef de mise en place illégale d'un travail de nuit au sens des dispositions de l'article L. 3122-32 du code du travail; que le tribunal ayant déclaré les prévenus coupables de 110 infractions sur 115 visées dans la prévention, ceux-ci ont relevé appel de cette décision ;

Attendu qu'infirmité partiellement le jugement entrepris, pour déclarer les prévenus coupables de la totalité des 115 contraventions visées à la prévention, après avoir rappelé les dispositions des articles L. 3122-29, L. 3122-32 et L. 3122-33 du code du travail, relatives au travail de nuit, l'arrêt énonce que la société Distribution Casino France ne démontre ni les difficultés nécessitant, selon elle, l'ouverture de l'établissement à la clientèle après 21 heures, ni qu'il fût dérogé au mode d'organisation normale du travail de son personnel, dont il n'est pas établi qu'il ait été volontaire pour travailler après 21 heures ; que les juges ajoutent qu'à supposer que les contreparties accordées aux salariés permettent de répondre aux impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs de nuit, l'attractivité commerciale liée à l'ouverture de nuit du magasin, qui n'offre pas de services d'utilité sociale, ne constitue pas une nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique au sens de l'article L. 3122-32 du code du travail, l'activité de commerce alimentaire n'obligeant pas, pour satisfaire les exigences élémentaires de la clientèle, de recourir au travail de nuit ; que la cour d'appel conclut que c'est à bon droit que le premier juge est entré en voie de condamnation à l'encontre des prévenus en se fondant tant sur la convention collective nationale du commerce du 12 juillet 2001, étendue par arrêté du 26 juillet 2002, dont l'article 5.12, invoqué par les prévenus, se borne à autoriser le recours à des « horaires d'ouverture adaptés à l'accueil du public dans des conditions optimales », que sur l'article L. 3122-32 du code du travail, disposant que le recours au travail de nuit, exceptionnel, prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, exemptes d'insuffisance comme de contradiction, et répondant aux chefs péremptoires des conclusions régulièrement déposées devant elle, dont il résulte, que, sans mettre en cause la conformité de la convention collective invoquée aux dispositions de l'article L.3122-32, devenu L.3122-1 du code du travail, elle a souverainement apprécié, à partir des éléments de fait constatés et contradictoirement discutés, que le travail de nuit effectué par les salariés de la société Casino n'entraîne pas dans le champ d'application de ladite convention, tel que délimité par les termes de celle-ci, la cour d'appel a caractérisé, en tous leurs éléments matériel et moral, les infractions dont elle a déclaré les prévenus coupables ; »

- Crim., 4 septembre 2018, pourvoi n° 17-83.674, cet arrêt posant la règle de preuve :

« Attendu que, pour confirmer le jugement entrepris sur la culpabilité de la société et la condamner du chef susvisé, l'arrêt, énonce qu'en application de l'article L. 3122-32 du code du travail, applicable à la date des faits, devenu L. 3122-1 de ce code, et de l'article 5-12 de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001 étendue par arrêté du 26 juillet 2002 à laquelle la société est soumise, le caractère exceptionnel du recours au travail de nuit, qui prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, s'apprécie au regard du secteur d'activité pour lequel cette forme de travail est inhérente ou pour lequel il n'existe pas d'autres possibilités d'aménagement du temps de travail ; que le juge relève que, si en application de la première des dispositions susvisées, le travail de nuit peut être justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou celle de services

d'utilité sociale, ce que précisent les dispositions de la convention collective susvisée, la société n'a pas établi en quoi les difficultés de livraison alléguées nécessitent l'ouverture de ses établissements à la clientèle de nuit et qu'il soit dérogé au mode d'organisation normale du travail de son personnel ; qu'il ajoute que la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou celle d'un service d'utilité sociale ne saurait être constituée par l'attraction commerciale que peut exercer l'ouverture d'un commerce de nuit ;

Attendu qu'en prononçant par ces motifs, exempts d'insuffisance comme de contradiction et répondant aux chefs péremptoires des conclusions régulièrement déposées devant elle, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre la société prévenue dans le détail de son argumentation, a justifié sa décision sans encourir les griefs allégués au moyen, dès lors qu'il appartenait à la société requérante d'établir en quoi le recours au travail de nuit, lequel constitue un mode exceptionnel de conditions de travail, était justifié en l'espèce en application des dispositions légales et de la convention collective invoquée ; »

- Crim., 4 septembre 2018, pourvoi n° 17-83.679 :

« Attendu que, pour confirmer le jugement entrepris sur la culpabilité de la société prévenue et la condamner du chef susvisé, l'arrêt énonce que cette dernière n'a pas contesté le recours à l'emploi régulier de salariés après 21 heures tel que retenu par l'inspection du travail au cours de la période considérée ; que le juge ajoute que l'article L. 3122-32 du code du travail, devenu L. 3122-1 de ce code, énonce que le recours au travail de nuit est exceptionnel, qu'il prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale ; qu'il précise que les conditions posées afin de permettre le travail de nuit s'apprécient au regard du secteur d'activité pour lequel cette forme d'activité est inhérente ou pour lequel il n'existe pas d'autres possibilités d'aménagement du temps de travail ; qu'il relève que tel n'est pas le cas en l'espèce, l'employeur n'établissant pas que les difficultés de livraison alléguées et le caractère périssable de certaines denrées nécessitent que son établissement soit ouvert à la clientèle de nuit et qu'il soit dérogé au mode d'organisation normale du travail de son personnel ; qu'il en déduit que l'infraction poursuivie est caractérisée en tous ses éléments à l'encontre de la société, représentée par Mme X..., directrice titulaire d'une délégation de pouvoirs, comme à l'encontre de cette dernière ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, abstraction faite des motifs surabondants et erronés résultant de l'affirmation que la société prévenue n'a pas contesté le recours à l'emploi régulier de salariés après 21 heures, justement critiqué à la première branche du moyen, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre la société prévenue dans le détail de son argumentation, a justifié sa décision sans encourir les griefs allégués au moyen, dès lors que, d'une part, l'article R. 3124-15 du code du travail, dans sa version applicable à la date des faits, sanctionne toute violation des dispositions relatives au travail de nuit, notamment celle de l'interdiction de faire travailler des salariés après 21 heures, posée par l'ancien article L. 3122-29 dudit code, reprise aux articles L. 3122-1 et L. 3122-2, alinéa 2, de ce code et que cette interdiction ne se confond pas avec les conditions exigées par l'article L. 3122-31 devenu L. 3122-5 du même code, pour qu'un salarié puisse être considéré comme travailleur de nuit et bénéficiaire des garanties et contreparties spécifiques en

résultant, d'autre part, la démonstration d'un travail effectif reviendrait à exiger la preuve d'un élément supplémentaire que ni l'ancien article L.3122-29 du code du travail, et ni les articles L. 3121-1 et L. 3121-2 de ce code n'ont prévue ; »

- Crim., 16 octobre 2018, pourvoi n° 17-83.703 :

« Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure qu'un inspecteur du travail s'est présenté le 10 avril 2014 à 21 heures 45 dans les locaux du site parisien de la société Métro Cash & Carry France, société exerçant une activité de commerce alimentaire de gros réservé aux professionnels, où il a notamment constaté, en présence du responsable, la présence de dix-neuf salariés, vendeurs ou caissiers, en action de travail qui lui ont tous déclaré travailler habituellement dans des créneaux horaires situés entre 19 heures et 5 heures du matin ; que citée devant le tribunal de police du chef susvisé, la société prévenue a été condamnée à dix-neuf amendes de 2 000 euros ;

Attendu que, pour confirmer le jugement entrepris et condamner la société prévenue du chef susvisé, l'arrêt énonce que le caractère exceptionnel visé à l'article L. 3122-1 du code du travail s'apprécie au regard du secteur d'activité pour lequel le travail de nuit est inhérent ou pour lequel il n'existe pas d'autres possibilités d'aménagement du temps de travail, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, la société Métro Cash & Carry France n'établissant pas que les difficultés de livraison alléguées nécessitent que son établissement soit ouvert à la clientèle de nuit et qu'il soit dérogé au mode d'organisation normale du travail de son personnel ; que le juge ajoute qu'à supposer que les contreparties accordées aux salariés, prévues par la loi, et les mesures d'accompagnement mises en oeuvre permettent de répondre aux impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs de nuit, l'attraction commerciale liée à l'ouverture de nuit de l'établissement, qui n'offre pas des services d'utilité sociale, ne constitue pas une nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique au sens de l'article L. 3122-1 du code du travail et que la société ne peut se prévaloir du souhait de certains de ses salariés de travailler la nuit pour déroger aux dispositions protectrices de ce même article, lesquelles, applicables à l'ensemble de ses salariés, sont d'ordre public ; qu'il souligne que la discussion tirée de l'article L. 3122-33 du code du travail sur la conclusion préalable d'une convention ou d'un accord collectif est dénuée de pertinence dès lors que cette convention ou cet accord collectif ne peut déroger aux dispositions protectrices d'ordre public de cette loi et suppose, pour être conclu, que les conditions du recours au travail de nuit énoncées à l'article L. 3122-1 soient réunies, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, dès lors qu'au sens de ces textes du code du travail, alors en vigueur, le travail de nuit doit rester exceptionnel et être d'abord justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale avant que sa mise en place ne soit subordonnée à la conclusion préalable d'une convention ou d'un accord collectif de branche étendu ou d'un accord d'entreprise ou d'établissement, la cour d'appel, qui n'a pas remis en cause la conformité de la convention collective invoquée aux dispositions de l'article L. 3122-32 du code du travail, a fait une exacte application des textes visés au moyen ; »

- Crim., 11 décembre 2018, pourvoi n° 17-87.432 :

« Attendu que, pour confirmer la décision déferée en ce qu'elle avait jugé que les prévenus ne pouvaient employer de salariés entre 21 heures et 6 heures malgré l'existence d'un accord collectif relatif au travail en soirée au sein de l'établissement Monoprix Tolbiac, l'arrêt énonce qu'il est constant que du fait du caractère exceptionnel du travail de nuit, celui-ci ne peut pas être le mode d'organisation normal du travail au sein d'une entreprise et ne doit être mis en oeuvre que lorsqu'il est indispensable à son fonctionnement ce qui s'apprécie au regard du secteur d'activité pour lequel le travail de nuit est inhérent ou pour lequel il n'existe pas d'autres possibilités d'aménagement du temps de travail, ce qui n'est pas le cas des commerces d'alimentation ; que le juge ajoute que les besoins de la clientèle de l'établissement de Monoprix Tolbiac ne sont pas spécifiques à ce magasin ou à sa localisation et que les difficultés de livraison, les contraintes de respect de la chaîne du froid, les nécessités d'approvisionnement et de présentation des normes de sécurité sont inhérents à l'activité de tout commerce d'alimentation ; qu'il précise que le recours au travail de nuit, s'il peut présenter des avantages économiques pour l'entreprise pour avantager son positionnement commercial et concurrentiel n'est pas nécessaire en l'espèce pour assurer la continuité de l'activité économique en cause, même dans une zone qualifiée par l'entreprise de forte affluence nocturne sans démonstration de cette affirmation ; que le juge observe que les critères développés dans l'accord ne permettent pas en ce qu'ils ne correspondent pas à une situation exceptionnelle de déroger au mode d'organisation normale du travail de son personnel et qu'**à supposer que les contreparties accordées aux salariés, prévues par la loi, et les mesures d'accompagnement mises en oeuvre par l'établissement Monoprix Tolbiac conformes aux impératifs de santé et de sécurité des travailleurs de nuit, le recours au travail de nuit dans cet établissement n'est pas indispensable au fonctionnement de l'entreprise pas plus qu'il n'est nécessaire à assurer la continuité de l'activité économique** ; qu'il en déduit que les conditions du recours au travail de nuit n'étant pas réunies l'accord relatif aux garanties salariales et sociales ne pouvait déroger aux dispositions protectrices d'ordre public de cette loi ; que par ailleurs le juge relève que cet accord n'a pas été négocié et conclu conformément aux dispositions de l'article L.3122-1 du code du travail subordonnant le recours au travail de nuit à la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale et qu'il ne satisfait pas aux exigences de l'article L. 3122-32 du code du travail ; qu'il conclut que les prévenus ne pouvaient par conséquent employer de salariés entre 21 heures et 6 heures afin de satisfaire une clientèle nocturne, sans porter atteinte au caractère exceptionnel du travail de nuit, quand bien même ils y eussent été autorisés par un accord collectif, lequel ne saurait déroger à des prévisions légales d'ordre public pour la recherche principale de la préservation du positionnement commercial et concurrentiel de l'entreprise ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, exemptes d'insuffisance comme de contradiction, dont il résulte qu'elle a souverainement apprécié, d'une part, que la situation de cet établissement ne rendait pas nécessaire le recours au travail de nuit, d'autre part, que le contenu de l'accord collectif du 29 janvier 2014 ne répondait pas aux prescriptions d'ordre public de l'article L. 3122-32 du code du travail applicable à l'époque des faits, la cour d'appel a justifié sa décision ; »

- Crim., 7 janvier 2020, pourvoi n° 18-83.074, publié :

« Vu l'article L. 3122-32, devenu L. 3122-1, du code du travail et 593 du code de procédure pénale ;

Attendu qu'il résulte du premier de ces textes qu'il ne peut être recouru au travail de nuit que de façon exceptionnelle et en considération de la situation propre à chaque établissement, et seulement lorsqu'il est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou de services d'utilité sociale ;

Que l'existence d'une convention collective, dût-elle être présumée valide, ne suffit pas à établir que ces conditions sont réunies ;

Attendu qu'en application du second de ces textes, tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ;

Attendu que pour infirmer le jugement et relaxer les prévenus du chef de mise en place illégale du travail de nuit dans une entreprise, l'arrêt énonce que celui-ci est autorisé dans les conditions énoncées aux articles L. 3122-1 et 3122-15 du code du travail ;

Que le juge ajoute que l'article 5-12 de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001, négociée et signée par les organisations syndicales représentatives investies de la défense des droits et intérêts des salariés et applicable à la société Monop', envisage le travail de nuit comme étant celui qui se déroule entre 21 heures et 7 heures du matin ; que l'utilité sociale d'un commerce alimentaire ouvrant après 21 heures dans une grande métropole où de nombreux travailleurs finissent leur activité professionnelle très tard le soir et doivent entreprendre de longs trajets pour rentrer chez eux, répond à un besoin profond des consommateurs, ce dont témoigne le décalage des rythmes de vie observé dans la société depuis de nombreuses années ; que l'accord de branche étendu du 12 juillet 2001 l'autorise expressément en prévoyant des compensations et des garanties liées au volontariat des salariés concernés ;

Que la cour d'appel précise encore que depuis l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, il est conféré à un tel accord collectif une présomption de légalité que les parties civiles n'ont pas renversé en l'espèce ;

Mais attendu qu'en statuant ainsi, par des motifs ne répondant pas aux exigences des dispositions d'ordre public de l'article L. 3122-32, devenu L. 3122-1 du code du travail, alors qu'il lui appartenait de mieux contrôler si ces exigences étaient remplies dans le cas de l'établissement en cause, fût-ce en écartant les clauses d'une convention ou accord collectif non conformes, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ; »

Voici comment cet arrêt a été commenté à la *Revue de jurisprudence sociale* de 2020, n° 134 :

« La volonté affirmée du législateur était alors d'encadrer le travail de nuit, par l'énoncé de prescriptions d'ordre public, pénalement sanctionnées, tout en

encourageant la négociation collective à préciser les conditions de la mise en place du cadre et des modalités du travail de nuit. L'ordonnance 2017-1387 du 22 septembre 2017 a poursuivi dans le même sens, ajoutant un dernier alinéa à l'article L 3122-15 du Code du travail, aux termes duquel la convention ou l'accord collectif est « présumé » négocié et conclu conformément aux dispositions de l'article L 3122-1 du même Code.

La détermination du sens et de la portée de cette présomption fondent, à titre principal, le premier moyen, qui pose une question inédite, à laquelle la chambre a répondu par un arrêt publié au bulletin de la chambre criminelle.

Déjà, la Cour de cassation avait jugé que, dans le secteur de la grande distribution alimentaire, l'infraction au travail de nuit est caractérisée dès lors que l'employeur fait exécuter à deux salariés une partie de leur travail après 21 heures. et que l'activité de commerce alimentaire n'exige pas, pour l'accomplir, de recourir au travail de nuit, lequel doit rester exceptionnel (Cass. crim. 2-9-2014 n° 13-83.304 F-D : RJS 11/14 n° 782).

Il résulte de ce courant prétorien qu'à défaut de convention ou d'accord collectif modifiant la plage horaire du travail de nuit, tout travail accompli entre 21 heures et 6 heures est qualifié de travail de nuit.

L'autre apport de l'arrêt du 2 septembre 2014 est d'avoir interprété strictement l'expression de « nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale » au sens de l'article L 3122-1 du Code du travail (R. Salomon et A. Martinel, Droit pénal social [droit pénal du travail et de la sécurité sociale], Economica coll. Corpus droit privé, 2019 n° 284). Ce faisant, la chambre criminelle a validé la position de l'administration, selon laquelle le travail de nuit ne peut être instauré que dans les secteurs pour lesquels il est inhérent à l'activité, par exemple, dans les discothèques, les casinos, les hôpitaux, etc. (Circ. DRT 9 du 5-5-2002, introduction : BOMT 2002-11). Cette solution a été confirmée par la suite (Cass. crim. 11-12-2018 n° 17-87.432 F-D : RJS 2/19 n° 104).

En définitive, comme le résume fort bien Monsieur l'avocat général Lemoine dans ses conclusions rendues dans l'arrêt aujourd'hui commenté, « la Cour de cassation érige en principe que, d'une part le travail de nuit doit rester exceptionnel et ne peut constituer le mode normal d'organisation d'une entreprise en particulier dans le secteur de la vente de détail alimentaire et qu'il appartient, au cas par cas, à l'employeur d'en justifier la nécessité, d'autre part qu'un accord d'entreprise ne saurait avoir pour effet de porter atteinte au respect des prescriptions légales encadrant strictement le recours au travail de nuit, érigé au rang de principe d'ordre public du droit du travail et dont la définition n'a pas été modifiée par la loi du 8 août 2016. L'article L 3122-20, dans sa rédaction issue de ce texte, précise en effet qu'à défaut de convention ou d'accord collectif, tout travail accompli entre 21 h et 6 h est un travail de nuit ».

C'est ainsi que, dans un chapeau intérieur de cassation, l'arrêt de la chambre criminelle du 7 janvier 2020 juge qu'il résulte de l'article L 3122-1 du Code du travail « qu'il ne peut être recouru au travail de nuit que de façon exceptionnelle et en considération de la situation propre à chaque établissement, et seulement lorsqu'il est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou de services d'utilité sociale », et que « l'existence d'une convention collective, dût-elle être présumée valide, ne suffit pas à établir que ces conditions sont réunies ».

Cette dernière censure une première fois l'arrêt d'appel pour avoir retenu que les parties civiles n'avaient pas renversé cette présomption, alors qu'elle devait uniquement analyser les conditions posées par cette convention à la mise en place du travail de nuit dans les magasins de l'enseigne au regard des exigences des

articles L 3122-1, L 3122-15 et L 3122-32 du Code du travail, « fût-ce en écartant les clauses d'une convention ou accord collectif non conformes ». »

- Crim., 10 mars 2020, pourvoi n° 18-85.832 :

« 19. Pour déclarer la société Monop' coupable d'infractions à la réglementation sur le travail de nuit et confirmer le jugement, l'arrêt énonce que l'article R. 3124-15 du code du travail, dans sa rédaction issue du décret n° 2016-1551 du 18 novembre 2016, prévoit que le fait de méconnaître les dispositions relatives au travail de nuit prévues par les articles L. 3122-1 à L. 3122-24, L. 3163-1 et L. 3163-2, ainsi que celles des décrets pris pour leur application, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe, prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par l'infraction.

20. Les juges ajoutent que l'infraction en cause, aussi prévue par l'ancienne rédaction de l'article R. 3124-15, et punie des mêmes peines que celles prévues actuellement, la fixation de l'heure de début de travail de nuit à 21 heures étant également constante entre le nouveau et l'ancien texte, et les nouvelles dispositions n'étant pas moins sévères que les précédentes, il convient d'appliquer celles en vigueur au moment des faits poursuivis.

21. Ils indiquent, sur cette base, que la société prévenue ne relevant d'aucune convention collective décalant la période de travail de nuit et ne justifiant d'aucune autorisation en ce sens de l'inspection du travail, de même que le magasin de la gare Saint-Lazare n'étant pas situé dans l'une des dix-huit zones touristiques internationales pouvant bénéficier d'un régime dérogatoire, relève dès lors des dispositions de droit commun en vigueur lors des faits, la période de nuit débutant à 21 heures.

22. En se fondant d'une part, sur l'article 5-12 de la convention collective nationale du commerce de détail et de gros à prédominance alimentaire du 12 juillet 2001, étendue par arrêté du 26 juillet 2012 à laquelle était soumise, au moment des faits, la société Monop', et d'autre part, sur les dispositions des articles L. 3122-32 et suivants du code du travail en vigueur au moment des faits, les juges retiennent qu'en l'espèce le travail après 21 heures, qui a été constaté par l'inspection du travail, n'est justifié par la prévenue que par une politique commerciale et un souci concurrentiel traduits dans son argumentaire en défense, le travail de nuit ne pouvant devenir le principe sous couvert de lutter contre la concurrence ou pour répondre à une demande de la clientèle très passante jusqu'à des heures tardives dans le lieu d'implantation du magasin.

23. Ils concluent que l'infraction reprochée sur le fondement de l'article R. 3124-15 du code du travail et des textes associés dans leur rédaction au moment des faits est caractérisée.

24. En l'état de ces énonciations, dont il résulte que le travail de nuit effectué par les salariés de la société Monop' ne remplissait pas les conditions pour y recourir exigées par la convention collective nationale à laquelle la prévenue était soumise, et dès lors que d'une part, l'article L. 3122-2 du code du travail issu de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017 n'a pas modifié la définition du travail de nuit, d'autre part, les prescriptions de l'article L.3122-32 du

même code applicable à l'époque des faits, claires et précises, sont d'ordre public et ne créent aucune incertitude quant à leurs modalités d'application, la cour d'appel a justifié sa décision. »

La chambre sociale a également précisé les contours des conditions de recours au travail de nuit. Voir :

* pour des exemples dans lesquels le recours au travail de nuit n'était pas justifié :

- Soc., 24 septembre 2014, pourvoi n° 13-24.851, Bull. 2014, V, n° 205 :

« Mais attendu, d'abord, que selon l'article L. 3122-32 du code du travail interprété à la lumière de la directive 93/104 du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, le recours au travail de nuit est exceptionnel ; qu'il prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale ; qu'il en résulte que le travail de nuit ne peut pas être le mode d'organisation normal du travail au sein d'une entreprise et ne doit être mis en oeuvre que lorsqu'il est indispensable à son fonctionnement ;

Attendu, ensuite, que le fait pour un employeur de recourir au travail de nuit en violation des dispositions légales susvisées constitue un trouble manifestement illicite ;

Et attendu qu'ayant relevé que la société, qui exerce dans un secteur, le commerce de parfumerie, où le travail de nuit n'est pas inhérent à l'activité, ne démontrait pas qu'il était impossible d'envisager d'autres possibilités d'aménagement du temps de travail, non plus que son activité économique supposait le recours au travail de nuit, dès lors que les difficultés de livraison alléguées ne nécessitaient pas pour autant que le magasin fût ouvert à la clientèle la nuit et que l'attractivité commerciale liée à l'ouverture de nuit du magasin des Champs-Élysées ne permettait pas de caractériser la nécessité d'assurer la continuité de l'activité, et alors qu'il ne résulte ni de l'arrêt ni des productions qu'une quelconque violation des dispositions tant de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ou encore de la Déclaration universelle des droits de l'homme, a été invoquée par la société devant les juges du fond, la cour d'appel en a exactement déduit l'existence d'un trouble manifestement illicite ;

D'où il suit que le moyen, irrecevable comme nouveau et mélangé de fait et de droit en sa septième branche, n'est pas fondé pour le surplus ; »

- Soc., 30 janvier 2019, pourvoi n° 17-22.018 :

« Vu l'article L. 3122-32 du code du travail, alors applicable ;

Attendu que, selon l'article L. 3122-32 du code du travail, interprété à la lumière de la directive 2003/88/CE, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, le recours au travail de nuit est exceptionnel ; qu'il prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité

économique ou des services d'utilité sociale ; qu'il en résulte que le travail de nuit ne peut pas être le mode d'organisation normal du travail au sein d'une entreprise et ne doit être mis en oeuvre que lorsqu'il est indispensable à son fonctionnement ;

Attendu que, pour rejeter la demande du salarié au titre du travail de nuit, l'arrêt retient que le travail de nuit dans les entreprises de métallurgie est prévu par l'accord collectif du 3 janvier 2002 et que cet accord rappelle la nécessité d'y recourir pour assurer la continuité de l'activité économique ;

Qu'en se déterminant ainsi, alors que le salarié faisait valoir que le travail effectué partiellement la nuit n'avait rien d'exceptionnel et n'était pas justifié par l'activité économique de l'entreprise, et sans rechercher, comme il lui était demandé, si le recours au travail de nuit au sein de la société était justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique et était indispensable à son fonctionnement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ; »

- Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 18-24.130 :

« 1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 7 septembre 2018), rendu en référé, un accord du 9 décembre 2016 a organisé le recours au travail de nuit au sein des sociétés composant l'UES Monoprix afin, d'une part, de permettre l'ouverture au public de certains magasins jusqu'à 22 heures, d'autre part, en faisant travailler certains salariés à partir de 5 heures, d'assurer l'ouverture au public dans des conditions optimales compte tenu des contraintes logistiques, de circulation ou opérationnelles auxquelles sont confrontés certains magasins. Le recours au travail de nuit est encadré au sein de l'établissement Monoprix Richelieu Drouot par un accord du 22 novembre 2013 et au sein de l'établissement Monoprix Pelleport par un accord du 20 décembre 2013.

2. L'union syndicale CGT du commerce, de la distribution et des services de Paris, le syndicat CGT-FO des employés et cadres du commerce de Paris, le syndicat Sud commerce et services Ile-de-France, le Syndicat des employés du commerce et des interprofessionnels et le Syndicat commerce indépendant et démocratique ont saisi en référé un tribunal de grande instance pour qu'il soit fait interdiction, sous astreinte, à la société Monoprix exploitation (la société) d'employer des salariés dans l'ensemble de ses établissements entre 21 heures et 6 heures. Le syndicat SNEC CFE-CGC est intervenu volontairement à l'instance.

(...)

4. Selon l'article L. 3122-1 du code du travail, interprété à la lumière de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, le recours au travail de nuit est exceptionnel. Il prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale. Il en résulte que le travail de nuit ne peut pas être le mode d'organisation normal du travail au sein d'une entreprise et ne doit être mis en oeuvre que lorsqu'il est indispensable à son fonctionnement.

5. Le fait pour un employeur de recourir au travail de nuit en violation de ce texte constitue un trouble manifestement illicite.

6. La cour d'appel a relevé que l'ouverture au public jusqu'à 22 heures des magasins exploités par la société n'était pas indispensable à l'activité économique de celle-ci. Elle a exactement retenu que l'ouverture de nuit d'un établissement de vente au détail mettant à disposition de sa clientèle des biens et services ne s'analysait pas en un service d'utilité sociale au sens du texte précité. Elle en a déduit à bon droit, sans inverser la charge de la preuve, que le recours au travail de nuit pour ce motif n'était pas justifié et constituait un trouble manifestement illicite.

7. Le moyen n'est donc pas fondé. »

* pour des exemples, à l'inverse, dans lesquels le recours au travail de nuit n'était pas illicite :

- Soc., 8 novembre 2017, pourvoi n° 16-15.584, Bull. 2017, V, n° 190 :

« Mais attendu qu'il résulte du préambule de l'accord de la branche sanitaire, sociale et médico-sociale à but non lucratif visant à mettre en place le travail de nuit du 17 avril 2002 étendu, applicable à l'association la Croix-Rouge française, que le recours au travail de nuit est justifié par la prise en charge continue des usagers ; que la cour d'appel ayant relevé que l'association était autorisée au travail de nuit en vertu des normes applicables et constaté, sans qu'il lui soit nécessaire de préciser les pièces qu'elle décidait d'écarter ou de retenir, que la structure fonctionnait avec une permanence d'accueil d'urgence humanitaire 24 heures sur 24, 7 jours sur 7, a légalement justifié sa décision ; »

- Soc., 30 mai 2018, pourvoi n° 16-26.394, Bull. 2018, V, n° 92 :

« Attendu que les syndicats et les salariés font grief à l'arrêt de les débouter de leur demande et de dire n'y avoir lieu à référé alors, selon le moyen :

1°/ que selon l'article L. 3122-32 du code du travail (dans sa rédaction applicable à la cause), interprété à la lumière de la directive n° 93/104/CE du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, le recours au travail de nuit est exceptionnel ; qu'il prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travaux et est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale ; qu'il en résulte que le travail de nuit ne peut pas être le mode d'organisation normal du travail au sein d'une entreprise et ne doit être mis en oeuvre que lorsqu'il est indispensable à son fonctionnement ; que le fait pour un employeur de recourir au travail de nuit en violation des dispositions légales constitue un trouble manifestement illicite ; qu'il appartient dans tous les cas à l'employeur de démontrer que le recours au travail de nuit est indispensable au fonctionnement de l'entreprise, sans qu'il puisse être dispensé de cette preuve au motif que le travail de nuit a été mis en place dans l'entreprise à la suite de la conclusion d'un accord collectif ; qu'au cas d'espèce, en décidant au contraire qu'en raison de l'existence de deux accords d'entreprise en date des 17 juillet 2003 et 27 juillet 2015 en vigueur au sein de la société Auchan France, ayant mis en oeuvre le travail de nuit, l'employeur bénéficiait d'une présomption selon laquelle le recours au travail de nuit était légalement justifié, en

sorte qu'il appartenait aux syndicats et aux salariés de démontrer le contraire, faute de quoi un trouble manifestement illicite ne pouvait être constaté, la cour d'appel a violé les articles L. 3122-32 et L. 3122-33 du code du travail (dans leur rédaction applicable à la cause) lus à la lumière de la directive n° 93/104/CE du 23 novembre 1993, ensemble l'article 809 du code de procédure civile et l'article 1315 ancien (1353 nouveau) du code civil ;

2°/ que selon l'article L. 3122-32 du code du travail (dans sa rédaction applicable à la cause), interprété à la lumière de la directive n° 93/104/CE du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, le recours au travail de nuit est exceptionnel ; qu'il prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travaux et est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale ; qu'il en résulte que le travail de nuit ne peut pas être le mode d'organisation normal du travail au sein d'une entreprise et ne doit être mis en oeuvre que lorsqu'il est indispensable à son fonctionnement ; que le fait pour un employeur de recourir au travail de nuit en violation des dispositions légales constitue un trouble manifestement illicite ; qu'à supposer même que l'existence d'un accord collectif ayant mis en oeuvre le travail de nuit puisse emporter présomption de régularité de cette mise en oeuvre au regard des dispositions légales d'ordre public, c'est à la condition que cet accord contienne la justification que le travail de nuit est indispensable soit pour assurer la continuité de l'activité économique, soit pour assurer des services d'utilité sociale ; que sous ce rapport, le travail de nuit n'est pas inhérent à l'activité d'un magasin de type grande surface, et les contingences liées à la mise en rayon des produits, de façon qu'eu égard à sa surface, il puisse ouvrir le matin à la même heure que ses concurrents, sont étrangères à la notion de continuité de l'activité économique et ne peuvent donc légalement justifier le recours au travail de nuit ; qu'au cas d'espèce, en relevant, d'une part, que l'accord collectif du 17 juillet 2003 visait la « nécessité d'assurer la sécurité alimentaire et d'approvisionner les points de vente afin qu'ils soient prêts avant l'ouverture au public » et la « nécessité de préparer les marchandises, notamment alimentaires et le magasin en général avant l'ouverture au public et d'assurer l'ouverture au public dans des conditions optimales », d'autre part, qu'un alignement des prises de postes à 6 heures du matin ne permettrait pas une ouverture des magasins concernés à 8 heures 30, comme les deux concurrents directs de la société Auchan France dans la même zone de chalandise (Carrefour et Leclerc), pour considérer que le recours au travail de nuit au sein de la société Auchan France n'était pas manifestement illicite, quand le travail de nuit n'était pas inhérent à l'activité déployée dans les magasins de la société Auchan France et que les contingences liées à l'organisation interne desdits magasins ou à des considérations concurrentielles ne répondaient pas à la condition légale impérative que le travail de nuit soit indispensable à la continuité de l'activité économique de l'entreprise, la cour d'appel a violé les articles L. 3122-32 et L. 3122-33 du code du travail (dans leur rédaction applicable à la cause) lus à la lumière de la directive n° 93/104/CE du 23 novembre 1993, ensemble l'article 809 du code de procédure civile ;

Mais attendu que si le fait, pour un employeur, de recourir au travail de nuit en violation des dispositions de l'article L. 3122-32, devenu L. 3122-1, du code du travail, constitue un trouble manifestement illicite, il appartient à celui qui se prévaut d'un tel trouble d'en rapporter la preuve ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a relevé que les syndicats n'établissaient pas le caractère manifestement illicite du recours au travail de nuit tel qu'organisé par les accords d'entreprise des 17 juillet 2003 et 27 juillet 2005, a pu en déduire qu'il n'y avait pas lieu à référé ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; »

4.4.2. Application au cas d'espèce

En l'espèce, la cour d'appel a statué comme suit sur les demandes tendant à déclarer le recours de l'employeur au travail de nuit illicite :

« Mme [B], soutenant que la société Meubles Ikea France l'a soumise à un travail de nuit illégal qui lui a causé un préjudice, sollicite l'allocation de dommages-intérêts de ce chef.

Il résulte de l'article L. 3122-29 alinéa 1 du code du travail, applicable au sein de la société Meubles Ikea France, que tout travail entre 21 heures et 6 heures est considéré comme travail de nuit.

Il résulte des articles L. 3122-31 et R. 3122-8 du code du travail qu'est considéré comme travailleur de nuit, tout travailleur qui :

1° Soit accompli, au moins deux fois par semaine, selon son horaire de travail habituel, au moins trois heures de son temps de travail quotidien durant la période définie à l'article L. 3122-29 ;

2° Soit accompli, au cours d'une période de référence, un nombre minimal d'heures de travail de nuit au sens de ce même article fixé, en l'absence de disposition conventionnelle, deux cent soixante dix heures de travail pendant une période de douze mois consécutifs, étant précisé que sont réputées accomplies au sens de ces textes toutes les heures de travail comprises dans l'horaire de travail habituel du salarié.

Les articles L. 3122-32 à L. 3122-38 fixent les conditions de mise en oeuvre dans une entreprise ou un établissement du travail de nuit au sens de l'article L. 3122-31, c'est-à-dire au sens où des travailleurs répondant à la définition du travailleur de nuit vont y travailler.

Mme [B], qui, selon son horaire de travail habituel, n'accomplissait pas, au moins deux fois par semaine au moins trois heures de son temps de travail quotidien durant la période comprise entre 21 heures et 6 heures et n'accomplissait pas non plus au moins 270 heures de travail entre 21 heures et 6 heures pendant une période de douze mois consécutifs, ne peut prétendre au statut de travailleur de nuit. Elle est dès lors mal fondée à prétendre que la société Meubles Ikea France a violé en ce qui la concerne les dispositions de l'article L. 3122-32 du code du travail, qui dispose que le recours au travail de nuit est exceptionnel, prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale.

Le jugement sera en conséquence confirmé en ce qu'il a débouté la salariée de sa demande tendant à voir constater l'illégalité du recours au travail de nuit par la société Ikea à son égard et de sa demande en réparation du préjudice subi du fait du recours illégal au travail de nuit. »

Les premiers juges avaient, pour leur part, statué comme suit :

« Il existe au sein de la société un accord d'entreprise autorisant la société MEUBLES IKEA FRANCE à recourir au travail de nuit au motif de justifications énoncées par cet accord et moyennant diverses contreparties en faveur des salariés concernés ou relatives à leur santé et leur sécurité.

L'accord collectif sur la mise en place du travail de nuit de la société MEUBLES IKEA FRANCE prévoit qu'un salarié a le statut de travailleur de nuit s'il effectue un minimum de 249 heures de travail de nuit sur l'exercice de modulation lorsqu'il est à temps partiel.

Madame [F] [B] ne relevait pas de la catégorie des travailleurs de nuit puisqu'elle n'effectuait pas, au moins 2 fois par semaine et de façon habituelle, 3 heures de travail de nuit. Par ailleurs, sur une année, elle ne dépassait jamais 249 heures de travail de nuit.

Dès lors, Madame [F] [B] bénéficiait de la contrepartie accordée aux salariés amenés à travailler occasionnellement quelques heures par nuit, à savoir une majoration de salaire de 105 %.

Au surplus, c'est Madame [F] [B] qui souhaitait travailler en soirée jusqu'à 23 heures afin que son planning soit compatible avec ses études.

Madame [F] [B] sera donc déboutée de ses demandes à ce titre. »

La salariée reproche :

- première branche (violation de la loi) : de s'être fondée, par motifs propres et adoptés, sur le fait qu'elle n'accomplissait pas, selon ses horaires habituels, au moins deux fois par semaine au moins trois heures de son temps de travail quotidien durant la période comprise entre 21 heures et 6 heures et n'accomplissait pas au moins deux cent soixante-dix heures de travail entre 21 heures et 6 heures pendant une période de douze mois consécutifs, de sorte qu'elle ne pouvait prétendre au statut de travailleur de nuit, alors que le fait qu'elle ne puisse pas être qualifiée de travailleur de nuit au sens de l'article L. 3122-31 du code du travail ne la privait pas du droit d'obtenir réparation du préjudice subi pour avoir travaillé de façon illicite au-delà de 21 heures,

- deuxième et troisième branches (violations de la loi) : de l'avoir déboutée de sa demande d'indemnisation pour recours illégal au travail de nuit en retenant, par motif adopté :

. qu'elle avait bénéficié de la contrepartie accordée aux salariés amenés à travailler occasionnellement quelques heures par nuit, alors que cette circonstance ne la privait pas du droit d'obtenir réparation du préjudice subi pour avoir travaillé de façon illicite au-delà de 21 heures (deuxième branche),

. que c'était elle qui avait souhaité expressément travailler en soirée jusqu'à 23 heures afin que son planning soit compatible avec ses études, alors que le fait qu'un salarié ait souhaité expressément travailler en soirée ne permet pas d'écarter l'illégalité du recours par l'employeur au travail de nuit lorsqu'aucune nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale n'est justifiée par l'employeur (troisième branche).

Dans son mémoire en défense, l'employeur soutient :

- que la première branche du moyen :

. est inopérante dès lors qu'aucun recours en annulation de l'accord collectif ayant mis en place le travail de nuit en son sein n'a été intenté dans le délai de deux mois ayant suivi l'ordonnance n° 2017-1385 du 22 septembre 2017 et qu'il résulte de l'arrêt que la salariée n'a subi aucun préjudice par suite de ses heures de travail en soirée, qu'elle a effectuées occasionnellement, moyennant contrepartie et à sa demande,

. n'est pas fondée dès lors que l'article L. 3122-29 du code du travail, qui requiert l'adoption d'un accord collectif pour la mise en place du travail de nuit, vise uniquement l'article L. 3122-31, qui concerne le statut de travailleur de nuit, dont la salariée ne remplissait pas les conditions,

- que les deux autres branches manquent par le fait qui leur sert de base dès lors que la perception d'une contrepartie au travail de nuit et le souhait de la salariée de travailler la nuit n'ont pas motivé l'absence d'illégalité du recours au travail de nuit mais uniquement l'absence de préjudice en étant résulté pour la salariée.

Notre chambre aura à se prononcer sur les mérites de ces critiques, en se demandant, notamment, si les dispositions relatives au travail de nuit sont réservées aux salariés pouvant prétendre au statut de travailleur de nuit, comme le laisse entendre l'employeur, ce qui pourrait tendre à instaurer un régime à deux vitesses, distinct selon que les salariés intéressés sont des travailleurs de nuit au sens de l'article L. 3122-31 du code du travail ou bien des travailleurs de nuit occasionnels ne pouvant prétendre à ce statut, ainsi que sur l'incidence des éléments visés dans chaque branche du moyen sur le recours au travail de nuit.