



**AVIS DE Mme MOLINA,
AVOCAT GÉNÉRAL**

Arrêt n° 1145 du 26 octobre 2022 – Chambre sociale

**Pourvoi n° 21-15.142 (Avis commun aux pourvois 21-15.142 ;
21-15.143 ; 21-15.144 ; 21-15.145 ; 21-15.146)**

**Décision attaquée : 14 janvier 2021 de la cour d'appel d'Aix-en-
Provence**

Mme [X] [K], et autre(s)

**C/
Société Distribution Casino France, et autre(s)**

Les inspecteurs du travail des unités de contrôle n°1 et n°3 du Var de la DIRECCTE de PACA ont procédé, au mois d'octobre 2019, à des contrôles dans les supermarchés de l'enseigne Casino de Hyères, ouverts au public, établissements ayant pour activité principale la vente de produits et d'articles alimentaires.

Estimant que la société distribution Casino France (la société) avait choisi d'ouvrir plusieurs de ses magasins dans le Var 7 jours sur 7 jusqu'à minuit par la mise en place de caisses dites automatiques et contrevenait ainsi aux règles applicables en matière de fermeture hebdomadaire telles qu'issues de l'arrêté préfectoral du 12 février 1969, les inspecteurs du travail l'ont invitée à cesser cette organisation puis ont saisi le juge des référés.

Par ordonnance du 14 janvier 2020, le juge des référés du tribunal judiciaire de Toulon a notamment :

- déclaré irrecevable l'intervention volontaire de l'union syndicale solidaire du Var ;
- déclaré recevable l'intervention volontaire de l'union départementale CGT du Var ;

- rejeté les demandes de questions préjudicielles devant le juge administratif ;
- rejeté les demandes de sursis à statuer et en inopposabilité de l'arrêté du 12 février 1969 ;
- enjoint à la société de fermer le magasin situé à Hyères les dimanches à compter de 13 heures, exceptés les dimanches entre le 15 décembre et le 15 janvier de l'année suivante, durant les fêtes de Pâques et de Pentecôte ainsi que pendant la période du 1^{er} juin au 30 septembre, sous astreinte par demi journée d'ouverture ;
- réservé la liquidation de l'astreinte au juge des référés ;
- désigné un huissier de justice, aux fins de constater le respect ou non de l'ordonnance, si besoin en pénétrant dans l'établissement et en recueillant le nom des personnes employées, le cas échéant accompagné par l'inspecteur du travail ;
- rejeté la demande de dommages et intérêts de l'union départementale CGT du Var.

La société a interjeté appel et par arrêt prononcé le 14 janvier 2021, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a notamment confirmé l'ordonnance déferée en ce qu'elle a déclaré recevable l'intervention volontaire de l'union départementale CGT du Var, en ce qu'elle a rejeté les demandes de sursis à statuer tenant aux question préjudicielles à poser au juge administratif et tenant à la saisine du tribunal administratif de Toulon en abrogation de l'arrêté préfectoral du 12 février 1969, en ce qu'elle a déclaré opposable cet arrêté à la société, et, en ce qu'elle a rejeté la demande de dommages et intérêts du syndicat union départementale CGT du Var ; infirmé l'ordonnance entreprise en ses autres dispositions ; statuant à nouveau et y ajoutant, dit recevable l'action en référé des inspecteurs du travail des unités de contrôle n°1 et n°3 du Var de la DIRECCTE de PACA fondée sur l'article L. 3132-31 du code du travail ; dit n'y avoir lieu à référé s'agissant de la demande de fermeture sous astreinte le dimanche du supermarché de Hyères exploité par la société.

Les inspecteurs se sont pourvus en cassation.

Reprochant à la cour d'appel d'avoir dit n'y avoir lieu à référé, le pourvoi est fondé sur un moyen, développé en trois branches tirées :

- d'une violation des articles L. 3132-29 et L. 3132-31 du code du travail, ensemble l'article 873 du code de procédure civile, dès lors que la violation d'un arrêté préfectoral de fermeture des commerces alimentaires dont la légalité n'est pas sérieusement contestée constitue un trouble manifestement illicite qu'il appartient au juge des référés de faire cesser ;
- d'une méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs issus de la loi des 16/24 août 1790 dès lors qu'il n'appartient qu'à l'autorité administrative, auteur de l'arrêté d'interdiction prévu par l'article L. 3132-29 du code du travail, de préciser les bénéficiaires de l'exception introduite par la loi n°92-60 du 18 janvier 1992 au profit *“des activités dont les modalités de fonctionnement et de paiement sont automatisés”* et qu'il n'appartenait pas à la cour d'appel de se substituer à l'autorité administrative pour apprécier si l'activité considérée était exercée dans des conditions relevant de l'exception légale ;
- d'une violation des articles L. 3132-29 et L. 3132-31 du code du travail, ensemble l'article 873 du code de procédure civile, dès lors que la cour d'appel n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations en retenant que l'ouverture dominicale du supermarché de Hyères requiert *“le recours à une intervention humaine, que ce soit par la hotline ou par la présence d'agents de sécurité”* mis à sa disposition par une entreprise de prestation de services mais en déclarant que ce recours *“ne permet pas, avec l'évidence requise en référé, de dénier l'automaticité par ailleurs mise en oeuvre par [la société] dans l'ouverture et le fonctionnement de ses magasins”* aux

motifs inopérants que les sociétés de gardiennage employant ces agents de sécurité “*bénéficient d’une dérogation légale à la règle du repos dominical*”, alors que l’exception aux règles de fermeture dominicale édictée par l’article L. 3132-29 du code du travail ne s’applique qu’aux établissements fonctionnant sans le concours de personnel.

Reprochant à la cour d’appel, d’avoir dit recevable l’action en référé des inspecteurs du travail des unités de contrôle n°1 et n°3 du Var de la DIRECCTE de la région PACA fondée sur l’article L. 3132-31 du code du travail, la société a formé un pourvoi incident éventuel, fondé sur un moyen développé en trois branches tirées :

- d’une violation des articles L. 3132-31 et R. 3132-5 du code du travail, ensemble les articles 31 et 32 du code de procédure civile pour ne pas avoir déduit les conséquences légales de ses constatations, dès lors que la recevabilité de la saisine en référé du juge judiciaire, par l’inspecteur du travail, en application des dispositions de l’article L. 3132-31 du code du travail, est subordonnée à la double condition d’un emploi illicite des salariés et de ce que l’illicéité résulte de la méconnaissance par leur employeur des articles L. 3132-3 et L. 3132-13, relatifs au repos dominical ; qu’il résulte de l’article R. 3132-5 du code du travail que les entreprises de surveillance et de gardiennage font partie des catégories d’établissements admis à donner le repos hebdomadaire par roulement à leurs salariés effectuant des services de surveillance, de gardiennage et de lutte contre l’incendie ; que la cour d’appel, après avoir retenu qu’aucun salarié de la société n’était présent le dimanche après-midi au sein du supermarché situé à Hyères, seuls se trouvant sur place des agents de sécurité employés par une société tierce, a néanmoins déclaré recevable l’action en référé ;

- d’un défaut de base légale au regard articles L. 3132-31 et R. 3132-5 du code du travail, ensemble les articles 31 et 32 du code de procédure civile ; des alors que la circonstance, à la supposer avérée, tirée de ce que des salariés excéderaient d’eux-mêmes la fonction de leur emploi n’est pas de nature à rendre ce dernier illicite au regard des règles régissant le repos dominical ; qu’en retenant, pour déclarer recevable l’action en référé, que les inspecteurs du travail estiment que les agents de surveillance vont au-delà des seules fonctions de surveillance et de gardiennage, la cour d’appel a statué par un motif inopérant et hypothétique, sans rechercher si la mission confiée aux agents de sécurité par leur employeur excédait la surveillance et le gardiennage ;

- d’une violation des articles L. 3111-1 et L. 3132-31 du code du travail et des articles 31 et 32 du code de procédure civile, ensemble le principe de l’autonomie de la personne morale dès lors que les dispositions relatives à la durée du travail aux repos et aux congés, sont “*applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu’à leurs salariés*” ; que seul l’emploi illicite par l’employeur de ses propres salariés, en méconnaissance des dispositions des articles L. 3132-3 et L. 3132-13 du code du travail, relatifs au repos dominical, rend recevable la demande en référé formée par l’inspecteur du travail à l’encontre de cet employeur tandis que la cour d’appel, pour déclarer l’action en référé recevable, a constaté qu’aucun salarié de la société n’était présent sur les lieux le dimanche après-midi mais a affirmé que l’article L. 3132-31 du code du travail ne suppose pas que soit démontrée la présence de salariés de la société.

Le principe d’un repos hebdomadaire, en ce qu’il contribue à la préservation de la santé et de la sécurité des travailleurs ainsi qu’à la protection des liens familiaux, est l’une des garanties du droit constitutionnel reconnues aux salariés. Ce repos hebdomadaire est fixé le dimanche par l’article L. 3132-3 du code du travail¹.

¹ Article L. 3132-3 du code du travail : “*Dans l’intérêt des salariés, le repos hebdomadaire est donné le dimanche.*”

Comme de nombreux principes, celui du repos dominical souffre de plusieurs exceptions et le législateur a donc instauré des dérogations à celui-ci, notamment celles concernées par un fondement géographique, mises en oeuvre par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ; celles relevant d'une autorisation du maire ; celles pour les établissements dont l'ouverture est rendue nécessaire par les contraintes de production ou par les besoins du public. L'une des dérogations est un simple tempérament énoncé à l'article L. 3132-13 du code du travail, aux termes duquel dans les commerces de détail alimentaire, le repos hebdomadaire peut être donné le dimanche à partir de treize heures (alinéa 1^{er}).

Toutefois, afin d'assurer l'efficacité du principe du repos dominical en dehors des dérogations qu'il a prévues, le législateur a édicté l'article L. 3132-29 du code civil, lequel dispose : *“Lorsqu'un accord est intervenu entre les organisations syndicales de salariés et les organisations d'employeurs d'une profession et d'une zone géographique déterminées sur les conditions dans lesquelles le repos hebdomadaire est donné aux salariés, le préfet peut, par arrêté, sur la demande des syndicats intéressés, ordonner la fermeture au public des établissements de la profession ou de la zone géographique concernée pendant toute la durée de ce repos. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux activités dont les modalités de fonctionnement et de paiement sont automatisées. A la demande des organisations syndicales représentatives des salariés ou des organisations représentatives des employeurs de la zone géographique concernée exprimant la volonté de la majorité des membres de la profession de cette zone géographique, le préfet abroge l'arrêté mentionné au premier alinéa, sans que cette abrogation puisse prendre effet avant un délai de trois mois.”*

La disposition relative aux activités dont les modalités de fonctionnement et de paiement sont automatisées ne figurait pas dans la version initiale du texte (ancien article L. 221-17 du code du travail), en vigueur du 23 novembre 1973 au 21 janvier 1992, mais a été ajoutée par la loi n°92-60 du 18 janvier 1992.

Il ressort des travaux parlementaires et notamment des débats à l'Assemblée nationale que cet ajout est issu d'un amendement déposé par trois parlementaires, dont l'idée était alors de permettre aux consommateurs d'avoir accès aux “distributeurs automatiques” le dimanche, l'un des parlementaires évoquant notamment les pompes à essence². Lors des débats devant le Sénat, il a été rappelé qu'il était proposé de compléter l'article L. 221-17 du code du travail par la phrase suivante : *“Ces dispositions ne s'appliquent pas aux activités qui fonctionnent d'une façon automatique”*. Un amendement de la commission des affaires économiques a proposé la rédaction correspondant au contenu actuel de la disposition. Le sénateur rapporteur a indiqué *“Nous tenons à préciser que l'exception aux règles d'ouverture le dimanche que l'Assemblée nationale a introduite ne pourra concerner que les établissements n'employant pas de personnel. En effet, dans la distribution de l'essence, notamment dans le désert rencontré par les automobilistes le dimanche, il existe des stations à paiement automatique. Cet amendement vise précisément de telles situations.”*³ Il est possible de penser que les parlementaires n'avaient alors pas envisagé la multiplication

² Production MA 5, extrait des débats à l'Assemblée nationale du 24 avril 1991

³ Production MA 6b, extrait des débats au Sénat du 16 octobre 1991

des systèmes automatisés dans des commerces de vente au détail que nous connaissons désormais.

La consultation réalisée dans ce dossier auprès de la direction générale des entreprises⁴ énonce que selon une étude Nielsen (publiée en juillet 2019), de plus en plus d'enseignes de la grande distribution automatisent leurs services et de plus en plus de clients reconnaissent avoir recours aux moyens de paiement alternatifs. Cette situation ne génère toutefois pas systématiquement l'ouverture des commerces le dimanche après-midi. Il est également indiqué que le Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (Crédoc), qui suit depuis 2008 les opinions et les pratiques des français quant au développement de l'offre dominicale d'achat, a noté dans sa dernière enquête sur l'ouverture des commerces le dimanche publiée en septembre 2021 (chiffres de 2019) que les avis des français n'ont que très légèrement évolué sur cette question (une faible majorité -53%- se prononce pour). Cependant, la pratique des achats le dimanche a connu un certain essor : 27% des consommateurs ont déclaré y avoir "souvent" recours (contre 10% en 2008), soit une augmentation de 17 points. L'enquête révèle enfin l'existence de fortes disparités en fonction du lieu de résidence et de l'âge des interrogés : les habitants des agglomérations à fortes densité, notamment ceux de la région parisienne sont plus favorables aux ouvertures dominicales. De même, *"Les plus jeunes générations réalisent plus souvent des achats le dimanche (66 % de "souvent" et "de temps en temps" pour les 18-34 ans et 61 % pour les 35-44 ans) que les 65 ans et plus (46 %)."*

La question de l'ouverture dominicale devient un véritable enjeu pour les commerces physiques concurrencés par les plateformes de e-commerce.

Sur la première branche :

L'arrêté préfectoral du 12 février 1969 prévoit⁵ : *"Article 1^{er} : Sur tout le territoire du département du VAR, tous les magasins d'alimentation ou partie d'établissements sédentaires ou ambulants, dans lesquels il est vendu des denrées alimentaires de toute nature, au détail -à l'exclusion des commerces de boulangerie-pâtisserie et pâtisserie-seront fermés à la clientèle une journée par semaine laissée, au départ, au choix du chef d'établissement, à savoir :*

- soit la journée entière du dimanche,
- soit la journée entière le lundi
- soit du dimanche midi au lundi midi".

L'article L. 3132-31 du code du travail dispose *"L'inspecteur du travail peut, nonobstant toutes poursuites pénales, saisir en référé le juge judiciaire pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser dans les établissements de vente au détail et de prestations de services au consommateur l'emploi illicite de salariés en infraction aux dispositions des articles L. 3132-3 et L. 3132-13.*

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

⁴ Consultation de la Direction générale des entreprises du 8 juin 2022

⁵ tel que repris dans l'ordonnance de référé du tribunal judiciaire de Toulon du 14 janvier 2020

Sur le fondement de ce texte, la chambre a jugé que l'inspecteur du travail a la faculté de mettre en œuvre la procédure de référé dominical dans toutes les hypothèses dans lesquelles des salariés sont employés de façon illicite le dimanche ; peu important que cet article ne renvoie pas formellement à l'article L. 3132-29 du code du travail (Soc., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-68.413). Ainsi, il n'y a pas lieu de faire de distinction entre les cas où le repos dominical est édicté par une disposition de loi et ceux où ce repos est prévu par un acte réglementaire de l'autorité publique.

Néanmoins, s'agissant d'une action en référé, la reconnaissance de son bien-fondé nécessite que soit établi l'existence d'un trouble manifestement illicite.

La chambre a jugé que l'inobservation d'un arrêté préfectoral dont la légalité n'est pas sérieusement contestable constitue un trouble manifestement illicite distinct de celui causé par les infractions à la règle du repos dominical (Soc., 17 octobre 2012, pourvoi n° 11-24.315).

Toutefois, depuis que l'arrêté préfectoral de 1969 en cause dans nos espèces a été édicté, la loi n°92-60 du 18 janvier 1992 a ajouté à l'article L. 3132-29 du code du travail la mention "*Ces dispositions ne s'appliquent pas aux activités dont les modalités de fonctionnement et de paiement sont automatisées.*"

Je considère donc que dès lors que la dérogation de l'article L. 3132-29 du code du travail est invoquée, comme c'est le cas dans les pourvois examinés, la caractérisation d'un emploi illicite -et non pas seulement, comme le soutient le mémoire ampliatif- l'inobservation de l'arrêté préfectoral dont la légalité n'est pas sérieusement contestable, est nécessaire pour permettre de déduire l'existence d'un trouble manifestement illicite.

En effet, seule la caractérisation d'un emploi illicite permet de justifier que les conditions de fonctionnement du supermarché ne relèvent pas de la disposition dérogatoire édictée par la loi de 1992, mais qu'au contraire, l'arrêté préfectoral trouve sa pleine application. En raison de l'arrêté préfectoral, le magasin ne peut être ouvert que si ses modalités de fonctionnement et de paiement sont automatisées. La présence dans le magasin d'un salarié ayant une activité liée à la vente empêche l'application de la dérogation et l'ouverture du magasin n'est donc plus justifiée.

La cour d'appel ayant relevé qu'il était établi que les supermarchés étaient ouverts le dimanche et le lundi toute la journée, contrevenant ainsi à l'interdiction posée par l'arrêté du 12 février 1969, le trouble manifestement illicite nécessite de caractériser l'existence d'un emploi illicite durant ces journées.

Dans nos espèces, la cour d'appel a décrit précisément le fonctionnement des magasins, indiqué que "*le caractère automatisé du paiement est peu remis en cause*" (page 12) mais qu'en revanche "*les inspecteurs du travail contestent le caractère automatisé du fonctionnement du supermarché*" du fait de l'intervention des agents de sécurité présents dans les magasins et de l'existence d'une hotline. La cour d'appel a repris sur ce point les arguments présentés par les inspecteurs du travail dans leurs lettres d'observations puis rappelé que les agents de sécurité et de surveillance qui ne sont pas employés par la société exploitant les magasins, interviennent aux termes de contrats de prestations de services et bénéficient d'une dérogation légale à la règle du repos dominical. Elle a ajouté qu'il n'était pas manifestement démontré que ces agents de sécurité et de surveillance interviennent en dehors de leur fonction, afin de participer au fonctionnement du magasin.

Dès lors que la seule présence humaine dans les magasins ne suffit pas à démontrer l'existence d'un emploi illicite alors que sont mises en place des modalités de fonctionnement et de paiement automatisées, je considère que la cour d'appel a valablement jugé qu'aucun trouble manifestement illicite n'était caractérisé.

Sur la deuxième branche :

L'interprétation de la norme, et donc notamment de la loi, est l'une des missions centrales de l'office du juge qui doit le conduire à déterminer l'intention probable du législateur.

La chambre a déjà jugé qu'il appartient au juge des référés d'appliquer la loi même si elle requiert interprétation (Soc., 24 juin 2009, pourvoi n° 08-42.116) et ce également dans un pourvoi relatif à l'action d'un inspecteur du travail (Soc., 5 mars 2014, pourvoi n° 12-28.774).

Par ailleurs, si le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires tel qu'il est issu de la loi des 16 et 24 août 1790 interdit au juge judiciaire non pénal d'apprécier la légalité des actes administratifs, si ces derniers participent du caractère de l'acte législatif en contenant des dispositions d'ordre général et réglementaire, *"les tribunaux judiciaires chargés de l'appliquer sont compétents pour en fixer le sens, s'il se présente une difficulté d'interprétation au cours d'un litige dont ils sont compétemment saisis"* (Tribunal des conflits, 16 juin 1923, Septfonds).

La Cour reconnaît que le juge judiciaire a compétence pour interpréter un acte administratif réglementaire (1^{re} Civ., 23 mars 2017, pourvoi n° 16-10.277).

En tout état de cause, dans les espèces examinées, il n'était pas soumis à la cour d'appel, statuant en référé, une demande d'interprétation de l'arrêté préfectoral de 1969. En revanche, la question de l'interprétation de la loi lui était présentée puisqu'il lui était demandé d'apprécier si l'activité considérée était exercée dans les conditions relevant de la disposition dérogatoire de l'article L. 3132-29 du code du travail.

En effet, si l'article précité donne au préfet le pouvoir, sous certaines conditions, d'ordonner, par arrêté, la fermeture d'établissements pendant la durée de repos de salariés, l'exception édictée dans ce même article soustrait les activités automatisées à ce pouvoir. Je ne m'associe pas au mémoire ampliatif qui soutient qu'il appartient à l'autorité administrative d'exclure du champ de son interdiction les activités automatisées, éventuellement sur demande de dérogation de l'entreprise concernée. Outre que le texte n'énonce rien de tel, il appartient au juge judiciaire et notamment au juge des référés d'apprécier si l'activité qui lui est soumise remplit les conditions de l'exception légale, afin, le cas échéant, d'écarter l'application d'un arrêté préfectoral.

A mon sens, en procédant à cette appréciation, la cour d'appel n'a pas méconnu le principe de la séparation des pouvoirs.

Sur la troisième branche :

Sans revenir sur mes développements présentés pour l'examen de la première branche du moyen, je rappellerai que la dérogation de l'article L. 3132-29 du code du travail évoque les "*activités dont les modalités de fonctionnement et de paiement sont automatisées*", sans la mention de l'adverbe "entièrement" automatisées tel que retenu par le mémoire ampliatif.

En outre, ainsi que je l'ai indiqué précédemment, je considère que seule la caractérisation d'un emploi illicite permet d'écarter la dérogation précitée.

Si en application de l'article R. 3132-5 du code du travail, les entreprises assurant des services de surveillance, de gardiennage et de lutte contre l'incendie bénéficient d'une dérogation permanente de droit au repos dominical, c'est à la condition que leurs salariés n'exercent leur emploi que dans le cadre de leur mission.

Or, la cour d'appel a retenu que "*le recours à une intervention humaine que ce soit par la hotline ou par la présence d'agents de sécurité ne permet pas, avec l'évidence requise en référé, de dénier l'automatisme [...]*" dans l'ouverture et le fonctionnement des magasins ; que les agents de sécurité présents ont le droit de travailler le dimanche dès lors que leur intervention ne dépasse pas le cadre de leur mission et qu'il n'était pas manifestement démontré qu'ils intervenaient en dehors de leur mission.

Ainsi, dès lors que la cour d'appel a jugé qu'il n'était pas établi que les agents de sécurité dépassaient le cadre de leur mission dans leurs interventions dans les magasins, elle ne pouvait pas caractériser l'existence d'un emploi illicite permettant d'écarter de façon manifeste la réalité des activités dont les modalités de paiement et de fonctionnement sont automatisées et donc de dénier l'application de la dérogation. C'est pourquoi, je considère qu'il ne saurait lui être reproché de ne pas avoir déduit les conséquences légales de ses propres constatations.

► Dès lors, je conclus au rejet