



RAPPORT DE M. FLORES, CONSEILLER

Arrêt n° 1145 du 26 octobre 2022 – Chambre sociale

**Pourvoi n° 21-15.142 (rapport 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)**

1 - Rappel des faits et de la procédure

A la suite d'un contrôle effectué en octobre 2019 dans les supermarchés de l'enseigne Casino de Hyères, du Pradet, du Beausset, de La Valette et de Toulon Port marchand, ouverts au public et ayant pour activité principale la vente de produits et d'articles alimentaires, les inspecteurs du travail des unités de contrôle n°1 et n° 3 du Var de la DIRECCTE de PACA ont estimé que la société distribution Casino France avait choisi d'ouvrir plusieurs de ses magasins dans le Var sept jours sur sept 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'elles résultaient de l'arrêté préfectoral du 12 février 1969.

Les inspecteurs du travail ont saisi le juge des référés d'un tribunal judiciaire afin d'obtenir la cessation de cette modalité d'ouverture des magasins le dimanche.

Par ordonnances en date du 14 janvier 2020, le juge des référés du tribunal judiciaire de Toulon a :

- *déclaré irrecevable l'intervention volontaire de l'Union syndicale Solidaires du Var ;*
- *Déclaré recevable l'intervention volontaire de l'Union départementale CGT du Var ;*
- *Rejeté les demandes en questions préjudicielles devant le juge administratif ;*
- *Rejeté les demandes en sursis à statuer et en inopposabilité de l'arrêté du 12 février 1969 ;*
- *Enjoint à la société distribution casino France de fermer le magasin sis à Hyères les dimanches à compter de 13H 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 de 50 000 euros par demi-journée ;*
- *Réservé la liquidation de l'astreinte au juge des référés ;*
- (...)
- *Rejeté les demandes en dommages-intérêts de l'Union départementale CGT du Var ;*
- (...)

Par arrêts du 14 janvier 2021, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a :

- *Dit n'y avoir lieu à écarter des débats les conclusions des inspecteurs du travail des unités de contrôle n°1 et n°3 du Var de la DIRECCTE de PACA notifiées le 20 novembre 2020,*
 - *Confirmé l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a déclaré recevable l'intervention volontaire du syndicat union départementale CGT du Var, en ce qu'elle a rejeté les demandes de sursis à statuer tenant aux questions 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 l'arrêté du 12 février 1969 à la SAS distribution Casino France, et, en ce qu'elle a rejeté la demande de dommages et intérêts de le 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 L3132-31 du code du travail,*
 - *Dit n'y avoir lieu à référé s'agissant de la demande de fermeture sous astreinte le dimanche du supermarché Casino de Hyères exploité par la SAS distribution Casino France,*
 - *Débouté la SAS distribution Casino France de ses demandes sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,*
 - *Débouté les inspecteurs du travail des unités de contrôle n°1 et n°3 du Var de la DIRECCTE de PACA de leur demande sur ce même fondement,*
 - *Condamné les inspecteurs du travail des unités de contrôle n°1 et n°3 du Var de la DIRECCTE de PACA au paiement des dépens, qui seront recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.*

Dans chaque dossier, les inspecteurs du travail ont formé un pourvoi en cassation le 13 avril 2021. Le mémoire ampliatif a été déposé le 4 août 2021. Il contient une demande au titre de l'article 700 CPC d'un montant de 4 000 euros. Le mémoire en défense, avec pour incident éventuel, a été déposé le 4 octobre 2021. Il contient une demande au titre de l'article 700 CPC d'un montant de 4 000 euros. Le mémoire en réponse au pourvoi incident a été déposé le 3 novembre 2021. Un mémoire complémentaire en réplique a été déposé le 22 décembre 2021.

2 - Analyse succincte des moyens

2.1. - Pourvoi principal

Les inspecteurs du travail font grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR dit n'y avoir lieu à référé, s'agissant de la demande de fermeture sous astreinte le dimanche du supermarché Casino de Hyères exploité par la SAS distribution Casino France ;

1°) ALORS 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 ; qu'en l'espèce, il ressort des propres constatations de l'arrêt attaqué, « que le supermarché Casino de Hyères est ouvert le dimanche et le lundi toute la journée, contrevenant ainsi à l'interdiction posée par... l'arrêté du 12 février 1969, pris en application de l'accord sur les modalités de fermeture hebdomadaire des commerces concernés intervenu le 15 janvier 1969 [...lequel] a décidé en son article 1er : « Sur tout le territoire du département du Var, tous les magasins d'alimentation ou parties 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, 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 du lundi, - soit du dimanche midi au lundi midi » ; que par ailleurs, « la contestation portant sur la légalité de l'arrêté préfectoral du 12 février 1969 n'est pas sérieuse » ; qu'enfin « sont employés sur site le dimanche à tout le moins les employés d'une société de gardiennage » ; qu'en déboutant cependant les inspecteurs du travail des unités de contrôle n° 1 et n° 3 du Var de la DIRECCTE de Provence Alpes Côte d'Azur de leur action tendant à faire cesser le trouble manifestement illicite ainsi causé la cour d'appel, qui n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L.3132-29 et L.3132-31 du code du travail, ensemble l'article 873 du code de procédure civile ;

2°) ALORS 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 automatisées » ; qu'en retenant, pour débouter les inspecteurs du travail des unités de contrôle n° 1 et n° 3 du Var de la DIRECCTE de Provence Alpes Côte d'Azur de leur demande d'interdiction de l'ouverture dominicale du supermarché Casino de Hyères que « 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 « ne permet pas, avec l'évidence requise en référé, de dénier l'automatisme par ailleurs mise en oeuvre par la SAS Distribution Casino France dans l'ouverture et le fonctionnement de ses magasins » quand il ne lui appartenait pas de se substituer à l'autorité administrative pour apprécier si l'activité considérée était exercée dans des conditions relevant de l'exception légale, la cour d'appel a méconnu le principe de séparation des pouvoirs issu de la loi des 16/24 août 1790 ;

3°) ALORS en toute hypothèse 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 ; qu'en l'espèce, il ressort des propres constatations de l'arrêt attaqué que l'ouverture dominicale du supermarché Casino 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 ; qu'en déclarant cependant que ce recours « ne permet pas, avec l'évidence requise en référé, de dénier l'automatisme par ailleurs mise en oeuvre par la SAS Distribution Casino France 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 » la cour d'appel, qui n'a pas déduit les conséquences légales de ses propres constatations, a violé derechef les articles L.3132-29 et L.3132-31 du code du travail, ensemble l'article 873 du code de procédure civile.

2.2. - Pourvoi incident éventuel

La société fait grief à l'arrêt attaqué 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,

1 - ALORS QUE la recevabilité de la saisine en référé du juge judiciaire, par l'inspecteur du travail, en application des dispositions de l'article L 3132-31 du code du travail, est subordonnée à la double condition d'un emploi illicite des salariés et de ce que l'illicéité résulte de la méconnaissance par leur employeur des dispositions des articles L. 3132-3 et L. 3132-13, relatifs au repos dominical ; qu'il résulte de l'article R 3132-5 du code du travail que les entreprises de surveillance et de gardiennage font partie des catégories d'établissement admis à donner le repos hebdomadaire par roulement à leurs salariés effectuant des services de surveillance, de gardiennage et de lutte contre l'incendie ; que la cour d'appel a constaté qu'aucun salarié de la société Distribution Casino France n'était présent le dimanche après-midi au sein du supermarché sis à Hyères, seuls se trouvant sur place des agents de sécurité employés par une société tierce ; qu'en déclarant néanmoins recevable l'action en référé des inspecteurs du travail, tendant à voir imposer la fermeture de l'établissement le dimanche après-midi, en application d'un arrêté préfectoral pris le 12 février 1969, au motif, erroné en droit, que « le caractère illicite ou non de cet emploi ressort de l'appréciation du bien-fondé ou non de l'action entreprise », la cour d'appel, qui n'a pas déduit les conséquences légales de ses constatations, a violé les articles L 3132-31 et R 3132-5 du code du travail, ensemble les articles 31 et 32 du code de procédure civile ;

2 – 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 formée par les inspecteurs du travail, tendant à voir imposer la fermeture de l'établissement le dimanche après-midi, 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, qui 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, a privé sa décision de toute base légale au regard des articles L 3132-31 et R 3132-5 du code du travail, ensemble les articles 31 et 32 du code de procédure civile ;

3 – ALORS, en tout état de cause, 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 ; que la cour d'appel a constaté qu'aucun salarié de la société Distribution Casino France n'était présent sur les lieux le dimanche après-midi ; qu'en affirmant cependant, pour déclarer recevable l'action en référé des inspecteurs du travail, que l'article L 3132-31 du code du travail ne suppose pas que soit démontrée la présence de salariés de la SAS Distribution Casino France le dimanche, la cour d'appel a encore violé les articles L 3111-1 et L 3132-31 du code du travail et les articles 31 et 32 du code de procédure civile, ensemble le principe de l'autonomie de la personne morale.

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

| validité de l'ouverture de magasins le dimanche au moyen d'un système de traitement automatisé lorsque l'entreprise recourt à un service de gardiennage.

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1. - Pourvoi principal

4.1.1. - Champ d'application d'une fermeture des établissements ordonnée en application de l'article L. 3132-29

En application de l'article L. 3132-1 du code du travail, il est interdit de faire travailler un même salarié plus de six jours par semaine. Selon l'article L. 3132-2 du code du travail, le repos hebdomadaire a une durée minimale de vingt-quatre heures auxquelles s'ajoutent les heures consécutives de repos quotidien. L'article L. 3132-3 précise que dans l'intérêt des salariés, le repos hebdomadaire est donné le dimanche.

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

Enfin, dans le but d'assurer l'effectivité du repos dominical et l'égalité des établissements dans un secteur déterminé, le législateur a donné le pouvoir au préfet d'en ordonner la fermeture sous réserve de la réunion d'un certain nombre de conditions.

Ainsi, l'article L. 3132-29 du code du travail dispose : *Lorsqu'un accord est intervenu entre les organisations syndicales de salariés et les organisations d'employeurs d'une profession et d'une zone géographique déterminées sur les conditions dans lesquelles le repos hebdomadaire est donné aux salariés, le préfet peut, par arrêté, sur la demande des syndicats intéressés, ordonner la fermeture au public des établissements de la profession ou de la zone géographique concernée pendant toute la durée de ce repos. **Ces dispositions ne s'appliquent pas aux activités dont les modalités de fonctionnement et de paiement sont automatisées.***

A la demande des organisations syndicales représentatives des salariés ou des organisations représentatives des employeurs de la zone géographique concernée exprimant la volonté de la majorité des membres de la profession de cette zone

géographique, le préfet abroge l'arrêté mentionné au premier alinéa, sans que cette abrogation puisse prendre effet avant un délai de trois mois.

Cette disposition a été introduite dans le code du travail par la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs.

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

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

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

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

Notons toutefois que cet arrêt est antérieur à la modification introduite par la loi du 18 janvier 1998 qui a placé les systèmes automatisés hors du champ de l'article L. 3132-29 du code du travail.

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

4.1.2. - Séparation des pouvoirs

Naturellement, il entre dans l'office du juge des référés d'interpréter la loi dont l'application est nécessaire pour trancher le litige :

Mais attendu, d'abord, qu'il appartient au juge des référés, saisi en application de l'article L. 3132-31 du code du travail par l'inspecteur du travail d'une infraction au repos dominical, d'appliquer la loi même si elle requiert interprétation ;

Attendu, ensuite, que le bénéfice de la dérogation de droit prévue par l'article L. 3132-13 du code du travail, au repos dominical ne s'applique, selon l'article R. 3132-8 du même code, qu'aux établissements dont l'activité exclusive ou principale est la vente de denrées alimentaires au détail ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a estimé que l'activité principale de la société Monoprix exploitation, dans son établissement de Périgueux, ne concernait pas la vente de denrées alimentaires au détail, en a exactement déduit qu'elle ne pouvait bénéficier de la dérogation revendiquée ;

D'où il suit que le moyen inopérant pour le surplus, n'est pas fondé ; (Soc., 5 mars 2014, pourvoi n° 12-28.774)

La jurisprudence reconnaît de longue date qu'il appartient au juge judiciaire d'interpréter les actes administratifs réglementaires (Civ. 1ère, 24 janvier 1984, n° 82-16.603, Bull. I, n° 35 ; pour un cahier des charges approuvé par arrêté préfectoral). Elle précise que L'interprétation des règlements, permise au juge judiciaire, doit rechercher le sens le plus conforme aux lois pour l'application desquelles ils ont été pris. (Civ. 1ère, 20 mars 2007, n° 05-20.546, 05-21.996, Bull. 2007, I, n° 120).

Il incombe au juge des référés, comme à tout juge, d'interpréter la norme applicable si elle présente des obscurités ou des insuffisances. C'est notamment le cas en matière sociale lorsque le juge est confronté à une difficulté d'interprétation d'un accord collectif (Soc., 15 janvier 2002, pourvoi n° 00-41.117, 00-41.118, 00-41.119, 00-41.120, 00-41.121, 00-41.122, Bulletin civil 2002, V, n° 14).

Le pouvoir du juge des référés d'interpréter la loi a été rappelé par notre chambre dans un précédent relatif à l'action d'un inspecteur du travail :

Mais attendu, d'abord, qu'il appartient au juge des référés, saisi en application de l'article L. 3132-31 du code du travail par l'inspecteur du travail d'une infraction au repos dominical, d'appliquer la loi même si elle requiert interprétation ;

Attendu, ensuite, que le bénéfice de la dérogation de droit prévue par l'article L. 3132-13 du code du travail, au repos dominical ne s'applique, selon l'article R. 3132-8 du même code, qu'aux établissements dont l'activité exclusive ou principale est la vente de denrées alimentaires au détail ;

Et attendu que la cour d'appel, qui a estimé que l'activité principale de la société Monoprix exploitation, dans son établissement de Périgueux, ne concernait pas la vente de denrées alimentaires au détail, en a exactement déduit qu'elle ne pouvait bénéficier de la dérogation revendiquée ;

D'où il suit que le moyen inopérant pour le surplus, n'est pas fondé ; (Soc., 5 mars 2014, pourvoi n° 12-28.774).

4.1.3. - Modalités de fonctionnement et de paiement automatiques

La troisième branche critique l'arrêt en ce qu'il a retenu que l'absence d'automatisation du fonctionnement et des modalités de vente n'était pas établi.

Elle affirme que le recours à une hotline et à la présence d'agents de sécurité lors des opérations de vente exclut la possibilité de retenir un fonctionnement automatique permettant au magasin de sortir du champ de l'article L. 3132-29 du code du travail.

La cour d'appel a énoncé :

Si le caractère automatisé du paiement est peu remis en cause, les inspecteurs du travail contestent le caractère automatisé du fonctionnement du supermarché. Ils font valoir, dans le cadre de leurs lettres d'observations notamment, que l'interdiction de la vente d'alcool n'est pas totalement respectée, ni suffisamment garantie, et, surtout que les agents des sociétés de surveillance effectuent des tâches d'assistance auprès de la

clientèle en termes d'information ainsi qu'en cas de blocage en caisses, allant au-delà de leurs fonctions de surveillance et de gardiennage. Ainsi, les inspecteurs du travail mettent en avant l'agressivité dont les agents de sécurité sont victimes, étant contraints de dépasser leur mission face à la gestion des clients. Au surplus, les inspecteurs du travail soulignent que l'ouverture du supermarché Casino le dimanche requiert, s'agissant d'un établissement recevant du public, l'intervention de personnel de sécurité contre le risque incendie notamment, ce qui priverait le fonctionnement du magasin de toute automaticité.

La SAS distribution Casino France soutient pour sa part que la dérogation liée à l'automaticité de son fonctionnement et de son paiement s'applique dès lors qu'aucun salarié de Casino n'est employé, et alors que les seuls agents présents effectuent des activités de gardiennage et de surveillance pour lesquelles ils disposent d'une dérogation légale au repos dominical, par application de l'article L 3132-12 et R 3132-5 du code du travail.

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'automaticité par ailleurs mise en oeuvre par la SAS distribution Casino France dans l'ouverture et le fonctionnement de ses magasins. Les agents de sécurité et de surveillance qui ne sont pas employés par la SAS distribution Casino France mais interviennent aux termes de contrats de prestations de services, bénéficient d'une dérogation légale à la règle du repos dominical, à raison de la nature même de leur mission. Il n'est pas ici manifestement démontré que ces derniers interviennent en dehors de leur fonction, afin de participer au fonctionnement du magasin, ni en termes de rangement, ni en termes d'assistance aux caisses.

Aussi, la dérogation à l'obligation de fermeture le dimanche s'agissant d'un fonctionnement automatisé du commerce de vente de denrées alimentaires, non exclu par principe du champ de cette exception, ne peut être considérée comme manifestement inapplicable à la situation de la SAS distribution Casino France en tant qu'exploitante du supermarché Casino de Hyères. Le caractère manifeste de l'illicéité et de la violation des règles sur le repos dominical n'est pas établi, de sorte qu'aucun trouble manifestement illicite n'est en l'état caractérisé.

4.2. - Pourvoi incident éventuel

L'employeur a présenté un pourvoi éventuel reposant sur un moyen unique.

L'article L.3132-31 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.

La première branche reproche à la cour d'appel, qui a constaté qu'aucun salarié de la société Casino n'était présent dans le magasin, seuls se trouvant sur place des agents

de surveillance dont l'employeur bénéficie, en raison de son activité, d'une dérogation au repos dominical, de ne pas avoir tiré les conséquences légales de ses constatations.

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

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

*Attendu que l'inspecteur du travail, qui saisit en référé le président du tribunal de grande instance, afin qu'il prenne toutes mesures propres à faire cesser le travail illicite du dimanche de salariés d'établissements de vente au détail et de prestations de services au consommateur, n'est pas tenu de dresser le procès-verbal prévu par l'article L. 8113-7 du code du travail au soutien d'éventuelles poursuites pénales ; **qu'il lui appartient seulement d'établir par tous moyens, et en usant des pouvoirs qu'il tient des articles L. 8113-1, L. 8113-2 et L. 8113-4 du code du travail, l'emploi illicite qu'il entend faire cesser et dont il atteste dans le cadre de l'assignation ;***

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

Dans le cadre de cette action en référé, l'inspecteur du travail peut rapporter par tous moyens la preuve de l'emploi illicite de salariés en violation de la règle du repos dominical :

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

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

Attendu que pour rejeter la demande, l'arrêt énonce que l'inspecteur du travail ainsi que son ministre de tutelle entendent se fonder sur le témoignage d'un contrôleur, se déclarant présent sur les lieux de l'établissement, le dimanche 2 avril 2006 à 14 h 45, en application du principe de la liberté de la preuve ; que cependant, l'absence d'obligation pour l'autorité de contrôle de se conformer à la procédure de l'article L. 8113-7 du code du travail ne lui permet pas pour autant de s'affranchir des règles de preuve générales, telle que l'impossibilité de se constituer une preuve à soi-même ; que le témoignage du contrôleur sera dès lors écarté ; qu'il en est de même pour l'inspecteur du travail en personne ; qu'ainsi, il convient de constater que celui-ci ne justifie aucunement de la présence de trois salariés en situation de travail dans l'établissement susvisé à l'heure déclarée, la rédaction d'un document portant relation des faits par l'inspecteur du travail lui-même, tombant sous le coup de la règle de l'impossibilité de se constituer une preuve à soi-même ; que par conséquent, aucun élément probant non sérieusement contestable et contemporain des faits dénoncés comme constitutifs d'un trouble manifestement illicite n'est rapporté en l'espèce ;

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

L'action en référé est ouverte à l'inspecteur du travail chaque fois qu'il entend faire cesser une situation d'emploi illicite de salariés le dimanche :

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

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

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

U de Martres Tolosane et ce, sous astreinte de 1 500 euros par dimanche et par salarié illégalement employé ;

Attendu que pour dire l'action de l'inspecteur du travail irrecevable l'arrêt retient qu'il ressort de la combinaison des articles L. 3132-31 , L. 3132-3 et L. 3132-13 du code du travail que l'inspecteur du travail ne peut saisir le juge des référés que quand il constate une violation des dispositions des articles L. 3132-3 et L. 3132-13 et non de l'article L. 3132-29 expressément exclu par l'article L. 3132-31 ; Qu'en statuant ainsi la cour d'appel a violé les textes susvisés ; (Soc., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-68.413, Bull. 2011, V, n° 93).

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

En renvoyant à l'article L 3132-3, posant le principe du repos dominical, et à l'article L 3132-13, qui autorise les commerces de détail alimentaires à ne donner le repos le dimanche qu'à partir de treize heures, l'article L 3132-31 du Code du travail, autorisant l'inspecteur du travail à saisir le juge des référés en cas d'infraction à ces dispositions, soulève un problème d'interprétation.

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

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

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

Le même pouvoir de saisir le juge des référés en cas de travail dominical illicite a été reconnu à une société faisant l'objet d'une rupture d'égalité :

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

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

Attendu que pour déclarer irrecevable l'action de la société Uneco aux fins de voir condamner les sociétés Chateaudis et Baltaïan et Cie à respecter les règles du repos hebdomadaire, l'arrêt retient que si la qualité à agir devant le juge des référés aux mêmes fins que l'inspecteur du travail pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser dans les établissements de vente au détail, comme il s'agit en l'espèce, l'emploi illicite de salariés en infraction à l'article L. 3132-3 du code du travail a été reconnue aux organisations professionnelles qui représentent la profession exercée par

les commerçants en infraction avec ce texte du fait que l'emploi irrégulier de salariés rompait l'égalité au préjudice de ceux qui exerçant la même activité, respectaient la règle légale, la société Uneco n'est pas en droit d'exciper d'une telle atteinte à l'intérêt collectif de la profession de commerçant en alimentation de détail ; que cette société en outre exerce son activité le dimanche sans établir qu'elle n'emploie aucun salarié ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que les deux sociétés exerçant un commerce similaire à proximité de la société Uneco faisaient travailler irrégulièrement le dimanche leurs salariés, ce dont il se déduisait que la société Uneco avait un intérêt légitime à faire cesser cette situation en raison du préjudice que cette rupture d'égalité pouvait lui causer, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; (Soc., 30 mai 2012, pourvoi n° 10-25.349, Bull. 2012, V, n° 162).

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

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

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

Attendu que pour rejeter cette demande et dire n'y avoir lieu de surseoir à statuer dans l'attente de la décision de la chambre correctionnelle de la cour d'appel amenée à se prononcer définitivement sur la qualification juridique des cogérants de la société Nive, l'arrêt retient, d'abord, que cette décision n'a pas d'incidence dans la présente espèce en l'absence d'identité entre les prétendus cogérants concernés par le jugement correctionnel et ceux assurant actuellement l'ouverture dominicale du magasin Vet'Affaires de Forbach ; ensuite, que le trouble manifestement illicite n'est pas caractérisé, l'admission de celui-ci supposant au préalable que soit reconnue la qualité de salarié aux cogérants associés apparents de la société Nive, ce qui implique une recherche de lien de subordination éventuel à l'égard de la société PMDIS nécessitant un examen approfondi des conditions d'emploi et relevant du seul pouvoir du juge du fond ;

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

procédé néanmoins à une exploitation industrielle, commerciale ou artisanale dans les lieux de vente au public, quels que soient la taille de l'établissement ou le statut juridique des personnes qui y travaillent ;

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

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

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

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

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

Pour admettre la recevabilité de l'action en référé des inspecteurs du travail, la cour d'appel a énoncé :

L'emploi d'agents de surveillance est donc avéré au sein du supermarché Casino de (...) le dimanche après-midi. Or, indépendamment des dérogations de droit auxquelles ces salariés pourraient prétendre, la nature même de leur fonction est contestée par les intimés qui estiment qu'ils vont au delà des seules fonctions de surveillance et de gardiennage.

En tout état de cause, il est établi que le supermarché Casino de (...) est ouvert le dimanche et le lundi toute la journée, contrevenant ainsi à l'interdiction posée par l'arrêté du 12 février 1969, et que sont employés sur site le dimanche à tout le moins des employés de la société de gardiennage.

L'article L 3132-31 du code de procédure civile ne suppose pas, pour que l'action en référé de l'inspecteur du travail soit recevable, que soit démontrée la présence de salariés de la SAS distribution Casino France le dimanche puisque le texte fait référence, de manière générique, à l'emploi illicite de salariés, qu'il s'agisse donc de salariés de la SAS distribution Casino France ou de salariés d'autres entreprises sous-traitantes. Le caractère illicite ou non de cet emploi ressort de l'appréciation du bien fondé ou non de l'action entreprise.

Ainsi, l'action en référé des inspecteurs du travail des unités de contrôle (...) du Var de la DIRECCTE de PACA qui s'inscrit dans le cadre d'une violation dénoncée de l'arrêté préfectoral du 12 février 1969 imposant la fermeture des établissements de vente de denrées alimentaires au détail le dimanche est donc recevable.